

Deutsches Privatrecht.

Von

Otto Gierke.

Erster Band.

Allgemeiner Teil und Personenrecht.



Leipzig,
Verlag von Duncker & Humblot.
1895.

Vorwort.

Die Aufforderung des Freundes, der dieses Handbuch herausgibt, gab mir den Anstoß, meine noch unvollendete rechtsgeschichtliche Arbeit auf dem Felde des deutschen Genossenschaftsrechts zu unterbrechen, um ein deutsches Privatrecht zu schreiben. Diesen Entschluß zu rechtfertigen, soll der hiermit veröffentlichte erste Band versuchen.

Zum Mindesten wird man aus ihm herausfühlen, was mich von innen her willfährig stimmte. Mir schien, als habe die Wissenschaft des deutschen Privatrechts sich über der Vertiefung in den wunderbaren Reichthum unserer Vorzeit neuerdings in etwas an den Aufgaben versäumt, die ihr das rasch vorwärts eilende Leben der Gegenwart stellt. Das deutsche Recht ist nicht todt. Es lebt mitten unter uns; es webt und wirkt, obschon oft mißkannt, in unserem täglichen Thun; es bietet in der Gährung unserer Zeit den festen Grund, auf dem unser Volk stehen muß, wenn es eine Gesundung seiner wirthschaftlichen Verhältnisse erringen und sich selbst in sittlicher und sozialer Wiedergeburt verjüngen will. Von diesem Allen aber sehen noch immer die meisten Juristen wenig oder nichts. Kraft langer Gewöhnung ist ihnen das vaterländische Recht fremder als das fremde Recht. Und weil die Juristen das Rechtsleben beherrschen, trägt das deutsche Recht noch immer nicht die Krone, die ihm gebührt. Noch immer gilt es dem Richter und leider auch dem Gesetzgeber als die dienende Magd, die der römischen Königin Gefolgschaft zu leisten und auch ihr ureignes Gut zu Lehen aufzutragen hat. So will denn auch die Kluft sich nicht schließen, die seit der Aufnahme der fremden Rechte zwischen unserem Volke und seiner Rechtsordnung gähnt. Hierin Wandel zu schaffen, hat nun freilich die germanistische Rechtswissenschaft sich seit ihrem Bestande redlich bemüht. Aber noch ist sie weit vom Ziel. Will sie ihm näher kommen, so darf sie nicht

rasten; sie muß mit der zähen Beharrlichkeit, mit der sie unter dem Schutte der Jahrhunderte das einstige Leben des deutschen Rechtes aufzudecken wußte und weiß, auch unter dem Wirrsal der Gegenwart sein heutiges Leben aufspüren und darlegen. Nicht bloß ehrwürdige Trümmerstücke muß sie sammeln, sondern dem ungebrochenen deutschen Rechtsgedanken muß sie nachgehen, im innersten Kerne des geltenden Rechtes muß sie ihn suchen, die Kraft und Fülle seiner schöpferischen Wirksamkeit muß sie enthüllen. Gleichzeitig muß sie unablässig danach ringen, das Gold, das sie aus der Tiefe fördert, immer klarer und schärfer in juristischer Begriffsmünze auszuprägen. Wenig vermag einer so gewaltigen Aufgabe gegenüber des Einzelnen schwache Kraft. Jede Arbeit aber, die auch nur ein Geringes zu ihrer Lösung beiträgt, ist nicht umsonst gethan. Denn in dem Maße, in dem es gelingt, das deutsche Recht als lebendig zu erweisen, wird ihm auch die Zukunft gesichert werden. Dem Blicke, dem sich das Walten der germanischen Rechtsidee im heutigen Rechte erschließt, muß sich auch ihr unvergleichlicher Werth für die Weiterbildung unseres Rechtes im Geiste einer heilsamen sozialen Ordnung entschleiern.

Aber ist es nicht zu spät? Wird nicht bald auch die Darstellung des heute noch lebendigen deutschen Privatrechts nur noch geschichtliche Bedeutung haben? Und wenn uns wie ein unabwendbares Schicksal in Kürze doch ein deutsches Gesetzbuch übermannen sollte, das mehr römisch als deutsch ist, — wozu dann noch der Kampf für germanisches Recht? Gewiß! Unser Volksthum hätte eine neue Niederlage auf dem Rechtsgebiete zu verzeichnen. Ja, wer will sagen, welches Verhängniß für die friedliche Lösung der unser Volksleben im Innersten erregenden Fragen sich an die Einführung eines neuen Privatrechtes knüpfen könnte, das, wenn es nicht deutsch ist, auch nicht sozial sein kann. Folgte doch einst der Rezeption des volkswidrigen Rechtes der im großen Bauernkriege gipfelnde Versuch einer sozialen Revolution! Doch was immer uns bevorstehen mag: nur Kleinmuth giebt den Kampf für hohe Güter auf, weil eine Schlacht verloren gieng oder weil die Hoffnung des Sieges nur in weiter Ferne winkt. Der Kampf für deutsches Recht kann und wird nicht ruhen, so lange es ein deutsches Volk giebt. Hat das Corpus juris das deutsche Recht nicht zu ertöden vermocht, so wird auch ein bürgerliches Gesetzbuch es nicht tödtlich verwunden können. Wie vieles kerndeutsche Recht wird außerhalb seines Paragraphengeheges lebendig bleiben, wie zahlreiche deutsche Gedankenelemente muß es trotz Allem in seinem eignen Bereiche fortpflanzen! Die Aufgabe der germanisti-

sehen Rechtswissenschaft wird somit durch kein wie immer beschaffenes Zukunftsrecht erledigt werden. Stets wird sie berufen bleiben, das jeweilig geltende Recht mit dem unverlierbaren nationalen Rechtsgedanken in Verbindung zu setzen. Und niemals wird sie aufhören dürfen, daran zu arbeiten, daß unser Recht, wo es nicht deutsch ist, deutsch werde.

Um so weniger wird zur Stunde, da die Zukunftsfrage noch schwebt, ein erneuter Versuch der Darstellung des deutschen Privatrechts als unzeitgemäß verworfen werden können. Dringender vielmehr als je ergeht an uns die Mahnung, daß wir uns dessen, was wir an deutschem Rechte wirklich besitzen, voll bewußt werden. Auf daß wir das Erbe unserer Väter mehren und nicht mindern!

Weihnachten 1894.

O. Gierke.

Inhaltsverzeichnis.

(Die in Klammer beigefügten Ziffern bedeuten die Seitenzahlen.)

Erstes Buch.

Allgemeiner Theil.

Erster Abschnitt.

Einleitung.

Erstes Kapitel.

Geschichte des deutschen Privatrechts.

- | | Seite |
|---|-------|
| § 1. Die Zeit der rein nationalen Rechtsbildung. I. Urzeit (3). II. Fränkische Zeit (4). 1. Stammesrechte (4). 2. Reichsrecht (4). III. Zeit des deutschen Mittelalters (5). 1. Gemeines deutsches Recht (5). 2. Stammesrechte (6). 3. Rechtsbildung engerer Kreise (6). IV. Verfall des nationalen Rechts (7) | 3 |
| § 2. Die Aufnahme der fremden Rechte. I. Die Aufnahme des römischen Rechts (8). 1. Vorgeschichte (8). 2. Wesen (9). 3. Mittel und Wege (10). 4. Innere Gründe (12). 5. Kampf und Entscheidung (14). II. Die Aufnahme des kanonischen Rechts (14). III. Die Aufnahme des langobardischen Lehnrechts (15) | 8 |
| § 3. Die neuere Zeit. I. Die nächsten Jahrhunderte nach der Rezeption (15). 1. Fortschritt der fremden Rechte (15). 2. Fortbestand des deutschen Privatrechts (17). a. Usus modernus (17). b. Partikularrechte (17). c. Volksthümliche Satzungen und Gebräuche (19). 3. Verhältniß zwischen fremdem und deutschem Recht (19). II. Die Wiedererstehung des deutschen Rechts im 18. Jahrhundert (20). 1. Die germanistische Rechtswissenschaft (20). 2. Das Naturrecht (21). 3. Die großen Gesetzbücher (21). III. Die Entwicklung des 19. Jahrhunderts (22). 1. Das Ziel der Rechtseinheit (22). 2. Das Ziel des Deutschthums im Recht (23). | 15 |

Zweites Kapitel.

Begriff und Bedeutung des deutschen Privatrechts.

- | | |
|---|----|
| § 4. Privatrecht und öffentliches Recht. I. Begriffliches (26). II. Geschichtliche Ausgestaltung (27). 1. Römische (27). 2. Germanische (28). 3. Moderne (29). III. Abgrenzung (31) | 26 |
|---|----|

- § 5. Deutsches und fremdes Recht. I. Begriffliches (33). 1. Deutschrechtliche Institute (34). 2. Deutschrechtliche Abwandlungen römischrechtlicher Institute (36). 3. Römischrechtliche Institute (36). II. Unmittelbare Geltung des römischen Rechts (37). 1. Nicht in complexu (37). 2. Mit Abwandlungen (39). 3. Subsidiär (39). III. Mittelbare Geltung des römischen Rechts (40). 1. Bedeutung für die neueren Gesetzbücher und Gesetze (40). 2. Bedeutung für die wissenschaftliche Behandlung alles Rechts (40) 33
- § 6. Gemeines und nicht gemeines Recht. I. Begriffliches (43). 1. Gemeines und besonderes Recht (43). 2. Gemeinsames und eigenthümliches Recht (45). 3. Gemeines und partikuläres Recht (45). II. Rechtszustand im deutschen Reich (48). 1. Reichsprivatrecht (48). 2. Gemeines deutsches Privatrecht im älteren Sinne (48). 3. Gemeines Privatrecht mehrerer deutscher Länder (49). 4. Landesprivatrecht (49). 5. Ergebniss für die einzelnen Staatsgebiete (50). III. Aufgabe des deutschen Privatrechts (51). 1. Gemeines bürgerliches Recht und Sonderrechte (51). 2. Gemeinsames und eigenthümliches Recht (51). 3. Gemeines und partikuläres Recht (51). a. Reichsprivatrecht (51). b. Gemeines deutsches Privatrecht im älteren Sinne (51). c. Einheit des deutschen Rechtsgedankens in den Partikularrechten (53) 43

Drittes Kapitel.

Quellen, Hülfsmittel und Litteratur des deutschen Privatrechts.

- § 7. Quellen des gemeinen deutschen Privatrechts. I. Gemeindeutsche Gewohnheiten (54). II. Gemeindeutsche Gesetze (54). 1. Gesetze des alten Reichs (54). 2. Gesetze aus der Zeit des deutschen Bundes (55). 3. Gesetze des norddeutschen Bundes (56). 4. Gesetze des neuen Deutschen Reichs (57). 5. Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich (58) 54
- § 8. Historische Rechtsdenkmäler. Ueberhaupt (60). I. Die Rechtsquellen der fränkischen Zeit (61). II. Die meisten Rechtsquellen des deutschen Mittelalters (61). III. Viele Rechtsquellen der späteren Zeit (62) 60
- § 9. Die deutschen Partikularrechte. I. Partikularrechtskodifikationen mit Anerkennung des gemeinen Rechts als Hülfrecht (63). A. Stadtrechte (63). 1. Nürnberg (64). 2. Worms (64). 3. Frankfurt a. M. (64). 4. Freiburg i. B. (64). 5. Lüneburg (64). 6. Lübeck (64). 7. Hamburg (65). 8. Fortbestehende mittelalterliche Stadtrechte (65). 9. Kleinere Statutarrechte (65). B. Landrechte (66). 1. Baden (67). 2. Ostfriesland (67). 3. Mark Brandenburg (67). 4. Tirol (67). 5. Kurköln (67). 6. Jülich und Berg (67). 7. Württemberg (68). 8. Dithmarschen (68). 9. Solms (68). 10. Kursachsen (68). 11. Kurpfalz (69). 12. Catzenelnbogen (69). 13. Schaumburg (69). 14. Nassau (69). 15. Würzburg (69). 16. Kurtrier (69). 17. Magdeburg (70). 18. Hohenlohe (70). 19. Kurmainz (70). 20. Bamberg (70). 21. Ordensland Preussen (70). 22. Bayern (70). 23. Kleinere Landrechte (71). II. Die das gemeine Recht ausschließenden Gesetzbücher (72). 1. Das preussi-

(Die in Klammer beigefügten Ziffern bedeuten die Seitenzahlen.)

	Seite
sche Landrecht (72). 2. Das österreichische Gesetzbuch (74). 3. Das französische Gesetzbuch (76). 4. Das badische Landrecht (77). 5. Das sächsische Gesetzbuch (77). 6. Entwürfe (78). III. Einzelgesetze (78).	63
§ 10. Verwandte Rechte. I. Im Allgemeinen (79). 1. Abstammung aus gleicher Wurzel (79). 2. Gemeinschaft des Kulturlebens (80). II. Einzelne verwandte Rechte (81). 1. Das Recht der Schweiz (81). 2. Baltisches Recht (82). 3. Französisches Recht (82). 4. Englisches Recht (82).	79
§ 11. Litteratur. I. Nationale Rechtsbücher (83). II. Populäre Schriften über fremdes Recht (83). III. Gelehrte romanistische Litteratur (84). 1. Die auf Entscheidung praktischer Rechtsfälle gerichteten Arbeiten (84). 2. Die dogmatischen Arbeiten (86). IV. Selbständige Darstellungen des deutschen Privatrechts (89). V. Sammelwerke zum deutschen Privatrecht (95). VI. Litteratur der Partikularrechte (98). VII. Litteratur der verwandten Rechte (103)	83
§ 12. Hilfswissenschaften. I. Geschichtswissenschaften (105). II. Rechtswissenschaften (105). III. Gesellschaftswissenschaften (106)	105

Viertes Kapitel.

System und Methode.

§ 13. System. Erforderliche Erweiterungen des Pandektensystems (107). Zweckmäßige Ausscheidung von Sonderrechtsgebieten (108)	107
§ 14. Methode. Einbeziehung der deutschen Partikularrechte (110). Aufnahme von Rechtsgeschichtlichem (110)	110

Zweiter Abschnitt.

Das objektive Recht.

Erstes Kapitel.

Das objektive Recht überhaupt.

§ 15. Begriff und Wesen des objektiven Rechts. I. Begriff. Objektives und subjektives Recht (112). Definition (113). II. Wesen. 1. Das Recht als Inbegriff von Normen (113). 2. Normen, die das Wollen in unbedingter Weise bestimmen (113). Recht und Sitte (113). Das Zwangsmoment (114). 3. Normen, die das Wollen äußerlich bestimmen (114). Recht und Sittlichkeit (115). 4. Normen für freies Wollen (115). Rechtsgesetze, Naturgesetze, soziale und wirtschaftliche Gesetze (115). 5. Das Recht wurzelt in Ueberzeugung (116). Willensinhalt der Rechtssätze (116). Recht und Macht (116). 6. Die Ueberzeugung muß erklärt sein (117). Der Rechtsbefehl (117). Recht und Staat (118). 7. Das Recht als erklärte Ueberzeugung einer Gemeinschaft (119). 8. Das Recht als spezifische Funktion des menschlichen Gemeinlebens (120). Die Idee des Gerechten (120). Der Zweck im Recht (121). 9. Der Zusammenhang des Rechts mit den übrigen Funktionen des Gemeinlebens (122)	112
§ 16. Die Elemente des objektiven Rechts. I. Rechtssätze (123). 1. Abstrakte und konkrete (123). 2. Gewährende, verpflichtende und deutende (124). 3. Zwingende und nachgiebige (124). II. Rechtsinstitute (124). III. Rechtssystem (125)	123

(Die in Klammer beigefügten Ziffern bedeuten die Seitenzahlen.)

Zweites Kapitel.

Das Werden des objektiven Rechts.

- § 17. Die Rechtserzeugung überhaupt. Begriff und Wesen der Rechtserzeugung (125). Ungesetztes und gesetztes Recht (126). Weitere Differenzirung der Rechtsquellen (127) 125
- § 18. Das Gesetz. I. Begriff (128). Formeller und materieller Gesetzesbegriff (129). II. Erfordernisse (131). 1. Gesetzesbildung (131). 2. Gesetzesauspruch (131). Verkündigungsformen (132). III. Kraft (133). 1. Zeitpunkt ihres Eintritts (133). 2. Verbindlichkeit für Jedermann (134). IV. Anwendung (135). Richterliche Prüfung: 1. Der gehörigen Verkündigung (135). 2. Des gehörigen Zustandekommens (136). V. Auslegung (139). Gesetzesmaterialien (140). Auslegung durch Rechtsatz (141). Analogie (141) 128
- § 19. Die autonomische Satzung. I. Begriff. 1. Erzeugniß eines Verbandes (142). 2. Eines Verbandes, der nicht Staat ist (142). 3. Objektives Recht (143). 4. Gesetztes Recht (143). II. Geschichte (144). Mittelalterliche Auffassung (144). Lehre von den Statuta (144). Grenzziehung zwischen Partikulargesetz und Satzung (145). Kampf gegen die Autonomie (145). Neueste Entwicklung (147). III. Subjekte (148). 1. Die Familien des hohen Adels (148). 2. Die Gemeinden (149). 3. Die Kirchen (150). 4. Die sonstigen öffentlichen Körperschaften (150). 5. Die privaten Körperschaften (150). IV. Umfang (151). 1. Die inneren gemeinheitlichen Rechtsverhältnisse (151). 2. Die mitgliedschaftlichen Sonderrechtsverhältnisse (152). 3. Aufserkörperschaftliche Rechtsverhältnisse (152). a. Im Gebiete des öffentlichen Rechts (153). b. Im Gebiete des Privatrechts (154). V. Erfordernisse. 1. Satzungsbildung. a. Durch Beschluß der Mitgliederversammlung (154). b. Durch Beschluß einer engeren Versammlung (155). c. Durch Entschluß eines Einzelnen (155). 2. Ausspruch (155). 3. Staatliche Bestätigung (156). VI. Wirksamkeit (158) 142
- § 20. Das Gewohnheitsrecht. I. Begriff (159). II. Geschichte (159). Im deutschen Mittelalter (159). Bildung und Einfluß der älteren Theorie (160). Kampf der Gesetzgebung gegen das Gewohnheitsrecht (160). Umschwung der Theorie (161). III. Geltungsgrund (161). Aeltere Theorien (162). Auffassung der historischen Rechtsschule (163). Gegenströmung (164). Die vermittelnde Ansicht (164). IV. Erfordernisse (165). 1. Bildung einer Rechtsüberzeugung. a. Trägerin eine organische Gemeinschaft (165). b. Ueberzeugung, nicht Wille (166). c. Gemeinüberzeugung (166). d. Rechtsüberzeugung (167). e. Unerheblichkeit der Beweggründe, insbesondere des Irrtums (167). f. Unerheblichkeit des Inhalts, insbesondere seiner Lauterkeit und Vernünftigkeit (169). 2. Uebung (170). V. Umfang (171). Observanz (171). Gewohnheitsrecht für ein einzelnes Rechtsverhältniß (172). VI. Kraft (172). Einschränkende Bestimmungen der neueren Gesetzbücher (173). VII. Anwendung (174). Beweis (175) 159
- § 21. Das Juristenrecht. I. Im Allgemeinen (176). II. Praxis (177). Präjudiziengesetze (177). Gerichtsgebrauch (178). III. Theorie (180). Die Wissenschaft niemals Rechtsquelle (180). Auch nicht das Naturrecht (181). Noch auch die Natur der Sache (182) 176

(Die in Klammer beigefügten Ziffern bedeuten die Seitenzahlen.)

Drittes Kapitel.

Verhältniß der Rechtsquellen zu einander.

- § 22. Der Zusammenstoß der Rechtsquellen. I. Zusammenstoß weiterer und engerer Quellen desselben Rechtsgebiets (183). II. Zusammenstoß älterer und jüngerer Quellen desselben Rechtsgebiets (184). III. Zusammenstoß von Quellen verschiedener Rechtsgebiete (185) 183
- § 23. Die Nichtrückwirkung der Rechtsquellen. I. Prinzip (185). II. Geschichte (186). III. Kraft (187). Der verbotende Rechtssatz und seine Tragweite (187). Der deutende Rechtssatz und seine Tragweite (189). Rückwirkung der authentischen Interpretation (190). IV. Inhalt (191). Der Begriff der erworbenen Rechte (192). Werdende Rechte (193). Gesetzliche Rechte (194). Einfluß der Aufhebung oder Umwandlung eines Rechtsinstituts (194). Die Entschädigungsfrage (195). 185
- § 24. Die Einzelanwendung des Prinzips der Nichtrückwirkung. I. Personenrecht (196). Gesetzliche Persönlichkeitsrechte (196). Individuell begründete Persönlichkeitsrechte (197). Insbesondere Rechte aus geistiger Schöpfung (197). II. Sachenrecht (198). III. Obligationenrecht (200). IV. Familienrecht. 1. Ehe recht (201). Eheliches Güterrecht (202). 2. Elternrecht (203). Rechte unehelicher Kinder (204). 3. Vormund schaftsrecht (205). V. Erbrecht (205). VI. Prozeßrecht (206). Ver jäh rung (207) 196
- § 25. Die Geltung fremder Rechtsquellen. I. Prinzip (209). „Sta- tutenkollision“ und „internationales Privatrecht“ (210). II. Geschichte (210). Entwicklung der Anerkennung fremder Rechtsquellen (210). Per- sonalität, Dinglichkeit, Territorialität (211). Neuere Gestaltung der Lehre (211). III. Die Grundsätze des geltenden Rechts. 1. Das fremde Recht ist Recht (212). 2. Die Geltung des fremden Rechts beruht in jedem Rechtsgebiet auf Rechtssätzen des einheimischen Rechts (213). 3. Das einheimische Recht zieht der Geltung des fremden Rechts Schranken (214). 4. Das einheimische Recht regelt die Geltung des fremden Rechts (215). 5. Im Bereiche des nachgiebigen Rechts können die Be- theiligten das für sie maßgebende Recht küren (216). 6. Die An- wendung von fremdem Recht durch den Richter erfolgt nach den Regeln über die Anwendung von Rechtsnormen (216). 7. Im Zweifel ist das Recht des Gebietes anzuwenden, in das der Schwerpunkt der räumlichen Beziehungen des zu beurtheilenden Rechtsverhältnisses fällt (217) 209
- § 26. Die Einzelanwendung des Prinzips der Geltung fremder Rechtsquellen (219). I. Personenrecht (220). 1. Bestimmung des Personalstatuts nach dem Wohnsitz oder nach der Staatsangehörig- keit (220). 2. Grundsätzliche Geltung des Personalstatuts für alle Per- sönlichkeitsrechte (221). Durchbrechungen dieses Grundsatzes: a. Bei Beurtheilung der Rechtsfähigkeit (223). b. Bei Beurtheilung der Hand- lungsfähigkeit (224). c. Bei manchen besonderen Persönlichkeits- rechten (225). d. Rechtsverhältniß aus einem personenrechtlichen Verbands (226). II. Sachenrecht (226). 1. Liegenschaften (227). 2. Fahrniß (228). 3. Unkörperliche Sachen (229). 4. Vermögens-

(Die in Klammer beigefügten Ziffern bedeuten die Seitenzahlen.)

inbegriffe (230). III. Obligationenrecht. 1. Geschäftsobligationen. a. Form der Rechtsgeschäfte (230). b. Wirkungen der Rechtsgeschäfte (231). 2. Deliktsobligationen (234). 3. Gesetzliche Verbindlichkeiten (234).	
IV. Familienrecht (235). 1. Ehe recht. a. Eheliches Personenrecht (235). b. Eheliches Güterrecht (237). 2. Eltern- und Kinderrecht (240). Rechtsverhältnisse der unehelichen Kinder (241). 3. Vormundschaftsrecht (242).	
4. Weitere Verwandtschaft (243). V. Erbrecht (243). VI. Prozeßrecht (246). Konkursrecht (248). Verjährung (249)	219

Dritter Abschnitt.

Das subjektive Recht.

Erstes Kapitel.

Das subjektive Recht überhaupt.

- § 27. Begriff und Wesen des subjektiven Rechts. I. Begriff (251). II. Wesen. 1. Verhältniß zum objektiven Recht (251). 2. Abstrakte und konkrete Fassung des subjektiven Rechts (253). 3. Das subjektive Recht als äußere Willensmacht oder Willensgebundenheit (253) . . . 251
- § 28. Die Elemente des subjektiven Rechts. I. Befugnisse und Pflichten (254). II. Rechtsverhältniß (255). III. Rechtsleben (256) . 254
- § 29. Die Rechte. I. Struktur der Rechte. 1. Subjekt (256). 2. Prädikat (257). 3. Objekt (257). 4. Beziehungsgegenstand (258). Möglichkeit und Wirklichkeit verschiedener Denkformen (259). II. Eintheilung der Rechte nach dem Objekt (260). 1. Rechte an der eignen Person, Persönlichkeitsrechte (260). 2. Rechte an Sachen, Sachenrechte (260). 3. Rechte an anderen Personen, persönliche Rechte (260). a. Rechte auf eine Handlung, Obligationenrechte (261). b. Rechte an fremder Persönlichkeit, Personenrechte (261). c. Rechte einer Verbandsperson an ihren Gliedpersonen und der Gliedpersonen an ihrer Verbandsperson, innere Körperschaftsrechte (262). d. Rechte am Rückstande einer weggefallenen Person, Nachlaßrechte (262). III. Eintheilung der Rechte nach dem Subjekt. 1. Nach der Beschaffenheit des Subjekts (263). 2. Nach der Bestimmtheit des Subjekts. a. Rechte mit unmittelbar bestimmtem Subjekt (263). b. Rechte mit mittelbar bestimmtem Subjekt (264). c. Rechte mit unbestimmtem Subjekt (264) 256
- § 30. Das Rechtssubjekt. I. Begriff (265). II. Arten (265). Uebermenschliche und untermenschliche Wesen als Subjekte im älteren Recht (265). Heute nur Menschen als Einzelne oder als Verbände (267). Wesen des Persönlichkeitsbegriffs (268). III. Subjektgemeinschaften. a. Gemeinschaften mit unverbundenen Subjekten (268). b. Gemeinschaften mit verbundenen Subjekten (269) 265
- § 31. Das Rechtsobjekt. I. Begriff (269). Der Sachbegriff (269). II. Arten der Sachen (270). 1. Die Unterscheidung körperlicher und unkörperlicher Sachen. a. Körperliche Sache (270). b. Unkörperliche Sache (270). Tragweite dieses Begriffs (271). Bedeutung desselben (273). 2. Die Unterscheidung von Sachindividuen und Sachinbegriffen. a. Sachindividuen (273). b. Sachinbegriffe (275). III. Vermögen. 1. Im ob-

(Die in Klammer beigefügten Ziffern bedeuten die Seitenzahlen.)

	Seite
jektiven Sinne (275). 2. Im subjektiven Sinne (276). Abgrenzung des Vermögensrechtes (276). Werth (277)	269

Zweites Kapitel.

Das Werden des subjektiven Rechts.

§ 32. Im Allgemeinen. I. Rechtsvorgänge (278). II. Thatbestände (280). Handlungen (281). Sonstige Thatbestände (281)	278
§ 33. Rechtsgeschäfte. I. Wesen (282). II. Arten (283). 1. Einseitige und mehrseitige (283). Verträge (284). 2. Rechtsbegründende, rechtsverändernde und rechtsaufhebende (285). Verzichte (285). 3. Entgeltliche und unentgeltliche (286). 4. Materielle und abstrakte (286). 5. Abwandlungen durch Nebenbestimmungen (286). III. Erfordernisse (286). Gültige und ungültige Rechtsgeschäfte (286). Rechtlich zulässiger Inhalt (287). Willensbildung und Willensäußerung (288). IV. Form (289). Rechtliche Bedeutung der Geschäftsformen überhaupt (289). 1. Sinnbilder (290). 2. Formeln (291). 3. Zeugenziehung (291). 4. Schriftlichkeit (291). 5. Notarielle Form (292). 6. Gerichtlichkeit (293). 7. Eintragung in öffentliche Bücher (294). V. Vertretung (296). Geschichtliche Entwicklung der freien Stellvertretung im deutschen Recht (296). Unmittelbare Stellvertretung im deutschen Recht (297). Vertretungsmacht (299). Handeln ohne Vollmacht (300). VI. Auslegung (301).	282
§ 34. Gesetzliche Rechte. I. Ueberhaupt (302). II. Privilegien. 1. Begriff (302). 2. Bedeutung (303). 3. Begründung (304). 4. Inhalt (305). 5. Beendigung (306). a. Beendigung des Privilegs als Recht (306). b. Beendigung des Privilegs als Rechtssatz (307)	302
§ 35. Zeitablauf. I. Ueberhaupt (308). II. Berechnung der Zeit (308). 1. Tage (309). 2. Wochen und Monate (309). 3. Jahr, Jahr und Tag (310). 4. Festtage (310). 5. Gesetzliche Zeit (310). III. Verjährung (310). 1. Aelteres deutsches Recht (311). Verschweigung (311). 2. Aufnahme der fremden Rechte (312). IV. Unvordenklichkeit (313). 1. Geschichte (313). 2. Wesen (315). 3. Erfordernisse (316). 4. Anwendungsgebiet (317). 5. Beweis (318)	308

Drittes Kapitel.

Ausübung und Schutz des subjektiven Rechts.

§ 36. Ausübung der Rechte. I. Im Allgemeinen (319). Nichtgebrauch (319). Mißbrauch (319). II. Ausübungsbefugniss (320). 1. Ausübung durch Vertreter (320). 2. Ruhen der Ausübungsbefugniss (321). 3. Legitimation zur Ausübung (321). III. Kollision der Rechte (321) . . .	319
§ 37. Schutz der Rechte durch Klagen. I. Die Gerichtshülfe überhaupt (323). Der Anspruch auf Gerichtshülfe (323). II. Klagen (324). Das ältere deutsche Recht (325). Einfluß des römischen Aktionensystems (325). Das heutige Recht (326). Einreden (327). III. Der Prozeß (328). Zwangsvollstreckung (328). Konkursrecht (329) . . .	323
§ 38. Sicherungsmittel der Rechte. I. Rechtsverwahrung (329). II. Sicherheitsleistung (330). III. Arrest (330). IV. Einstweilige Verfügung (331). V. Sequestration (331). VI. Inventar (331). VII. Offen-	

(Die in Klammer beigelegten Ziffern bedeuten die Seitenzahlen.)

	barungseid (331). VIII. Siegelung (332). IX. Oeffentliches Aufgebot (332). Geschichte (332). Verfahren (333). Voraussetzung (334). Wirkung (335)	329
§ 39.	Schutz der Rechte durch Selbsthülfe. I. Im Allgemeinen (335). Geschichte (336). Heutiges Recht (337). II. Die eigenmächtige Pfändung (338). 1. Geschichte (338). a. Die eigenmächtige Pfändung zur Befriedigung und ihr Verschwinden aus dem geltenden Recht (338). b. Die eigenmächtige Pfändung zur Sicherung und ihre Erhaltung als Schüttung und als Personalpfändung (341). 2. Wesen (341). 3. Begründung (342). a. Schadenszufügung oder bloße Besitzstörung (343). b. Antreffen auf frischer That (344). c. Nothfall (344). 4. Der Pfändungsberechtigte (344). 5. Verfahren (344). a. Auf dem Grundstück (345). b. Ohne unnöthige Gewalt (345). c. Mit Mafs (346). d. Kundmachung (347). e. Aufbewahrung (347). 6. Wirkung (348). a. Beweissicherung (348). b. Ersatzsicherung (349). c. Besitzsicherung (351) .	336

Zweites Buch.

Besonderer Theil.

Erster Abschnitt.

Personenrecht.

Erstes Kapitel.

Das Recht der Einzelpersönlichkeit.

Erster Titel.

Die Einzelpersönlichkeit überhaupt.

§ 40.	Begriff und Inhalt. I. Begriff (355). II. Inhalt (356). 1. Rechtsfähigkeit (356). 2. Handlungsfähigkeit (357)	355
§ 41.	Erwerb der Persönlichkeit. I. Leibesfrucht (357). II. Geburt (358). 1. Leben nach der Geburt (358). 2. Menschliche Gestalt (359). 3. Lebensfähigkeit (359). III. Beurkundung der Geburt (360). Kirchenbücher (360). Einführung der Civilstandsregister (360). Die heutigen Standesregister (361). Anzeige und Eintragung der Geburtsfälle (362)	357
§ 42.	Verlust der Persönlichkeit. I. Tod (363). Beweis (363). Beurkundung (363). II. Fingirter Tod (364). 1. Friedlosigkeit und bürgerlicher Tod (364). 2. Klostertod (364). III. Vermutheter Tod (365). 1. Geschichte der Todesvermuthung (365). Aelteres deutsches Recht (365). Römisches Recht und romanistische Doktrin (367). Fortbildung seit der Rezeption (367). 2. Voraussetzungen (368). a. Verschollenheit (368).	

(Die in Klammer beigelegten Ziffern bedeuten die Seitenzahlen.)

	Seite
Lebensvermuthung während der Verschollenheit (368). b. Ablauf der Verschollenheitsfrist (370). Sächsisches System (370). Schlesisches System (371). See-, Kriegs- und sonstige Unfallverschollenheit (372). 3. Verfahren (372). 4. Wirkung der Todeserklärung (374). Die Rechtsfolgen des natürlichen Todes werden als eingetreten behandelt (374). Bestimmung des als Todeszeit geltenden Zeitpunktes (375). 5. Wegfall der Wirkung (377). a. Todesnachweis (377). b. Lebensnachweis (377)	368

Zweiter Titel.

Einfluss natürlicher Zustände.

§ 43. Geschlechtsunterschied. Aelteres deutsches Recht (379). Heutiges Recht (380). Zweifelhafte Geschlecht (380)	379
§ 44. Altersunterschied. I. Jugendliches Alter. 1. Altersstufen (381). Aelteres Deutsches Recht (381). Mündigkeitstermine (382). Fortbildung im Mittelalter (383). Einfluss der Rezeption (384). Heutiges Recht (385). 2. Besondere Mündigkeitstermine (385). 3. Jahrgabung (385). 4. Wirkungen der Altersunreife (386). a. Kinder (387). b. Beschränkte Handlungsfähigkeit der Minderjährigen über 7 Jahre (387). c. Erweiterungen ihrer Handlungsfähigkeit (387). d. Arglist (388). e. Privilegia minorum (388). II. Greisenalter (389)	381
§ 45. Gesundheit. I. Leibliche Gesundheit (390). 1. Einfluss auf die Rechtsfähigkeit (390). 2. Einfluss auf die Handlungsfähigkeit (390). II. Geistige Gesundheit. 1. Geisteskrankheit (392). 2. Verschwendung (393). 3. Trunksucht (394)	390

Dritter Titel.

Einfluss der Standesunterschiede.

§ 46. Das Ständewesen überhaupt. I. Begriff (395). II. Privatrechtliche Bedeutung des Ständewesens (395). 1. Ihr Verhältniß zur öffentlichrechtlichen Bedeutung des Ständewesens (395). 2. Ständerecht und gemeines Recht (395). 3. Geburtsstände und Berufsstände (396)	395
§ 47. Der hohe Adel. I. Begriff (397). II. Geschichte (397). III. Erwerb (399). IV. Standesrechte (399). 1. Hausverfassung (400). 2. Ebenbürtigkeit (401). a. Mißheirath (401). b. Ehe zur linken Hand (404).	397
§ 48. Der niedere Adel. I. Begriff (406). II. Geschichte (406). III. Erwerb. 1. Geburt (407). 2. Heirath (407). 3. Verleihung (407). IV. Verlust (408). 1. Verheirathung (408). 2. Verzicht (408). V. Arten des Adels (409). 1. Ahnenadel und neuer Adel (409). 2. Uradel und Briefadel (409). 3. Erbadel und persönlicher Adel (409). VI. Standesrechte (410). 1. Sonderrecht (410). 2. Ebenbürtigkeit (410). 3. Adelszeichen (411). 4. Vorrechte kraft Satzung oder Rechtsgeschäfts (411)	406
§ 49. Der Bürgerstand. Der Bürgerstand des Mittelalters (411). Der Bürgerstand des heutigen Rechts (412). Höherer und niederer Bürgerstand (412)	411
§ 50. Der Bauernstand. Ehemals (413). Heutiges Recht (413)	413
§ 51. Berufsstände. I. Gewerbliche Berufsstände (414). II. Oeffentliche Berufsstände (414)	414

(Die in Klammer beigefügten Ziffern bedeuten die Seitenzahlen.)

Vierter Titel.

Einfluss der Ehre.

- § 52. **Geschichtliche Entwicklung des Rechts der Ehre.** I. Ueberhaupt (416). Grundgedanken des germanischen Rechts (416). 1. Aus der Persönlichkeit entspringt ein Recht auf Ehre (416). 2. Unversehrte Ehre ist Grundlage des Rechts der Persönlichkeit (417). II. Das Recht des deutschen Mittelalters (417). 1. Echtlosigkeit (417). 2. Rechtlosigkeit (417). a. Kraft Urtheils (418). b. Kraft Berufsmakels (419). c. Kraft Geburtsmakels (419). 3. Ehrlosigkeit (420). a. Bescholtenheit (420). b. Ehrloserklärung (420). c. Verlust einer Sonderehre (421). III. Der Einfluss der Rezeption (422). 1. Echtlosigkeit (423). 2. Rechtlosigkeit (423). a. Kraft Urtheils (423). b. Kraft Berufs- oder Geburtsmakels (424). 3. Ehrlosigkeit (425). a. Bescholtenheit (425). b. Ehrlosigkeit kraft Urtheils (425). c. Sonderehre (425). IV. Die neueste Entwicklung (425). 416
- § 53. **Geltendes Recht der Ehre.** I. Ueberhaupt (427). 1. Das Recht der Person auf Ehre (427). 2. Die Einwirkung der Ehre auf die Persönlichkeit (427). II. Menschenehre (427). III. Bürgerehre (427). 1. Fälle ihres Verlustes und ihrer Minderung (427). 2. Wirkungen des Ehrverlustes (428). IV. Sonderehre (430). Rechtliche Bedeutung (430). Ordnung und Handhabung des Rechts der Sonderehre (431). V. Individuallehre (432). Erhöhung (432). Minderung (433) 427

Fünfter Titel.

Einfluss der Religion.

- § 54. **Der Einfluss der Religion überhaupt.** I. Geschichtliche Entwicklung. 1. Im Mittelalter (434). 2. Nach der Reformation (434). 3. Seit dem 18. Jahrhundert (435). 4. Im 19. Jahrhundert (435). II. Heutiges Recht (436). 1. Keine Beschränkung der bürgerlichen und staatsbürgerlichen Rechte (436). 2. Geltung besonderer Privatrechtsätze für die Angehörigen eines Bekenntnisses (436). 3. Rechtsfolgen der Religionsverschiedenheit (436). 4. Einwirkung des Kirchenrechts (436). 5. Satzungsrecht (436). 6. Rechtsgeschäftliche Bedingungen (437). 434
- § 55. **Rechtsverhältnisse der Juden.** I. Aelteres Recht (437). 1. Judenschutz (438). 2. Judengemeinden (439). 3. Jüdisches Recht (439). 4. Sonderrecht für die Juden (440). a. Begünstigungen (440). b. Zurücksetzungen (440). II. Heutiges Recht (441). 1. Vollgenossenrecht in Staat und Gemeinde (441). 2. Judengemeinden (442). 3. Jüdisches Recht (442). 4. Einfluss der jüdischen Religion auf das Privatrecht (442). 437

Sechster Titel.

Einfluss der Staats- und Gebietsangehörigkeit.

- § 56. **Staatsangehörigkeit.** I. Begriff (443). Reichs- und Landesangehörigkeit (443). Das gemeinsame Indigenat (444). II. Privatrechtliche Bedeutung (444). Aelteres Recht (444). Heutiges Recht (445). Die privatrechtliche Gleichstellung Staatsangehöriger und Staatsfremder (445). Ausnahmen (446). Vergeltungsrecht (446). III. Einzelne Beschränkungen

(Die in Klammer beigefügten Ziffern bedeuten die Seitenzahlen.)

	der Fremden (447). 1. Erwerb von Grundeigenthum (447). 2. Schiffsparten (448). 3. Vormundschaft (448). 4. Eheschließung (448). 5. Persönlichkeitsrechte (448). 6. Staatsschuldbuch (449). 7. Gewerberecht (449). 8. Wohnrecht (449). 9. Prozeßrecht (449). 10. Satzungsrecht (449). 11. Abzugsrecht (450). IV. Gemeindeangehörigkeit (451) . . .	443
§ 57.	Gebietsangehörigkeit. I. Im Allgemeinen (451). II. Gebietsangehörigkeit durch Grundbesitz (452). III. Gebietsangehörigkeit durch Wohnsitz (453). IV. Unterstützungswohnsitz und Heimathsrecht (455).	451

Zweites Kapitel.

Das Recht der Verbandspersönlichkeit.

Erster Titel.

Die Verbandspersönlichkeit überhaupt.

§ 58.	Geschichtliche Entwicklung. I. Ueberhaupt (456). II. Urprüngliches deutsches Recht (457). 1. Genossenschaftliche Verbände (457). 2. Herrschaftliche Verbände (457). 3. Gemischte Verbände (457). III. Fortbildung im deutschen Mittelalter (457). 1. Körperschaften (458). 2. Anstalten (458). 3. Mischungen (459). IV. Einfluß der Rezeption (459). Die römischrechtliche Grundlage (459). Die romanistisch-kanonistische Theorie (460). Ihre Aufnahme in Deutschland (461). Widerstandskraft des germanischen Körperschaftsrechts (461). Die naturrechtliche Gesellschaftslehre (461). Die Gesetzgebung (462). V. Neueste Zeit (463). 1. Spaltung der Theorie (463). a. Theorien, die eine fingirte Person annehmen (463). b. Theorien, die jede Verbandspersönlichkeit streichen (464). c. Theorien der realen Verbandspersönlichkeit (466). 2. Verhalten der Gesetzgebung (468). 3. Verhalten der Praxis (468).	456
§ 59.	Begriff und Wesen der Verbandspersönlichkeit. I. Begriff (469). Name (469). II. Wesen (470). 1. Wirklichkeit der Verbandsperson (470). 2. Persönlichkeit kraft Rechtssatzes (471). Die Rolle des Staates (471). 3. Rechtsfähigkeit der Verbandsperson (472). 4. Handlungsfähigkeit der Verbandsperson (472). 5. Die Verbandsperson als zusammengesetzte Person (473). 6. Die Verbandsperson als Gliedperson (473)	469
§ 60.	Arten der Verbandspersönlichkeit. Körperschaften (474). Anstalten (474). Mischung beider Typen (474). Der Staat (474). Andere Arten von Verbandspersönlichkeit giebt es nicht (475)	474

Zweiter Titel.

Der Staat als Verbandsperson.

§ 61.	Der Fiskus. I. Ueberhaupt (475). Der Staat als völkerrechtliche, staatsrechtliche und privatrechtliche Person (475). Der Staat als Vermögenssubjekt (475). Einheit der Staatspersönlichkeit (476). II. Reichs- und Landesfiskus (477). III. Einheit des Fiskus (477). IV. Fiskalrecht (478). Privilegia fisci (478). Verschiedenes Fiskalrecht in demselben Staatsgebiet (478)	475
-------	--	-----

(Die in Klammer beigefügten Ziffern bedeuten die Seitenzahlen.)

Dritter Titel.

Die Körperschaften.

- § 62. Im Allgemeinen. I. Begriff und Wesen (479). Der äußere Begriff (479). Das Wesen der römischen universitas (479). Das Wesen der deutschen Körperschaft (479). Die romanistische Theorie (480). Die germanistische Genossenschaftstheorie (480). Ursprüngliche Fassung (480). Fortbildung (481). Der deutsche Gegensatz körperschaftlicher und gesellschaftlicher Verbindung (481). Das genossenschaftliche Prinzip und das Prinzip der gesammten Hand (482). II. Arten (482). Oeffentliche und private Körperschaften (482). Weltliche und kirchliche (482). Gemeinden und Genossenschaften (482). Keine Körperschaften sind die bloß publizistischen Verbandseinheiten und die Behörden (483). 479
- § 63. Entstehung der Körperschaften. I. Erzeugung des Gemeinwesens (483). 1. Grundlagen (483). a. Persönliches Substrat (484). b. Unpersönliches Substrat (484). Gebietskörperschaften (484). Vermögensgenossenschaften (484). 2. Vereinigungsakt (484). Unbewusste Willensvorgänge (485). Bewusste Willensthaten (485). Der Vereinigungsakt als sozialrechtlicher Konstitutivakt (486). Gründungsstadium (486). Körperschaftliches Vorleben (486). Individualrechtsgeschäfte im Gründungsstadium (487). II. Anerkennung des Gemeinwesens als Verbandsperson (487). 1. Persönlichkeit kraft Daseins (488). 2. Persönlichkeit kraft besonderer Kundmachung (489). 3. Persönlichkeit kraft Verleihung (490). 483
- § 64. Zusammensetzung der Körperschaften. Einzelpersonen oder Verbandspersonen als Mitglieder (492). Die Mitgliedschaft als personenrechtliches Verhältniß (492). Mögliche Umbildung zum Vermögensrecht (492). Erwerb und Verlust der Mitgliedschaft (492). Offene oder geschlossene Zahl der Mitgliedschaften (494). Uebertragbare Mitgliedschaften (494). Inhalt der Mitgliedschaft (495). Umfang der Mitgliedschaft (495). Mögliche Ungleichheit (495). Häufbare und theilbare Mitgliedschaften (496) 492
- § 65. Organisation der Körperschaften. I. Ueberhaupt (496). Organe (497). Organträger (498). II. Einzelne Organe (498). 1. Die Mitgliederversammlung (498). Bildung (499). Beschlussfähigkeit (500). Beschlussfassung (501). Majoritätsprinzip (501). Machtbereich des Körperschaftsbeschlusses (503). Einschränkung auf die körperschaftliche Lebenssphäre (504). Einschränkung durch Sonderrechte der Mitglieder (504). Anfechtung von Körperschaftsbeschlüssen (505). 2. Der Vorstand (506). Bildung (506). Zuständigkeit (507). Vertretungsfunktion (507). Umfang der Vertretungsmacht (508). Verwaltungsfunktion (510). 3. Repräsentativorgane (510). Als Ersatz der Mitgliederversammlung (510). Als Ergänzung der Mitgliederversammlung (511). 4. Sonstige Organe (511). Unmittelbare (511). Mittelbare (512) 496
- § 66. Rechtsfähigkeit der Körperschaften. Arten der körperschaftlichen Rechte und Pflichten (512). I. Gemeinheitliche (512). II. Gliedmäßige (513). III. Individuelle (514). Vermögensfähigkeit (515). Fähigkeit zu Persönlichkeitsrechten (515). Ausnahmen von der Gleichstellung mit Einzelpersonen (516). Einschränkungen der Rechtsfähigkeit (516). Erweiterungen der Rechtsfähigkeit (517) 512

(Die in Klammer beigefügten Ziffern bedeuten die Seitenzahlen.)

- § 67. Handlungsfähigkeit der Körperschaften. I. Ueberhaupt (518). Willensorgane (518). Bewußtseinsorgane (519). Stellvertreter (519). II. Umfang (519). 1. Einschränkung auf den körperschaftlichen Lebensbereich (519). 2. Gebundenheit durch höheres Gemeinleben (520). Staatsaufsicht (520). Aufsicht oder Bevormundung (520). Außerordentliche oder ständige Aufsicht (521). Prüfung der Rechtmäßigkeit oder der Zweckmäßigkeit (521). Abwehr oder positive Einwirkung (521). Kenntnißnahme (522). Abhelfende Mafsregeln (522). Vorbeugende Mafsregeln (523). Genehmigung (523). Gebundenheit von Gliedkörperschaften durch die Gesamtkörperschaft (524). III. Erfordernisse der Körperschaftshandlung (524). IV. Einzelne Körperschaftshandlungen (525). 1. Gemeinheitliche (525). 2. Gliedmäßige (525). 3. Individuelle (526). a. Rechtsgeschäfte (526). b. Rechtsausübungshandlungen (527). c. Prozeßhandlungen (527). V. Rechtswidrige Körperschaftshandlungen (528). Deliktsfähigkeit (528). Umfang (530). Voraussetzungen einer rechtswidrigen Körperschaftshandlung (530). Wirkungen (531). Straffolgen (531). Privatrechtliche Ersatzverbindlichkeiten (531). Haftung für fremdes Verschulden (533). Haftung ohne Verschulden (533) . . . 518
- § 68. Verhältnifs der Körperschaft zu ihren Gliedern. Rechtsbeziehungen dreifacher Art (533). I. Aufserkörperschaftliche Verhältnisse (534). Freie Sonderrechtsverhältnisse der Glieder (534). II. Rein körperschaftliche Verhältnisse (534). Reine Mitgliedschaftsverhältnisse (534). Ihr Rechtsschutz (534). Ihre Stellung zu den Individualsphären der Glieder (535). III. Verhältnisse des körperschaftlichen Sonderrechts (536). Mitgliedschaftliche Sonderrechtsverhältnisse (536). Ungleiche Ausprägung bei den einzelnen Körperschaftsgattungen (536). Unterschiede nach dem Subjekte (537). Nach dem Objekte (537). Personenrechtliche Sonderrechtsverhältnisse (537). Sachenrechtliche (538). Genossenschaftliches Gesamteigenthum (539). Begrenzte dingliche Gesamtrechte (541). Dingliche Gesamtlasten (541). Obligationenrechtliche Sonderrechtsverhältnisse (541). Genossenschaftliche Gesamtforderungsrechte (544). Genossenschaftliche Gesamtverbindlichkeiten (544). Rechtsgrundsätze (545). Begründung der körperschaftlichen Sonderrechtsverhältnisse (545). Ihr Bestand (545). Nach innen (546). Verfügung (546). Rechtsschutz (546). Nach außen (547). Besitzhandlungen (547). Prozeßhandlungen (548). Beendigung (549) . . . 533
- § 69. Veränderung der Körperschaften. I. Begriff (550). II. Arten (550). Unwesentliche Veränderungen (550). Wesentliche (550). III. Eintritt (552). Durch eigne Handlungen der Körperschaft (552). Durch fremde Handlungen (553). IV. Wirkungen (554). V. Vereinigung und Zertheilung (555). Vereinigung (555). Zertheilung (556) 550
- § 70. Beendigung der Körperschaften. I. Eintritt (556). 1. Beendigung durch Verwirklichung eines Thatbestandes (557). a. Erreichung eines gesetzten Lebenszieles (557). b. Wegfall des persönlichen Substrats (557). c. Wegfall eines unpersönlichen Substrats (559). d. Konkursöffnung (560). 2. Beendigung durch eigne Handlung (560). Einschränkungen des Selbstaufhebungsrechtes (561). 3. Beendigung durch fremde Handlung (562). Aufhebung durch den Staat (562). II. Wirkungen (565). Die körperschaftliche Verlassenschaft (565). Sozialrecht-

liche Succession (565). Anfall (566). Bestimmung des Anfallberechtigten (566). Anfall an eine Ersatzperson (567). Anfall an eine höhere Verbandsperson (568). Anfall an die Mitglieder (569). Kombinationen (570). Fiskalische Nachfolge in Ermangelung eines Anfallberechtigten (570). Die sozialrechtliche Succession als Gesamtnachfolge (570). III. Verwirklichung der Auflösungsfolgen (571). Zersetzungsstadium (572). Körperschaftliches Nachleben (572). Fortdauer der objektiven Einheit des Verbandsvermögens (572). Fortdauer von Elementen der subjektiven Verbandseinheit (573). Bei dem Anfall an eine einzige Person (573). Bei dem Anfall an die Summe der Mitglieder (574). Die Körperschaft in Liquidation (574). Die Körperschaft im Konkurse (575) 556

Vierter Titel.

Die Gemeinden insbesondere.

- § 71. Die alte Markgemeinde. I. Ursprung (576). II. Wesen (577). 1. Doppelberuf als örtliches Gemeinwesen und als ländliche Wirthschaftsgenossenschaft (577). 2. Personenvereinigung und Markgemeinschaft (577). 3. Genossenschaftliche Ordnung (577). III. Ausgestaltung (578). 1. Dorfgemeinden und Einzelhöfe (578). a. Dorfanlage (578). Dorfraum (578). Feldmark (578). Allmende (579). Hufe (580). b. Einzelhöfe (581). 2. Ortsmarken und gröfsere Markgenossenschaften (581). 3. Freie und grundherrliche Gemeinden (582). 4. Gemeine Verbände und Sonderverbände (583). IV. Verfassung (583). 1. Zusammensetzung (583). Vollgenossen (584). Schutzgenossen (584). 2. Organisation (585). V. Umbildung (585). 1. In den Städten (585). 2. In den Landgemeinden (587). a. Personalgemeinden (587). b. Realgemeinden (587). c. Rechtsamegemeinden (588) 576
- § 72. Die Auflösung der Markgemeinde. I. Auseinandersetzung zwischen politischer und wirthschaftsgenossenschaftlicher Gemeindeverbindung (589). 1. Durch Spaltung (590). 2. Durch Grenzziehung (591). II. Schicksale der politischen Seite der Markgemeinde (591). III. Schicksale der wirthschaftsgenossenschaftlichen Seite der Markgemeinde (592). 1. Ihre Reste in Eigenthumsbeschränkungen (592). 2. Ihre Reste in Gemeinschaftsverhältnissen (592). a. Uebergang der Allmende in ein besonderes Genossenschafts- oder Gemeinschaftsvermögen (592). b. Allmendnutzungen als Privatrechte am Gemeindevermögen (593). c. Verwandlung der Allmende in reines Gemeindevermögen (594). IV. Auflösung der Reste der Markgemeinschaft (595). Agrargesetzgebung (595). 1. Zusammenlegung (596). 2. Ablösung (597). 3. Einheitstheilung (598). a. Gegenstand (599). b. Theilungsfall (599). c. Theilungsart (601). d. Theilungsfufs (601). Abfindung besonderer Rechte (602) 589
- § 73. Die Gemeinde im heutigen Recht. I. Begriff (602). II. Arten (602). III. Rechtsstellung (603). IV. Gemeindevermögen (604). 1. Eigentliches Gemeindevermögen (604). 2. Allmendvermögen (605). Ungleichartige Natur der Nutzungsrechte (605). a. Mitgliedschaftliche Sondernutzungsrechte (606). b. Bürgerliche Nutzungen (607). Umbildung im Sinne von Sonderrechten (608). c. Freie Privatnutzungsrechte (611). 3. Genossenschaftsvermögen (612) 602

(Die in Klammer beigefügten Ziffern bedeuten die Seitenzahlen.)

- § 74. Agrargenossenschaften. I. Begriff (612). II. Arten (613). III. Rechtsverhältnisse (614). 1. Die Agrargenossenschaften als Körperschaften (614). 2. Als selbständige Körperschaften (616). 3. Als private Körperschaften (616). 4. Als Körperschaften genossenschaftlicher Struktur (617). 5. Als Wirtschaftsgenossenschaften (618) 612

Fünfter Titel.

Die Genossenschaften insbesondere.

- § 75. Oeffentliche Genossenschaften. I. Begriff und Wesen (619). Relativität der Unterschiede von privaten Genossenschaften (620). Rechtsstellung (622). II. Arten. 1. Kirchliche Körperschaften (622). 2. Spezialgemeinden (622). 3. Ständische Körperschaften (622). 4. Wirtschaftsgenossenschaften (623). a. Personalgenossenschaften (623). b. Realgenossenschaften (623) 619
- § 76. Private Genossenschaften. I. Begriff und Wesen (624). Rechtsstellung (624). II. Arten (625). 1. Familiengenossenschaften (625). 2. Wirtschaftsgenossenschaften (625). a. Personalgenossenschaften (625). b. Realgenossenschaften (626). c. Vermögensgenossenschaften (626). 3. Vereine für ideale Zwecke (627). III. Nicht anerkannte Genossenschaften (628). 1. Im Falle der Nichtigkeit ihres Bestandes (628). 2. Im Falle der Gültigkeit ihres Bestandes (629). Widerspruchsvoller Rechtszustand (629). Abhülfe durch Annahme unvollkommener Körperschaften (629). Abhülfe durch Annahme modifizirter Gesellschaften (630). Einführung der gesammten Hand (632). Die erlaubte Privatgesellschaft des preussischen Rechts (633) 624

Sechster Titel.

Anstalten.

- § 77. Oeffentliche Anstalten. I. Begriff (635). Anstalt (635). Oeffentliche Anstalt (635). II. Geschichte (636). Entwicklung der Theorie (636). III. Arten (637). 1. Staatsanstalten (637). 2. Gemeindeanstalten (638). 3. Kirchenanstalten (638). 4. Sonstige Körperschaftsanstalten (639). IV. Rechtsgrundsätze (639). 1. Entstehung (639). 2. Verfassung (640). Organe (640). Keine Mitglieder (641). 3. Rechtsfähigkeit (641). 4. Handlungsfähigkeit (642). 5. Innere Rechtsverhältnisse (642). 6. Veränderung und Beendigung (643). Hinterlassenschaft (644) 635
- § 78. Stiftungen. I. Begriff (645). II. Geschichte (645). Entwicklung der Theorie (646). III. Wesen (647). IV. Arten (648). Milde Stiftungen (648). Kirchliche Stiftungen (649). Kommunale und korporative Stiftungen (649). V. Entstehung (649). 1. Errichtung durch private Willensthat (649). Staatliche Genehmigung (650). 2. Anerkennung der Stiftung als Person (650). 3. Der Stiftungsakt (651). a. Der soziale Schöpfungsakt (651). b. Das individuelle Rechtsgeschäft (652). Bei der Stiftung unter Lebenden (652). Bei der Stiftung von Todeswegen (653). VI. Verfassung (653). VII. Rechtsfähigkeit (655). VIII. Handlungsfähigkeit (655). IX. Innere Rechtsverhältnisse (656). Rechte und Pflichten der Organträger (656). Rechtsverhältniß der Destinatäre (656). X. Veränderung (657). XI. Beendigung (658). Der Stiftungsnachlaß (659). Liquidation (660) 645

(Die in Klammer beigefügten Ziffern bedeuten die Seitenzahlen.)

Drittes Kapitel.

Personenrechtliche Gemeinschaften.

- § 79. Personenrechtliche Gemeinschaften überhaupt. I. Begriff (660). II. Wesen (660). III. Geschichte (661). Im älteren deutschen Recht (661). Seit der Rezeption (662). IV. Arten (663) . . . 660
- § 80. Gemeinschaften zur gesammten Hand. I. Begriff (663). II. Wesen (664). III. Geschichte (664). Ursprung (664). Fortbildung (665). Ausbreitung (667). Entwicklung seit der Rezeption (668). Im neunzehnten Jahrhundert (668). IV. Arten (669). Familienrechtliche Fälle (670). Erbengemeinschaft (670). Handelsgesellschaften (670). Rhederei (671). Gesellschaften des bürgerlichen Rechts (671). Zufällige Rechtsgemeinschaften (673). Forderungen und Verbindlichkeiten zur gesammten Hand (673). Vertretungsmacht zur gesammten Hand (674). Theileinheiten als Gesamthänderschaften (674). Gesamthandsverhältnisse des öffentlichen Rechts (674). Insbesondere des Prozeßrechts (674). V. Rechtsgrundsätze (674). 1. Begründung (675). 2. Personenrechtliche Verbundenheit (675). 3. Personeneinheit (676). Sonderrechte und Sonderpflichten in der Gemeinschaft zur gesammten Hand (676). Begrenzung und Ergänzung des Kollektivprinzips durch das Antheilsprinzip oder das Solidarprinzip (677). Antheile (678). Inhalt (678). Umfang (679). Verhältniß zur personenrechtlichen Theilhaberschaft (679). Veräußerung (679). Vererbung (680). Theilungsanspruch (681). Sonderrechte oder Sonderpflichten auf das Ganze (681). 4. Rechtsfähigkeit (682). Nach außen (682). Nach innen (683). 5. Handlungsfähigkeit (684). Nach außen (684). Handeln mit gesammter Hand (684). Handeln durch Vertreter (686). Vertretung kraft Gemeinschaftsrechts (686). Nach innen (687). Gesamtwille (687). Beschlußfassung (688). Mehrheitsbeschlüsse (688). Entschlüsse (689). Wirkungen einer Handlung der Personeneinheit (690). 6. Veränderung (690). Fortbestand mit veränderter Trägerschaft (691). Ungleiche Entwicklung der Veränderungsfähigkeit bei den verschiedenen Typen (692). 7. Beendigung (693). Beendigungsgründe (693). Wirkung (694). Verwirklichung der Auflösungsfolgen (696). Theilweise Auflösung (696) 663
- § 80a. Gemeinschaften kraft herrschaftlicher Gewalt. I. Begriff (697). II. Wesen (697). III. Geschichte (698). Entwicklung der Theorie (698). Wirksamkeit im Leben (699). IV. Arten (699). Das Haus (699). Die geschäftlichen Unternehmungen (699). Die Schiffsgewalt (700). Öffentlichrechtliche Herrschaftsverbände (700). V. Rechtsgrundsätze (700). Personenrechtliche Verbundenheit (701). Einwirkung auf das Vermögensrecht (702) 697

Viertes Kapitel.

Persönlichkeitsrechte.

Erster Titel.

Die Persönlichkeitsrechte überhaupt.

- § 81. Begriff und Wesen der Persönlichkeitsrechte. I. Begriff (702). Verhältniß der besonderen Persönlichkeitsrechte zu dem allge-
(Die in Klammer beigefügten Ziffern bedeuten die Seitenzahlen.)

- meinen Rechte der Persönlichkeit (703). Römisches Recht (704). Deutsches und modernes Recht (704). II. Wesen (705). Mannichfaltigkeit (705). 1. Privatrechte (705). 2. Von Hause aus keine Vermögensrechte (706). Entwicklung zu Vermögensrechten (706). 3. Von Hause aus höchstpersönliche Rechte (707). Abwandlungen (707). a. Entstehung (707). b. Uebertragung (707). c. Beendigung (708) 702
- § 82. Arten der Persönlichkeitsrechte. Eintheilung nach dem durch sie gewährleisteten Persönlichkeitsgut (708). I. Leib und Leben (709). II. Freiheit (710). III. Ehre (711). IV. Besondere Zustände (712). V. Bethätigung (713). Das Recht der Gewerbefreiheit (713). Recht auf einen individuell erworbenen Thätigkeitsbereich (713). Schutz gegen unlauteren Wettbewerb (714). Monopolrechte (715). Ausschließliche Gewerberechte (715). Bannrechte (716). Ausschließliche Aneignungsrechte (716). VI. Namen und Zeichen (717). VII. Geisteserzeugnisse (717). 708

Zweiter Titel.

Namen- und Zeichenrechte.

- § 83. Namenrechte. I. Der bürgerliche Name (717). 1. Familien- und Vorname (717). Familienname (717). Erwerb (718). Aenderung (719). Vorname (719). Erwerb (719). Aenderung (720). Das Privatrecht am Namen (720). Führungsrecht (721). Verbotungsrecht (721). Schutz gegen Anmaßung (721). Schutz gegen Mißbrauch (722). 2. Verbandsnamen (723). 3. Angenommene Namen (723). II. Die Firma (724). Wesen (724). Erwerb (724). Recht an der Firma (725). Inhalt und Schutz (726). 717
- § 84. Zeichenrechte. I. Marken (726). Ursprung des germanischen Markenrechtes (727). Fortbildung (728). Das Recht an der Marke (728). Gebrauch der Marke (728). Untersagungsrecht (730). Verfall des Markenwesens (730). II. Wappen (730). III. Siegel (731). IV. Waarenzeichen (731). Markengesetze (731). Heutiges deutsches Recht (732). 1. Begründung (732). a. Subjektive Voraussetzungen (733). b. Objektive Voraussetzungen (733). α. Geeignetheit des Zeichens (733). β. Unterscheidung von wohlerworbenen fremden Zeichen (735). c. Begründungsakt (736). α. Annahme (736). β. Anmeldung (736). γ. Eintragung (737). Wirkung der Eintragung (737). 2. Uebertragung (738). 3. Beendigung (739). Beendigungsgründe (739). Löschung (739). Löschung auf Antrag des Berechtigten (740). Löschung von Amtswegen (740). Löschung auf Antrag eines Dritten (740). 4. Inhalt (740). 5. Schutz (741). 6. Ausländische Gewerbebetriebe (742). Schutz gegen das Ausland (743). V. Namen als Zeichen (744). 1. Personennamen (744). 2. Sachnamen (745). VI. Sonstige Waarenbezeichnungen (745). 1. Besondere Ausstattung (746). 2. Bezeichnung mit öffentlichen Wappen oder Orts- oder Gemeindennamen (746). 3. Waarenbezeichnungen, die des besonderen gesetzlichen Schutzes entbehren (747) 726

Dritter Titel.

Urheberrechte.

- § 85. Das Urheberrecht überhaupt. I. Begriff (748). Namen (750). II. Geschichte (750). Ursprung (750). Privilegienwesen (751). Nach-

(Die in Klammer beigefügten Ziffern bedeuten die Seitenzahlen.)

- drucksverbote (751). Ausbildung der Idee des geistigen Eigenthums (752). Durchbruch der Idee des Urheberrechts (753). Die neuere Gesetzgebung (753). In Deutschland (754). Internationale Verträge (754). Grundrichtung der Urheberrechtsgesetzgebung (755). Gegenströmungen (755). III. Wesen (756). 1. Theorien, die ein subjektives Privatrecht leugnen (756). 2. Monopolrechtstheorien (757). 3. Verlagsrechtstheorien (758). 4. Theorie des geistigen Eigenthums (760). 5. Immaterialgüterrechtstheorien (761). 6. Theorien, die das Urheberrecht in zwei ungleichartige Rechte zerlegen (762). 7. Theorie des aus geistiger Schöpfung fließenden Persönlichkeitsrechtes (764). Bewährung dieser Theorie an den Sätzen des geltenden Rechts (765). a. Ueber Begründung des Urheberrechts (766). b. Ueber seinen Inhalt (766). c. Ueber seinen Umfang (766). d. Ueber seine Uebertragung (767). e. Ueber seine Beendigung (768). IV. Arten (768). 1. Das litterarische und künstlerische Urheberrecht (768). 2. Die gewerblichen Urheberrechte (769) . 748
- § 86. Begründung des litterarischen und künstlerischen Urheberrechts. I. Objektive Voraussetzungen (769). Erforderlich das äußere Dasein eines geeigneten Geisteswerkes (769). 1. Schriftwerke (769). Sprachform (769). Außerselbstliche Fixirung (769). Merkmale des Geisteswerkes (770). Sprachliche Aeußerungen, die keine Schriftwerke sind (771). Bearbeitungen, Kommentare und Sammelwerke (771). Uebersetzungen (772). Briefe (772). Veröffentlichungen in Zeitungen und Zeitschriften (772). Oeffentliche Reden (773). Emanationen des öffentlichen Geistes (773). 2. Wissenschaftliche und technische Abbildungen (774). 3. Tonkunstwerke (774). Verbindung mit Werken der Dichtkunst (775). 4. Pantomimen und Ballets (775). 5. Werke der bildenden Kunst (775). Künstlerischer Gedankeninhalt in Bildform (776). Merkmale des Geisteswerkes (776). Anlehnung an vorhandene Schöpfung (777). Werke der nachbildenden Künste (777). Oeffentlich aufgestellte Werke (778). Verbindung mit Schriftwerken (778). II. Subjektive Voraussetzungen (778). 1. Entstehung in der Person des Schöpfers (778). a. Gehülfe (779). b. Besteller (779). Abgeleitetes Urheberrecht des Bestellers (779). c. Herausgeber (780). Herausgeber als Urheber (780). d. Eigenthümer der das Geisteswerk verkörpernden Sache (781). 2. Urheberrechte von Verbandspersonen (781). 3. Gemeinschaftliche Urheberrechte (782). a. Miturheberrecht (782). b. Sonderurheberrechte an Theilen und Miturheberrecht am Ganzen (783). c. Sonderurheberrechte an Theilen und Sonderurheberrecht am Ganzen (784). 4. Benannte und unbenannte (anonyme oder pseudonyme) Werke (784). 5. Legitimation zur Geltendmachung (785). a. Bei benannten Werken (785). b. Bei unbenannten Werken (786). 6. Einfluß der Staatsangehörigkeit (786). III. Begründungsakt (787). Unmittelbare Wirkung der geistigen Schöpfungsthat (787). Abhängigkeit einzelner Wirkungen von besonderen Rechtshandlungen (787). Vorbehalt (787). Nennung des wahren Namens (787). Eintragsrolle (788). Privilegien (788) 769
- § 87. Inhalt und Umfang des litterarischen und künstlerischen Urheberrechts. I. Im Allgemeinen (788). 1. In objektiver Hinsicht (788). 2. In subjektiver Hinsicht (789). II. Veröffentlichung (789).

(Die in Klammer beigefügten Ziffern bedeuten die Seitenzahlen.)

	1. Entscheidung über das Ob der Veröffentlichung (790). a. Veröffentlichung durch Herausgabe (790). b. Veröffentlichung durch Vortrag oder Aufführung (791). c. Veröffentlichung durch öffentliche Ausstellung (791). 2. Entscheidung über das Wann der Veröffentlichung (792). 3. Entscheidung über das Wie der Veröffentlichung (792). III. Wiedergabe (792). 1. Mechanische Vervielfältigung (792). Vervielfältigung in anderer sinnlicher Form (793). Theilweise Wiedergabe (794). Entlehnungsfreiheit (794). Wiedergabe in anderer Verbindung (795). Veränderte Wiedergabe (795). Grenzen der erlaubten Benutzung (795). 2. Uebersetzung (797). 3. Oeffentliche Aufführung (798). Oeffentlichkeit (798). Theilweise Aufführung (799). Aufführung in veränderter Gestalt (799). Aufführung und Vortrag (799). 4. Nachbildung von Kunstwerken (800). Durch anderes Verfahren (801). Mittelbar (801). Einzelkopie (801). Partiell (801). In Schriftwerken (802). An Werken der Baukunst (802). An gewerblichen Erzeugnissen (802). In anderer Kunstgattung (802). Mit Veränderungen (803). IV. Verbreitung (803). Das selbständige Verbreitungsrecht (804)	788
§ 88.	Uebertragung des litterarischen und künstlerischen Urheberrechts. I. Ueberhaupt (805). II. Veräußerung (805). Uebertragungsgeschäfte (805). Form (805). Uebertragung künftiger Urheberrechte (806). Translative und konstitutive Uebertragung (806). Absolute und relative aus dem Urheberrecht abgeleitete Rechte (807). Weitere Uebertragung von übertragenem Urheberrecht (808). Verhältniß der weggegebenen urheberrechtlichen Befugnisse zum ursprünglichen Urheberrecht (809). Stellung des Urhebers gegenüber dem übertragenen Urheberrecht (810). Wirksamkeit der abgeleiteten Rechte gegen Dritte (810). III. Vererbung (811). IV. Ungewollter Uebergang (812). Das Urheberrecht in ehelicher Gütergemeinschaft (813). Vormundschaftliche Verfügung über Urheberrecht (813). Pfändung des Urheberrechts und Beschlagnahme des Urheberrechts durch die Konkursgläubiger (813) .	805
§ 89.	Schutz des litterarischen und künstlerischen Urheberrechts. I. Ueberhaupt (815). II. Besondere Urheberrechtsdelikte (815). 1. Nachdruck (815). 2. Unbefugte öffentliche Aufführung (816). 3. Verbotene Nachbildung (816). 4. Unbefugte gewerbemäßige Verbreitung (816). 5. Unterlassung vorgeschriebener Quellenangabe (816). III. Rechtsfolgen der Urheberrechtsdelikte (816). 1. Drei Arten von Rechtsfolgen (816). a. Oeffentliche Strafe (816). b. Entschädigung oder Busse (817). c. Einziehung (817). 2. Verschulden (818). Rechtsfolgen der schuldlosen Urheberrechtsverletzung (818). 3. Thäter (819). 4. Versuch (819). IV. Verfahren (820). V. Sachverständigenvereine (820). VI. Verjährung (821)	815
§ 90.	Beendigung des litterarischen und künstlerischen Urheberrechts. I. Zeitablauf (821). 1. Regelmäßige Dauer (821). 2. Verkürzte Dauer (823). 3. Verkürzte Dauer einzelner Befugnisse (823). 4. Gesetzliche Abänderung der Dauer (824). II. Sonstige Erlöschungsgründe (825)	821
§ 91.	Das photographische Urheberrecht. I. Ueberhaupt (826). II. Begründung (827). 1. Objektive Voraussetzungen (827). 2. Subjektive Voraussetzungen (828). 3. Begründungsakt (828). III. Inhalt	

(Die in Klammer beigefügten Ziffern bedeuten die Seitenzahlen.)

	Seite
und Umfang (829). IV. Uebertragung (829). V. Schutz (829). VI. Beendigung (830)	826
§ 92. Das kunstgewerbliche Urheberrecht. I. Ueberhaupt (831). II. Begründung (832). 1. Objektive Voraussetzungen (832). a. Neuheit (832). b. Eigenthümlichkeit (832). c. Geschmacksmuster (833). 2. Subjektive Voraussetzungen (833). a. Urheberrecht des Geschäftsherrn (833). b. Vermuthung für Urheberschaft (834). c. Ausländische Urheberrechte (834). 3. Begründungsakt (835). Musterregister (835). Anmeldung und Niederlegung (836). Wirkung (836). III. Inhalt und Umfang (837). IV. Uebertragung (838). V. Schutz (838). VI. Beendigung (839) . . .	831
§ 93. Das Urheberrecht an Gebrauchsmustern. I. Ueberhaupt (840). Das Gebrauchsmusterrecht als gewerbliches Urheberrecht (840). II. Begründung (841). 1. Objektive Voraussetzungen (841). Aeufseres Dasein eines Modells (841). Nützlichkeitsform (841). Neuheit (842). 2. Subjektive Voraussetzungen (842). 3. Begründungsakt (843). Rolle für Gebrauchsmuster (843). a. Schöpfungsthat (844). b. Anmeldung (845). c. Eintragung (845). III. Inhalt und Umfang (845). 1. Veröffentlichung (845). 2. Wiedergabe (846). 3. Verbreitung (846). 4. Gebrauch (846). IV. Uebertragung (846). V. Schutz (847). VI. Beendigung (848) . . .	840

Vierter Titel.

Das Erfinderrecht.

§ 94. Das Erfinderrecht überhaupt. I. Begriff (848). II. Geschichte (849). Mittelalter (849). Privilegienwesen (850). Durchbruch des Erfinderrechts (850). Patentgesetze (851). Antipatentbewegung (852). Deutsche Gesetzgebung (852). Ausländische Gesetze (853). Internationale Verträge (853). III. Wesen (854). Verhältniß zum Urheberrecht (854). Der Gegenstand des Erfinderrechts ist eine Idee als solche (854). Das Erfinderrecht ist ein aus geistiger Schöpfung fließendes Persönlichkeitsrecht (856). Bedeutung der staatlichen Mitwirkung bei seiner Begründung (857). Gewerberechtliche Ausgestaltung (858). Vermögensrechtliche Ausprägung (858). Öffentlichrechtliche Beziehungen (860)	848
§ 95. Begründung des Erfinderrechts. I. Ueberhaupt (861). Stellung des Patentamtes (861). Prüfungs- und Aufgebotsverfahren (862). II. Objektive Voraussetzungen (863). 1. Erfindung (863). 2. Neuheit (864). 3. Gewerbliche Verwerthbarkeit (865). 4. Aeufseres Dasein der Erfindung (865). 5. Arten der Erfindung (865). Körperliche Gegenstände als Gegenstände einer Erfindung (865). Verfahren als Gegenstand (866). 6. Patentunfähige Erfindungen (866). 7. Gesammterfindungen (867). 8. Abhängige Erfindungen (868). Zusatzpatente und Verbesserungspatente (868). III. Subjektive Voraussetzungen (869). 1. Entstehung in der Person des Schöpfers (869). Rechte des Geschäftsherrn (869). 2. Das Recht des ersten Anmelders (870). a. Prioritätsrecht (870). b. Legitimation (871). 3. Ausländer (872). IV. Begründungsakt (872). 1. Schöpfungsthat (872). Wirkungen (873). a. Veröffentlichungsrecht (873). b. Benutzungsrecht (873). c. Recht auf Anerkennung und Nichtanmaßung durch Andere (873). 2. Anmeldung (874). Wirkungen (874).	

(Die in Klammer beigefügten Ziffern bedeuten die Seitenzahlen.)

	Seite
3. Patentertheilung (875). a. Vorprüfung (875). b. Prüfung (876). c. Aufgebotsverfahren (876). d. Ertheilung des Patents (877). e. Wirkung der Patentertheilung (878). f. Nichtigkeitspatente (879). Das Scheinrecht (879). Die Nichtigkeitsklärung (880)	861
§ 96. Inhalt und Umfang des Erfinderrechts. I. Ueberhaupt (881). II. Das ausschließliche Benutzungsrecht (882). 1. Herstellung (882). 2. Verbreitung (883). 3. Gebrauch (883). III. Einschränkungen (883). Schranken des Benutzungsrechtes (883). Schranken des Untersagungsrechtes (884). 1. Das Recht des Vorbenutzers (884). 2. Zwangsenteignung (885). 3. Fremde Fahrzeuge (885). IV. Pflichten (885). 1. Gebührenpflicht (886). 2. Ausführungspflicht (886). 3. Lizenzpflicht (887)	881
§ 97. Uebertragung des Erfinderrechts. I. Ueberhaupt (887). II. Veräußerung (888). 1. Translative (888). 2. Konstitutive (889). a. Abgeleitete absolute Rechte (889). b. Abgeleitete relative Rechte (890). Das Lizenzrecht (890). III. Vererbung (891). IV. Ungewollter Uebergang (892)	887
§ 98. Schutz des Erfinderrechts. I. Ueberhaupt (892). II. Besondere Patentverletzungen (893). Verletzter (893). Ansprüche aus Verletzung (894). III. Verfahren (894). IV. Verjährung (894). V. Patentberührung (895)	892
§ 99. Beendigung des Erfinderrechts. I. Zeitablauf (895). II. Sonstige Beendigungsgründe (896). Verzicht (896). Verwirkung durch Versäumnis der Gebührenzahlung (896). Zurücknahme des Patents (896). III. Rechtsfolgen der Beendigung (897)	895

(Die in Klammer beigefügten Ziffern bedeuten die Seitenzahlen.)

Abkürzungen.

Die Abkürzungen in den Citaten sind, soweit sie sich durch das ganze Buch ziehen, aus den Quellen- und Litteraturangaben in den §§ 7—12, im Uebrigen aus den Quellen- und Litteraturangaben zu den einzelnen Paragraphen oder den Anfangsparagraphen der einzelnen Materien zu verstehen. Eine römische Ziffer und eine ihr ohne Komma folgende arabische Ziffer bedeuten stets Band- und Seitenzahl.

Berichtigungen und Nachträge.

- Zu S. 8 Text Z. 3 v. u.: l. „rechtliche“ statt „weltliche“.
 Zu S. 15 Text Z. 8 v. o.: l. „canonici“ statt „canonis“.
 Zu S. 60 Anm. 29: inzwischen ist auch das IV. Buch (Familienrecht) in zweiter Lesung veröffentlicht; Berlin 1894.

- Zu S. 93 Anm. 48: Frankens Buch ist jetzt durch Erscheinen der letzten Lieferung vollendet.
- Zu S. 103 Anm. 116: von dem Buche von Krainz ist 1894 eine zweite Auflage erschienen, die später noch benutzt ist.
- Zu S. 104 Anm. 122: hier fehlt die Angabe der später benutzten stark veränderten 8. Auflage des Zachariaeschen Handbuchs von C. Crome, bisher zwei Bände, 1894.
- Zu S. 104 Anm. 123: vgl. auch die Litteraturnachweise in dem auf S. 173 Anm. 64 zuerst angeführten Werke von C. Crome § 5, sowie in der 8. Aufl. des Handbuchs von Zachariae § 20.
- Zu S. 105 Anm. 1: seither erschien das zuerst S. 379 Anm. 1 zu § 43 angeführte Buch von Thudichum, Geschichte des deutschen Privatrechts, Stuttgart 1894. Leider steht es nicht auf der Höhe seiner Aufgabe.
- Zu S. 131 Anm. 12: von Zorns Staatsrecht ist der erste Band inzwischen in 2. Aufl. erschienen; hier findet sich die angezogene Ausführung auf S. 416.
- Zu S. 138 Anm. 43: in 2. Aufl. Zorn I 418.
- Zu S. 139 Anm. 46: Zachariae 8. Aufl. § 34—37.
- Zu S. 140 Anm. 53 u. 54: vgl. jetzt auch R.Ger. XXXIII Nr. 32.
- Zu S. 162 Anm. 11 Z. 4: hinter dem Citat aus Azo fehlt in sinnverdunkelnder Weise ein Komma.
- Zu S. 172 Anm. 55 a. E.: völlig unrichtig jetzt R.Ger. XXXIII Nr. 41.
- Zu S. 199 Anm. 13 Z. 4: richtig jetzt R.Ger. XXXIII Nr. 47 S. 217 ff.
- Zu S. 226 Anm. 39: vgl. auch L. Donle, Das Fremdenrecht und die Lehre des internationalen Sachenrechts mit Berücksichtigung der geltenden Kodifikationen, Arch. f. öff. R. VIII 249 ff. und 513 ff.
- Zu S. 230 Text Z. 7 v. o.: hinter dem Worte „Recht“ fehlen die Worte „des Ortes“.
- Zu S. 261 Text Z. 10 v. o.: l. „mittelbar“ statt „unmittelbar“.
- Zu S. 297 Anm. 58 letzte Zeile: l. „§ 80^a V“ statt „§ 81 V“.
- Zu S. 311 Anm. 13: vgl. jetzt W. Immerwahr, Die Verschweigung im deutschen Recht, Heft 48 der Unters. z. D. St. u. R. Gesch., Breslau 1895.
- Zu S. 322 Anm. 15 Z. 2: l. „mindere“ statt „niedere“.
- Zu S. 337 Anm. 11: der Genauigkeit wegen ist hier hinzuzufügen, daß Entw. II § 192 im Gegensatze zu Entw. I § 187 die Selbsthülfe der bezeichneten Art auch bei selbstverschuldeter Gefahr als „nicht widerrechtliche“ Handlung qualifizieren und nur in diesem Falle dem Handelnden eine Schadensersatzpflicht auferlegen will.
- Zu S. 351 Text Z. 3 v. u.: l. „aufsergerichtliche“ statt „aufsergewöhnliche“.
- Zu S. 375 Anm. 66 a. E.: vgl. jetzt Entw. II § 1215 Abs. 2.
- Zu S. 379 Anm. 92: Entw. I § 1464 ist durch Entw. II § 1482—1484 stark abgeändert. Die neue Ehe soll nur nichtig sein, wenn beide Ehegatten bei der Eheschließung wußten, daß der für todt Erklärte noch lebte. Allein jeder Ehegatte der neuen Ehe soll, falls er nicht in bösem Glauben war, diese Ehe, wenn der für todt Erklärte noch lebt, binnen sechs Monaten nach empfangener Kunde anfechten können. Der anfechtende Ehegatte soll jedoch dem anderen Ehegatten, falls dieser

nicht etwa in bösem Glauben war, in gleicher Weise Unterhalt schulden, wie bei der Ehescheidung der schuldige Theil dem unschuldigen Theil. — Eine schwerlich glückliche Neuerung!

- Zu S. 391 Anm. 10 vorletzte Zeile: Entw. II § 1722 läßt die Bestellung eines Vormundes auch wegen anderer körperlicher Gebrechen zu.
- Zu S. 391 Anm. 12 a. E.: Entw. II § 88 hat laut der Mittheilung hinter der amtlichen Ausgabe des Familienrechtes zweiter Lesung S. 563 Nr. 6 später eine andere Fassung erhalten, nach der die Beschränkung der Handlungsfähigkeit der wegen körperlicher Gebrechen Bevormundeten wegfällt.
- Zu S. 392 Anm. 19 a. E.: nachträglich ist in Entw. II § 14 unter Z. 1a eine Vorschrift, durch die eine Entmündigung wegen Geistesschwäche zugelassen wird, eingeschoben und durch die neue Fassung des § 88 der wegen Geistesschwäche Entmündigte dem Minderjährigen über sieben Jahre gleichgestellt worden; Familienrecht 2. Lesung S. 563 Nr. 4 u. 6.
- Zu S. 422 Text Z. 9 v. o.: l. „Sonderehre“ statt „Sonderrechtsehre“.
- Zu S. 429 Anm. 16 Z. 2: der § 1249 Abs. 2 des Entw. I kehrt jetzt in Entw. II als § 1227 Abs. 2 wieder.
- Zu S. 480 Text Z. 5 v. u.: l. „unterstellte“ statt „untersellte“.
- Zu S. 498 Anm. 7 Z. 8: über die Nichtigkeit einer statutarischen Bestimmung, die für den Fall des Austrittes aus einer eingetragenen Genossenschaft ein Austrittsgeld festsetzt, vgl. R.Ger. XXXIII Nr. 16.
- Zu S. 538 Anm. 20 Z. 5: durchaus zutreffend ist ein solches Sonderrecht auf Beibehaltung der Mitgliedschaft nach Maßgabe der bisherigen Satzungen in einem Unterstützungsverein vom R.Ger. in dem Bd. XXXIII Nr. 38 entschiedenen Falle angenommen.
- Zu S. 540 Anm. 33 vorletzte Zeile: l. „Rentenbezugsrechten“ statt „Rentenbezugsrenten“.
- Zu S. 541 Anm. 37: nach dem, was S. 716 über die Natur der Bannrechte gesagt ist, gehört das letzte Citat nicht in diese Anm., sondern in Anm. 28.
- Zu S. 606 Anm. 18 Z. 6: unrichtig jetzt auch R.Ger. XXXIII Nr. 41.
- Zu S. 630 Anm. 24 a. E.: sehr entschieden spricht sich auch das R.Ger. XXXIII Nr. 38 (bes. S. 179) für die Anwendung des Körperschaftsrechtes auf einen korporativ organisirten Verein aus.
- Zu S. 666 Anm. 13: vgl. jetzt auch P. Rehme, Die Lübecker Handelsgesellschaften in der ersten Hälfte des 14. Jahrh., Z. f. H.R. XLII 367 ff., wo sich S. 373, 376 ff. u. 392 ff. Beiträge zur Geschichte der offenen Handelsgesellschaft finden. (Hauptsächlich wichtig ist dieser Aufsatz für die Geschichte der Kommanditgesellschaft und der stillen Gesellschaft, als deren Vorläuferinnen zwei verschiedene Formen kapitalistischer Vergesellschaftung für Handelszwecke aus lübischen Stadtbucheinträgen nachgewiesen werden.)
- Zu S. 738 Anm. 69 Z. 2: l. „eingetragen“ statt „übertragen“.
- Zu S. 771 Anm. 9 a. E.: gemeint ist Oesterr. Entw. II; im Entw. I entspricht § 3 Abs. 2.

Zu S. 842 Anm. 9: über Verlust der Neuheit durch offenes Feilhalten vgl. R.Ger. XXXIII Nr. 33.

Zu S. 868 Anm. 37 u. S. 879 Anm. 92: daß das Patentamt durch § 3 des R.Ges. v. 7. Juni 1893 nicht zuständig geworden ist, die Abhängigkeit eines Patentbesitzes sei es im Ertheilungsverfahren sei es im Nichtigkeitsverfahren festzustellen, hat jetzt auch das R.Ger. XXXIII Nr. 32 in ausführlicher Begründung dargethan.

Zu S. 888 Text Z. 13 v. o.: l. „Entgemeinschaftung“ statt „Entgemeinschaft“.

Erstes Buch.

Allgemeiner Theil.

Erster Abschnitt.

Einleitung.

Erstes Kapitel.

Geschichte des Deutschen Privatrechts.

§ 1. Die Zeit der rein nationalen Rechtsbildung.

I. Urzeit. Bei seinem Eintritt in die Geschichte entbehrte das deutsche Volk, wie der äußeren Einheit des Staates, so der äußeren Einheit des Rechtes. In unserer Urzeit giebt es daher kein gemeines deutsches Privatrecht. Jede einzelne Völkerschaft hat als unabhängiges Gemeinwesen auch ihr besonderes Recht, das sie in unmittelbarer Lebensgemeinschaft erzeugt und fortbildet, hütet und durchsetzt. Die Ueberlieferung ist mündlich. Feierliche Worte, Formen und Sinnbilder, die das Rechtsleben zwingend beherrschen, unterstützen das Gedächtniß. Durch die genossenschaftliche Verfassung, die alle freien wehrhaften Männer zur Theilnahme an den Gerichtsversammlungen beruft, ist dafür gesorgt, daß das Recht im Bewußtsein Aller lebendig bleibt.

Schon aber giebt es, wenngleich kein gemeines, doch ein deutsches Privatrecht. Denn es giebt ein deutsches Volksthum, das sich im Recht wie in Sprache und Sitte, Glaube und Sittlichkeit offenbart. Während längst die Besonderung der arischen Völker so weit gediehen ist, daß zwischen dem germanischen Rechte und den übrigen arischen Rechten zwar noch Verwandtschaft, aber nicht mehr Einheit besteht, weist das germanische Recht in den Grundzügen noch eine weitgehende Uebereinstimmung auf. Und innerhalb des germanischen

Rechtes haben jedenfalls die Rechte der westgermanischen Völkerschaften, die zur Bildung des deutschen Volkes berufen waren, bei ihrer Verzweigung so viel innere Einheit bewahrt, daß sie sich von einander nur wie Mundarten Einer Sprache scheiden.

II. Fränkische Zeit. Mit der Völkerwanderung, der Konsolidation der Stämme, der Gründung größerer Staaten, der Annahme des Christenthums, der Wandlung aller Kulturverhältnisse und der endlichen Zusammenfassung der deutschen Stämme in dem zum Weltreich emporsteigenden fränkischen Reiche vollzog sich eine zwiefache Veränderung.

1. Es kommt zur Aufzeichnung der Stammesrechte in Gesetzesfassung. Ursprünglich fast nur das althergebrachte Gewohnheitsrecht in Schriftform gießend, mehr und mehr aber auch mit Bewußtsein neues Recht setzend, bilden diese „Volksrechte“ oder „leges barbarorum“ trotz ihrer Unvollständigkeit ein kräftiges Bindemittel der stammesthümlichen Rechtsentwicklung.

Freilich fehlt es nicht an Rechtsverschiedenheiten innerhalb der einzelnen Stammesrechte. Die Volksrechte selbst erwähnen zum Theil den Fortbestand eigenartiger Rechtssätze bei ehemaligen Völkerschaften, die sich als Unterabtheilungen großer Stämme erhalten haben. So unterscheidet die *lex Saxonum* zwischen dem Recht der Westfalen, Engern und Ostfalen; die *lex Frisionum* weist auf Partikularrechte hin; die *ewa Chamavorum* verzeichnet die Abweichungen des Rechtes der Chamaver vom Rechte der übrigen Franken. Sicherlich gieng im Leben die Rechtsbesonderung sehr viel weiter und setzte sich nach unten hin bis in die engsten Verbände fort. Allein das Uebergewicht war auf Seiten der Einheit des Stammesrechtes.

Mit dem Range eines Stammesrechtes trat da, wo auf dem Boden des zerschlagenen Römerreichs eine freie romanische Bevölkerung dem neuen Staate eingefügt war, den germanischen Rechten das römische Recht zur Seite. Volksthümlich umgebildet und dialektisch verschoben, wurde es zum Theil ebenfalls in Gesetzesfassung gebracht.

2. Ueber den Stammesrechten erhebt sich nunmehr ein Reichsrecht, das als gemeines Recht alle Reichsangehörigen bindet. In den Kapitularien der fränkischen Könige wird daher zum ersten Male ein einheitliches Recht der Deutschen geschaffen.

Indeß ward gerade das Privatrecht hiervon nur mittelbar berührt. Da die königliche Verordnungsgewalt am Volksrechte ihre Schranke fand, das Privatrecht aber den Kern des Volksrechts bildete, griffen die Kapitularien auf diesem Gebiete kaum hier und da uniformirend ein. Immerhin konnte die Reichsgesetzgebung mit der Fülle ihrer

grundlegenden Schöpfungen im Verfassungs- und Verwaltungsrecht, im Kirchenrecht, im Prozessrecht und im Strafrecht auch auf das Privatrecht nicht ohne Einwirkung bleiben.

Soweit das Königsrecht auf Stammesrecht fußte, ging es begreiflicher Weise im fränkischen Reiche vom fränkischen Stammesrechte aus. Auf diesem Wege sind fränkische Institutionen verallgemeinert worden. Im Uebrigen ward durch die fränkische Vorherrschaft die Selbständigkeit der übrigen Stammesrechte keineswegs gebrochen¹.

III. Zeit des deutschen Mittelalters. Mit dem Zerfalle der karolingischen Monarchie und der Ausbildung des ostfränkischen Reichs zum deutschen Reiche sonderte sich für immer das deutsche Recht von den anderen germanischen und halbgermanischen Rechten. Dem nationalen Wesen des neuen Staats entsprach ein geschlossenes nationales Gepräge des in ihm geltenden Rechts. In der Idee verstärkt sich demgemäß die Rechtseinheit. Aber auch nur in der Idee! Denn thatsächlich sich durchzusetzen, ist sie nicht gerüstet. Wie durchweg jene an der erlöschenden Sonne des Alterthums entzündeten Gedanken, die für uns dem fränkischen Zeitalter moderne Züge leihen, nunmehr dem Geiste des echten Mittelalters weichen, gleich als müsse auch der letzte Schimmer des Abendroths verbleichen, damit der neue Tag in frischer Herrlichkeit geboren werden könne, so steigt auch im Rechtsleben die bewusste gesetzgeberische Thätigkeit von der bereits errungenen Höhe wiederum herab. Von Neuem übernimmt das Gewohnheitsrecht die Führung. Das Gewohnheitsrecht aber strebt der Besonderung zu. Als dann das Gesetz wieder kräftiger wird, ist der nationale Staat schon zu sehr geschwächt, um seine Gesetzgebungsgewalt für die Herstellung der Rechtseinheit zu verwenden.

1. So giebt es zwar im ganzen Mittelalter ein gemeins deutsches Recht. Allein der hervorragenden Rolle, die dieses „jus commune“, „riches recht“, „kaiserrecht“ in den Köpfen der Menschen spielt, entspricht wenig die Wirklichkeit. Es fließt aus Reichsgesetzen und gemeiner Gewohnheit. Aber die Reichsgesetze, ohnehin spärlich, berühren selten das Privatrecht. Und die gemeine Gewohnheit ist unsicher, unterliegt örtlich verschiedener Deutung und

¹ Das Gegentheil behauptet Sohm, Fränkisches und römisches Recht, Z. f. R.G. XIV (1880) S. 1 ff.; das salische Recht habe die anderen Stammesrechte aufgezehrt, nicht römisches und germanisches, sondern römisches und fränkisches Recht seien die beiden mit einander ringenden Weltrechte. Vgl. aber Stobbe, D.P.R. I (3. Aufl.) 4 A. 6; Heusler, Inst. I 20 ff.; Brunner, R.G. I 257 ff.; Schröder, R.G. (2. Aufl.) § 52 A. 13.

empfängt nur in geringem Umfange durch Richterspruch greifbare Gestalt. Wohl entscheidet das Reichshofgericht Streitigkeiten aus verschiedenen deutschen Landen nach gemeinem Rechte². Doch reicht seine Wirksamkeit entfernt nicht aus, um der deutschen Rechtsprechung ein gemeinsamer Leitstern zu werden.

2. In weit überwiegender Masse bleibt also das Privatrecht Stammesrecht. Da aber die alten Gesetzbücher in Vergessenheit gerathen, vermag auch die Einheit der Stammesrechte, auf die Gewohnheit als einzige Hüterin angewiesen und durch die Ausbreitung der Stämme und ihre Mischung in manchen neuen Siedlungsgebieten ohnehin gelockert, einer fortschreitenden Zersetzung nicht zu widerstehen. Nur theilweise wirken dem Privataufzeichnungen der Stammesrechte entgegen. Vor Allem wird dem sächsischen Rechte durch die That Eikes von Repgau, dessen Sachsenspiegel nahezu gesetzliches Ansehen erlangt, ein durch alle folgenden Jahrhunderte nicht wieder zerrissener Zusammenhalt gesichert. Andere Rechtsbücher stellen trotz ihrer auf gemeines deutsches Recht gerichteten Absicht im Erfolge Stammesrecht dar, wie der später so genannte Schwabenspiegel schwäbisches und das kleine Kaiserrecht fränkisches Recht. Im Gebiet des bayrischen Stammes kommen wenigstens theils private theils amtliche Aufzeichnungen des Landrechts grösserer Territorien zu Stande.

3. Die eigentliche Kraft der Rechtsbildung aber zieht sich in engere Kreise zurück. Gewohnheit und Autonomie entfalten hier eine üppige Fruchtbarkeit. Allein sie treiben das Recht immer schonungsloser auseinander, bis eine schlechthin unübersehbare Zersplitterung eintritt.

Das Privatrecht spaltet sich örtlich. Jede Landschaft, jedes weltliche oder geistliche Herrschaftsgebiet, jeder Gerichtsbezirk, jede Stadt, jede Mark, jedes Dorf erzeugt ein eigenartiges Recht und hütet es eifersüchtig als kostbares Besitzthum.

Das Privatrecht spaltet sich aber auch nach ständischen Personenkreisen und Güterarten. Dem weltlichen Rechte stellt sich als ein grosses selbständiges Rechtssystem von zugleich privatrechtlicher Bedeutung das geistliche Recht entgegen. Neben das Landrecht treten mit dem Anspruch auf Ebenbürtigkeit das Lehnrecht, das Dienstrecht, das Hofrecht und bald auch das Weichbildrecht. Und diese Sonderung setzt sich in verschiedener Weise innerhalb der grossen Gruppen fort.

² Franklin, *Sententiae curiae regis*, Rechtsprüche des Reichshofes im Mittelalter, Hannover 1870; vgl. S. XI A. 4.

IV. Verfall des nationalen Rechts. In Folge dieser Entartung des Besonderungstriebes verfiel unser nationales Recht gegen den Schluß des Mittelalters in schweres Sicchthum.

Wohl blieben ihm hohe Vorzüge erhalten. Es war ein durchaus volkstümliches Recht, das an unzähligen Stellen von den Rechtsgenossen selbst fortgebildet und gehandhabt wurde. Genau schmiegte es sich den Anschauungen und Bedürfnissen der einzelnen Lebenskreise an, und innig war es mit der ererbten Sitte verwachsen. Ein unerschöpflicher Reichthum an gestaltender Kraft offenbarte sich in der Mannichfaltigkeit seiner Gebilde.

Allein die Nachtheile des wuchernden Partikularismus überwogen. Der Geist engherziger Abschließung zog ein und bannte das Rechtsleben in die Schranken einer kurzsichtigen und oft selbststüchtigen Kirchthums- und Standespolitik. Die zur Ueberproduktion gesteigerte Rechtserzeugung verlor sich vielfach ins Kleinliche, Zufällige, Selt-same und entbehrte auch da, wo sie zeitgemäße Fortschritte anbahnte, des freien und großen Zuges, den die gemeinsame Arbeit eines ganzen Volkes aufzuweisen pflegt. Selbst das Vertrauen in die Gerechtigkeit des Rechtes und der Rechtsprechung, so fest es im engsten Bereiche des eignen Verbandes begründet war, kam ins Wanken, sobald man mit Recht und Gericht eines fremden oder auch nur weiteren Verbandes zusammenstieß und hier unbekanntem Sätzen und unverstandenen Formen begegnete. An der Zersplitterung des deutschen Rechts scheiterte die nach herrlichen Anfängen mehr und mehr verkümmernde und verknöchernde nationale Rechtswissenschaft. Und alles Elend, das an der staatlichen Zerfahrenheit hieng, verdoppelte sich durch die Zerfahrenheit des Rechts.

Die Zeitgenossen empfanden die Mängel dieses Zustandes. Es fehlte nicht an Versuchen, das deutsche Recht von innen heraus zu einigen. In der Aufnahme der Rechtsbücher seitens der Praxis, in der Abfassung von Rechtsbüchern, die gleich dem „Spiegel deutscher Leute“ ein gemeines deutsches Recht darstellen wollten, in den städtischen Rechtsübertragungen und dem weitreichenden Einfluß der Oberhöfe, in den seit dem fünfzehnten Jahrhundert auftauchenden Entwürfen der Reichsreform gelangte die Sehnsucht nach einem gemeinen Rechte zum Ausdruck. Doch war der Erfolg ein beschränkter. Das Ziel wäre nur zu erreichen gewesen, wenn eine kräftige Reichsgewalt dazu ihren Arm geliehen, die Reichsgesetzgebung da, wo Einheit Noth that, Einheit geschaffen, ein Reichsgericht die Sorge für die Erhaltung der Einheit übernommen hätte. Wie aber stand es um das deutsche Reich? Es war der Verfall des nationalen

Staates, der über das Schicksal unseres nationalen Rechtes entschied!

Denn Hilfe mußte kommen. Und sie kam. Aber sie kam nun von außen. Man griff zum fremden Rechte, man nahm das römische Recht mit seinen Ergänzungen auf, nicht weil, sondern obwohl es ein fremdes war, aber weil man keinen anderen Ausweg fand. Das war nun freilich ein Heilmittel und ein sehr radikales Heilmittel für den bisherigen Krankheitszustand. Aber die Arznei enthielt ihr Gift, das neue Krankheiten heraufbeschwor! Zumal man übermäßige Dosen verschluckte und bald aus bloßer Gewöhnung im Genusse fortfuhr!

§ 2. Die Aufnahme der fremden Rechte¹.

I. Die Aufnahme des römischen Rechtes. Es versteht sich, daß bei dem Vorgange, der als „Aufnahme der fremden Rechte in Deutschland“ bezeichnet wird, alles Schwergewicht auf die Aufnahme des römischen Rechtes fällt. Spricht man schlechthin von der „Rezeption“, so meint man die Rezeption des römischen Rechtes.

1. Vorgeschichte. Das römische Recht hat auf das germanische eingewirkt, seitdem die Germanen sich mit den Römern berührten. Ja man kann von einer ersten Rezeption römischen Rechtes sprechen, die sich nach der Gründung germanischer Reiche auf römischem Boden vollzieht. Von der hinsterbenden alten Kulturwelt übernimmt die jugendliche Barbarenwelt mit so vielen anderen Erbstücken auch staatliche und weltliche Einrichtungen und Begriffe. Allein es handelt sich hierbei nur um die Aufnahme von fremdem Stoff in den unversehrt bleibenden nationalen Rechtsorganismus. So

¹ O. Stobbe, Geschichte der deutschen Rechtsquellen, Braunschweig 1860 u. 1864, I 609 ff., II 1 ff.; O. Franklin, Beiträge zur Geschichte der Rezeption des römischen Rechts in Deutschland, Hannover 1863; C. A. Schmidt, Die Rezeption des römischen Rechts in Deutschland, Rostock 1868; A. Stölzel, Die Entwicklung des gelehrten Richterthums in deutschen Territorien, 2 Bde., Stuttgart 1872; Moddermann, Die Rezeption des römischen Rechts, Uebersetzung mit Zusätzen von K. Schulz, Jena 1875; Muther, Zur Geschichte der Rechtswissenschaft und der Universitäten in Deutschland, Jena 1876; Ott, Beiträge zur Rezeptionsgeschichte des römisch-kanonischen Prozesses in den böhmischen Ländern, Leipzig 1879; Stintzing, Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft, München u. Leipzig 1880, I 37 ff.; Laband, Ueber die Bedeutung der Rezeption des römischen Rechts für das deutsche Staatsrecht, Straßburg 1880; Böhlau, Kr.V.Schr. XXIII 525 ff., XXVI 1 ff.; Franken, Romanisten und Germanisten, Jena 1882; C. Wilmanns, Die Rezeption des römischen Rechts und die soziale Frage der Gegenwart, Berlin 1890; Schröder, R.G. § 66; Regelsberger, Pand. § 1. — Quellenstellen b. Kraut, Grundr. § 13.

wenig wie die Sprache durch die gleichzeitige Aufnahme zahlreicher antiker Lehnwörter ihr Deutschthum einbüßt, streift das Recht durch solche Entlehnungen seine germanische Eigenart ab².

Nach dem Zerfall des fränkischen Reiches scheidet sich die Entwicklung in den romanischen Ländern und in Deutschland. Dort wird die Sprache romanisch, das Recht bleibt germanisch. Fränkisches Recht gilt im größten Theile Frankreichs, langobardisches in Italien fort. Aber daneben erhält sich, obwohl durch germanische Einflüsse mannichfach umgestaltet, das römische Recht und findet insbesondere an mehreren Stätten Italiens und in Südfrankreich eifrige Pflege. Von hier aus dringt das römische Recht langsam wieder vor, bis durch Verschmelzung in verschiedenen Mischungsverhältnissen ein romanisch-germanisches Recht entsteht. In Deutschland dagegen werden zunächst selbst die in der fränkischen Zeit aufgenommenen römisch-rechtlichen Elemente meist wieder abgestoßen, bis seit dem zwölften Jahrhundert von Neuem einzelne römische Sätze und Formen eindringen, ohne irgendwie den Gesamtcharakter des Rechtes zu verändern.

Ganz anders die zweite Rezeption des römischen Rechtes in Deutschland, die Rezeption im eigentlichen Sinne, wie sie seit der Mitte des fünfzehnten Jahrhunderts sich vollzieht.

2. **Wesen.** Dieser Vorgang gleicht nicht mehr der Bereicherung einer Sprache durch noch so zahlreiche Fremdwörter, sondern der Annahme einer fremden Sprache mit Wortschatz, Grammatik und Syntax. Das römische Recht dringt in dem geschlossenen Gefüge, das es in der Justinianeischen Rechtssammlung empfangen hat, als organisches Ganze ein. Römischer Inhalt in römischer Form, ein großer fremder Gedankenbau mit allen seinen Zusammenhängen wird nach Deutschland verpflanzt. Nicht Fortbildung, sondern Ersatz des heimischen Rechtes durch das fremde wird erstrebt. Man lernt, römisch, man verlernt, deutsch zu denken. Hiermit aber ist nothwendig zugleich die Verdrängung des Volksrechtes durch Juristenrecht gegeben. Träger des Rechtslebens wird ein gelehrter Berufsstand, dessen Bildung in fremden, dem Volke unzugänglichen Quellen wurzelt.

² Man denke z. B. an die Entlehnung des römischen Urkundenwesens: die ursprünglich fremde Einrichtung wird in eigenem Geiste fortgebildet und überall dem germanischen Rechtssystem organisch eingefügt, so daß Rechtsinstitute von durchaus nationalem Gepräge, wie Urkundungsvertrag, *traditio per cartam*, Werthpapiere u. s. w., entstehen. Vgl. Brunner, Zur Rechtsgeschichte der römischen und germanischen Urkunde, Berlin 1880.

Dieser merkwürdige Prozeß steht in der Völkergeschichte einzig da. Er hat sich so nur in Deutschland mit Einschluß der Niederlande vollzogen. Denn die romanischen Völker standen zum römischen Rechte von vornherein in einem anderen Verhältniß und nahmen es als ein Stück ihres nationalen Wesens langsam wieder auf. In den übrigen germanischen Ländern aber, in England, Skandinavien und auch dem größten Theil der Schweiz, beschränkte man sich stets auf die Einfügung einzelner römischrechtlicher Elemente in das heimische Recht. Und wo hätte etwa sonst ein großes Kulturvolk sein altangestammtes und reich ausgebildetes Recht weggeworfen wie ein abgetragenes Kleid, um dafür ein vor tausend Jahren abgeschlossenes, in fremder Sprache verfaßtes, aus dem Geiste einer anderen Nation gebornes Gesetzeswerk als oberste Richtschnur seines Sinnens und Trachtens einzuführen?

Die deutsche Rezeption war keine Reform, sondern eine Revolution. Ihre revolutionäre Bedeutung wird dadurch nicht gemindert, daß sie sich in der Stille einschlich und, als sie dann wohl vorbereitet an das Licht trat, einen verhältnißmäßig leichten Sieg erfocht.

3. Mittel und Wege. Mancherlei Mittel und Wege waren es im Einzelnen, die einen solchen Erfolg ermöglichten.

Immer wird man an ihrer Spitze die Idee des römischen Reiches deutscher Nation zu nennen haben. Für die mittelalterliche Phantasie stand es fest, daß die deutschen Könige als römische Kaiser Nachfolger der Caesaren, mithin auch die Gesetze Justinians Gesetze eines Vorgängers im Reiche seien. Als daher die in Italien bereits von den Hohenstauffen so nachdrücklich verwerthete Vorstellung, daß demgemäß das Corpus juris civilis geltendes allgemeines Reichsrecht enthalte, später auch in Deutschland amtlich und nichtamtlich verbreitet wurde, traf sie auf gläubige Gemüther.

Aber nicht bloß das Reich, auch die Kirche war ja römisch. Zwar hatte der Satz, daß die Kirche als Römerin nach römischem Rechte lebe, mit der Ausbildung des kanonischen Rechts seine Geltung verloren. Allein der römischrechtliche Grundstock war im kanonischen Rechte erhalten. Und je mehr die kirchliche Gerichtsbarkeit sich ausdehnte, wurden durch sie auch Laien in ein Stück römischer Gedanken- und Formenwelt eingeweiht.

In immer wachsendem Umfange ergriff sodann die neue Wissenschaft des römischen Rechts, die von der Glossatorenschule zu Bologna geweckt war und allmählich ihren Siegeslauf durch Europa antrat, auch den deutschen Geist. Zahlreiche Deutsche zogen über die Alpen, um in den Hörsälen Bolognas und anderer welscher Universitäten

den Legisten zu lauschen und womöglich den Doktorgrad zu erwerben. Auch wurden über ganz Deutschland die litterarischen Hilfsmittel des römischen Rechts verbreitet, unter denen namentlich die populärer gehaltenen Schriften mit den deutschen Rechtsbüchern in Wettbewerb traten³. Als dann auch in Deutschland Universitäten aufblühten, wurde auf ihnen gleichfalls römisches Recht gelehrt, zunächst meist von Fremden und als dürftige Einleitung in das Studium des geistlichen Rechts, mehr und mehr auch von Deutschen und als selbständiger Wissenszweig, bis gegen das Ende des fünfzehnten Jahrhunderts die deutsche Civilistik in U. Zasius bereits einen den Italienern und Franzosen ebenbürtigen Vertreter hervorbringen konnte⁴. Dagegen war von irgend einer Pflege des heimischen Rechtes auf den deutschen Universitäten nicht die Rede.

Machtvoll wirkte zu Gunsten des römischen Rechts die auf allen Lebensgebieten vordringende Strömung, die durch Wiederbelebung der Antike das Mittelalter zur modernen Welt umzugestalten trieb. Die Rezeption ist zuletzt nur ein Theilvorgang jener Bewegung, die in der Kunstgeschichte Renaissance, in der Kulturgeschichte Humanismus heißt. Schon als ein Stück des Alterthums hatte das römische Recht Anspruch auf bewundernde Hingabe und glühende Verehrung, wie sie allem Antiken gezollt wurde. Oft steigerte sich diese Werthschätzung bis zu der noch heute nicht ganz ausgestorbenen Anschauung, daß im Corpus juris die ratio scripta, die für alle Zeiten und Völker bindende Offenbarung der Rechtsvernunft selbst überliefert sei. Zum Mindesten aber zweifelte man nicht, daß das römische Recht dem Naturrechte näher stehe, als die Satzungen der eignen Vorfahren, auf die man bald als „barbarische“ Gebräuche des „finsternen“ Mittelalters bildungsstolz herabsah.

Die romanistische Denkweise gewann in demselben Maße Einfluß auf das wirkliche Leben, in dem die von ihr beherrschten gelehrten und halbgelehrten Juristen Einfluß auf die öffentlichen Angelegenheiten des Reiches und der Territorien gewannen. In angesehenen Beamtenstellungen, als kaiserliche und landesherrliche Räte und städtische Syndiken hatten sie mannichfache Gelegenheit, ihren Gedanken Eingang in die Gesetzgebung, in die Verwaltung und endlich auch in die Rechtsprechung zu verschaffen. Vielfach wurden sie

³ Stintzing, Geschichte der populären Litteratur des römisch-kanonischen Rechts in Deutschland, Leipzig 1867.

⁴ Stintzing, Ulrich Zasius, Beitrag zur Geschichte der Rechtswissenschaft im Zeitalter der Reformation, Basel 1857.

um Rechtsgutachten angegangen, denen sie dann das ihnen allein bekannte Recht zu Grunde legten. Oft wurden sie auch unmittelbar zur Entscheidung von Rechtsstreitigkeiten berufen, indem in zahlreichen Fällen kraft ständiger Vereinbarungen oder besonderer Schiedsverträge anstatt der ordentlichen Gerichte Schiedsgerichte thätig wurden, die mehr und mehr nach dem Rath von Rechtsverständigen urtheilten oder gelehrte Beisitzer empfingen. Diese Entwicklung wurde durch das Herabsinken der Schöffengerichte von ihrer einstigen Höhe und durch das erstarrende Formenwesen des Rechtsganges wesentlich gefördert.

Den Schlufsstein bildete die Umgestaltung der ordentlichen Gerichte aus Volksgerichten in Gelehrtengerichte. Sie vollzog sich von oben nach unten. Entscheidend war vor Allem die Einrichtung des im Jahre 1495 begründeten Reichskammergerichts, das mindestens zur Hälfte mit Doktoren der Rechte besetzt sein sollte⁵ und unter des Reiches „gemeinem“ Rechte, nach dem es zu urtheilen berufen war, stets in erster Linie das römische Recht verstand. Nach seinem Vorbilde wurden bald auch die fürstlichen Hofgerichte, in welche zum Theil schon früher gelehrte Beisitzer eingedrungen waren, und einzelne städtische Obergerichte umgebildet, während erst um Vieles später bei den unteren Gerichten die alte Verfassung beseitigt wurde. Soweit aber Lücken bestanden, füllte sie die Spruchpraxis der Juristenfakultäten aus, die sich mit Ausbildung der Aktenversendung als regelrechtes Glied in das Gerichtswesen einschob und die alten Schöffenstühle und ihre Rechtsbelehrungen bei Seite drängte.

4. Innere Gründe. Alle diese äusseren Umstände machen den Verlauf der Rezeption, wie er sichtbar sich zugetragen hat, uns Nachlebenden erklärlich. Sie geben aber keine Antwort auf die Frage, warum, was geschah, geschehen mußte. Und doch wird jedes tiefere Verständniß eines so gewaltigen Ereignisses davon abhängen, inwieweit es gelingt, einen Zipfel des Schleiers zu lüpfen, der unserem Auge die innere geschichtliche Nothwendigkeit verhüllt.

Die Rezeption fällt zeitlich mit dem Eintritte des deutschen Volkes in ein neues Weltalter zusammen. Kraft ihrer geistigen und wirtschaftlichen Entwicklung den bisherigen Daseinsformen entwachsen, schickte die Nation sich an, alle jene Wandlungen zu vollziehen, die

⁵ R.K.G.O. von 1495 § 1. Die andere Hälfte der Urtheiler soll mindestens von ritterlicher Geburt sein. Schon nach der R.K.G.O. von 1521 aber sollen die adligen Beisitzer womöglich „auch der Recht gelehrt“ sein, „sofern man die haben kann, vor anderen“.

wir als Grenzzeichen zwischen Mittelalter und Neuzeit zu betrachten pflegen. Hierdurch war nothwendig auch eine grundsätzliche Aenderung ihres Rechtes bedingt. Statt der örtlichen und ständischen Sonderrechte bedurfte sie eines gemeinen und gleichen Rechts, statt des mittelalterlich gebundenen Rechts eines modernen und freien Rechts, statt des bloßen Volksrechts eines wissenschaftlichen Rechts.

Nun aber hinderte der oben besprochene Zustand des nationalen Rechtes dessen Umbildung in der geforderten Art. Keineswegs freilich entbehrte das deutsche Recht der Kraft und Geschmeidigkeit, um aus sich selbst heraus jeden wünschenswerthen Fortschritt in moderner Richtung zu vollziehen. Ein Blick in die Geschichte mancher Stadtrechte, etwa des lübischen Rechts, genügt zur Widerlegung einer derartigen Auffassung. Allein es fehlte die Möglichkeit, in einheitlicher und gleichmäßiger Weise das deutsche Recht umzugestalten.

Dagegen bot sich im römischen Recht ungesucht und unbemüht ein Recht dar, das allen Anforderungen des erwachenden neuen Geistes entsprach. Es war ein gemeines und gleiches Recht, das so, wie es in den Quellen vorlag, die enge Beschränktheit des ursprünglichen jus civile abgestreift und in hohem Maße das Gepräge der Universalität angenommen hatte. Allen Sonderrechtsbildungen stand es ablehnend gegenüber, und von einer ständischen Gliederung wußte es nichts. Es war aber auch ein modernes und freies Recht, das den Standpunkt einer reifen, ja überreifen Kultur zum Ausdruck gebracht hatte. Strebte das Individuum nach Befreiung aus der mittelalterlichen Gebundenheit, so überflügelte der Individualismus des römischen Privatrechts noch sein kühnstes Sehnen. Umgekehrt fand der moderne Staat im römischen Rechte alles Rüstzeug vor, dessen er irgend bedurfte, um seine Souveränität zu erkämpfen. Und wenn der Uebergang von der Naturalwirthschaft zur Geldwirthschaft vollendet, der Vorrang des Grundeigenthums gebrochen, die allgemeine Verkehrsfreiheit durchgeführt werden sollte, so war im Corpus juris civilis durchweg schon das letzte Ziel erreicht. Das römische Recht war endlich auch ein wissenschaftlich durchgebildetes Recht, mit dem zugleich eine bereits hochentwickelte und in der Beherrschung des Lebens erfahrene Rechtswissenschaft in Deutschland einzog.

Trotzdem wäre es völlig undenkbar gewesen, das römische Recht, wie es in den Quellen geschrieben stand, den Deutschen des fünfzehnten oder sechszehnten Jahrhunderts aufzuerlegen. Das Recht eines durchaus fremden Volkes, das Recht einer greisenhaften Kultur, das Recht einer erstarrten Technik! Dieses Recht war für immer todt

und ließ sich am wenigsten im Sturm und Drang jener Tage zu neuem Leben erwecken. Allein was in Deutschland aufgenommen wurde, war eben nicht das römische Recht, wie es geschrieben stand, war nicht das Recht Justinians und noch weniger das Recht der klassischen Juristen. Es war vielmehr das römische Recht italienischer Prägung, das römische Recht, wie es im Laufe der Jahrhunderte in der Werkstatt der Glossatoren und Postglossatoren zubereitet worden war. Das lebende italienische Recht wanderte über die Alpen⁶. Dieses Recht aber war nur halb römisch und antik, halb war es germanisch und mittelalterlich. In breiter Fülle hatte es germanische und mittelalterliche Gedanken, die ihm aus dem langobardischen Recht, den italienischen Statuten, dem kanonischen Recht und der Gesamtanschauung der Zeit zuströmten, sich einverleibt. Meist freilich in der Form von Umdeutungen der Quellen. Aber das waren nicht zufällige Mißverständnisse, sondern geschichtlich bedingte Irrthümer, die auf der inneren Nothwendigkeit der Anpassung beruhten. Ohne sie wäre das Gesetzbuch Justinians niemals zu neuem Leben erstanden. Auch als daher die elegante Jurisprudenz ein besseres Quellenverständnis lehrte, hielt die Praxis sich fort und fort an die Glosse und mehr noch an Bartolus und Baldus.

5. Kampf und Entscheidung. Nicht ganz ohne Kampf errang das fremde Recht den Sieg. In der die Tiefen der Volksseele erregenden Bewegung des Reformationszeitalters erhob sich ein volksthümlicher Widerstand gegen die Herrschaft der Rechtsgelehrten, gegen das Schreiberwesen und gegen die Mißachtung der heimischen Gebräuche. In der Pfalz, in Bayern und Württemberg setzten sich die Landstände zur Wehr. Die Ritterschaft und zum Theil auch die Städte waren der Veränderung abgeneigt. Ulrich von Hutten griff die Juristen mit beißendem Spotte an. Am heftigsten wandten sich die aufständischen Bauern gegen die Neuerung. Allein die Fürsten, die Gelehrten und die Staatsmänner schirmten das römische Recht. Als daher die volksthümliche Bewegung auf allen Punkten zurückgeschlagen und die Zukunft des nationalen Lebens in die Hand der Landesherrn und der Beamten gelegt war, da war auch der Sieg des römischen Rechts endgültig entschieden. Das Jahr 1525 drückte das Siegel auf die Entscheidung.

II. Die Aufnahme des kanonischen Rechtes. Das kanonische Recht galt seit seiner Bildung so gut in Deutschland,

⁶ Vgl. Sohm, Z. f. R.G. XIV 73 ff. u. Z. f. d. P. u. ö. R. d. G. I 258. — A. M. Regelsberger I 11.

wie in den anderen Gebieten der abendländischen Kirche. Allein es galt nur als geistliches Recht und konnte in das Landrecht nicht eingreifen⁷. Als geistliches Recht behauptete es sich auch trotz des anfänglichen Widerspruches der Reformatoren in der evangelischen Kirche.

Mit der Aufnahme des römischen Rechtes aber wurde das kanonische Recht zugleich als weltliches Recht in Deutschland rezipiert. Denn nunmehr wurde das Corpus juris canonis neben dem Corpus juris civilis als Quelle des gemeinen Rechtes anerkannt. Und zwar wurde ihm hierbei als jüngerer Rechtsquelle im Falle des Widerspruches der Vorrang zugetheilt.

Sachlich lag darin eine Ermäßigung der Rezeption. Denn wo das kanonische Recht in seinen privatrechtlichen Sätzen vom römischen Recht abweicht, beruht es fast durchweg auf germanischer Rechtsanschauung.

III. Die Aufnahme des langobardischen Lehnrechts. Endlich wurde auch das langobardische Lehnrecht zum gemeinen Lehnrecht Deutschlands erhoben. Dem Umstande, daß selbst der Deutungskunst der italienischen Juristen die Herleitung des gesamten Lehnrechts aus den römischen Quellen zu schwer fallen mußte, hatte es das unter dem Namen consuetudines oder liber feudorum verbreitete Lehnrechtsbuch zu verdanken gehabt, daß es auch nach dem Untergange der langobardischen Rechtswissenschaft an italienischen Universitäten dem Studium zu Grunde gelegt und sogar als eine den Novellen angehängte Collatio decima mit dem Corpus juris civilis verbunden worden war. So kam dieses Werk der langobardischen Rechtsschule zusammen mit dem Gesetzbuch Justinians nach Deutschland und theilte dessen Schicksale. Inhaltlich war es germanisches Recht, jedoch in seiner zweiten Hälfte vom römischen Rechte berührt und überall bereits von einer romanistisch geschulten Wissenschaft umspinnen.

§ 3. Die neuere Zeit.

I. Die nächsten Jahrhunderte nach der Rezeption.

1. Fortschritt der fremden Rechte. Die Rezeption war mit dem Augenblick, in dem sie theoretisch vollendet war, praktisch keineswegs abgeschlossen¹. Nach der Theorie blieb freilich, da die

⁷ Sachsenspiegel I Art. 3 § 3.

¹ Ueber den Gegensatz der „theoretischen“ und „praktischen“ Rezeption vgl. Brunner in v. Holtzendorffs Encykl. der Rechtswissensch. (5. Aufl.) S. 291 ff.

Rezeption in complexu behauptet wurde, nichts mehr zu thun übrig. In Wirklichkeit aber war zunächst nur die Einführung eines geringen Theiles der fremden Rechtssätze ins deutsche Leben gelungen. Der Juristenstand strebte daher nach steter Erweiterung der Rezeption. Immer ausschließlicher bemächtigte er sich unter Verdrängung der „Laien“ durch Beamtenthum, Fakultäten und Gerichte der Herrschaft über das Rechtsleben; immer massenhafter setzte er römischen Rechtsstoff in thatsächliche Wirksamkeit; immer schonungsloser preßte er auch den einheimischen Rechtsstoff in die blind verehrte römisch-rechtliche Schablone. So schritt in der That die Rezeption längere Zeit unaufhaltsam fort. Und zwar nahm sie hierbei ihren Weg von Süden nach Norden und von den Städten auf das platte Land.

Doch beschränkte dieser Fortschritt der Entnationalisirung sich auf das Gebiet des Privatrechts. Im öffentlichen Recht wurde umgekehrt, obwohl auf die theoretische Rezeption nicht verzichtet wurde, der Versuch einer praktischen Einführung des römischen Rechtes wiederum aufgegeben². Und auch im Privatrecht fehlte es keines-

² Die allgemeinen Gedanken des römischen Staatsrechts übten freilich, wie sie die Rezeption selbst in erster Linie mitveranlaßt hatten, auf die Ausbildung des modernen deutschen Staatsrechts fort und fort einen bestimmenden Einfluß aus. Allein gegen die im 16. Jahrhundert übliche unmittelbare Anwendung der Sätze des Corpus juris auf die einheimischen staatlichen Verhältnisse erklärten sich schon Scipio Gentilis (1563—1616), *De jurisdictione* P. III c. 21 (Opera, Neap. 1763—1769, III 290—291) und H. Vultejus, *Comm. ad titulos Codicis de jurisdictione et foro comp.*, Francof. 1599, *epist. dedicatoria*. Lebhafter noch Ch. Besold (1577—1638), *De jurisdictione imperii Romani Discursus, ad praesentem reip. Germ. faciem accommodatus*, Francof. 1616, *Prooem.*, c. 1, c. 10, *Diss. de statu Reip. mixtae* c. 2 § 3, *Diss. de praemiis, poenis et legibus* c. 8—9 und sonst in seinem „Opus politicum“ (er meint sogar, das Gesetzbuch Justinians sei „nunquam receptum instar legis, sed loco artis juris“). Vgl. ferner die Donauwörthische Information von 1611 S. 121 und Lehmann, *Chronicon Spirense* (1612) VI c. 31 (bei Stintzing, *Gesch. der deutsch. Rechtsw.* II 179). Sodann besonders Joh. Limnaeus, *Jus publicum imperii Rom.-Germ.*, ed. II Arg. 1641, Tom. I *epist. dedic. d. a.* 1628 und lib. I c. 8 und c. 11 n. 10, sowie Joh. Wurmser, *Exercitationes academicae ex jure publico depromptae*, Tub. 1631, ex. IX q. 1. Die entscheidenden Schläge endlich gegen die Herleitung des geltenden jus publicum aus dem Corpus juris führten einerseits auf historischer Grundlage H. Conring (in der Praef. zu Tacitus, *De moribus Germanorum*, Helmst. 1635, der Schrift *De origine juris Germanici*, Helmst. 1643 und späteren Arbeiten, vgl. die Hauptstellen bei H. Schulze, *Einl. in das deutsche Staatsr.* S. 60 ff. und Stintzing a. a. O. S. 180 ff.), andererseits vom politischen Gesichtspunkt aus Hippolithus a Lapide, *De ratione status in imperio nostro Romano-Germanico*, 1640 (bes. *Proleg.* s. 1, 2, 5 u. 6, P. I c. 18 u. P. III *concl.*). — Ueber die seitdem zur Herrschaft gelangte Auffassung vgl. Pütter, *Inst. jur. publ. Germ.* § 22 (*jus Romanorum in privatis*

wegs an Gegenständen, bei welchen denn doch theils wegen des Zusammenhangs mit dem öffentlichen Recht theils wegen der völligen Unvereinbarkeit mit den deutschen Sitten das anfängliche Bemühen, das römische Recht lebendig zu machen, als hoffnungslos eingestellt werden mußte⁹.

2. Fortbestand des deutschen Privatrechts. Trotz aller Siege des fremden Rechts gieng das besiegte vaterländische Recht nicht unter. Vielmehr lebte es in dreierlei Gestalt kräftig fort und trieb sogar in der Zeit seiner tiefsten Erniedrigung frische Sprosse.

a. Zunächst entbehrte das gemeine Recht nicht der deutschrechtlichen Bestandtheile. Dem Corpus juris civilis giengen die deutschen Reichsgesetze vor, die immerhin in einigen Punkten nationales Privatrecht festhielten oder schufen. Ihm giengen aber unbestritten auch gemeindutsche Gewohnheiten vor, die stets in weitem Umfange anerkannt wurden. Anfangs setzte man freilich auch in Deutschland das naive Verfahren der älteren Legisten fort, das für die eignen Bedürfnisse und Anschauungen Unentbehrliche in die Quellen hineinzulesen. Je besser aber das Quellenverständnis wurde, desto mehr brachte man sich die Abweichungen des geltenden gemeinen Rechts vom Justinianischen Recht zum Bewußtsein und stellte sie unter den technischen Begriff des *usus modernus pandectarum* oder „*usus modernus juris Romani in foro Germanico*“. Dabei waltete nun freilich die sonderbare Vorstellung, als sei das so anerkannte heimische Recht, das in Wirklichkeit zum großen Theil uralter Herkunft war, erst kraft der Abschaffung des ursprünglich geltenden römischen Rechts durch jüngere Gewohnheit in Deutschland eingeführt worden. Gleich als hätte entweder schon in den Wäldern Germaniens das Corpus juris oder bis zur Erleuchtung der deutschen Köpfe durch die Juristen überhaupt kein Recht in Deutschland gegolten! Allein der *usus modernus* schützte doch deutschrechtliche Institute, bog die aufgenommenen römischrechtlichen Institute in deutschrechtlichem Sinne um und gewährte für die Entfaltung nationaler Rechtskeime zu Neubildungen Raum.

b. Stärker noch war der deutschrechtliche Gehalt der Partikularrechte, die in jedem Theile des Reiches fortbestanden. Sie hatten, da nach einem unbestrittenen Satze der Theorie das gemeine

quidem rebus auctoritate legum tum imperii tum territorialium in vim juris subsidiarii firmatum, in publico autem jure post agnitum errorem nunc merito derelictum), Litteratur des deut. Staatsr. I § 15–20, Beiträge II 30 ff.

⁹ So z. B. das römische Sklavenrecht, die Pekulien, die Stipulation.

B nding, Handbuch. II. S. I: Gierke, Deutsches Privatrecht. I.

Recht nur subsidiär galt, an sich einen unbedingten Vorrang vor dem römischen Rechte. Hätte die Praxis der Theorie entsprochen, so hätte das römische Recht den größten Theil seiner Zerstörungsarbeit am deutschen Rechte überhaupt nicht vollbringen können. Allein man wußte in der Praxis die Regel in die Ausnahme zu verkehren. Da nur das gemeine Recht als ein des wissenschaftlichen Studiums würdiger Gegenstand erschien, blieben die Partikularrechte den gelehrten Richtern meist unbekannt und fremdartig. Man bildete daher ein System von Vermuthungen aus, die das Gericht von der Pflicht amtlicher Erforschung der Partikularrechte entbanden und der Partei, die sich auf einen vom gemeinen Rechte abweichenden Rechtssatz berief, den Beweis seines Daseins auferlegten⁴. War aber auch ein solcher Beweis geführt, so war die Anwendung des deutschen Land- oder Stadtrechts noch keineswegs gesichert. Denn wenn es Gewohnheitsrecht war, so konnte es als vernunftwidrig abgewiesen werden⁵. Wenn es aber geschriebenes Recht war, so liefs es sich kraft der mehr und mehr anerkannten Regel, daß „Statute“ streng und in möglichstem Einklang mit dem gemeinen Rechte auszulegen seien, ganz oder theilweise wegdeuten⁶. Vor Allem tritt diese Mißgunst gegen die Partikularrechte in der Praxis des Reichskammergerichtes zu Tage, dessen Urtheiler zwar geschworen hatten, „nach des Reychs und gemainen Rechten, auch nach redlichen, erbaren und leydlichen Ordnungen, Statuten und Gewonhayten der Fürstenthumb, Herrschaften und Gericht, die für sie bracht werden“, zu richten, aber schon in dieser Eidesformel einen Anhalt für eine durchaus nebensächliche Behandlung der Partikularrechte fanden.

Um so wichtiger war es, daß wenigstens in Einem Gebiete dem Partikularrecht dadurch eine gewisse Ebenbürtigkeit mit dem Reichsrecht erkämpft wurde, daß hier über den einzelnen Land- und Stadtrechten das althergebrachte Stammesrecht als geschlossene Einheit anerkannt blieb und wissenschaftlicher Pflege und Fortbildung gewürdigt wurde. Dies geschah in den Ländern sächsischen Rechtes, in denen auf Grundlage des Sachsenspiegels und seiner Glosse unter den Händen der gelehrten Juristen das „gemeine Sachsenrecht“ (*jus commune Saxonicum*) erwuchs und den Vorrang vor dem gemeinen römischen Rechte behauptete. Mußte sich hierbei auch das echte Sachsenrecht so manche romanistische Entstellung gefallen lassen, so war doch

⁴ Vgl. unten § 5 Anm. 12.

⁵ Vgl. unten § 20 Anm. 40—41.

⁶ Vgl. unten § 5 Anm. 16.

die Leistung der sächsischen Jurisprudenz für die Erhaltung des vaterländischen Rechtes überhaupt von unermesslichem Werth. Eine Zeit lang fielen sogar für die Juristen die Gegensätze „deutsches und römisches“ und „sächsisches und gemeines“ Recht fast zusammen⁷.

c. Unverfälscht endlich erhielt sich deutsches Recht in den volkstümlichen Satzungen und Gebräuchen, nach denen sich fort und fort das Leben in den engsten Verbänden richtete. In Genossenschaften aller Art, in Gilden und Zünften wurde die alte Überlieferung fortgepflanzt. Am zähesten hielt das Landvolk an Hergebrachten fest, so daß in den ländlichen Weisthümern noch Jahrhunderte lang stets von Neuem uraltes Germanenrecht verkündet wird, gleich als sei über diesen Boden niemals der Sturm der großen deutschen Rechtsumwälzung dahingebraust. Die Juristen freilich erkannten dieses Volksrecht überhaupt kaum als Recht an und blickten namentlich auf die „Possen“ der Handwerker und Bauern mit vornehmem Spott herab⁸. Und allmählich mußte bei solcher Mißachtung auch das lebensvollste Recht sich entweder zur bloßen Sitte verflüchtigen oder ins Enge und Formelhafte entarten. Allein gleichwohl erfüllten diese oft unscheinbaren Reste des Volksrechtes den Beruf, manchen deutschen Rechtsgedanken in geschütztem Bezirke treulich zu hegen, bis die Zeit für seine freiere Wiederentfaltung gekommen war.

3. Verhältniß zwischen fremdem und deutschem Recht. Nachdem der Juristenstand die Herrschaft über das Rechtsleben erobert hatte, waltete zwischen dem thronenden römischen Recht und dem geduldeten heimischen Recht an der Oberfläche ungestörter Friede. In der Tiefe ruhte niemals der stille Kampf, in dem das nationale Recht Kräfte zur Wiedererhebung sammelte.

Außerlich bahnte sich die Verschmelzung beider Rechte an. Im gemeinen Recht arbeiteten Doktrin und Praxis, in den Partikular-

⁷ Man denke z. B. an die Bezeichnung der deutschrechtlichen Beendigung der väterlichen Gewalt durch abgesonderten Haushalt als „*emancipatio Saxonica*“. Insbesondere wurden auch im Lehnrecht langobardisches und deutsches Recht als *jus commune* und *jus Saxonium* einander gegenübergestellt.

⁸ Vgl. hinsichtlich der Weisthümer des Landvolks Gierke, *Der Humor im deut. Recht* (2. Aufl. Berlin 1886) S. 79—80, hinsichtlich des Handwerkerrechts Gierke, *Das deut. Genossenschaftsr.* I 942—943. Auch in den Lehrbüchern des deutschen Privatrechts fehlt im vorigen Jahrhundert selten eine spöttische Bemerkung über die Zunftgebräuche; Selchow, *El. jur. Germ. priv. hod.* § 331—334, behandelt sie nur kurz, weil sie „*nimis sunt puerilia absurdaque, quam quae hoc loco proferri mereantur*“; Pütter, *El. jur. Germ. priv.* § 201, schließt sie ganz aus, weil der Rechtsgelehrte sich mit würdigeren Dingen zu beschäftigen habe und es genüge, wenn sich daran die Weisheit der Handwerker selbst ergötze.

rechten auch die Gesetzgebung an diesem Werke. Ueberall wurden Sätze römischer und deutscher Herkunft mit einander verbunden und hierbei so weit einander angeglichen, daß sie sich nothdürftig zum Ganzen zusammenfügten.

Innerlich blieb der Zwiespalt unversöhnt, ja er verschärfte sich noch seit dem dreißigjährigen Kriege. Denn trotz seiner deutschrechtlichen Bestandtheile blieb dieses ganze offizielle Juristenrecht, wie es in lateinischer Sprache aus Lehrvorträgen und Büchern herüberscholl und durch ein vielgliedriges Schreibewesen in Gerichts- und Kanzleistuben sich in das tägliche Brot der Gerechtigkeit umsetzte, dem Volke ein fremdes Recht. Fremd seinem Verständniß, fremd seiner Gedankenwelt, fremd seinem Rechtsgefühl! Das Recht dagegen, das der gemeine Mann als wirkliches Recht, als sein Recht kannte und empfand, — dieses in Form und Geist nationale Volksrecht, das unaustilgbar an der deutschen Erde haftete, — es war für den gelehrten Richter nicht in der Welt.

II. Die Wiedererstehung des deutschen Rechtes im achtzehnten Jahrhundert. Langsam vorbereitet, entfaltete sich und wuchs im 18. Jahrhundert eine Bewegung, die als Renaissance des deutschen Rechtes bezeichnet werden kann. Vornehmlich waren es drei neue Mächte, die in dieser Richtung eingriffen.

1. Die germanistische Rechtswissenschaft. Vor Allem besann sich die deutsche Jurisprudenz auf ihre Zugehörigkeit zum deutschen Volk. Nachdem Hermann Conring die deutsche Rechtsgeschichte begründet und für immer die Fabeln über die Rezeption zerstört hatte, rückte plötzlich auch der Zustand des geltenden Rechtes in ein ganz anderes Licht. Auf allen Gebieten suchte man nun mit jugendlichem Eifer die vom römischen Recht verschonten Stücke des nationalen Rechtes zu sammeln und zu ordnen. Eine selbständige Wissenschaft des deutschen Privatrechts entstand. Sie bereicherte in außerordentlichem Mafse den in den Kreis wissenschaftlicher Pflege gezogenen Rechtsstoff, sie wandte sich den lange vernachlässigten Partikularrechten und Sonderrechten zu, sie würdigte von Neuem die volkstümlichen Anschauungen und Gebräuche der Beachtung. Hier und da wagte sie sogar, obschon nur schüchtern, dem romanistischen Dogma eigne nationale Rechtsbegriffe entgegenzustellen. Lebhaft kämpfte sie für die volle Ebenbürtigkeit des deutschen Privatrechts mit dem römischen Recht. Der Versuch freilich, die herrschende Lehre von der Rezeption in complexu zu entthronen und umgekehrt eine Vermuthung für den Fortbestand des deutschen Rechts bis zum Beweise seiner Verdrängung durch römisches Recht einzuführen, hatte keinen dauern-

den Erfolg⁹. Allein allgemein drang doch die Anschauung durch, daß das geltende Recht seine Wurzeln nicht bloß in Rom, sondern auch im vaterländischen Boden habe. Auch die romanistische Rechtswissenschaft verhielt sich gegen die jüngere Schwester nur zum Theil ablehnend. Meist nahm sie den neuen Stoff willig auf, ja mehr und mehr wurde sie selbst von einem stark germanistischen Zuge ergriffen.

2. Das Naturrecht. Einen starken Bundesgenossen gewann wenigstens zeitweise das deutsche Recht im Naturrecht¹⁰, das zwar schon im 17. Jahrhundert sein System vollendet hatte, aber nun erst sich anschickte, auch im Privatrecht das positive Recht zu überfluthen. Das Naturrecht wandte sich freilich gegen manches vom Mittelalter ererbte heimische Recht, gieng jedoch noch heftiger dem römischen Recht zu Leibe. Bei seinem eignen Vernunftrechtsbau bevorzugte es oft mit Bewußtsein die „einfacheren“ und „billigeren“ Sätze des ursprünglichen deutschen Rechts vor den römischen „Subtilitäten“¹¹. Vor Allem aber brachte es unbewußt germanische Rechtsgedanken, die ihm das Volks- und Zeitbewußtsein als Offenbarungen der reinen Vernunft vortäuschte, in verjüngter Gestalt zur Herrschaft¹². Auch wirkte es für die Wiedererhebung der Volkssprache zur Rechtssprache.

3. Die großen Gesetzbücher. Die nationale und die naturrechtliche Strömung vereinigten sich in dem Drange nach Kodifikation. Man verlangte ein in deutscher Sprache verfaßtes, für Jedermann verständliches, alle Zweifel und Streitfragen abschneidendes Gesetzbuch, das der Herrschaft des Corpus juris und der Unsicherheit

⁹ Vgl. unten § 5 Anm. 9.

¹⁰ Gierke, Naturrecht und deutsches Recht, Frankfurt 1882.

¹¹ Am entschiedensten Thomasius, *Fundamenta juris naturae et gentium*, Hal. et Lips. 1705, III c. 10 § 9–11, Anmerk. zu Osses Testament und in zahlreichen Dissertationen, z. B. *De jurid. et magistr. differ. sec. mor. Germ.* (1703) § 5 ff., *De origine successionis testam.* (1705), *De usu practico tituli inst. de patr. pot.* (1712), *An legum juris Just. sit frequens an exiguus usus practicus in foris Germ.* (1715). Aehnlichen Anschauungen geben J. H. Böhmer, Heineccius u. A. Ausdruck.

¹² Estor, *Bürgerl. Rechtsgelehrsamkeit der Teutschen*, Marburg 1757 ff., III § 1 u. 3, hält sogar zum Nachweis der Existenz des deutschen Privatrechts die Widerlegung einer Ansicht für nöthig, nach der „das teutsche bürgerliche Recht nichts anderes wäre als das bloße Natur- oder Vernunftrecht“. Und oft wird von germanistischer Seite betont, daß das deutsche Recht mit dem Naturrecht mehr übereinstimme als das römische Recht; vgl. z. B. Pütter, *El. jur. Germ.* § 189, 190, 192, 193.

des gemeinen Rechts ein Ende machen sollte¹³. An ein allgemeines deutsches Gesetzbuch liefs sich im Ernst nicht denken. So giengen die gröfseren Einzelstaaten ans Werk. Nach langen Bemühungen kamen in Preulsen und Oesterreich Gesetzbücher zu Stande, die das gemeine Recht abschafften und an dessen Stelle ein neues Recht setzten, in dem fremdes und einheimisches Recht unter naturrechtlichen Einflüssen zu einem Ganzen verschmolzen war. Dazu trat in Folge der politischen Ereignisse für einen Theil Deutschlands das in vieler Hinsicht an germanischen Bestandtheilen noch reichere französische Gesetzbuch.

Freilich gieng damit die wichtigste Errungenschaft der Rezeption, die deutsche Rechtseinheit, wiederum verloren. Hatte schon vorher die Kräftigung der Partikularrechte das einigende Band des gemeinen Rechts vielfach gelockert, so zerfiel nunmehr Deutschland in mehrere vollkommen getrennte Rechtsgebiete. Mit dem Untergange des alten Reiches und der Verwandlung der überlebenden Territorien in souveräne Staaten war die Gefahr der dauernden Zerreihsung gesteigert.

III. Die Entwicklung des neunzehnten Jahrhunderts. Der Aufschwung des deutschen Geistes in den Freiheitskriegen gab auch dem nationalen Rechtsleben neue Impulse. Zwei hohen Zielen strebte seitdem die Nation im Recht wie im Staat unablässig zu: Einheit und Deutschthum.

1. Der Ruf nach Rechtseinheit erscholl gleich nach der Vertreibung der Fremden. Mit beredten Worten erhob vor Allem Thibaut die Forderung eines bürgerlichen Gesetzbuches für Deutschland. Ihm schleuderte Savigny jene berühmte Schrift entgegen, die das Programm der historischen Rechtsschule wurde¹⁴. Durch die Widerlegung der Grundirrhümer des Naturrechts und die Begründung der geschichtlichen Rechtsansicht hat diese Schrift für die Wissenschaft Unvergängliches geleistet. Aber auch für das Leben hat sie ewig beherzigenswerthe Winke gegeben, indem sie die Schattenseiten jeder Kodifikation aufdeckte und gegenüber rationalistischer Gesetzes-

¹³ Vgl. Stobbe, Geschichte der deutschen Rechtsquellen II 426 ff.; Baron, Franz Hotmanns Antitribonian, ein Beitrag zu den Kodifikationsbestrebungen vom XVI. bis zum XVIII. Jahrhundert, Bern 1888 (bes. S. XXVI sq. über die Vorschläge von Conring, Leibnitz, Burchard u. E. J. Westphal); Behrend in v. Holtzendorffs Encykl. I 390 ff.

¹⁴ Thibaut, Ueber die Nothwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland, Heidelberg 1814. v. Savigny, Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung u. Rechtswissenschaft, Heidelberg 1814. — Vgl. E. I. Bekker, Ueber den Streit der historischen und der filosofischen Rechtsschule, Heidelberg 1888.

macherei den unvergleichlichen Werth des geschichtlich gewordenen Rechts beleuchtete. Nur schloß sie weit über das Ziel. Sie verkannte die geschichtliche Bedeutung der That und muthete gewissermaßen dem lebenden Geschlechte einen Verzicht auf die Befugniß zu, gleich allen früheren Geschlechtern Geschichte zu machen. Wenn daher auch zunächst im Zusammenhange mit der Entwicklung der politischen Zustände der Widerstand gegen ein deutsches Gesetzbuch Erfolg hatte, so liefs sich doch weder unsere Zeit den Beruf zur Gesetzgebung noch unser Volk das Begehren nach Rechtseinheit wegdisputiren. In den einzelnen deutschen Staaten wurde massenhaftes Gesetzesrecht hervorgebracht und auch eine Kodifikation des ganzen Privatrechts mehrfach angestrebt und in Einem Staate (Königreich Sachsen) schliesslich erreicht. Immer aber blieb der Drang nach einem einheitlichen deutschen Recht so mächtig, daß schon vor der Neubegründung des deutschen Staates eine gemeinschaftliche Wechselordnung und ein gemeinschaftliches Handelsgesetzbuch zu Stande kamen. Als dann das große Interregnum beendigt war, schufen der Norddeutsche Bund und das Deutsche Reich alsbald auf zahlreichen Gebieten ein einheitliches Recht und in erheblichem Umfange auch ein einheitliches Privatrecht. Das Deutsche Reich aber nahm sofort nach der im Jahre 1873 erfolgten Erweiterung seiner Zuständigkeit die in allen Jahrhunderten deutscher Geschichte noch niemals gelöste Aufgabe in die Hand, ein deutsches bürgerliches Gesetzbuch herzustellen. Ehe das Jahrhundert zur Neige geht, wird nach menschlichem Dafürhalten das Werk vollbracht und damit auch im Privatrecht, so mancherlei Gegenstände auch dem Landesrecht vorbehalten bleiben sollen, in der Hauptsache die Einheit verwirklicht sein.

2. Das andere Ziel aber, das unser Volk seit der Wiederbesinnung auf sein Volksthum auch im Recht sich stecken mußte, war **Deutschthum**. Und in der That hat der nationale Gedanke im Laufe des Jahrhunderts auf das Privatrecht wie auf alles Recht umgestaltend eingewirkt.

Mit der Zurückverlegung des Staates in das Volk und der Wiederbetheiligung von Laien am Rechtsleben in Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung wurde die Alleinherrschaft des Juristenrechts erschüttert. Das Recht mußte wiederum eine volksthümliche Grundlage suchen, die es nur finden konnte, wenn es sich in Form und Inhalt dem heimischen Wesen näherte. Noch freilich hat sich der klaffende Spalt zwischen unserem am fremden Recht geschulten juristischen Denken und dem führerlosen Rechtsbewußtsein des Volkes nicht geschlossen. Dennoch lehrt ein vergleichender Rückblick, daß Manches

gebessert, da's den Organen des Rechtes die innere Empfindung der Volksseele und dem Volke das geltende Recht wieder vertrauter geworden ist.

In grossem Umfange hat die Gesetzgebung modernes Recht gestaltet, das seine beste Kraft aus wiedergeborenen vaterländischen Rechtsgedanken schöpft. Oft freilich ist sie zögernd und unsicher tastend vorgegangen, oft hat sie sogar den heimischen Trieb durch Einpressung in fremdartige Formen verkrüppelt. Wo sie aber muthig und frei den germanischen Rechtsgedanken entfaltet hat, erblüht das neue Recht in jugendlicher Lebensfülle.

Tief griff die Rechtswissenschaft seit ihrer Erneuerung durch die geschichtliche Weltansicht in die Bewegung ein. Indem sie den Zusammenhang des Rechtes mit allen anderen Seiten des Volkslebens aufdeckte, wies sie die Nation darauf hin, in ihrem eignen inneren und äusseren Sein das Richtma's ihrer Rechtsbildung zu suchen. Allein gerade im Privatrecht wurde die Jurisprudenz durch die Vertiefung der historischen Forschung in Bahnen gedrängt, auf denen sie in seltsamer Verkehrung ihrer Grundlehren zunächst sich weiter als je vom Ziele des nationalen Rechts entfernte. Ihre Spaltung in romanistische und germanistische Wissenschaft bestand fort und hat sich ja bis heute als unvermeidlich bewährt. Der Gegensatz aber zwischen beiden Zweigen der Privatrechtslehre gewann mit der Versenkung in die geschichtliche Eigenart der beiden Weltrechte nicht nur theoretisch, sondern auch praktisch an Schärfe. Die von Savigny geführte romanistische Schule stellte das reine römische Recht, das sie unter dem Schutt der Jahrhunderte hervorgrub, von Neuem in den Mittelpunkt des Rechtslebens der Gegenwart. Gleich als habe Alles, was sie über den Volksgeist als Schöpfer des Rechts zu predigen fortfuhr, für jedes Volk mit Ausnahme des eignen Volkes Geltung, erstrebte sie die Beseitigung des *usus modernus* und forderte die Anwendung des römischen Rechtes, wie es geschrieben stand. Die Praxis gab vielfach nach und vollzog so in unseren Tagen eine neue Rezeption. Von germanistischer Seite wurde das echte deutsche Recht mehr und mehr enthüllt und im Kampfe gegen den Romanismus auf den Schild gehoben. Doch verwechselten auch die Germanisten oft die mittelalterliche Erscheinungsform des deutschen Rechts mit dessen unvergänglichem Gehalt, verkannten die geschichtliche Berechtigung der vom römischen Recht geförderten Wandlungen und versäumten insbesondere über der rechtshistorischen Forschung die dogmatische Arbeit, deren es bedurft hätte, um dem Geiste des deutschen Privatrechts eine dem Einflufs des Pandektenrechts gewachsene Macht über das juristische

Denken zu erringen. Erst allmählich hat sich eine Verständigung angebahnt. In der Theorie herrscht heute Einigkeit, daß das Ziel ein in sich geschlossenes nationales Recht sein muß, in dem das ursprünglich Fremde nur soweit, als es uns ganz zu eigen geworden ist, das ursprünglich Deutsche nur soweit, als es noch lebensfähig ist, Raum hat. Aber solange Romanisten und Germanisten getrennt marschiren, wird naturgemäß bei allem Streben nach Unbefangenheit ihr Werthurtheil im Einzelnen ungleich ausfallen. Noch heute vermag oft, wo der Romanist eine von den Römern entdeckte ewige Rechtswahrheit zu besitzen glaubt, der Germanist nur eine einseitige Formulirung des individualistisch-kapitalistischen Standpunktes zu erkennen. Und wo der Germanist von einem unverlierbaren deutschen Rechtsgedanken redet, der nicht erstickt werden könne, so lange die deutsche Zunge klingt, wittert mancher Romanist nur eine unklare Mischung von romantischer Vorliebe für mittelalterliche Gebundenheit und schwärmerischer Begeisterung für ein noch ungebornes sociales Zukunftsrecht.

In dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich ist das nationale Recht nicht zu der ihm gebührenden Geltung gelangt. Wäre er so, wie er zuerst veröffentlicht worden war, zum Gesetzbuche erhoben worden, — ein mehr römisch als deutsch gedachtes, nach Form und Inhalt unvolksthümliches und doktrinäres Werk, das fast nur ein in Paragraphen gegossenes Pandektencompendium darstellte, — so hätte in der schicksalsvollen Geschichte des deutschen Privatrechts der Tag der endlich errungenen Einheit eine nationale Niederlage bedeutet, die schwerer zu verwinden gewesen wäre, als selbst die Rezeption. Die zweite Lesung hat, soweit sie gediehen ist, manche Verbesserung gebracht. Allein der Entwurf wird eine weit gründlichere Umgestaltung erfahren müssen, wenn er wirklich unserem Volke ein Recht bieten soll, das nicht blos einheitlich, sondern deutsch ist!

Zweites Kapitel.

Begriff und Bedeutung des deutschen Privatrechts.

§ 4. Privatrecht und öffentliches Recht¹.

I. Begriffliches. Um den Begriff des deutschen Privatrechts zu finden, bedarf es zunächst der Grenzziehung zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht.

Im Wesen des Menschen ist, wie das Recht selbst, so dessen Gabelung in Individualrecht und Sozialrecht angelegt. Denn der Mensch ist zugleich als Individuum eine sich selbst zugekehrte Einheit und als Gesellschaftswesen Theil eines vielgliedrigen Ganzen. Denkbar freilich ist, daß das Recht, wie das Naturrecht träumte, nur Individualrecht oder, wie der Sozialismus begehrt, nur Sozialrecht wäre. Allein in jedem dieser Fälle wäre die Kultur, — dort durch Auflösung, hier durch Erstarrung, — mit dem Untergange bedroht. Will das Recht seine Kulturaufgabe lösen, so muß es beiden Aeußerungsformen des menschlichen Daseins gesonderte Bereiche zutheilen und zwischen ihnen ein Gleichgewicht herstellen.

Individualrecht ist das Recht, insoweit es die menschlichen Willensträger als Einzelwesen zu einander in Beziehungen setzt. Das Individualrecht behandelt daher vor Allem die einzelnen Menschen als in sich abgeschlossene Einheiten. Es ergreift aber auch die menschlichen Verbände, wenn und soweit es dieselben als zusammengesetzte Einheiten den Individuen gleichstellt. Das Individualrecht beruht auf dem Verhältniß der Nebenordnung und geht von der Unverbundenheit der Subjekte aus.

Sozialrecht ist das Recht, insoweit es die Beziehungen der menschlichen Willensträger als Gesellschaftswesen ordnet. Das Sozialrecht behandelt die einzelnen Menschen als Glieder von höheren Ganzen, die menschlichen Verbände als gesellschaftliche Ganze (Gemeinwesen) oder wiederum als Glieder von höheren Verbandsganzen. Es beruht auf dem Verhältniß der Einordnung (Ueber- und Unterordnung) und geht von der Verbundenheit der Subjekte aus.

¹ Thon, Rechtsnorm und subjektives Recht S. 108 ff.; Bierling, Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe II 150 ff.; Wach, Handbuch des deutschen Civilprozessrechts I § 8; Hänel, Deutsches Staatsrecht I 153 ff.; Jellinek, Das System der subjektiven öffentlichen Rechte, Freiburg 1892, S. 50 ff.; Pfaff u. Hofmann, Komm. I 118 ff.; Regelsberger, Pand. I § 28 u. 49.

Nach römischer Vorstellung deckt sich der Gegensatz von Individualrecht und Sozialrecht mit der Eintheilung des Rechtes in *jus privatum* und *publicum*. Jenes ist das Recht der *singuli*, dieses das Recht des *populus Romanus*. Da die Gesellschaft im Rechtssinne mit dem Staat zusammenfällt, giebt es kein Privatrecht, das nicht Individualrecht, und kein Sozialrecht, das nicht Staatsrecht wäre.

Anders verhält es sich mit der heutigen Unterscheidung von Privatrecht und öffentlichem Recht. Nach germanischer und moderner Rechtsanschauung erschöpft sich die Gesellschaft nicht im Staat, sondern kommt zugleich in einer Fülle andersgearteter Gemeinschaften mit eigenem Lebenszweck zur Erscheinung: in der Familie, in der Kirche, in der Gemeinde, in der Genossenschaft, in der internationalen Gemeinschaft. Es giebt also unendlich viel Sozialrecht, das nicht Staatsrecht ist. Der Staat aber als souveräner Verband weist diesem Sozialrecht je nach dem Werthe, den er dem dadurch geregelten Gemeinleben für sein eignes Leben beimisst, eine ungleiche Stellung zu, indem er es zum Theil mit gleichen oder ähnlichen Machtmitteln wie das Staatsrecht ausrüstet, zum andern Theil dagegen mit keiner höheren Autorität als das Individualrecht bekleidet. So ergiebt sich eine rein positive Grenzziehung zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht, die das Sozialrecht in der Mitte durchschneidet².

Privatrecht ist heute alles Individualrecht und außerdem dasjenige Sozialrecht, das nicht durch einen staatsrechtlichen Satz dem öffentlichen Recht einverleibt ist; somit auch das Familienrecht, das Gesellschaftsrecht und das Körperschaftsrecht der privaten Verbände.

Öffentliches Recht ist alles Staatsrecht, d. h. alles Recht, das den Staat als Ganzes und die einzelnen Menschen sowie die übrigen Verbände als Staatsglieder betrifft, und außerdem dasjenige Sozialrecht, welches wegen der Beschaffenheit der von ihm geordneten Gemeinschaft als öffentlich anerkannt ist; somit auch das Kirchenrecht, das Gemeinderecht, das Recht der öffentlichen Genossenschaften und das Völkerrecht.

II. Geschichtliche Ausgestaltung.

1. Römische. Die Römer sahen vor Allem den Gegensatz zwischen den beiden Rechtshälften, stellten die Scheidung von *jus privatum* und *jus publicum* an die Eingangspforte ihrer Rechtsgeschichte und führten sie nicht ohne Schroffheit durch³. Indem sie das Vermögens- und Familienrecht auf die Selbstherrlichkeit des pater-

² Die nähere Ausführung s. bei Gierke, Genossenschaftstheorie S. 155 ff.

³ Gierke, Deut. Genossenschaftsrecht III 35 ff.

familias gründeten, schufen sie das erste wahre und volle, für den Staat selbst unantastbare Privatrecht. Aber unaustilgbar haftete diesem Privatrecht ein einseitig individualistischer Grundzug an, der zur Ausprägung der Souveränität des Einzelwillens in abstrakter Freiheit und schrankenloser Befugniß trieb und auch durch die sozialere Gesetzgebung der späteren Kaiserzeit nur gemildert, nicht verlöscht wurde. Das römische *jus publicum* dagegen hatte seinen alleinigen Träger in der souveränen Volksgesamtheit und ihrem kaiserlichen Erben und entbehrte stets, da es als ausschließliches Herrschaftsgebiet eines einzigen Allgemeinwillens keinen Raum für eine durch Gerichtsschutz verbürgte Gegenseitigkeit bot, der Merkmale eines wahren und vollen Rechts.

2. Germanische. Die Germanen sahen ursprünglich nur die Einheit alles Rechts und versäumten jede begriffliche Sonderung von Privatrecht und öffentlichem Recht⁴. Sie kannten lediglich ein einartiges Recht, das alle menschlichen Verhältnisse von den nachbarlichen Verkehrsbeziehungen bis hinauf zu dem Treuband zwischen König und Volk in gleicher Weise umspannte⁵. Dieses Recht aber war durchweg wahres und volles Recht, auf Gegenseitigkeit gegründet und des Gerichtsschutzes fähig. Ein bedeutungsvoller weltgeschichtlicher Fortschritt war in dieser Allgewalt der germanischen Rechtsidee beschlossen. Doch mußte er mit den Unvollkommenheiten erkauft werden, welche die unlösliche Vermischung von Privatrecht und öffentlichem Recht auf lange Zeit hinaus bedingte.

Das Privatrecht blieb während des ganzen Mittelalters durch öffentlichrechtliche Elemente gebunden und entfaltete sich an keinem einzigen Punkte zu reinem und freiem Individualrecht. So durchdrang alle Institutionen des Personenrechts und des Vermögensrechts, insbesondere das Recht des Grundbesitzes und das Erbrecht, ein sozialer Geist. Allein das Individuum war in ein Netz von gesellschaftlichen Fesseln verstrickt, welche die Entwicklung der freien Einzelpersönlichkeit hemmten.

Das öffentliche Recht blieb mit privatrechtlichen Elementen durchmischt und erhob sich nirgends zu einer allem Individuellen und Zufälligen entrückten gesellschaftlichen Ordnung. In wachsendem Maße vielmehr gieng es in die Formen des Individualrechts und insbesondere des Vermögensrechtes ein, bis die sozialen Funktionen jeder Art zu „patrimonialen“ Rechten umgebildet und öffentliche Gewalten,

⁴ Gierke, Deut. Genossenschaftsrecht II § 7.

⁵ Man denke nur an den Eingang und Fortgang des Sachsenspiegels!

Gerichtsbearbeitungen, Ämter, Gewerbebefugnisse u. s. w. als Vermögensstücke besessen, vererbt, veräußert, verpfändet, getheilt wurden. So ergab sich auch durch die Ordnung des Gemeinlebens alle Kraft und Fülle der Rechtsidee. Allein unentwickelt und machtlos blieb die Staatsidee. Denn diese Verstrickung in Individualrecht hemmte die Ausbildung der souveränen Gesamtpersönlichkeit.

3. Moderne. Im Laufe der Zeit ist mit der Befreiung des Individuums und mit der Erhöhung des Staats auch bei uns die begriffliche Sonderung von Privatrecht und öffentlichem Recht durchgeführt worden. In den mittelalterlichen Städten vorbereitet⁶, jedoch nicht ohne die starke Beihilfe des römischen Rechts verallgemeinert und vollendet, bildet diese Sonderung heute einen Grundpfeiler der Rechtsordnung. Wenn aber in der Zeit der Uebermacht des fremden Rechts bei uns (anders wie in England) über dem Gegensatze nunmehr die Einheit des Rechts fast verloren gieng, so hat seit der Wiedergeburt des nationalen Rechts auch die germanische Idee der inneren Einheit alles Rechts sich von Neuem siegreich entfaltet. Unser modernes Recht sucht Privatrecht und öffentliches Recht zwar zu trennen, aber auch zu verbinden. Es bemüht sich, jedes dieser großen Reiche gleichzeitig nach seinem besonderen Prinzip eigenartig auszugestalten und mit dem Geiste eines allumfassenden einheitlichen Ganzen zu durchdringen.

An dem Bau unseres öffentlichen Rechts ist diese Erneuerung des germanischen Grundgedankens unschwer abzulesen. Denn wir gehen hier zwar vom Staate und seiner Souveränität aus und stellen durchweg das Ganze vor die Glieder, die Ordnung vor die Freiheit und die Pflicht vor die Befugnis. Allein innerhalb des hiermit gegebenen Rahmens theilen wir auch den Gliedern, Verbänden wie Einzelnen, selbständige Geltung zu, gewähren ihnen einen Bereich freier rechtlicher Gestaltungsmacht und statten sie nach dem Maße ihrer Pflichten zugleich mit Rechten aus, in deren Sicherstellung durch einen gegen die Gemeinschaft selbst wirksamen gerichtlichen Schutz des öffentlichen Rechts wir die Vollendung des angestrebten „Rechtsstaats“ erblicken⁷.

Auch im Privatrecht aber ist die Wiederannäherung an die germanische Auffassung unverkennbar. Denn hier gehen wir zwar

⁶ Gierke, Deut. Genossenschaftsrecht II 644 ff.

⁷ Bähr, Der Rechtsstaat, Cassel u. Göttingen 1864; Gneist, Der Rechtsstaat und die Verwaltungsgerichte in Deutschland, 2. Aufl., Berlin 1879; H. Schulze, Der Rechtsschutz auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts, Leipzig 1873; Sarwey, Das öffentliche Recht und die Verwaltungsrechtspflege, Tübingen 1880.

vom Individuum und seiner Freiheit aus und erkennen den Einzelnen als Selbstzweck, die freie Willensthat als Gestaltgeberin und die Befugnis als Eigenmacht an. Allein mit dem Trugbild eines rein individualistischen Privatrechts haben wir grundsätzlich gebrochen. Da sich Einzelleben und Gemeinleben zuletzt in der unzerreißbaren Einheit desselben Menschendaseins abspielen, sieht unser Privatrecht auch da, wo es sich als Mittel für das Individuum darbietet, doch niemals völlig von dessen Gliedstellung in der Gesellschaft ab. Die Freiheit, die es verbürgt, ist nicht Willkür, sondern sittlich gebundene Freiheit, wie sie mit dem Wohle des Ganzen bestehen kann. An den Lebensinteressen der Gemeinschaft findet die Gestaltungsmacht, die den Einzelwillen in Vertrags- und Verfügungsfreiheit eingeräumt ist, feste Schranken, deren Ausbau gerade vom neuesten Recht mit verstärkter Energie unternommen wird. So tief auch die römische Vorstellung der einseitigen und schrankenlosen Befugnis eingedrungen ist, bricht doch immer wieder die germanische Anschauung durch, daß auch im Privatrecht zuletzt keine Befugnis ohne Pflicht bestehen kann und jede Befugnis in ihrer Bestimmung zugleich ihre Schranke hat. Darum scheint uns auch mit dem Recht des freiesten Gebrauches nicht das Recht des Mißbrauches zum Schaden Anderer verliehen zu sein. Und darum muß selbst das stärkste Recht des Einzelnen, wo das Wohl des Ganzen es erheischt, dem höheren Recht der Gesamtheit weichen. Unser Privatrecht geht aber weiter: es paßt nicht bloß die Individualbereiche dem Bedürfnis der Gemeinschaft an, sondern es nimmt in seinen eignen Scholz den Gedanken der organischen Gemeinschaft auf, um ihn in Familien-, Gesellschafts- und Genossenschaftsrecht aufsteigend zu verwirklichen; es entfaltet zur Ergänzung und Berichtigung seines Individualrechts ein umfassendes Sozialrecht und führt dasselbe an unzähligen Punkten bis an die Grenze des öffentlichen Rechts heran. So durchweht in der That unser modernes Privatrecht ein stetig anschwellender sozialer Hauch. Und alle Zeichen der Zeit deuten darauf hin, daß das Privatrecht in Zukunft, wenn es sich überhaupt behaupten will, seinen sozialen Beruf noch ungleich tiefer zu erfassen haben wird⁸. Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches freilich würde, wenn sein durchaus individualistisch angelegtes Recht ins Leben träte, einen verhängnisvollen Rückschlag

⁸ Gierke, Die soziale Aufgabe des Privatrechts, Berlin 1889. Vgl. auch A. Menger, Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen, Tübingen 1890; E. Ehrlich, Die soziale Frage im Privatrecht, Juristische Blätter, Jahrg. 1892, Nr. 9—12.

bringen. Immerhin wäre selbst dann, da er eine Fülle von Privatrecht dem besonderen Reichs- und Landesrecht überweist und namentlich die Berührung der an das öffentliche Recht anstossenden Gebiete ängstlich vermeidet, die soziale Prägung unseres Privatrechts im Ganzen nicht verloren.

III. Abgrenzung. Wie aus dem Bisherigen folgt, ist die Abgrenzung des heutigen deutschen Privatrechts gegen das öffentliche Recht mit grossen Schwierigkeiten verbunden. Die Grenzlinie zwischen beiden im Leben in einander greifenden Reichen wird im Einzelnen durch rein positive Bestimmungen gezogen. Diese aber weichen nicht nur in den verschiedenen Ländern stark von einander ab, sondern sind auch vielfach lückenhaft und unsicher. Einen gewissen Anhalt gewährt die Ordnung der Gerichtszuständigkeit. Denn grundsätzlich decken sich die auf den Weg des Civilprozesses verwiesenen „bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten“ mit den Streitfällen des Privatrechts, während Streitfälle des öffentlichen Rechts im Wege der Verwaltungsrechtsprechung oder eines anderen nicht civilprozessualen Verfahrens erledigt werden. Allein immer handelt es sich hierbei nur um ein weder überall vorhandenes noch unbedingt sicheres Anzeichen⁹. Da das Reichsgesetz den Begriff der „bürgerlichen Rechtsstreitigkeit“ nicht allgemein bestimmt und begrenzt, werden die Grenzen der Civilgerichtsbarkeit durch reichsgesetzliche Einzelbestimmungen und in Ermangelung solcher durch das Landesrecht festgestellt. Vielfach aber fehlt es an einer ausdrücklichen derartigen Feststellung, so daß nun umgekehrt, um über die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit des Civilprozesses zu entscheiden, die Frage nach der privatrechtlichen oder öffentlichrechtlichen Natur der Rechtssätze zuvörderst beantwortet und somit auf deren inneren Gehalt zurückgegangen werden muß¹⁰. Andererseits ist, wo durch positiven Rechtssatz für Streitsachen gewisser Art der „Rechtsweg“ eröffnet oder verschlossen wird, keineswegs immer hieraus ein Schluß auf die materielle Beschaffenheit der Rechtsverhältnisse gestattet, da der

⁹ Ausschliesslich in der Verfolgbarkeit auf dem Wege des Civilprozesses erblickt Thon a. a. O. S. 131 das Wesen der „Privatrechte“. Indefs abgesehen davon, daß es unzulässig ist, den Unterschied zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht lediglich in das subjektive Recht zu verlegen, kann die Gewährung dieses oder jenes Rechtsschutzmittels den materiellen Gehalt eines Rechtes stets nur bezeugen, nicht hervorbringen. Vgl. Dernburg, Pand. I § 21 Anm. 4; Wach a. a. O. § 83; Hänel a. a. O. S. 163; Jellinek a. a. O. S. 57; auch R.Ger. XXXII Nr. 86.

¹⁰ Dies geschieht daher in zahlreichen Erkenntnissen des Reichsgerichts; vgl. z. B. Erk. v. 16. Dez. 1885 XV Nr. 11 S. 40 u. 44, 22. Sept. 1888 XXII Nr. 58, 8. Febr. 1890 XXV Nr. 69.

Gesetzgeber die Regel, nach welcher diese innere Beschaffenheit für die Ordnung der Rechtsschutzmittel maßgebend sein soll, beliebig durchbrechen kann und mitunter durchbrochen hat. Es giebt daher Privatrecht, das nur nach Art des öffentlichen Rechts geschützt ist¹¹, und öffentliches Recht, das nur im Civilprozeß durchgesetzt werden kann¹². Somit läßt unser positives Recht hier eine Fülle von Fragen ungelöst. Auf viele dieser Fragen aber ist an sich eine doppelte Antwort möglich, wie ja schon die Rechtssätze, welche die Grenzbestimmung selbst enthalten, eigentlich jedem der beiden Gebiete angehören¹³.

Wäre indess auch eine glatte Scheidung denkbar, so wäre sie doch in der Darstellung nicht durchführbar. Zahlreiche Rechtsinstitute verweben Privatrecht und öffentliches Recht in ein Ganzes, mag dies nun Nachwirkung der alten Vermischung oder Wirkung der modernen Verbindung sein. Gehören sie mit einem bedeutenden Theil ihres Wesens jedem Gebiete an, wie etwa das Ständerecht, Gemeinderecht oder Gewerberecht, so sind sie in ihre Elemente zu zerlegen. Doch bleibt dann bei der Behandlung ihrer privatrechtlichen Bestandtheile der Hinblick auf die öffentlichrechtliche Seite unerläßlich. Dagegen werden Rechtsinstitute, die überwiegend in dem einen oder andern Gebiete wurzeln, zweckmäßiger Weise ganz ihrem Heimathsgebiete eingeordnet. Darum sind bei der Darstellung der Privatrechtsinstitute zugleich diejenigen Sätze des öffentlichen Rechts aufzunehmen, welche entweder staatliche Einrichtungen im Dienste des Privatrechts (z. B. öffentliche Bücher oder Register) begründen oder das Privatrecht durch staatliche Machtmittel (z. B. Abtretungs- oder Vereinigungszwang) beschränken. So wird in der Lehre vom Grundeigenthum das Grundbuchwesen und die Enteignung, im Vormundschaftsrecht die Obervormundschaft, im Wasserrecht das Deichrecht nicht übergangen werden dürfen. Umgekehrt sind Institute des öffentlichen Rechts aus

¹¹ So nach Reichsrecht die Ansprüche auf Unfallentschädigung (Reichsgesetz v. 22. Juli 1884 § 62—63) und Invaliditäts- oder Altersrente (Reichsgesetz v. 22. Juli 1889 § 75—85) oder das Recht des Erfinders auf ein Patent (Reichsgesetz v. 7. April 1891 § 13 u. 27); nach preussischem Recht der Anspruch auf Wildschadenersatz (Ges. v. 11. Juli 1891). Andere Fälle bei Wach a. a. O. S. 111 Anm. 84.

¹² So nach Reichsrecht der Anspruch des Reichs oder eines Einzelstaats auf Entziehung des Rechts zur Ausgabe von Banknoten (Reichsgesetz v. 14. März 1875 § 49 Z. 4 u. § 50); nach preuss. Recht mindestens einzelne der im Ges. v. 24. Mai 1861, betr. die Erweiterung des Rechtswegs dem Civilprozeß überwiesenen Rechtsverhältnisse. Andere Beispiele bei Wach a. a. O. S. 112 Anm. 85.

¹³ Gierke, Genossenschaftstheorie S. 179 Anm. 2. Vgl. auch Hänel a. a. O. S. 162—163.

dem Privatrecht auch dann vollständig auszuschließen, wenn in nebensächlicher Weise Privatrecht aus ihnen entspringt. Daher ist z. B., obschon der richtigen Meinung nach die vermögensrechtliche Seite des Beamtenverhältnisses privatrechtliche Natur hat¹⁴, doch die Verweisung auch dieses Stückes des Beamtenrechts in das Staatsrecht angemessen.

§ 5. Deutsches und fremdes Recht.

I. Begriffliches. Deutsches Privatrecht im technischen Wortsinne ist nicht alles in Deutschland geltende Privatrecht, sondern nur das in Deutschland geltende Privatrecht deutscher Herkunft. Ihm steht gegenüber das in Deutschland aufgenommene fremde Privatrecht.

Dabei handelt es sich indess heute in der Hauptsache nur um den Gegensatz zwischen deutschem und römischem Recht.

Das kanonische Recht greift in das Privatrecht nur noch an einzelnen Punkten ein. Da es in diesen Bestimmungen keine selbstständigen Rechtsinstitute, sondern Abwandlungen römischer oder deutscher Rechtsinstitute darbietet, so ist davon theils im römischen Recht (z. B. bei der Verjährung), theils im deutschen Recht (z. B. bei den Reallasten) zu sprechen. Eine Ausnahme bildet das persönliche Eherecht, das zwar heute auch im gemeinen Rechte nur noch zum Theil unmittelbar vom kanonischen Recht beherrscht wird, jedoch in seinem ganzen Umfange auf der vom kanonischen Recht geschaffenen Grundlage ruht und sich dem tieferen Verständniß nicht ohne stetes Zurückgehen auf die kirchlichen Quellen erschließt. Darum wird, soweit die Scheidung des geltenden Privatrechts nach seiner Herkunft durchgeführt wird, das „Eherecht“ trotz seiner vollkommenen Verweltlichung noch immer im Kirchenrecht oder doch als ein an das Kirchenrecht angelehntes besonderes Rechtsgebiet behandelt.

Das langobardische Recht, dessen einst so große praktische Bedeutung mit der fortschreitenden Auflösung des Lehnverbandes stetig abgenommen hat, ist zusammen mit den Trümmern des Lehnrechts dem deutschen Privatrecht einverleibt worden. Lange Zeit hindurch wahrte freilich das Lehnrecht die Selbständigkeit, die ihm nach der Rezeption gerade in Folge der Erhebung der libri feudorum zur gemein-

¹⁴ Erk. des R.Ger. XI Nr. 66 S. 295, XII Nr. 16 S. 72, XVIII Nr. 36, XIX Nr. 67 S. 349. Vgl. Gierke, Genossenschaftstheorie S. 195 Anm. 1.

Binding, Handbuch. II. 3. 1: Gierke, Deutsches Privatrecht. I.

rechtlichen Quelle neben dem römischen Recht erhalten geblieben war, auch gegenüber dem wiedererstandenen deutschen Privatrecht. Seit Eichhorns Vorgang aber wird allgemein das Lehnrecht als Bestandtheil des deutschen Privatrechts betrachtet¹. Mithin ist auch die Frage nach dem Verhältniß zwischen langobardischem und deutschem Recht für das deutsche Privatrecht nicht mehr eine äußere, sondern eine innere Grenzfrage.

Dagegen steht das römische Recht innerhalb des geltenden Privatrechts dem einheimischen Recht als ein gewaltiger Bau geschlossen gegenüber. Somit ist die Abgrenzung gegen das heutige römische Privatrecht, das den Inhalt der „Pandekten“ bildet, für die Begriffsbestimmung des deutschen Privatrechts von entscheidender Bedeutung. Diese Abgrenzung wird dadurch erschwert, daß einheimisches und fremdes Recht vielfach innig verschmolzen sind. Im Allgemeinen sind dabei folgende Gesichtspunkte maßgebend:

1. Dem deutschen Privatrecht gehören alle dem römischen Recht ganz unbekanntem Rechtsinstitute an, die aus germanischen Rechtskeimen in Deutschland erwachsen sind.

a. Sie gehören ihm an, mögen sie nun (wie Reallasten, eheliche Gütergemeinschaft, Bergrecht) aus dem Mittelalter stammen oder (wie Urheberrecht, Erfinderrecht, Verlagsvertrag) erst nach der Rezeption geboren sein.

b. Sie gehören ihm an, mögen sie nun (wie Einkindschaft, Sonderrechte des hohen Adels, Interimswirtschaft) ausschließlich in Deutschland ausgebildet oder (wie ihre weit überwiegende Masse) als europäisches Gemeingut zugleich in anderen Ländern entwickelt sein. Im zweiten Falle nicht nur dann, wenn (wie im Immobiliarsachenrecht, Familiengüterrecht, Genossenschaftsrecht) die Rechtsbildung in Deutschland sich im Wesentlichen selbständig vollzogen hat, sondern auch dann, wenn (wie im internationalen Privatrecht, dem Verschollenheitsrecht, dem Recht der Werthpapiere) das verwandte ausländische Recht von Italien oder Frankreich her einen starken oder überwiegenden Einfluß auf die moderne deutsche Rechtsgestaltung ausgeübt hat. Hierin liegt auch die Rechtfertigung für die schon erwähnte Wiedereinfügung des Lehnrechts in das deutsche Privatrecht.

¹ Eichhorn begründet schon in der Vorrede seiner „Einleitung in das deutsche Privatrecht mit Einschluss des Lehnrechts“ (Göttingen 1823) diese Einverleibung. Von den späteren Bearbeitern des deutschen Privatrechts haben nur Mittermaier, Maurenbrecher, Bluntschli und Walter das Lehnrecht ausgeschlossen. Vergeblich widersprach Dieck, Z. f. D.R. III 160—162 der „Verbindung des Lehnrechts mit dem deutschen Privatrecht zu einem systematischen Ganzen“.

Vor Allem aber folgt hieraus, daß an sich Handelsrecht, Seerecht und Wechselrecht Bestandtheile des deutschen Privatrechts sind². Denn wie hoch man auch auf diesen Gebieten die Einwirkung des Rechtes der romanischen Völker auf das deutsche Recht veranschlagen mag, so sind doch eben auch bei diesen Völkern die treibenden Gedanken, denen die Ausprägung neuer und eigenartiger Gebilde verdankt wird, aus germanischer Wurzel entsprossen³.

c. Sie gehören ihm an, mögen sie nun (wie eigenmächtige Pfändung, Jagdrecht, Gewerkschaft) im Wesentlichen vom römischen Recht nicht berührt oder (wie ihre überwiegende Mehrzahl) vom römischen Recht umgebildet sein. Im zweiten Falle nicht nur dann, wenn (wie bei Nählerrechten, Verträgen zu Gunsten Dritter, Ankerbenrecht) einzelne römischrechtliche Elemente eingedrungen sind, sondern auch dann, wenn (wie bei Erbverträgen, Familienfideikommissen, moderner Hypothek) das einheimische Institut durchaus in ein römisches Rechtsgewand gekleidet ist. Doch liegt auch dem Pandektenrechte

² Als solche sind sie auch von den Bearbeitern des deutschen Privatrechts stets behandelt worden. Nur aus äußeren Gründen werden sie neuerdings öfter ausgeschieden. So auch in der vorliegenden Arbeit; vgl. unten § 13.

³ Die Geschichte des Handelsrechts bei den romanischen Völkern hat eine vortreffliche zusammenfassende Behandlung gefunden in dem großen Werke von Goldschmidt, Universalgeschichte des Handelsrechts, 1. Lief., Stuttgart 1891 (3. Aufl. des Handbuchs des Handelsrechts I. 1, 1). Goldschmidt sucht freilich fast überall römischrechtliche Anknüpfungspunkte zu ermitteln. Auch abgesehen davon aber, daß er vielfach nur sehr unsichere Spuren nachzuweisen vermag, überschätzt er die Bedeutung solcher dünnen Verbindungsfäden. Meist handelt es sich nur um Bruchstücke des zertrümmerten Alterthums, die das Mittelalter einem von ihm in eigenem Geiste errichteten Neubau eingefügt hat, wie antike Säulenfragmente seinen Domen. Ein Blick auf unser heutiges deutsches Handelsrecht zeigt, daß gerade sein eigenster Besitz, den es vor dem Civilrecht voraus hat, überwiegend aus germanischer Quelle geschöpft ist. So das Prinzip des berufsständischen Sonderrechtes überhaupt und der Art seiner Fortbildung und Handhabung. So das Personenrecht der Kaufleute; die Firma; die Marke; die Handelsregister; die Handelsbücher; das Recht der Handlungsgehülfen; die Prokura. So das gesammte Handelsgesellschaftsrecht. So die objektive Einheit des Geschäftsvermögens; die Werthpapiere; die Beschränkungen der Fahrnißklage; das kaufmännische Pfandrecht. So aber auch im Handelsobligationenrecht, das dem römischen Recht am meisten verdankt, eine Fülle besonderer Grundsätze und eine Anzahl neuer Vertragsarten, insbesondere das ganze Versicherungsrecht. Nicht anders liegt die Sache im Seerecht. Und schließlich bestand ja fast durchweg die Einwirkung des romanischen Handelsrechts nur in der Umbildung von Instituten, die auch in Deutschland bereits aus einheimischen Keimen in ähnlicher Form entwickelt worden waren.

ein Hinweis auf derartige Erstreckungen der römischen Gedankenwelt nahe.

2. In das deutsche Privatrecht gehören ferner grundsätzliche Abwandlungen römischer Rechtsinstitute durch erhaltene oder wiederbelebte germanische Rechtsgedanken. Solche Abwandlungen begegnen vor Allem bei zahlreichen Rechtsinstituten, welche auch dem älteren deutschen Recht bekannt waren, nach der Rezeption jedoch auf römischrechtliche Grundlage gestellt wurden (z. B. bei dem Eigenthum, den meisten Verträgen, der Altersvormundschaft). Sie begegnen aber auch bei solchen römischen Rechtsinstituten, welche ein heimisches Rechtsinstitut der Form nach ganz verdrängt, inhaltlich jedoch in sich aufgenommen haben (wie der Besitz die Gewere, die Servitut manches eigenartige dingliche Recht, die väterliche Gewalt die väterliche Munt). Und sie begegnen endlich sogar bei manchen dem nationalen Rechte völlig unbekanntem römischen Rechtsinstituten, die sich bei uns nur in wesentlich veränderter Gestalt eingebürgert haben (z. B. Testament, Adoption, Dotalrecht). Dafs alle diese modernen Abwandlungen des römischen Rechtes auch das Pandektenrecht nicht unbeachtet lassen kann, liegt auf der Hand.

3. In das deutsche Privatrecht gehören nicht die römischen Rechtsinstitute als solche, mögen sie nun im Wesentlichen unverändert rezipirt sein (wie superficies, operis novi nuntiatio, restitutio in integrum) oder, wie dies bei den meisten der Fall ist, grundsätzliche Abwandlungen erfahren haben. In das deutsche Privatrecht gehören aber auch nicht diejenigen Abwandlungen des reinen römischen Rechts, welche entweder unwesentlicher Art sind oder auf der Fortbildung römischer Rechtsgedanken ohne ersichtlichen Einfluß eigenenthümlicher germanischer Rechtsgedanken beruhen. Darum fällt namentlich der größte Theil der allgemeinen Normen über Erwerb, Verlust und Schutz der Rechte und die Hauptmasse des Obligationenrechts trotz aller Fortbildung, die das Justinianische Recht erfahren hat, ausschließlich dem Pandektenrechte anheim.

Vorstehende Regeln ergeben nicht nur keine haarscharfe begriffliche Grenzlinie, sondern lassen auch bei ihrer Anwendung dem Gutdünken einen weiten Spielraum. In Folge hiervon werden viele Gegenstände sowohl im Pandektenrecht wie im deutschen Privatrecht behandelt⁴.

⁴ Hier, wie unter Behörden, ist der positive Kompetenzkonflikt häufiger als der negative. Das Pandektenrecht ist dabei in der günstigeren Lage, weil es einerseits von den Zeiten des usus modernus her den älteren Besitzstand für sich hat

II. Unmittelbare Geltung des römischen Rechts. Wird so der Begriff des deutschen Privatrechts durch den Gegensatz zu dem in Deutschland geltenden römischen Rechte bestimmt, so hängt seine praktische Bedeutung wesentlich von dem Umfange ab, in welchem römisches Recht in Deutschland unmittelbar oder mittelbar anzuwenden ist.

Das römische Recht hat unbestritten eine unmittelbare Geltung in denjenigen deutschen Ländern, in denen diese seine Geltung nicht gesetzlich wieder abgeschafft ist. Doch hat seine praktische Anwendbarkeit drei Schranken⁵.

1. Das römische Recht gilt nur, insoweit es rezipirt ist. Seiner Rezeption liegt die gesetzliche Fassung zu Grunde, die es im Corpus juris civilis empfangen hat. Allein abgesehen davon, daß von vornherein alle nicht glossirten Stellen desselben von der Anwendung bei uns ausgeschlossen sind⁶, hat die Sammlung Justinians auch im Uebrigen in Deutschland keineswegs die Kraft eines Gesetzbuchs. Vielmehr beruht die Geltung des Corpus juris als gemeines Recht auf deutschem Gewohnheitsrecht und erstreckt sich daher nur auf diejenigen Bestandtheile, die auf Grund der Ueberzeugung von ihrer Anwendbarkeit in die deutsche Uebung Eingang gefunden haben. Mithin ist vor jeder Anwendung eines Satzes des Corpus juris die Vorfrage zu stellen, ob er rezipirt ist. Die Antwort ergibt sich meist aus der Notorietät. In Zweifelfällen aber muß sie durch Forschung gefunden werden. Eine Vermuthung für die Rezeption und gegen den Fortbestand des einheimischen Rechts besteht nicht.

In früherer Zeit herrschte fast allgemein die entgegengesetzte Ansicht, daß das Corpus juris im Ganzen (in complexu) rezipirt sei,

andrerseits bei der Besitzergreifung an neu gebildetem Recht früher auf dem Platz ist. Um so entschiedener muß das deutsche Privatrecht, wenn es seine Ebenbürtigkeit wahren will, das ihm gebührende Feld behaupten. Man denke nur an die zu Gunsten des Pandektenrechts der Zukunft bereits mehrfach laut gewordenen Annexionsgelüste, wie sie z. B. E. I. Bekker, System und Sprache des Entw. eines bürgerl. Gesetzbuchs f. das Deutsche Reich, Berlin u. Leipzig 1888 (Beiträge H. 2) S. 6 ausspricht! Sehr weit in der Annexion geht auch Regelsberger, Pand. § 2 und in der Ausführung.

⁵ Von selbst versteht es sich überdies, daß römisches Recht niemals auf Rechtsverhältnisse angewandt werden kann, die vor der Rezeption entstanden sind; R.Ger. bei Seuff. XXXVIII Nr. 962 (Nichtanwendbarkeit auf Eigenthumserwerb an Vorstrand und Meer seitens der Stadt Stralsund durch Verträge v. 1314 u. 1321).

⁶ Landsberg, Ueber die Entstehung der Regel *quicquid non agnoscit glossa nec agnoscit forum*, Bonn 1880; Stintzing, Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft II 19 ff.

und daß deshalb die Geltung der in ihm enthaltenen Sätze die Regel und die Nichtgeltung eines Satzes die der Feststellung bedürftige Ausnahme bilde. Diese Ansicht wird, obwohl in verschiedener Schärfe, noch heute von der Theorie überwiegend vertheidigt⁷. Auch die Praxis hat sich von ihr nicht losgesagt⁸. Doch ist sie seit der Wiedergeburt des deutschen Rechts von germanistischer Seite bekämpft worden⁹ und zählt heute auch unter den Romanisten Gegner¹⁰. In der That ist sie mit dem Wesen der Gewohnheitsrechtsbildung unvereinbar, da sich eine solche nur auf einzelne im Leben angewandte Normen, nicht auf den unübersichtlichen Inhalt eines ganzen fremden Gesetzbuches richten kann. Sie selbst aber ist keine Rechtsnorm, die durch Uebung hätte bindend werden können, sondern lediglich eine wissenschaftliche Theorie, die hinfällig wird, sobald sie als irrig erkannt ist. Auch daß sie in Reichs- oder Landesgesetzen stillschweigend oder ausdrücklich anerkannt ist, verschafft ihr, da sie niemals durch

⁷ So von den meisten Pandektisten; vgl. z. B. v. Vangerow I § 5; Wächter, *Gemeines Recht Deutschlands* S. 186 ff. u. *Pand.* I § 11; Windscheid I § 2; Bekker I § 3; Regelsberger I 12 ff. Aber auch von Germanisten; z. B. Gerber, *Prinzip des gem. D.P.R.* S. 154 ff. u. *Syst.* § 2; Stobbe, *D.P.R.* § 4 I 1.

⁸ O.L.G. Lübeck b. Seuff. XXXIV Nr. 80. Auch das *Erk. des R.Ger. b. Seuff.* XXXVI Nr. 107 behandelt Justinian als deutschen Gesetzgeber und behauptet, daß aus bisheriger Nichtanwendung eines Satzes des *Corpus juris* noch nicht dessen Unanwendbarkeit folge. Das O.L.G. Darmstadt b. Seuff. XLV Nr. 159 verwerthet sogar die Lehre Windscheids, um die Annahme zu begründen, daß auch das Katzenelnbogener Landrecht, falls es nicht publizirt sei, durch Gewohnheitsrecht „in complexu“ recipirt sein könne!

⁹ Ueber die Geschichte dieses Kampfes vgl. Reyscher, *Z. f. D.R.* IX 345 ff. Nach dem Vorgange von Besold (oben § 3 Anm. 2), Conring, *De orig. jur. c.* 33, Schilter, *Praxis juris Rom. in foro germ. exerc.* I § 11 u. II § 12 begründete zuerst Kulpis in der Schrift *Contr. Sincerus, De Germanicarum legum veterum ac Romani juris in Republica nostra origine auctoritateque praesenti*, Lips. 1682, ausführlich die Ansicht, daß das *Corpus juris* nicht als Gesetzbuch gelte und daher dessen einzelne Sätze nicht anwendbar seien, „nisi doceantur receptae“. Ihm stimmten Thomasius, Kestner, G. Beyer und Spätere (vgl. die bei Runde, *D.P.R.* § 83 Anm. a citirten Schriften) bei. Doch wurde die Herrschaft der gegentheiligen Lehre, die z. B. Joh. U. de Cramer, *De praesumptione pro jure Romano contra mores antiquos Germanorum* (*Opuscula*, 1742, I op. 1) und Struben, *Nebenstunden* V (1755) Nr. 32 § 5, gegen jene Angriffe vertheidigten, nicht ernstlich erschüttert. In neuerer Zeit haben besonders Eichhorn, *D.P.R.* § 40 Anm. e, Beseler, *Volksr. u. Juristenr.* S. 99 ff. u. *D.P.R.* § 8, Reyscher a. a. O. S. 373 ff. u. Württ. *P.R.* I § 71, Bluntschli, *D.P.R.* § 3, die Rezeption in complexu bestritten.

¹⁰ So Leist, *Civilistische Studien* I 12 ff. u. *Bonorum possessio* II, 2 S. 350 ff., bes. aber Dernburg, *Pand.* I § 4.

Verkündigung des Corpus juris als Reichs- oder Landesgesetzbuch in eine Rechtsnorm umgesetzt ist, keine höhere Autorität¹¹. Nur muß freilich, weil auch das aus Irrthum hervorgegangene Gewohnheits- oder Gesetzesrecht gilt, die durch die verwerfliche Theorie zum Schaden des deutschen Rechts thatsächlich erwirkte nachträgliche Rezeption zahlreicher einzelner römischer Sätze geachtet werden.

Wenn im Zusammenhange mit der Ansicht von der Rezeption in complexu früher gelehrt wurde, daß auch im Verhältniß der Parteien für die Geltung jedes angerufenen römischen Rechtssatzes eine der Entkräftung durch Gegenbeweis bedürftige Vermuthung gelte¹², so ist diese Theorie der sogenannten „fundata intentio“ heute allgemein aufgegeben¹³. Der Richter hat das Recht von Amts wegen zu erforschen.

2. Das römische Recht gilt nur mit den in Deutschland eingeführten Abwandlungen¹⁴. Steht die Rezeption fest, so kommt doch zunächst dem Wortlaute des Corpus juris gegenüber in Frage, inwieweit wirklich das reine römische Recht oder vielmehr schon umgebildetes römisches Recht in Deutschland aufgenommen ist. Weiter fragt es sich, inwiefern etwa später in Deutschland das rezipirte Recht durch Gesetz oder Gewohnheitsrecht umgestaltet oder wieder abgestoßen ist. Doch muß andererseits eine nachträgliche Rezeption von römischem Recht wie es geschrieben steht insoweit anerkannt werden, als das an sich unzulässige Verfahren, den usus modernus durch besseres Quellenverständnis zu korrigiren, zur Bildung eines wirklichen Gewohnheitsrechtes geführt hat.

3. Das römische Recht gilt nur subsidiär. Es kommt als gemeines Recht erst zur Anwendung, wenn und soweit ein partikulares Gesetzes- oder Gewohnheitsrecht fehlt. Ob ein Partikularrecht

¹¹ Hiermit wird der von Stobbe, Geschichte der deutschen Rechtsquellen II 114 u. 125 ff. besonders betonte Hinweis auf die partikularrechtlichen Vorschriften über die Anwendung des römischen Rechts entkräftet.

¹² Ueber die Entstehung dieser Regel vgl. Stintzing, Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft II 19 u. 183 ff. Bestimmt formulirt ist sie zuerst von Lauterbach, Conclus. for. Exerc. 1 (1662). Ihr stellte Kulpis (oben Anm. 9) die nicht minder unhaltbare umgekehrte Regel entgegen, daß die Partei, welche sich auf altes deutsches Recht berufe, fundatam intentionem für sich habe, während Jeder, der sich auf römisches Recht stütze, dessen Rezeption beweisen müsse.

¹³ Auch von den Anhängern der Rezeption in complexu; vgl. Windscheid § 2 Anm. 2; Stobbe, D.P.R. I 26; Wächter, Pand. § 11 S. 58.

¹⁴ Theoretisch besteht hierüber kaum ein Streit. Praktisch wird seit Savigny unaufhörlich gegen die richtigen Grundsätze verstossen. Vgl. darüber namentlich J. Biermann, Traditio ficta, Stuttgart 1891, S. 1–8.

gilt, hat der Richter von Amts wegen festzustellen; gerade in dieser Richtung ist der Bruch mit den Irrlehren, die das römische Recht durch Vermuthungen begünstigten, besonders wichtig¹⁵. Gilt ein Partikularrecht, so hat es der Richter mit denselben Mitteln wie das gemeine Recht und lediglich aus ihm selbst auszulegen; die zum Schaden des deutschen Rechts lange gehandhabte Regel, daß die Partikularrechte „strikt“ und somit in möglichstem Einklang mit dem römischen Recht zu interpretiren seien¹⁶, wird heute allgemein verworfen.

III. Mittelbare Geltung des römischen Rechts. Die Bedeutung des römischen Rechts für das heutige Privatrecht Deutschlands erschöpft sich nicht in seiner unmittelbaren Geltung, sondern reicht in zwiefacher Hinsicht weit darüber hinaus.

1. Wegen der römischrechtlichen Bestandtheile neuerer Gesetzbücher und Gesetze. Alle seit der Rezeption auf dem Boden des gemeinen Rechts erlassenen Partikularrechte enthalten Sätze römischer Herkunft, für deren Verständniß das römische Recht ein unentbehrliches wissenschaftliches Hilfsmittel ist. Gleiches gilt für die Gesetzbücher derjenigen Länder, in denen die unmittelbare Geltung des römischen Rechtes völlig beseitigt ist¹⁷. Aber auch die neuere Reichsgesetzgebung schöpft vielfach aus dem römischen Recht und fordert somit zu ihrem vollen Verständniß dessen Beihülfe.

2. Wegen des Einflusses des römischen Rechts auf die wissenschaftliche Behandlung alles Rechts und somit auch des Privatrechts deutscher Herkunft. Denn in der Schule des römischen Rechts hat seit der Glossatorenzeit die moderne Rechtswissenschaft sich aus- und fortgebildet und das juristische Denken erzogen.

¹⁵ Die Lehre von der *fundata intentio* (oben Anm. 12) kehrte ihre Spitze vornehmlich gegen die Partikularrechte.

¹⁶ Diese schon im Mittelalter auftauchende Regel (vgl. Gierke, Genossenschaftsrecht III 388 Anm. 143 a. E.) wird bereits seit dem 16. Jahrhundert auf die deutschen Partikularrechte angewandt; vgl. Gaill, *Pract. Obs.* lib. II obs. 33, Mynsinger, *Responsa* XIV § 26, und die Citate bei Reyscher, *Z. f. D.R.* IX 342 Anm. 4, Stobbe, *Rechtsquellen* II 121 Anm. 26 u. *D.P.R.* § 4 Anm. 9, Moddermann, *Rezeption* S. 9 u. 89. Man sagte sprüchwörtlich: „*statuta sunt stricte intelligenda contra jus commune*“ oder „*stricte*“ oder gar „*strictissime interpretanda*“. Zuletzt hat sie wohl Maurenbrecher, *D.P.R.* I § 4 verfochten. Als „absurd“ verwirft sie unter Berufung auf Thomasius (*Vernunftlehre* S. 213) bereits Kreittmayr, *Anm. zu Bayr. Landrecht* I c. 3 § 13 Nr. 6.

¹⁷ Nur darf hier niemals das römische Recht direkt zur Ausfüllung einer Lücke verwendet werden. Vgl. hinsichtlich des preufs. Landr. *R.Ger.* II Nr. 83. Auch *Bad. Landr. Art. 4b.*

Auch bei dem wissenschaftlichen Aufbau des deutschen Privatrechts haben wir daher die romanistischen Geisteserrungenschaften zu verwerthen. Wir haben die am Vorbilde der grossen römischen Juristen entwickelte juristische Methode anzuwenden¹⁸. Wir können uns dem auf römischrechtlicher Grundlage erwachsenen Systeme des Privatrechts nicht entziehen¹⁹. Wir müssen endlich eine Reihe begrifflicher Kategorien, die aus dem römischen Recht in das moderne Bewusstsein übergegangen sind, als gemeingültig aufnehmen²⁰.

Allein ihren inneren Gedankengehalt darf die Wissenschaft des deutschen Privatrechts trotz aller römischrechtlichen Schulung nur aus dem Geiste des deutschen Rechts schöpfen. Sie darf in ihren Stoff nicht römische Gedanken hineinbringen, sondern muß ihm die in ihm lebendigen deutschen Gedanken entlocken. Die Rechtsbegriffe sind nicht rein logische, sondern geschichtliche Gebilde. So ist auch die Welt der römischen Rechtsbegriffe weder ewig noch allumfassend. Eigenartige Begriffe, die mit den verwandten römischen Begriffen sich keineswegs decken und zum Theil überhaupt jedes römischen Ebenbildes entbehren, weben und wirken in unserm Recht. Sie gilt es zu entdecken und zu formen. Denn die Jurisprudenz wird das Leben wahrhaft nur beherrschen, wenn sie die Wirklichkeit nicht meistert, sondern begreift.

Andere Wege schlug nach der Rezeption die deutsche Rechtswissenschaft ein. In dem Glauben an ein von der Logik unbedingt vorgezeichnetes System der Rechtsbegriffe, das im *Corpus juris* unabänderlich und erschöpfend offenbart sei, ordnete sie auch den ererbten oder neu erworbenen heimischen Rechtsstoff dem römischen Begriffsschema ein. Mochte auch das deutsche Institut durch das fremdartige Gedankengewand wie durch eine Zwangsjacke vergewaltigt und verkrüppelt werden: was bedeutete die Zerstörung vaterländischer Geistesgebilde, wenn das Dogma gerettet war? Seitdem eine selbständige Wissenschaft des deutschen Privatrechts aufgeblüht war, fehlte es niemals an Widerspruch gegen die „romanisirende“ Behandlung des deutschen Rechts²¹. Doch wurden zunächst nur vereinzelt schüchterne

¹⁸ Vgl. unten § 14.

¹⁹ Vgl. unten § 13.

²⁰ So z. B. die Unterscheidung dinglicher und persönlicher Rechte, von Universal- und Singularsuccession, von Geschäften unter Lebenden und von Todeswegen.

²¹ Vgl. z. B. Estor, Bürgerl. Rechtsgelchrsamkeit § 731; Westphal, D.P.R. II 19; bes. aber Pütter, El. j. Germ. § 45 (alle erhaltenen heimischen Rechtsinstitute „firmissime servanda ex mente juris istius, nulla peregrini juris ratione habita“) u. § 63—66, sowie Runde § 84.

und oft sehr unbeholfene Versuche gemacht, den römischen Rechtsbegriffen eigne deutsche Rechtsbegriffe entgegenzustellen. Im Uebrigen blieben auch die Germanisten, von dem Reichthum ihres Stoffes überwältigt, im überlieferten Gedankensystem befangen, das freilich unter Beihülfe des Naturrechts mehr und mehr eine germanistische Färbung annahm. Erst allmählich wurde bewußt der positive Gedankengehalt des germanischen Rechts ausgeschöpft und in noch heute längst nicht vollendeter dogmatischer Arbeit begrifflich geprägt. Bis heute indeß ist nicht bloß in der romanistischen, sondern auch in der germanistischen Jurisprudenz die „romanisirende“ Richtung nicht ausgestorben. Immer noch macht sich die Anschauung geltend, daß im römischen Recht das zur juristischen Formung des gesammten modernen Rechtsstoffes befähigte und berufene logische Schema zu finden sei²². Oder es wird doch der Rath gegeben und befolgt, bei der Konstruktion der deutschen Rechtsinstitute erst dann mit selbständigen Begriffen zu operiren, wenn die Konstruktion mit römischen Begriffen nicht möglich ist²³. Dieser Maxime, die gewissermaßen eine Prämie auf juristische Kunststücke setzt, huldigt offensichtlich auch der erste Entwurf des bürgerlichen Gesetzbuches²⁴. Als wenn es bei der Prägung der juristischen Denkformen darauf ankäme, was allenfalls möglich, und nicht allein darauf, was angemessen ist! Angemessen aber ist jedem Rechtsinstitut nur eine aus seinem eignen Geist geborne begriffliche Fassung.

Die romanisirende Behandlung des deutschen Rechts ist auf Schritt und Tritt zu bekämpfen. Nur muß wieder ihr positivrechtlicher Niederschlag im Gesetzes- und Gewohnheitsrecht geachtet werden. Um so ernster sollte, bevor es zu spät ist, die Wissenschaft des deutschen Rechts dahin wirken, daß die ohnehin vielfach in das

²² Ausdrücklich wird freilich diese Meinung nur selten noch ausgesprochen (Beispiele bei Stobbe, D.P.R. I 40 Anm. 7 u. Gierke, Entwurf S. 21 Anm. 5). Allein sie liegt nicht nur zahlreichen Konstruktionen der Romanisten zu Grunde, sondern bestimmt auch das gesammte wissenschaftliche Verfahren mancher Germanisten, als deren geistiger Führer Gerber erscheint.

²³ Trotz ihrer maßvollen Form laufen hierauf im praktischen Erfolge, wie das Verhalten ihres Urhebers selber zeigt, die Anweisungen Stobbes, D.P.R. I § 4 S. 23 u. § 6 S. 39 ff., hinaus. Auch Franken, D.P.R. S. 2, geht in der Empfehlung des Anschlusses an die romanistischen Begriffe zu weit.

²⁴ Vgl. Gierke, Entw. S. 3, 20 ff., 280 ff., 393 ff. Am bezeichnendsten sind diejenigen Sätze des E.G. zum Entw., die gar keinen andern Zweck haben, als landesrechtlich zugelassene deutsche Rechtsinstitute in eine romanistische Konstruktion zu zwingen; solche Sätze begegnen z. B. in Art. 73 (Geschofseigenthum) u. Art. 83—87 (Anerbenrecht).

Gebiet der Doktrin übergreifenden Konstruktionen, durch welche der Entwurf deutsche Rechtsinstitute romanisiren will, nicht in unser künftiges Gesetzbuch übergehen.

§ 6. Gemeines und nicht gemeines Recht¹.

I. Begriffliches. Zur Begriffsbestimmung des deutschen Privatrechts gehört endlich, da „das“ deutsche Privatrecht von der Summe der in Deutschland geltenden Privatrechte zu unterscheiden ist, die Feststellung seines Verhältnisses zum Begriff des gemeinen Rechts. Dieser Begriff aber ist nicht eindeutig, empfängt vielmehr eine feste Bedeutung erst durch seinen Gegensatz.

Immer liegt dabei der Begriff des Rechtsgebiets zu Grunde. Rechtsgebiet ist der räumliche Herrschaftsbereich einer Rechtsquelle, d. h. einer in einheitlicher Weise für einen Inbegriff von Lebensverhältnissen Normen setzenden Macht. Nach dem heute anerkannten Territorialitätsprinzip erscheint jede Rechtsquelle als zunächst und an sich berufen, innerhalb bestimmter räumlicher Grenzen Recht zu schaffen. Je nach dem Umfange aber, in dem diese Aufgabe in demselben Rechtsgebiet oder in mehreren getrennten Rechtsgebieten oder in mehreren in einander geschobenen Rechtsgebieten gelöst wird, ergibt sich ein dreifacher Gegensatz zwischen Gemeinschaft und Sondernung der Rechtsbildung.

1. Gemeines und besonderes Recht (*jus generale und speciale*). In demselben Rechtsgebiet kann eine Rechtsquelle entweder allgemeine Geltung in Anspruch nehmen oder nur für eine besondere Lebenssphäre Recht setzen. Die besondere Lebenssphäre, für welche besonderes Recht gilt, kann in verschiedener Weise abgegrenzt sein: als ein Personenkreis (wie beim Sonderrecht des hohen Adels), ein Sachenkreis (wie beim Lehnrecht), ein Kreis von Handlungen (wie beim Wechselrecht) oder ein unter Verbindung mehrerer Gesichtspunkte ausgeschiedener Kreis von Lebensverhältnissen (wie beim Handelsrecht).

¹ Reyscher, Z. f. D.R. I (1839) 12 ff., X 153 ff. Beseler, Volksrecht u. Juristenrecht, Greifswald 1843, S. 91 ff.; D.P.R. § 1—4. Wächter, Gemeines Recht Deutschlands, Leipzig 1884; Pand. I § 17—18. Thöl, Volksrecht, Juristenrecht u. s. w., Rostock u. Schwerin 1846, S. 1 ff.; Einl. in das D.P.R. § 46—48. Gerber, Das wissenschaftliche Prinzip des gemeinen deutschen Privatrechts, Jena 1846; D.P.R. § 5—7. Rückert, Der Begriff des gemeinen deutschen Privatrechts, Erlangen 1857. Bekker, Jahrb. des gemeinen deutschen Rechts I (1857) 2 ff. Windscheid, Pand. § 1. Regelsberger, Pand. § 29. Stobbe, D.P.R. § 7—10. Roth, D.P.R. § 1. Franken, D.P.R. § 2.

Erscheint ein derartiges besonderes Recht als ein in sich zusammenhängender Inbegriff von Rechtssätzen, so sprechen wir von einem „Sonderrecht“ oder „Spezialrecht“. Ihm steht dann das zu allgemeiner Geltung berufene Recht als „gemeines Recht“ (gemeines bürgerliches Recht, gemeines Civilrecht, gemeines Privatrecht), im Sprachgebrauch des Mittelalters und heute noch des Lehnrechts als „Landrecht“, im Sprachgebrauch neuerer Gesetze (z. B. des Handelsgesetzbuches, der Wechselordnung, mancher Bergordnungen) auch schlechthin als „bürgerliches Recht“ oder „Civilrecht“ gegenüber.

Das germanische Recht neigte von je zur Ausscheidung von Sonderrechten. Im Mittelalter drohten die Sonderrechte das gemeine Recht völlig aufzuzehren. Heute überwiegt das gemeine Recht. Allein auch das moderne Recht hat mit dem germanischen Gedanken, daß besondere Lebensverhältnisse ein besonderes Recht fordern, nicht gebrochen. Nur stehen heute die Sonderrechte dem gemeinen Recht nicht mehr wie ehemals als durchaus selbständige Rechtsgebäude gegenüber, sondern verhalten sich zu ihm wie Nebengebäude, die mit dem Hauptgebäude ein Ganzes bilden. Das gemeine Recht legt auch für sie den Grund und gewährt ihnen festen Halt. Aber sie sind in sich einheitlich gefügt und durch eigenartige Struktur und Färbung ihrer Bestandtheile innerlich zusammengeschlossen.

Dem römischen Recht ist die Unterscheidung von gemeinem und besonderem Recht nicht völlig fremd. Allein es hat nicht blos stets nur einzelne besondere Rechtssätze, niemals ganze Sonderrechte geschaffen, sondern auch das vom „*jus commune*“ abweichende Recht als „*jus singulare*“ in die Stellung einer anomalen Bildung, eines gegen die *ratio juris* aus Zweckmäßigkeitserwägungen eingeführten Ausnahmerechts gedrängt². Der Begriff des singulären Rechts ist auf unser Sonderrecht schlechthin unübertragbar. Unser Sonderrecht ist so gut wie das gemeine Recht Ausfluß der Rechtsidee, der nicht durch

² Dernburg, Pand. § 33, will auch im römischen Recht Sonderrecht und anomales Recht unterscheiden und die Aussprüche des Paulus in l. 14 u. 16 D. de leg. 1, 3 nur als einseitige Verallgemeinerungen deuten, bei denen von wirklichen Rechtssingularitäten, wie sie als „Rudimente der Vergangenheit“ oder durch „Zufälligkeiten“ der Rechtsbildung vorkommen, ausgegangen sei. Indefs kann Paulus unmöglich an solche Fälle gedacht haben, da er von Rechtssätzen spricht, die schon bei ihrer Einführung gegen die *ratio juris* verstossen und durch irgend eine „*utilitas*“ hervorgetrieben sind. Daß aber die Auffassung des Paulus dem Geiste des römischen Rechts entspricht, zeigt doch dessen thatsächliche Gestaltung, zumal bei einem Vergleich mit germanischem und modernem Recht. — Vgl. über das römische *jus singulare* Regelsberger in der Festgabe der Göttinger Jur.-Fak. f. Jhering (1892) S. 45 ff., Pand. I § 31.

gleichförmige Durchführung eines logischen Schemas, sondern durch gerechte Ordnung aller Lebensverhältnisse nach Maßgabe ihrer Eigenart Götze geschieht. Darum sind auf dasselbe namentlich die römischen Sätze über einschränkende Auslegung des *jus singulare* durchaus unanwendbar.

2. **Gemeinsames und eigenthümliches Recht** (*jus universale* und *proprium*). Die Rechtsquellen mehrerer getrennter Rechtsgebiete können inhaltlich übereinstimmen oder auseinandergehen. In bedeutendem Umfange giebt es heute neben dem eigenthümlichen Recht jedes Gebietes ein mehreren Gebieten gemeinsames („allgemeines“ oder „materiell gemeines“) Recht, das sich in mannichfacher Abstufung bis zum europäischen Recht oder sogar zum Weltrecht erhebt³. So giebt es auch ein mehreren oder vielen deutschen Rechtsgebieten gemeinsames Recht bis hinauf zu allgemeinem deutschem Rechte. Immer aber bleibt solche Uebereinstimmung bloß thatsächlicher Art; sie ist, weil sie nicht auf Einheit der Rechtsquelle beruht, zwar nicht für die geschichtliche, wohl aber für die juristische Betrachtung etwas Zufälliges. Dies gilt auch dann, wenn genau dasselbe Gesetz in mehreren Staaten kraft Vereinbarung oder Entlehnung erlassen ist⁴.

3. **Gemeines und partikuläres Recht** (*jus commune* und *particulare*). Mehrere Rechtsgebiete können in einander geschoben sein, indem ein Rechtsgebiet zugleich Theil eines größeren Rechtsgebietes ist oder auch verschiedene Rechtsgebiete einander durchkreuzen. Dann beherrschen denselben räumlichen Bezirk Rechtsquellen verschiedener Erstreckung, die eine als einen Theil ihres Rechtsgebietes, die andere als ihr besonderes Rechtsgebiet oder auch als einen Theil ihres anders begrenzten Rechtsgebietes. Hieraus entsteht der Gegensatz zwischen „gemeinem“ Recht im technischen Sinne („formell gemeinem Recht“) und partikulärem Recht. Gemeines Recht ist das Recht, welches kraft der Beschaffenheit seiner Rechtsquelle das zusammengesetzte Rechtsgebiet als einheitliches Ganze, partikuläres Recht das Recht, welches kraft der Beschaffenheit seiner Rechtsquelle nur einen

³ Diese Unterscheidung machten auch die Römer, indem sie dem „*jus proprium*“, das sich jede *civitas* setzt und das für den *populus Romanus* im „*jus civile*“ besteht, das „*jus gentium*“ als ein „*commune omnium hominum jus*“ gegenüber stellten; *Inst. I, 2 § 1*; *l. 9 D. de just. et jure 1, 1*.

⁴ So sind Wechselordnung und Handelsgesetzbuch noch heute ein dem Deutschen Reich und Oesterreich (und waren früher ein fast allen deutschen Staaten) gemeinsames, nicht aber ein für sie gemeines Recht. Ebenso ist das preussische Bergrecht und Grundbuchrecht ein dem preussischen Staat und anderen Staaten, die es entlehnt haben, gemeinsames, aber kein für sie gemeines Recht.

Theil dieses Gebietes ergreift⁶. Der Gegensatz ist mannichfacher Abstufungen fähig, auch kann er, wo Rechtsgebiete einander durchkreuzen, sich je nach dem Standpunkte der Betrachtung verschieben⁶.

Das Incinandergreifen von Rechtsgebieten kann die Folge verschiedenartiger Umstände sein. Hierbei bestehen folgende Möglichkeiten, die in Deutschland sämtlich zugleich Wirklichkeiten sind:

a. Rechtsgebiet ist nothwendig jedes Staatsgebiet. Denn jeder Staat hat gesetzgebende Gewalt. Wo daher ein aus Staaten zusammengesetzter Staat (wie das Deutsche Reich) besteht, giebt es auch gleichzeitig ein Gesamtrechtsgebiet und ihm eingefügte Einzelrechtsgebiete und folgeweise gemeines Recht (Reichsrecht) und Partikularrechte (Landesrecht).

b. Rechtsgebiet kann auch ein ehemaliges Staatsgebiet sein. Denn mit dem Untergange eines Staates erlischt nicht zugleich das von ihm gesetzte Recht⁷. Darum kann einerseits bei der Auflösung eines Staates in mehrere Staaten das ehemalige Gesamtstaatsgebiet ein Rechtsgebiet und somit sein Recht in mehreren Staaten gemeines Recht bleiben, wie dies beim Zerfalle des alten deutschen Reichs geschah⁸. Andererseits kann bei der Vereinigung eines Staats mit einem anderen Staat das ehemalige Sonderstaatsgebiet als Rechtsgebiet und somit sein Recht als Partikularrecht fortbestehen, wie dies in Deutschland noch heute für zahlreiche einstige landesherrliche Territorien und reichsstädtische Gebiete und ebenso in Preußen für die 1866 einverleibten Staatsgebiete zutrifft. Auch kann im Falle der Veränderung der staatlichen Zugehörigkeit einzelner Gebietstheile ein ehemaliges Staatsgebiet als ein Rechtsgebiet anerkannt bleiben, das nun mehrere Staatsgebiete durchkreuzt⁹.

⁶ Im römischen Reich fehlte es thatsächlich keineswegs an Partikularrecht neben dem Reichsrecht; vgl. Mitteis, Reichsrecht u. Volksrecht in den östlichen Provinzen des röm. Kaiserreichs, Leipzig 1891. Allein die Jurisprudenz ignorirte es. Darum ist der begriffliche Gegensatz im Corpus juris nicht formulirt. Er ist erst von der mittelalterlichen Jurisprudenz entwickelt worden, die sich hierbei an durchaus unpassende Quellenstellen (besonders die oben Anm. 3 citirten) anlehnte.

⁹ So ist z. B. vom Standpunkte des gemeinpreussischen Rechts das gemeine Recht im älteren Sinne, vom Standpunkte des letzteren umgekehrt das gemeinpreussische Recht bloßes Partikularrecht.

⁷ Anerkannt vom R.Ger. 24. Sept. 1886 XVI Nr. 60 S. 265.

⁸ Dies bestreitet Wächter, Gemeines Recht S. 169 ff. — Ein anderes Beispiel bietet der Fortbestand des kursächsischen Rechts (insbes. der Konst. v. 1572) in verschiedenen sächsischen Staaten.

⁹ Dies trifft z. B. für das Gebiet des preussischen Landrechts zu, da es auch Theile von Bayern umfaßt. Ebenso für das Gebiet des Code civil, des öster-

c. Rechtsgebiet ist das Geltungsgebiet einer Satzungsgewalt¹⁰. Mithin kann dem gemeinen Recht eines Staates das gewillkürte Recht eines engeren Verbandes (einer Provinz, Gemeinde, Körperschaft) als partikuläres Recht gegenüberreten. Auch kann umgekehrt das Satzungsrecht eines umfassenderen Verbandes (z. B. der katholischen Kirche) in mehreren Staatsgebieten gelten. Und wiederum kann das aus einer ehemaligen Satzungsgewalt erflossene Satzungsrecht (z. B. das Statutarrecht einer Landstadt) in Kraft bleiben, obwohl seine Quelle versiegt ist.

d. Rechtsgebiet ist das Geltungsgebiet eines Gewohnheitsrechts. Das Gebiet einer Gewohnheitsrechtsbildung kann sich mit einem Gesetzgebungs- oder Satzungsgebiet decken. Es kann aber auch unabhängig von einem solchen Gebiete bestehen. In mannichfacher Abstufung kann Gewohnheitsrecht entweder gemeinem Rechte als partikuläres Recht oder partikulärem Rechte als gemeines Recht (insbesondere auch als gemeines deutsches Recht) gegenüberreten.

e. Rechtsgebiet ist endlich jeder Gebietstheil, für den eine an sich ein größeres Gebiet beherrschende Rechtsquelle, indem sie sich selbst beschränkt, ein besonderes Recht setzt. Somit kann namentlich das Gesetz nicht bloß gemeines Recht des Staatsgebiets, sondern auch Partikularrecht erzeugen.

Wie übereinstimmendes Recht mehrerer Rechtsgebiete zwar allgemeines, aber nicht gemeines Recht ist, so braucht das gemeine Recht in seinem Gebiete nicht allgemeines Recht zu sein. Vielmehr ist das für ein Gebiet als Ganzes geltende Recht gemeines Recht, wenngleich es in einzelnen Gebietstheilen kraft eines abweichenden Partikularrechts nicht gilt. Wäre freilich das Ganze nichts als die Summe der Theile, so könnte es gemeines Recht in diesem Sinne nicht geben. Wie aber alles Leben auf der Kraft beruht, vermöge deren die Einheit des Ganzen der Vielheit der Theile wirkend gegenübertritt, so ist auch die in der Rechtsgeschichte von je mächtige Vorstellung eines durch partikularrechtliche Einbrüche nicht zerstörten gemeinen Rechts vollauf berechtigt¹¹. Ja, begrifflich bleibt das gemeine Recht auch

reichischen Gesetzbuchs, aber auch des Solmser Landrechts, des Mainzer Landrechts u. s. w.

¹⁰ Allerdings ist nicht jede Satzungsgewalt territorial bedingt und bestimmt. So erzeugt die Autonomie des hochadligen Hauses Rechtsnormen mit personalem Geltungsbereich. Allein vom Standpunkte des Privatrechts eines bestimmten Gebiets erscheint alles Satzungsrecht als ein innerhalb dieses Gebietes geltendes oder nicht geltendes Recht.

¹¹ Vgl. Windscheid, Pand. § 1 Anm. 1.

dann noch gemeines Recht, wenn es thatsächlich auf einen geringfügigen Theil seines Gebietes zurückgedrängt ist und nun freilich bei so schattenhaftem Dasein im wirklichen Leben seine Aufgabe nicht mehr zu lösen vermag¹².

II. Rechtszustand im Deutschen Reich. Da im Deutschen Reich alle erwähnten Gegensätze eine Rolle spielen, ist der Zustand des in ihm geltenden Privatrechts verwickelt und bunt. Es giebt gemeines bürgerliches Recht und zahlreiche Sonderrechte, mehr oder minder allgemeines und landschaftlich eigenthümliches Recht und vor Allem in mehrfacher Abstufung und Durchkreuzung gemeines und partikuläres Recht. In letztgedachter Hinsicht ist zu unterscheiden.

1. Reichsprivatrecht. Formell gemeines Recht für das ganze Gebiet des Deutschen Reichs fließt aus neuen Reichsgesetzen und aus Reichsgewohnheitsrecht¹³. Das Reichsgesetzesrecht schließt, soweit seine Normen sich erstrecken, im Zweifel alles Partikularrecht aus. Es kann aber sich selbst eine eingeschränktere Geltung beilegen. In der That gilt manches Reichsgesetzesrecht nur subsidiär, so daß ihm abweichende Partikularrechte vorgehen¹⁴. Andres Reichsgesetzesrecht nimmt von vornherein einzelne Theile des Reichsgebietes von seiner Herrschaft aus¹⁵.

2. Gemeines deutsches Privatrecht im älteren Sinne. Das aus alten Reichsgesetzen und gemeiner deutscher Gewohnheit erflossene ehemalige gemeine Recht Deutschlands besteht als formell gemeines Recht in demjenigen Theile des einstigen Reichsgebietes fort, in dem es nicht außer Kraft gesetzt ist. Außer Kraft gesetzt ist es in den Geltungsgebieten des preussischen, österreichischen, französischen und sächsischen Gesetzbuchs. Die übrigen deutschen Landschaften bilden also als „Länder des gemeinen Rechts“ ein einheitliches

¹² Die von Bruns bei Ersch u. Gruber, Encyclopädie LVII 208 ff., geäußerte Ansicht, daß der Begriff des gemeinen Rechts wegfallen, wenn die Ausnahmen sich vermehren, beruht auf einer Verkennung des Verhältnisses zwischen Begrifflichem und Thatsächlichem.

¹³ Unrichtig sagt Franken, D.P.R. S. 6: „alles Reichsrecht ist jus scriptum“. Man denke aber an gemeindeutsches Handelsgewohnheitsrecht oder an gemeindeutschen Gerichtsgebrauch, dessen Bildung im Bereiche der einheitlichen Rechtsprechung des Reichsoberhandelsgerichts und des Reichsgerichts schon stattgefunden hat.

¹⁴ Vgl. z. B. H.G.B. Art. 308; E.G. zur C.P.O. Art. 11. Andere Beispiele bei Hänel, Deutsches Staatsrecht I 257—259.

¹⁵ So gelten besonders mehrere Reichsgesetze nicht in Bayern und andere nicht in Elsaß-Lothringen. Zum Theil ist die Reichsgesetzgebung durch die Reservatrechte zu einem derartigen Verfahren verpflichtet.

Rechtsgebiet. Dieses gemeine Recht ist auch einer gewohnheitsrechtlichen Fortbildung fähig. Es gilt aber nur subsidiär, so daß ihm Partikularrechte verschiedenster Rangstufe vorgehen.

Die Ansicht, daß das ganze gemeine Recht im älteren Sinne heute nur noch gemeinsames Landesrecht sei, ist in der Theorie stets vereinzelt geblieben¹⁶. Auf die Praxis hat sie keinerlei Einfluß gewonnen.

3. **Gemeines Privatrecht mehrerer deutscher Länder.** Kraft der Fortgeltung von älterem Gesetzes- oder Gewohnheitsrecht giebt es formell gemeines Recht für ein aus mehreren deutschen Staatsgebieten oder Staatsgebietstheilen zusammengesetztes engeres Rechtsgebiet innerhalb des gemeindeutschen Rechtsgebiets. Auch kann derartiges Recht sich neu bilden. Die wichtigste hierher gehörige Erscheinung im Bereiche des Privatrechts ist das „gemeine Sachsenrecht“, welches noch in den sächsisch-thüringischen Staaten (nicht mehr im Königreich Sachsen) als subsidiäres Recht gilt¹⁷. Es geht dem gemeinen deutschen Recht älterer Art vor¹⁸, wird aber durch Partikularrecht gebrochen.

4. **Landesprivatrecht.** In jedem deutschen Einzelstaat giebt es ein aus Gesetz oder Gewohnheit fließendes gemeines Landesprivatrecht, dem die nur einen Theil des Staatsgebietes ergreifenden Rechtsätze als Partikularrechte gegenüberstehen. In mehreren deutschen Einzelstaaten aber zerfällt für die Hauptmasse des Privatrechts das Staatsgebiet in völlig getrennte Rechtsgebiete, in deren jedem dann wieder ein gemeines Recht über Partikularrechten herrscht. In manchen dieser Rechtsgebiete kehrt der Gegensatz von gemeinem und partikulärem Recht in noch engeren Kreisen (z. B. im Verhältniß von Provinzialrecht zu Landschaftsrecht und von Landschaftsrecht zu Ortsrecht) wieder¹⁹.

¹⁶ Vertheidigt haben sie namentlich Wächter, Gem. Recht S. 169 ff. u. Rückert a. a. O. S. 42 ff. u. 107 ff.

¹⁷ Vgl. Roth, D.P.R. I § 126. Weiter noch reicht das Geltungsgebiet des Sachsenspiegels. Vgl. unten S. 62.

¹⁸ O.A.G. Dresden 26. Januar 1863 b. Seuff. XVII Nr. 7.

¹⁹ In den meisten preussischen Provinzen z. B. stehen einem gemeinen Provinzialrecht, das theils aus älteren Quellen theils aus staatlichen Provinzialgesetzen theils auch aus Provinzialstatuten fließt, zahlreiche Partikularrechte einzelner Landschaften und Städte gegenüber. Innerhalb dieser Partikularrechte giebt es zum Theil wieder zusammengesetzte Rechtsgebiete, in denen das gemeine Recht eines ehemaligen Territoriums und die Rechte engerer Bezirke konkurriren; so z. B. in Hannover das gemeine Recht der Herzogthümer Bremen und Verden mit mehreren Landrechten (Osterstade, Altenland, Wursten, Kehdingen), Stadtrechten

So gilt in Preußen für Privatrechtsverhältnisse, die nicht das natürlich auch hier alle Landesgesetze brechende Reichsprivatrecht ordnet, zunächst das in Gesetzen für den ganzen Umfang der Monarchie enthaltene gemeinpreussische Privatrecht (z. B. Vormundschaftsrecht)²⁰. Im Uebrigen aber bestehen drei getrennte Rechtsgebiete²¹. Erstens das Gebiet des gemeinen Rechts, in dem gemeines Recht im älteren Sinne als subsidiäres gemeines Recht gilt, als prinzipales Recht aber zahlreiche Partikularrechte in mehrfacher Stufenfolge zur Anwendung kommen. Zweitens das Gebiet des preussischen Landrechts, in dem das preussische Landrecht als gemeines Recht gilt, diesem aber gleichfalls Provinzial- und Statutarrechte vorgehen. Drittens das Gebiet des französischen Rechts, in dem das Recht des Code in seiner rheinischen Aus- und Fortbildung nicht nur als gemeines, sondern grundsätzlich als prinzipales Recht gilt und nur in einzelnen Punkten ausnahmsweise partikuläre Rechtsnormen Platz greifen.

Aehnlich liegt die Sache in Bayern, wo jedoch zu den Rechtsgebieten des hier besonders stark durch partikuläre Land- und Stadtrechte zerklüfteten gemeinen Rechts, des preussischen Landrechts und des französischen Rechts noch ein kleines Rechtsgebiet des österreichischen Gesetzbuches hinzutritt.

Auch in Hessen zerfällt das Staatsgebiet in ein gemeinrechtliches und ein französischrechtliches Gebiet, von denen das erstere wieder zahlreiche Partikularrechtsgebiete umschließt.

(Stade, Buxtehude, Verden) und dem Bremischen Ritterrecht und in ähnlicher Weise andere Territorialrechte mit Land- und Stadtrechten; so in Schleswig das Jütische Low in seinem Gebiet mit einer Anzahl von Statutarrechten; so in Hessen-Nassau das gemeinkurhessische und gemeinnassautische Recht mit verschiedenen engeren Partikularrechten; vgl. Roth, D.P.R. I § 12—14. Andererseits schiebt sich zwischen Provinzialrecht und gemeinpreussisches Recht noch ein für eine Gruppe von Provinzen gemeines Recht ein (z. B. in den für die östlichen Provinzen der Monarchie oder für die neuen Landestheile erlassenen Gesetzen). — In mehreren Provinzen durchkreuzt übrigens das Provinzialrecht die großen Rechtsgebiete: in Pommern und Hannover gemeines und preussisches, in der Rheinprovinz gemeines, preussisches und französisches Civilrecht.

²⁰ Zum Theil tritt auch das Privatrecht einer Provinz oder einer Gruppe von Provinzen vor die Spaltung der Rechtsgebiete; vgl. die vorige Anm. a. E.

²¹ Streng genommen fünf, da in einzelnen Theilen Schlesiens friesches (Nordstrander), in anderen dänisches Recht ohne Subsidiarrecht gilt; Roth a. a. O. I 84. Dagegen gehört das Rechtsgebiet des Jütischen Low dem Gebiet des gemeinen Rechts an. Nach der Ansicht Mancher ist es ein selbständiges Rechtsgebiet, weil hier eine konstante Praxis das römische Recht nur anwendet, soweit seine Rezeption erweislich ist; so Roth a. a. O. I 1 u. 80 ff. Wenn aber die Rezeption in complexu überhaupt verworfen wird, handelt es sich nur um quantitative Unterschiede. Vgl. auch R.Ger. b. Seuff. XLVIII Nr. 72.

In den übrigen deutschen Ländern bildet das Staatsgebiet für die Hauptmasse des Privatrechts ein einheitliches Rechtsgebiet. Wo jedoch das gemeine Recht herrscht, wird dasselbe nicht nur durch Landesprivatrecht im ganzen Umfange des Staatsgebietes, sondern auch durch oft (z. B. in Mecklenburg, Oldenburg, Braunschweig) sehr zahlreiche und eingreifende Partikularrechte in einzelnen Gebietstheilen gebrochen. Nur in Sachsen kommen gegenüber dem sächsischen Gesetzbuch, in Baden gegenüber dem badischen Landrecht, in Elsass-Lothringen gegenüber dem französischen Recht Partikularrechte nur ausnahmsweise zur Anwendung.

III. Aufgabe des deutschen Privatrechts. Wie stellt sich nun zu diesem Rechtszustande die Aufgabe des deutschen Privatrechts?

1. In das deutsche Privatrecht fallen gemeinsames bürgerliches Recht und Sonderrechte; jenes nur zum Theil, diese wegen ihrer germanischen Herkunft in ihrer ganzen Ausdehnung. Wenn das Handelsrecht, das Wechselrecht, das Seerecht und etwa noch andere Sonderrechte als selbständige Disziplinen ausgeschieden werden, so geschieht dies lediglich aus äußeren Gründen.

2. Das deutsche Privatrecht umfaßt nicht bloß gemeinsames deutsches Recht, sondern auch eigenthümliches Recht einzelner deutscher Stämme, Landschaften und Ortschaften. Die Ausprägung eines gemeinsamen nationalen Rechtsgedankens in stark auseinanderlaufenden, eigenthümlichen Rechtsbildungen ist gerade ein Hauptzug unserer Rechtsgeschichte. Wollte das deutsche Privatrecht vom eigenthümlichen Rechte absehen, so müßte es beispielsweise auf jede Erwähnung des ehelichen Güterrechts verzichten.

3. Was schließlic den Gegensatz von gemeinem und partikulärem Recht betrifft, so hat das deutsche Privatrecht eine dreifache Aufgabe zu lösen.

a. Darstellung des Reichsprivatrechts, soweit nicht etwa in den privatrechtlichen Bestimmungen eines neueren Reichsgesetzes lediglich römisches Recht (z. B. das Militärtestament oder die *actio Pauliana*) fortgebildet wird. Hierbei bedeutet das deutsche Privatrecht eine für das ganze deutsche Reichsgebiet unmittelbar praktische Lehre.

b. Darstellung des gemeinen deutschen Privatrechts, d. h. derjenigen Bestandtheile des gemeinen Rechts im älteren Sinne, die deutscher Herkunft sind. Insoweit bedeutet das deutsche Privatrecht gleich dem Pandektenrechte eine für einen Theil Deutschlands unmittelbar praktische Lehre. Denn es stellt positive Rechtssätze dar,

die in den Ländern des gemeinen Rechts von den Gerichten anzuwenden sind, wenn es an einem partikulärerem Gesetzes- oder Gewohnheitsrecht gebricht. Solche gemeinrechtlichen Sätze gelten auch für Rechtsinstitute, die einzelnen deutschen Landschaften eigenthümlich sind (z. B. eheliche Gütergemeinschaft, Einkindschaft, Meierrecht). Dann setzt aber ihre Anwendung voraus, daß die Anerkennung des fraglichen Rechtsinstituts in dem Gebiet, um das es sich handelt, feststeht („bedingt gemeines Recht“).

In älterer wie in neuerer Zeit ist behauptet worden, daß zwar das geschriebene fremde Recht nebst den alten Reichsgesetzen formell gemeines Recht sei, dagegen das „sogenannte gemeine deutsche Privatrecht“ überhaupt keine unmittelbar anwendbaren Rechtsnormen enthalte. Vielmehr sei es nur ein freilich unentbehrliches Hülfsmittel für das Verständniß der Landesrechte und habe daher für den Richter lediglich eine nicht bindende wissenschaftliche Autorität²².

Auf die Widerlegung dieser Behauptung haben die meisten Germanisten seit dem vorigen Jahrhundert manche Mühe verwandt²³. Sie steht und fällt mit der Annahme, daß es kein gemeines deutsches Gewohnheitsrecht geben könne. Gäbe es kein solches, so brähe auch die gemeinrechtliche Geltung des römischen Rechts zusammen. Ist aber das römische Recht formell gemeines Recht, so kommt dem gemeinen deutschen Privatrecht genau derselbe Grad von Positivität zu. Im Grunde indefs bedarf das Dasein des gemeinen deutschen Privat-

²² So im Ergebniss bereits Tafinger, Ueber die Bestimmung des Begriffs der Analogie des deutschen Privatrechts und die Grundsätze, dasselbe zu bearbeiten, Th. I Ulm 1877, mit dem Danz, D.P.R. I 175 ff. übereinstimmt: bloßes „analogisches Recht“. In schroffer Form Hufeland, Beiträge zur Berichtigung und Erweiterung der positiven Rechtswiss., St. I, Jena 1792, S. 53 ff.; Einleitung in die Wissenschaft des heutigen deutschen Privatrechts, Jena 1796: Das römische Recht gemeines Recht, das deutsche Partikularrecht. Ferner Feuerbach, Civilistische Versuche, Gießen 1803; Falck, Handbuch des Schlesw.-Holst. Privatrechts I § 5 S. 8 ff.; Gerber, Das wissenschaftliche Prinzip S. 272 ff.; Stobbe, D.P.R. § 7 ff.; Roth, D.P.R. I 4.

²³ Vgl. Estor, Bürgerl. Rechtsg. § 1 ff.: „von der Wirklichkeit des deutschen Rechts“. Mylius, De genuino conceptu juris Germanici universalis hodierni privati civilis, Lips. 1752. Auch Pütter, El. j. G. p. § 39 ff. u. Beiträge zu dem deut. Staats- u. Fürstenrecht II Nr. 21—22 u. 27—31 (zwar „theoretisches“, aber doch unmittelbar anwendbares gemeines Recht); ähnlich v. Selchow, Elem. j. G. § 6, u. Rudloff, Comm. de jure Germanico justa methodo tractando, Göttingen 1767. Ferner Runde, D.P.R. § 10 u. 79 ff.; Eichhorn, Z. f. gesch. R.W. I 124 ff., D.P.R. § 1 u. 39—40; Mittermaier, D.P.R. I § 37; Reyscher, Z. f. D.R. I 11 ff., IX 337 ff., X 153 ff.; Beseler, Volksr. u. Juristenr. S. 91 ff., D.P.R. § 1 ff.; Renaud, D.P.R. § 5; Walter, D.P.R. § 8—9; Gengler, D.P.R. § 5; Franken, D.P.R. I 11—13.

rechts keines Beweises, da es sich täglich in Lebensäußerungen bethätigt. Denn nach altem Gerichtsgebrauch wenden die deutschen Gerichte beständig Sätze des gemeinen deutschen Privatrechts nach Art selbständiger und unmittelbar bindender Rechtsnormen an. Das Reichsgericht aber hat in der Durchführung der gleichen Auffassung noch nicht einen Augenblick geschwankt²⁴.

e. Darstellung des deutschen Rechtsgedankens in den Partikularrechten. Das deutsche Privatrecht besteht nicht aus der Summe der deutschen Partikularrechte. Es hat daher die deutschen Partikularrechte als solche weder ganz noch auch nur in ihren deutschrechtlichen Bestandtheilen darzustellen. Allein es ist die innere Einheit eines organischen Ganzen, dem die Partikularrechte als Glieder angehören. Darum hat es den in deutschen Rechtsgedanken wurzelnden Zusammenhang der deutschen Partikularrechte zur Anschauung zu bringen. Es muß die vielgestaltigen Gebilde aller dieser weiteren und engeren Quellen als Verästelungen desselben Grundstammes begreifen und so in der Mannichfaltigkeit die Einheit aufzeigen. Ein solches Verfahren ist möglich, weil zuletzt in der That die Partikularrechte nur Brechungen Eines deutschen Rechtsgedankens sind, aus Einem Volksgeiste in Einem geschichtlichen Prozeß hervorgebracht. Ein solches Verfahren ist aber auch nothwendig, weil weder ohne den Hinblick auf die partikulären Ausgestaltungen die Kraft und Fülle des deutschen Rechtsgedankens, noch ohne den Rückblick auf die zu Grunde liegende geistige Einheit das Wesen der Partikularrechte begriffen werden kann.

Insoweit das deutsche Privatrecht diese Aufgabe löst, kann es eine unmittelbar praktische Bedeutung überhaupt nicht in Anspruch nehmen. Dagegen hat es gerade als Darstellung der idealen Einheit der Partikularrechte eine mittelbar praktische Bedeutung für ganz Deutschland. Denn es bildet ein wissenschaftliches Hilfsmittel für das Verständniß aller Landesrechte, nicht blos der Partikularrechte im Gebiet des gemeinen Rechts, sondern auch der das gemeine Recht ausschließenden kodifizirten Rechte, des preussischen, französischen, österreichischen und sächsischen Rechts.

²⁴ R.G. 10. Dez. 1880 III Nr. 57 S. 205: „Normen des gemeinen Rechts können der Revision zu Grunde gelegt werden, mögen sie dem römischen oder dem gemeinen deutschen Recht entstammen, auf Gesetz oder deutschem Gewohnheitsrecht beruhen“. Vgl. auch beispielsweise XI Nr. 39 S. 194 (gemeines Recht vor dem H.G.B. betreffs der Rhederei), Nr. 47 (gemeines Lehnsgewohnheitsrecht), XII Nr. 52 u. XXIV Nr. 36 (gemeines deutsches Meierrecht), XXIX Nr. 33 (gemeinrechtliche Sätze über allgemeine Gütergemeinschaft).

Drittes Kapitel.

Quellen, Hülfsmittel und Litteratur des deutschen Privatrechts.

§ 7. Quellen des gemeinen deutschen Privatrechts.

Unmittelbare Quellen sind für das deutsche Privatrecht allein die Rechtsquellen, aus denen formell gemeines Recht deutscher Herkunft fließt. Dies sind:

I. **Gemeindeutsche Gewohnheiten.** Sie sind nicht offiziell aufgezeichnet, sondern werden mit Hilfe der Litteratur, in der sie durch Theorie und Praxis bezeugt werden, durch Beobachtung des Rechtslebens erkannt.

II. **Gemeindeutsche Gesetze.** Als Gesetzesrecht fließt gemeines Recht ungleicher Art und Tragweite aus den Rechtsetzungsakten des ehemaligen und des gegenwärtigen deutschen Gesamtstaates.

1. **Gesetze des alten Reichs¹.** Das alte deutsche Reich besaß bis zu seinem Untergange eine wahre Gesetzgebungsgewalt. Die Reichsgesetze schufen daher ein an sich alle Reichsangehörigen unmittelbar ergreifendes gemeines Recht. Allein sie konnten, soweit sie nicht ausdrücklich das Gegentheil bestimmten, durch Landesrecht gebrochen werden. Preußen schaffte sie sogar schon zu Reichszeiten mit dem übrigen gemeinen Recht völlig ab.

Mit der Auflösung des Reiches fiel jede Schranke für ihre einseitige Aufhebung. Soweit indess eine solche nicht erfolgt ist, sind sie in Kraft geblieben. Sie sind daher zwar in den Gebieten des ausschließlichen Landesrechts beseitigt, haben jedoch in den gemeinrechtlichen Gebieten ihre subsidiäre Geltung bis heute behauptet. Wenn bisweilen dem Art. 2 der Rheinbundsakte v. 12. Juli 1806 die Tragweite einer generellen Aufhebung der Reichsgesetze beigelegt wurde, so sind Theorie und Praxis längst dahin einig geworden, daß dieser Artikel trotz seiner sehr allgemeinen Fassung nur auf die mit

¹ Neue vollständige Sammlung der Reichsabschiede, 4 Thle. in 2 Bdn., Frankfurt a. M. 1747. — Gerstlacher, Handbuch der deutschen Reichsgesetze, 11 Thle., Karlsruhe 1786—1794; darin Th. 10 die privatrechtlichen Bestimmungen.

der Reichsverfassung zusammenhängenden Gesetzesbestimmungen bezogen werden darf².

Die Reichsgesetze enthalten indess nur vereinzelte in das Privatrecht einschlagende Bestimmungen³.

2. Gesetze aus der Zeit des deutschen Bundes⁴. Der deutsche Bund entbehrte der Gesetzgebungsgewalt und konnte daher gemeines deutsches Recht nicht schaffen. Er konnte jedoch die Schaffung von allgemeinem deutschem Recht durch die Bundesglieder auf gewissen Gebieten erzwingen und im Uebrigen anregen oder fördern.

Im Bereiche der Bundesgewalt konnte er durch Bundesbeschlüsse Rechtsnormen festsetzen, zu deren gesetzlicher Einführung die Einzelstaaten bundesverfassungsmäßig verpflichtet waren. Derartige Bundesbeschlüsse erwirkten also durch Bundeszwang allgemeines deutsches Recht, traten aber, da sie erst durch die Verkündung seitens der Einzelstaaten Gesetzesrecht wurden, immer nur als übereinstimmendes Landesrecht in Kraft⁵. Als solches gelten sie trotz der Auflösung des Bundes fort, unterliegen jedoch nunmehr der freien Aufhebung durch die Landesgesetzgebung. In das Privatrecht greifen sie nur auf einzelnen Gebieten ein⁶.

² So auch Erk. des R.Ger. b. Seuff. XLVI Nr. 167 S. 265. Vgl. Eichhorn, D.P.R. § 24 Anm. a; H. A. Zachariae, Staatsr. I § 37 III; H. Schulze, Einleitung in das deut. Staatsrecht § 10 Anm. 1; Stobbe, D.P.R. I § 13 I.

³ Am meisten die Reichspolizeiordnungen (R.P.O.) v. 1530, 1548 u. 1577 (über Wucher, Gesinderecht, Handwerkerrecht, Vormundschaft, Buchhandel, Rentenkauf, Cession, Verkauf von Früchten auf dem Halm, Judenrecht u. s. w.), die Reichsnotariatsordnung (R.N.O.) v. 1512 (Testamente), die Reichsgesetze über Erbfolgefragen (R.A. v. Freiburg 1498 § 37, Augsburg 1500 § 19, Worms 1521 § 18—19, Ed. v. Nürnberg 1521, R.A. v. 1529 § 31, Konst. v. Speyer 1529); Einiges auch der ewige Landfr. v. 1495, die Reichskammergerichtsordnung (R.K.G.O.) v. 1555, der R.D.A. v. 1600 § 32, der jüngste Reichsabschied (J.R.A.) v. 1654, der Westfälische Friede (L.P.O.), die Wahlkapitulationen (über Mißheirathen), der Reichsdeputationshauptschlufs (R.D.H.Schl.) v. 1803.

⁴ G. v. Meyer, Corpus juris confederationis Germaniae, 3. Aufl. ergänzt und bis auf die neueste Zeit fortgeführt von Zöpfl, 3 Bde., Frankfurt a. M. 1858—1868.

⁵ So mit Recht v. Wächter, Gem. Recht S. 223—224; Thöl, Einl. § 47 u. 49; Laband, Staatsr. (2. Aufl.) I 8; Stobbe, D.P.R. § 13 Anm. 9. Dagegen wäre nach Reyscher, Z. f. D.R. I 42 ff., Beseler, D.P.R. § 41 II, Gerber, D.P.R. § 21, der Bundesbeschlufs durch die Publikation der Einzelstaaten „gemeines“ Recht geworden.

⁶ Insbesondere die Bundesakte v. 10. Juni 1815 selbst, sodann die B.B. über Nachsteuer und Abzugsfreiheit (unten § 56 Anm. 38) und über Nachdruck (unten § 85 Anm. 24).

Darüber hinaus wurde durch freiwillige Uebereinkunft der deutschen Bundesstaaten die deutsche Wechselordnung als allgemeines deutsches Recht in den Einzelstaaten eingeführt⁷ und unter fördernder Mitwirkung des Bundes mittels der Nürnberger Novellen ergänzt⁸.

In derselben Weise wurde das deutsche Handelsgesetzbuch, nachdem der Bund dessen Ausarbeitung veranlaßt und durch Beschluß vom 31. Mai 1861 die unveränderte Annahme des fertigen Werkes den Bundesgliedern empfohlen hatte, durch die Einzelstaaten zu übereinstimmendem Landesrecht erhoben⁹.

Das Unternehmen, auch ein gemeinsames deutsches Obligationenrecht zu vereinbaren, gerieth durch die Auflösung des Bundes ins Stocken¹⁰.

3. Gesetze des norddeutschen Bundes. Der norddeutsche Bund empfing eine Gesetzgebungsgewalt, die ihn befähigte, ein für das Bundesgebiet gemeines Recht und zwar mit Vorrang vor allem Landesrecht zu schaffen¹¹. Seine Zuständigkeit erstreckte sich zwar

⁷ Freilich war der von der Leipziger Staatenkonferenz im Jahre 1847 zu Stande gebrachte und in einzelnen Staaten alsbald zum Gesetz erhobene Entwurf auf Beschluß der Nationalversammlung im Reichsgesetzblatt v. 26. Nov. 1848 als Reichswechselordnung mit gemeinrechtlicher Gesetzeskraft vom 1. Mai 1849 an verkündigt worden; allein nach dem Scheitern des Reichsverfassungswerkes erschien diese Verkündigung als unwirksam, so daß die Geltung der Wechselordnung bis zu ihrer Verwandlung in norddeutsches Bundesrecht und deutsches Reichsrecht in den einzelnen Staaten auf Landesgesetz oder Landesgewohnheitsrecht beruhte. Vgl. Goldschmidt, Handb. des H.R. (2. Aufl.) I § 12 S. 76 ff.; Thöl, Wechselrecht § 8; H. O. Lehmann, Lehrb. des deut. Wechselr., Stuttgart 1886, § 32.

⁸ Der Bund hatte unterm 19. Februar 1857 die zu Nürnberg tagende Konferenz für Ausarbeitung des Handelsgesetzbuches mit der Entwerfung der Vorschläge beauftragt und unterm 13. April 1861 die Einführung der gemachten Vorschläge den Einzelstaaten empfohlen; die Einführung erfolgte durch Landesgesetze. Vgl. Goldschmidt a. a. O. S. 80 ff.; Thöl a. a. O. § 9.

⁹ Ueber die Entstehungsgeschichte des Handelsgesetzbuches und die Einführungsgesetzgebung in den Einzelstaaten vgl. Goldschmidt a. a. O. § 13 ff.; Thöl, Handelsr. (6. Aufl.) I § 18 ff.; Behrend, Handelsr. I § 11—13.

¹⁰ Aus den Berathungen einer laut B.B. v. 6. Febr. 1862 u. 13. Nov. 1862 zu Dresden zusammengetretenen Kommission der Vertreter einiger deutscher Staaten gieng der sogenannte „Dresdner Entwurf“ hervor, nach der ersten Lesung als „Entwurf eines für die deutschen Bundesstaaten gemeinsamen Gesetzes über Schuldverhältnisse“ im J. 1865, nach der zweiten Lesung als „Entwurf eines allgemeinen deutschen Gesetzes über Schuldverhältnisse“ im J. 1866 zu Dresden veröffentlicht.

¹¹ V.U. des norddeut. Bundes v. 25. Juni 1867 Art. 2: „Innerhalb des Bundesgebietes übt der Bund das Recht der Gesetzgebung nach Maßgabe des Inhalts dieser Verfassung und mit der Wirkung aus, daß die Bundesgesetze den Landes-

nicht auf das ganze Privatrecht, wohl aber auf eine Fülle privatrechtlicher Materien; insbesondere auf Handels- und Wechselrecht, Obligationenrecht, Urheber- und Erfinderrecht, Gewerberecht, Versicherungswesen, Bankwesen, Post- und Telegraphenwesen, Freizügigkeit und Indigenat¹². Kraft dieser Gesetzgebungsgewalt erhob der Bund die Wechselordnung nebst den Nürnberger Novellen und das Handelsgesetzbuch zu Bundesgesetzen¹³ und erließ zahlreiche Einzelgesetze, die theils unmittelbar theils mittelbar das deutsche Privatrecht einheitlich umbildeten¹⁴.

4. Gesetze des neuen deutschen Reichs. Das aus der Erweiterung des norddeutschen Bundes durch Hinzutritt der süddeutschen Staaten hervorgegangene deutsche Reich führte hinsichtlich der Gesetzgebung wie aller anderen Hoheitsrechte die Staatsgewalt des norddeutschen Bundes in einem größeren Gebiete fort¹⁵. Von vornherein wurden daher die Gesetze des norddeutschen Bundes mit Einschluss der Wechselordnung und des Handelsgesetzbuches für Reichsgesetze erklärt und so aus gemeinem norddeutschem Recht in gemeines deutsches Recht verwandelt¹⁶. Der Zuständigkeitsbereich der gemeinsamen Gesetzgebung erfuhr alsbald bei der Neuredaktion der Verfassungsurkunde eine durch die Erstreckung auf das Vereinswesen auch das Privatrecht berührende Ausdehnung¹⁷. Durch Reichsgesetz vom 20. Dezember 1873 aber wurde dann die wichtige Verfassungsänderung in Kraft gesetzt, die dem Reiche die Befugnis zur Gesetzgebung „über das gesammte bürgerliche Recht“ verlieh. Das Reich hat bereits die vom norddeutschen Bunde übernommenen Reichsgesetze durch eine Fülle neuer Reichsgesetze gemehrt, die an vielen Punkten auch in das Privatrecht eingreifen.

gesetzen vorgehen. Die Bundesgesetze erhalten ihre verbindliche Kraft durch ihre Verkündigung von Bundes wegen, welche vermittelt eines Bundesgesetzblattes geschieht“.

¹² Nordd. VU. Art. 3—4.

¹³ Nordd. Bundesges. v. 5. Juni 1869.

¹⁴ Sie sind im Bundesgesetzblatt, das durch Ver. v. 26. Juli 1867 eingeführt wurde, abgedruckt; heute werden sie, da sie nachträglich zu Reichsgesetzen erhoben sind, als „Reichsgesetze“ citirt.

¹⁵ Art. 2 der VU. des deutschen Reichs stimmt mit Art. 2 der nordd. V.U. (oben Anm. 11) bis auf den Ersatz des Wortes „Bund“ durch das Wort „Reich“ wörtlich überein.

¹⁶ Ges. betr. die Verfassung des deutschen Reichs v. 16. Apr. 1871 § 2. Den Charakter von „Reichsgesetzen“ haben auch diejenigen Bundesgesetze empfangen, die nicht in alle süddeutschen Staaten und insbesondere nicht in Bayern eingeführt sind.

¹⁷ R.V.U. Art. 4 Z. 16.

Die Reichsgesetze sind bei den Materien, in die sie einschlagen, namhaft zu machen¹⁸.

5. Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich¹⁹. Sofort nach erlangter Zuständigkeit nahm das Reich das große Werk der Herstellung eines deutschen bürgerlichen Gesetzbuches in Angriff. In wesentlicher Uebereinstimmung mit den Vorschlägen einer zur Aufstellung eines Arbeitsplanes berufenen Kommission von 5 Juristen²⁰ setzte der Bundesrath am 2. Juli 1874 eine Kommission von 11 Juristen zur Ausarbeitung des Entwurfes eines deutschen Gesetzbuches nieder. Die Kommission, deren Mitgliederbestand übrigens mehrfach gewechselt hat, trat am 17. September 1874 zusammen und brachte auf Grund von fünf durch besondere Redaktoren ausgearbeiteten Theilentwürfen, deren Durchberathung im Plenum seit Oktober 1881 stattfand, in langjähriger Arbeit hinter verschlossenen Thüren einen Entwurf zu Stande. Laut Beschlufs des Bundesraths vom 31. Januar 1888 wurde dieser Entwurf veröffentlicht²¹. Auch wurden bald darauf fünf Bände „Motive“ zu demselben mit der Bezeichnung als „amtliche Ausgabe“ gedruckt²². Noch in demselben Jahre wurde der von der Kommission ausgearbeitete Entwurf eines Einführungsgesetzes mit Motiven bekannt gemacht²³. Im Jahre 1889 folgte die Veröffentlichung der Entwürfe zu zwei weiteren Ergänzungsgesetzen²⁴.

¹⁸ Uebersichten finden sich bei Stobbe, D.P.R. I 78 ff.; Beseler, D.P.R. S. 134 ff.; Roth, D.P.R. I § 4. Eine systematische Zusammenstellung des civilrechtlichen Inhaltes der Reichsgesetze bietet Mandry, Der civilrechtliche Inhalt der Reichsgesetze, systematisch zusammengestellt und verarbeitet, Tübingen 1878, 3. Aufl. 1886. Eine chronologische Sammlung ist die von E. Sehling, Die Gesetzgebung des deutschen Reiches auf dem Gebiete des bürgerlichen und socialen Rechts, 2. Aufl., Leipzig 1894.

¹⁹ Ueber seine Entstehungsgeschichte vgl. F. Vierhaus in H. 1 der Beiträge v. Bekker u. Fischer (unten Anm. 27); ferner E. Schwartz im Arch. f. bürg. Recht I 1 ff.; Stobbe, D.P.R. I 83 ff.

²⁰ Gutachten v. 15. Apr. 1874 gedruckt in Z. f. d. g. H.R. XX 137 ff.

²¹ Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich. Erste Lesung. Amtliche Ausgabe. Berlin u. Leipzig 1888. — Citirt als „Entw. I“.

²² Motive zu dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich. Amtliche Ausgabe. Bd. I—V. Berlin u. Leipzig 1888.

²³ Entwurf eines Einführungsgesetzes zum bürgerlichen Gesetzbuche für das deutsche Reich. Erste Lesung. Nebst Motiven. Amtliche Ausgabe. Berlin u. Leipzig 1888. — Citirt als „Entw. des E.G.“

²⁴ Entwurf einer Grundbuchordnung und Entwurf eines Gesetzes betreffend die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen. Nebst Motiven. Amtliche Ausgabe. Berlin 1889.

Der Entwurf des Gesetzbuches regelt in 2164 Paragraphen, die nach dem Schema Allgemeiner Theil, Recht der Schuldverhältnisse, Sachenrecht, Familienrecht und Erbrecht in 5 Bücher zerlegt sind, das reine Privatrecht. Ausgeschlossen sind nicht bloß die eigentlichen Spezialrechte, sondern auch zahlreiche andere privatrechtliche Materien, die der Ordnung durch besondere Reichsgesetze oder durch Landesrecht überwiesen werden²⁵. Im Uebrigen will der Entwurf unter Beseitigung alles bisherigen gemeinen und partikulären Rechts sich ausschließliche Geltung beilegen²⁶.

Eine überaus umfangreiche Litteratur ist bereits aus der Kritik des Entwurfes und der Aufstellung von Gegenvorschlägen erwachsen²⁷.

²⁵ So das ganze Handels-, Wechsel- und Seerecht nebst dem Recht der Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaften, dem Binnenschiffahrtsrecht, dem Versicherungsrecht und dem Verlagsrecht; das Urheber- und Erfinderreht, das Recht des Marken- und Musterschutzes, das Bankrecht, das Post- und Telegraphenrecht; das Privatfürstenrecht, das Lehrecht, das Recht der Familienfideikomnisse und Stammgüter, das Bergrecht; im Wesentlichen auch das Agrarrecht (insbesondere Gemeinheitstheilungen, Ablösung von Grundlasten und Zusammenlegung von Grundstücken), das Wasserrecht, das Deich- und Sielrecht, das Forstreht, das Fischereirecht, das Jagdreht, das Bau- und Nachbarrecht, das Enteignungsrecht, das Gesinderecht, das Recht der Zwangs- und Banngerechtsame; zum Theil auch das Recht der Bauergüter, das Recht der Reallasten und Grunddienstbarkeiten, das Näterrecht und manches Andere (vgl. Entw. des E.G. Art. 33—91).

²⁶ Entw. des E.G. Art. 9 u. 32.

²⁷ Eine Zusammenstellung v. O. Mühlbrecht, Berlin 1892, füllt 58 Seiten. Bei O. Gierke, Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs und das deutsche Recht (cit. „Entw.“), Leipzig 1889, sind die bis dahin erschienenen Schriften verzeichnet. Von den ausführlicheren Kritiken des Entw. im Ganzen sind hervorzuheben: O. Bähr, Kr.V.Schr. XXX 321 ff. u. 481 ff.; E. Hölder u. G. Hartmann, Arch. f. civ. Pr. LXXIII 1 ff. u. 309 ff.; Ludw. Goldschmidt, Kritische Erörterungen zum Entw. eines bürgerl. Gb., H. I, Leipzig 1889; M. Hachenburg, Das französisch-badische Recht und der Entw. des deut. bürgerl. Gb., Mannheim 1889; A. Menger, Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen, Tübingen 1890; P. Stolterfoth, Beiträge zur Beurtheilung des Entw. eines bürgerl. Gb., Leipzig 1890; I. Meisner, Das Preufs. Allg. Landr. u. der Entw. des deut. bürgerl. Gb., Berlin 1890. Eine vollständige Besprechung in Einzelbeiträgen bei Bekker und Fischer, Beiträge zur Erläuterung und Beurtheilung des Entw. eines bürgerl. Gb. f. d. deut. Reich (cit. „Beiträge“), 18 Hefte, Berlin 1888 ff. Ferner in den von Adams, Wilke, Mecke, Hartmann und Erythropel herausg. Gutachten aus dem Anwaltstande über die erste Lesung des Entw. eines bürgerl. Gb., Berlin 1888 ff. Zahlreiche Aufsätze im Arch. f. civ. Pr., Bd. LXXIII—LXXVI, sowie in den Jahrb. f. Dogm. Bd. XXVII u. ff., den Beitr. zur Erläut. des deut. Rechts Bd. XXXIII u. ff., der Z. f. d. P. u. ö. R. der Gegenw. Bd. XV u. ff., dem Arch. f. bürgerl. R. Bd. I u. ff. Dazu die Gutachten und Vorträge in den Verhandlungen des XIX., XX., XXI. u. XXII. Juristentages, Berlin und Leipzig 1888 ff., und in den Verhandlungen des K. Preufs. Landesökonomiekollegiums, Berlin 1890.

Seit dem 1. April 1891 arbeitet eine vom Bundesrath berufene, aus ständigen und nichtständigen Mitgliedern zusammengesetzte neue Kommission, zu deren nichtständigen Mitgliedern auch Nichtjuristen gehören, an einer zweiten Lesung des Entwurfes. Auf Grund ihrer Beschlüsse wird durch eine besondere Redaktionskommission der Text des Entwurfes umgestaltet. Ueber den Fortgang der Arbeit werden Berichte veröffentlicht²⁸. In den Jahren 1892—1894 ist das Ergebnis der zweiten Lesung in Bezug auf die ersten drei Bücher durch den Druck bekannt gemacht²⁹.

Weder der Form noch dem Inhalt nach hat der Entwurf die Hoffnungen des deutschen Volkes erfüllt. Die zweite Lesung hat in ihrem bisherigen Verlaufe zu einer Reihe wesentlicher Verbesserungen geführt. Doch ist bei dem engen Anschluß an den Entwurf erster Lesung wenig Aussicht vorhanden, daß es im Wege einer zweiten Lesung gelingen werde, aus dem im ersten Wurf verfehlten Werk ein der Nation würdiges und der Aufgabe unseres Zeitalters gewachsenes Gesetzbuch herauszuholen.

§ 8. Historische Rechtsdenkmäler.

Alle deutschen Rechtsquellen, die ihre Geltung eingebüßt haben, sind für das deutsche Privatrecht nicht mehr Rechtsquellen. Sie sind aber als Denkmäler der geschichtlichen Entwicklung unseres Rechtes wichtige Erkenntnisquellen des heutigen deutschen Privatrechts. Denn dieses kann bei seinem eigenthümlichen Zustande weniger als

Gegenentwürfe haben ausgearbeitet O. Bähr, Kassel 1892, und E. Rocholl, (von Buch II an E. Rocholl u. A. Niedner), Breslau 1890 ff. Als Manuskript sind gedruckt: Bemerkungen des K. Preuss. Justizministers zum Entw. u. s. w., Berlin 1891; Bemerkungen der Großh. Mecklenburg-Schwerinschen Regierung zu den Entw., Schwerin 1891 u. 1892, sowie eine im Reichsjustizamt gefertigte sehr werthvolle „Zusammenstellung der gutachtlichen Aeußerungen zu dem Entw. eines bürgerl. Gb.“, 6 Bde., Berlin 1889 ff., u. zum Entw. des E.G., Berlin 1891.

²⁸ Fortlaufende Mittheilungen finden sich in Conrads Jahrbüchern für Nationalökonomie und Statistik.

²⁹ Zuerst jedes Buch gesondert. Sodann: Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich. Zweite Lesung. Nach den Beschlüssen der Redaktionskommission. I.—III. Buch. Auf amtliche Veranlassung. Berlin 1894. Citirt als „Entw. II.“ — Die zweite Lesung unter Gegenüberstellung der ersten Lesung mit den Erläuterungen von Reatz als Beilage zum Arch. f. bürgerl. R., Berlin 1894. — Ueber die zweite Lesung von Buch I vgl. Hölder, Arch. f. c. Pr. LXXX 1 ff.

irgend ein anderes Recht ohne Heranziehung seiner Geschichte verstanden werden.

Gleichwohl ist die Darstellung der historischen Rechtsdenkmäler durchaus der deutschen Rechtsgeschichte zu überlassen¹. Hier ist nur auf ihren Bestand hinzuweisen.

Historische Rechtsdenkmäler sind:

I. Sämmtliche Rechtsquellen der fränkischen Zeit: Volksrechte, Kapitularien und Formelsammlungen². Schon im Mittelalter antiquirt, haben sie für das heutige Recht nur die Bedeutung von Zeugnissen über die Anfänge der deutschen Rechtsinstitute.

II. Die meisten Rechtsquellen des deutschen Mittelalters. Sowohl die Gesetze und Satzungen dieser Zeit, Reichsgesetze, Landrechte, Stadtrechte, Mark-, Dorf- und Hofrechte, herrschaftliche und genossenschaftliche Beliebungen aller Art, wie auch die theilweise zu unmittelbarer praktischer Geltung gelangten Rechtsbücher und sonstigen mittelalterlichen Privatarbeiten über das Recht sind fast sämmtlich veraltet³. Sie sind für uns nur noch Zeugnisse über die

¹ Zu verweisen ist vor Allem auf Stobbe, Geschichte der deutschen Rechtsquellen, Braunschweig 1860 u. 1864; hinsichtlich der Ergebnisse späterer Forschungen auf R. Schröders Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte, 2. Aufl., Leipzig 1894, und für die fränkische Zeit auf H. Brunners deutsche Rechtsgeschichte I, Leipzig 1887. Eine ausführliche Uebersicht über sie giebt der Grundriß von Kraut § 1—12. Auch in den Lehrbüchern des deutschen Privatrechts pflegten sie früher umständlich aufgeführt zu werden; so noch bei Beseler § 43—44, Gerber § 11—19.

² Sie werden hier nach den in den Monumenta Germaniae historica (M.G.) erschienenen Ausgaben, soweit solche vorliegen, angeführt; die Lex Salica nach der Ausgabe von Hessels, London 1880; die Lex Wisigothorum nach der Ausgabe b. Walter, Corpus juris Germanici antiqui (Berol. 1824) I 415 ff.; die Leges Wisigothorum antiquiores nach der Ausgabe von K. Zeumer, Hannov. et Lips. 1894; die angelsächsischen Gesetze nach der Ausgabe von R. Schmid, 2. Aufl., Leipzig 1858.

³ Bei ihrer Anführung werden, soweit dies erforderlich scheint, die benützten Ausgaben oder Sammelwerke bezeichnet werden. Das Landrecht des Sachsenspiegels (Sachsensp.) ist stets nach der Ausg. v. Homeyer, 3. Ausg., Berlin 1861, das Lehnrecht desselben (Sächs. Lehn.) nebst den verwandten Rechtsbüchern nach den Ausg. b. Homeyer des Sachsenspiegels zweiter Theil, Berlin 1842 u. 1844, der Richtsteig Landrechts (Richtst. Landr.) nach der Ausg. v. Homeyer, Berlin 1857, citirt; das Landrecht des Schwabenspiegels (Schwabensp.) und dessen Lehnrecht (Schwäb. Lehn.) regelmäsig nach der Ausg. v. Lassberg (L.), Tübingen 1840, das Landrecht auch nach der von Wackernagel (W.), Zürich 1840; und der von Gengler (G.), 2. Aufl., Erlangen 1875; das kleine Kaiserrecht (kl. Kaiserr.) nach der Ausg. v. H. E. Endemann, Kassel 1846. Die in der Sammlung der Weisthümer von J. Grimm, 7 Bde., Göttingen 1840—1878, abgedruckten Quellen sind als Grimm W. citirt; die Oesterreichischen Weisthümer, gesammelt von der

Gestaltung des deutschen Rechtes in der Zeit der rein nationalen Rechtsbildung, als solche aber von hervorragender Wichtigkeit für das Verständniß alles aus nationaler Wurzel entsprossenen Rechts.

Ausnahmsweise sind einzelne mittelalterliche Rechtsquellen bis heute in Kraft geblieben.

Unter den Gesetzen und Satzungen haben namentlich einige mittelalterliche Stadtrechte ihre Geltung behauptet⁴.

Von den Rechtsbüchern bewahrten der Sachsenspiegel nebst seiner Glosse und das sächsische Weichbild in den Ländern des gemeinen Sachsenrechts gesetzliches Ansehen, das ihnen noch heute in den sächsisch-thüringischen Staaten (Sachsen-Weimar, Sachsen-Meiningen, Sachsen-Altenburg, Sachsen-Gotha, Anhalt, den beiden Schwarzburg und den beiden Reufs), in Holstein und beschränkt in Lauenburg zusteht⁵. Doch wird auch hier das geltende Recht regelmässig nur noch aus dem auf den Sachsenspiegel gegründeten jüngeren Gesetzes- und Gewohnheitsrecht und nur selten noch unmittelbar aus dem Rechtsbuch geschöpft⁶.

Gemeinrechtlicher Geltung erfreuen sich noch heute die libri feudorum, von denen im Lehnrecht zu reden ist.

III. Viele Rechtsquellen der späteren Zeit. Von den seit dem Ende des fünfzehnten Jahrhunderts unter dem Einfluß der Rezeption abgefaßten Land- und Stadtrechten und den zahlreichen

Kaiserlichen Akademie der Wissenschaften, Wien 1872 ff., als Oesterr. W. mit fortlaufender Bändezahl, wobei zu bemerken ist, daß Bd. I die Salzburgischen Taidinge (herausg. v. Siegel u. Tomaschek), Bd. II—V die Tirolischen Weisthümer (herausg. v. Zingerle u. Inama-Sternegg, der letzte Band v. Zingerle u. Egger), Bd. VI Steirische u. Kärnthische Taidinge (herausg. v. Bischoff u. Schönbach), Bd. VII Niederösterreichische Weisthümer (herausg. v. G. Winter) enthalten.

⁴ So in Bremen, München u. s. w.; auch gilt in manchen Städten das lübische Recht in seiner mittelalterlichen Form; vgl. unten § 9 Anm. 4 u. 5—7. Auch können ältere ländliche Weisthümer noch praktisch werden (vgl. R.Ger. IV 206). In das Mittelalter reichen auch manche noch geltende Hausgesetze hochadliger Häuser zurück.

⁵ Vgl. Ortloff, D.P.R. S. 65 ff.; Heimbach, P.R. § 11 u. 56; Sachse, Handb. des großh. sächs. PR. § 38 ff.; Heimbach, Handb. des schwarzb.-sondershaus. P.R. S. III—IV; Paulsen, P.R. § 208; Falck, Schlesw.-Holst. P.R. I § 129; Grefe, Hannov. Recht I 20; Roth, D.P.R. I 76, 91, 175, 177, 183, 188, 192, 198, 208, 211, 215. — Im Königreich Sachsen wurde ihre Geltung durch Verordnung v. 2. Januar 1863 beseitigt.

⁶ Ein Beispiel einer vom Reichsgericht gebilligten unmittelbaren Anwendung des Sachsenspiegels bietet das Erk. des R.Ger. v. 20. Nov. 1883 b. Seuff. XXXIX Nr. 214; vgl. auch ib. XLVII Nr. 198.

daneben erlassenen Spezialgesetzen sind manche völlig, alle in wesentlichen Theilen antiquirt. In ihrem Gesamttinhalt ergeben sie kein Bild des heutigen Rechtszustandes, sondern des Zustandes einer überwundenen Epoche unseres Rechtslebens. Insoweit sind sie für uns nur Zeugnisse über die Gestaltung des deutschen Rechts in der Zeit der allmählichen Verschmelzung heimischer und fremder Rechtsbildung. Allein sie haben nicht nur als solche für das Verständniß des heutigen Rechtes, dessen unmittelbar vorbereitende Stufe sie darstellen, einen besonders hohen Werth, sondern sie sind in erheblichem Umfange noch gegenwärtig geltendes Recht. Darum sind sie im Zusammenhange unter den geltenden Partikularrechten zu behandeln.

§ 9. Die deutschen Partikularrechte.

Die geltenden deutschen Partikularrechte sind für das deutsche Privatrecht keine unmittelbaren Quellen, aber mittelbare Quellen ersten Ranges. Denn sie sind unentbehrliche Hilfsmittel zur Feststellung und zum Verständniß des gemeinen deutschen Privatrechts; und sie sind überhaupt die einzigen Erkenntnisquellen, insoweit dem deutschen Privatrecht die weitere Aufgabe gestellt wird, die Einheit des deutschen Rechtsgedankens in der Mannichfaltigkeit der Landesrechte aufzusuchen (oben S. 53).

Sie zerfallen in drei Klassen.

I. Partikularrechtskodifikationen mit Anerkennung des gemeinen Rechts als Hilfsrechts. Seit dem Ende des fünfzehnten Jahrhunderts wurde die Erhebung des fremden Rechts zum gemeinen Recht Deutschlands der Anlaß zur Abfassung von Stadt- und Landrechten, welche das partikuläre Recht eines Gebietes unter Anpassung an die veränderten Verhältnisse festzustellen und zu sichern suchten. Sie tragen in höherem oder geringerem Maße den Charakter von Kodifikationen, wollen jedoch sämmtlich nur das ihrem Gebiete eigenthümliche Privatrecht umspannen, während sie im Uebrigen die Geltung des gemeinen Rechtes unangetastet lassen.

A. Stadtrechte. Voran gingen auf der neuen Bahn einzelne Städte, die ihr vom Mittelalter überkommenes Recht einer amtlichen Neufassung unterwarfen und in diesen sogenannten „Stadtrechtsreformationen“ zuerst deutsches und römisches Recht in freilich sehr verschiedenartigen Mischungsverhältnissen verschmolzen. Doch steckten sich nicht alle Städte ein so hohes Ziel; die meisten Landstädte waren

mehr und mehr schon durch den Verlust ihrer Autonomie zu bescheidenerer Rechtsschöpfung genöthigt.

1. Nürnberg. Die älteste und einflussreichste Stadtrechtsreformation ist die Nürnberger Reformation von 1479, die bereits einheimisches und fremdes Privat- und Prozeßrecht zu einem systematischen Gesetzbuch verarbeitete. In den Jahren 1503 und 1522 mit einzelnen Aenderungen neu verkündigt, erfuhr sie 1564 als „verneute Reformation“ eine stärker romanisirende Neufassung, in der sie noch heute in dem ehemals reichsstädtischen Gebiete gilt.

2. Worms. Weit mehr römisches Recht enthält bereits die Wormser Reformation von 1498 (in 6 Büchern, von denen das 4. und 5. dem Privatrecht gewidmet sind). Sie ist dem französischen Recht gewichen.

3. Frankfurt a. M. Die Frankfurter Reformation von 1509, die nur einzelne Theile des Privatrechts betrifft, wurde durch die von Johann Fichard ausgearbeitete Reformation von 1575 ersetzt. Sie ist die umfassendste Stadtrechtskodifikation, neigt aber stark zur Bevorzugung des römischen Rechts. Im Jahre 1611 mit Vermehrungen neu publizirt, gilt sie in dieser Fassung noch heute im Stadtgebiet.

4. Freiburg i. B. Das von Ulrich Zasius verfaßte neue Stadtrecht von 1520 verarbeitet einheimisches und fremdes Privatrecht in maßvoller Weise. Es ist antiquirt.

5. Lüneburg. Die von Heinrich Husanus ausgearbeitete und in den Jahren 1577—1583 stückweise publizirte Lüneburger Reformation (Privatrecht in Th. II—VII) lehnt sich stark an die Frankfurter Reformation an. Sie steht noch in Geltung¹.

6. Lübeck. In Lübeck wurden im Jahre 1586 „der Stadt Lübeck Statuten und Rechtsbuch aufs neu übersehen“ in 6 Büchern (das Privatrecht im 1—3. und 6. Buch) publizirt. Dieses sogenannte „revidirte lübische Recht“, das im Wesentlichen nur eine systematische Neubearbeitung des mittelalterlichen lübischen Rechtes ist, zeichnet sich vor allen anderen Gesetzbüchern dieser Zeit durch seinen rein deutschrechtlichen Charakter aus. Die neue Form des lübischen Rechts wurde auch in den nach lübischem Recht lebenden Städten Pommerns angenommen²; hier versah in Stralsund David Mevius das Gesetzbuch mit einem ausführlichen Kommentar (zuerst Leipz. 1642), in dem er vielfach unter Verkehrung des ursprünglichen Sinnes römischrechtliche Sätze einzuschmuggeln wußte; sein Werk hat indess

¹ Auch in Uelzen ist sie aufgenommen; Grefe, P.R. I § 22.

² Vgl. v. Wilmski, Lübisches Recht in Pommern, Berlin 1867.

nicht bloß in Pommern, sondern auch in Lübeck großen Einfluß auf die Praxis gewonnen. Auch in den holsteinschen Städten ist nach längerem Streit die Geltung der Revision zur Anerkennung gelangt³, während sich in Städten Mecklenburgs, Schleswigs und Lauenburgs das lübische Recht in seiner älteren Gestalt behauptet hat⁴.

7. Hamburg. In Hamburg, wo das alte Stadtrecht von 1270 im Jahre 1497 neu bearbeitet worden war, wurden im Jahre 1605 neue Statuten von 1603 (das Privatrecht in Th. II—III) publizirt, in denen größtentheils das einheimische Recht festgehalten, jedoch bei dessen Ergänzung und Fortbildung dem römischen Recht ein größerer Einfluß als in Lübeck verstattet wurde. Diese Statuten gelten noch heute.

8. In vielen Städten kam es zu keiner Neufassung des Stadtrechts, so daß hier bis in die neuere Zeit mittelalterliche Stadtrechtsquellen fortgalten. So sind in Köln die Statuten von 1437 erst durch das französische Recht verdrängt. Noch heute bilden in Bremen die Statuten von 1433 die Grundlage des Privatrechts⁵. Ebenso beruht das Stadtrecht von München noch heute auf dem Stadtrechtsbuch von 1347 (eigentlich 1334)⁶. Auch sonst sind einzelne minder erhebliche Stadtrechte des Mittelalters in Kraft geblieben⁷.

9. Ueberaus zahlreich sind die Städte, in denen zwar kein größeres Gesetzbuch, wohl aber ein mehr oder minder umfassendes neues Statutarrecht abgefaßt wurde, worin eine Redaktion des einheimischen Rechts in einzelnen Stücken stattfand⁸. Der privatrechtliche Inhalt erstreckt sich vor Allem auf Familiengüterrecht und Erbrecht, daneben öfter auf Nachbar- und Baurecht und auf einzelne Theile des Obligationenrechts. Von diesen Statutarrechten sind manche

³ Roth, D.P.R. I § 12 Anm. 14—19, § 24 Anm. 16.

⁴ Roth I § 23 Anm. 1, § 12 Anm. 63 u. 103. Ebenso in Bergedorf, ib. § 39 Anm. 8.

⁵ Das Bremer Recht gilt auch in den Städten Oldenburg und Delmenhorst; Roth I 168.

⁶ Auer, Das Stadtrecht v. München, München 1840; Tinsch, Das Stadtrecht v. München, Bamberg 1891.

⁷ Z. B. die Stadtrechte v. Stade 1279, Schleswig 14. Jahrh., Flensburg 1284, Apenrade 1284, Hadersleben 1292; Roth I 83, 97.

⁸ Viele solche Statutarrechte sind abgedruckt bei C. F. Walch, Vermischte Beyträge zu dem deutschen Recht, 8 Bde., Jena 1771—1793; A. Fr. Schott, Sammlungen zu den teutschen Land- und Stadtrechten, 3 Thle., Leipzig 1772—1775; F. E. a Pufendorf, Observationes juris universi, 4 Bde., Hannov. 1744 sq.

wieder abgeschafft⁹. Andere stehen noch heute in Kraft. So gelten auf gemeinrechtlichem Boden zahlreiche ältere Stadtrechte in den thüringischen Staaten¹⁰, in Bayern¹¹, in Hannover¹², in Schleswig-Holstein¹³, in Braunschweig¹⁴; hervorzuheben sind ferner das Stadtrecht von Lauenburg von 1599, das Stadtrecht von Wimpffen von 1775 und die mecklenburgischen Stadtrechte, unter denen das von Rostock im Jahre 1757, das von Wismar sogar noch 1875 neu redigirt ist¹⁵. Auch im Gebiete des preussischen Landrechts aber gehören solche Statutarrechte noch zu den geltenden Rechtsquellen¹⁶.

B. Landrechte. Nach dem Vorbilde der Stadtrechtsreformationen wurden seit dem Anfange des 16. Jahrhunderts in vielen Territorien Landrechte verfaßt, um das heimische Recht in modernerer Gestalt zu kodifiziren, neu entstandene Verhältnisse zu regeln, römischrechtliche Institute dem territorialen Bedürfnis anzupassen, Streitfragen zu entscheiden und die Rechtseinheit zu fördern. Bisweilen wurden auch einzelne Theile des Privatrechts in den im

⁹ So wurde das Braunschweiger Stadtr. v. 1532 (bei Pufendorf a. a. O. IV app. p. 78 u. im Urkb. der Stadt Braunschweig Nr. 137 S. 298) im J. 1675 wieder aufgehoben. Durchweg beseitigt sind die Statutarrechte nicht blos in den Gebieten des französ., österr. u. sächs. Gesetzbuchs, sondern auch in manchen gemeinrechtlichen Ländern (z. B. in Württemberg) und in mehreren landrechtlichen Provinzen Preussens.

¹⁰ Statuten v. Altstadt 1565, Apolda 1661, Bürgel 1567, Eisenach 1670, Jena 1677, Lobeda 1644, Weimar 1590 in Sachsen-Weimar; Meiningen 1565, Wasungen 1561, Themar 1629 in Sachsen-Meiningen; Altenburg 1555, Eisenberg 1610, Schmölln 1602, Orlamünde in Sachsen-Altenburg; Gotha 1579, Ohrdruff 1591, Coburg 1616 in Sachsen-Coburg-Gotha; Arnstadt 1543, Sondershausen 1555, Greußen 1556 in Schwarzburg-Sondershausen; Rudolstadt 1595, Blankenburg 1594, Ilm 1596, Lautenberg 1611, Teuchel 1611, Königssee 1723, Frankenhausen 1558 in Schwarzburg-Rudolstadt; Schleiz 1625, Gera 1658 in Reufs. Vgl. Roth I 179, 184, 188, 192, 194, 208, 212, 217.

¹¹ So die Statuten v. Ingolstadt 1541, Nördlingen 1650, Ulm 1683, Schweinfurt 1724; Roth I 126, 128, 131.

¹² So die Statutarrechte v. Hannover, Eimbeck 1658, Osterrode 1733, Celle 1537, Harburg 1739, Otterndorf 1541, Verden 1582, Peine 1597; Roth I 93, 94, 95, 97, 99.

¹³ Z. B. Stat. v. Husum 1608, Friedrichsstadt 1633, Eckernförde 1632—1635; Roth I 80, 84.

¹⁴ Stat. v. Wolfenbüttel 1602, v. Helmstadt 1589; Roth I 170.

¹⁵ Vgl. Roth I 91, 151, 156—157.

¹⁶ Vgl. z. B. über das auf Magdeburger Grundlage entwickelte Stettiner Statutarrecht Kosmann, Statutarrecht der Stadt Altstettin, Stettin 1845; über die Stadtrechte in den landrechtlichen Gebietstheilen Bayerns Roth I 134—136.

Uebrigen wesentlich Polizeirecht enthaltenden Landesordnungen und in den Gerichtsordnungen behandelt. Neben den größeren Gesetzeswerken begegnen kleinere Landrechte, die vielfach nur Aufzeichnungen des Gewohnheitsrechts sind.

1. Baden. Ein von U. Zasius ausgearbeitetes badisches Landrecht von 1511 machte den Anfang mit einer immerhin noch maßvollen Umbildung des deutschen Familien- und Erbrechts im Sinne der römischrechtlichen Anschauungen¹⁷.

2. Ostfriesland. Das ostfriesische Landrecht von 1515 verarbeitet friesisches und fremdes Recht¹⁸.

3. Mark Brandenburg. Die Constitutio Joachimica von 1527 bildet bis heute die Grundlage des märkischen Provinzialrechts¹⁹.

4. Tirol. Wesentlich einheimisches Recht enthält die Tiroler Landesordnung von 1532 und ihre Reformation von 1573. In ihrer älteren Form wurde sie das Vorbild der noch geltenden Landesordnung der Grafschaft Henneberg (im Meiningschen) von 1539.

5. Kurköln. „Des Erzstiftes Köln Reformation dere weltlicher Gericht, Rechts und Pollizei“ von 1538 regelte eine Anzahl privatrechtlicher Gegenstände im Anschluß an das ältere Recht. An ihre Stelle trat die „Rechtsordnung“ von 1663, die dem römischen Recht stärkeren Einfluß gewährt und alle nicht aufgenommenen Gewohnheitsrechte beseitigt²⁰.

6. Jülich und Berg. Die „Ordnung und Reformation“ für Jülich und Berg von 1555, revidirt 1556 und 1564, regelt Privatrecht

¹⁷ „Der Marggrafschaft Baden Statuten und Ordnungen in Testamenten, Erbellen und Vormundschaften“; die späteren Landrechte f. Baden-Baden v. 1588 u. Baden-Durlach v. 1654 schliessen sich eng an das Kurpfälzer Landrecht an; sie sind sämtlich antiquirt.

¹⁸ Zu Grunde liegt ein Landrecht v. 1450. Hochdeutsche Ausgabe von Wicht, Das ostfriesische Landrecht nebst dem Deich- und Syhlrechte, Aurich 1746. Das Gesetzbuch steht noch in beschränkter Geltung; Grefe, P.R. I § 72 IV; Roth I 101.

¹⁹ „Kurf. Joachim I. v. Brandenburg Constitution, willkör und ordenung der Erbfelle und anderer Sachen.“ Vgl. Heydemann, Die Elemente der Joachimischen Constitution, Berlin 1841. Ein nicht als Gesetz publizierter Entwurf eines Märkischen Landrechts (K.G.O. u. L.O. v. 1574 u. L.O. v. 1594) fand in der Praxis gleichwohl Beachtung.

²⁰ Zu ihr wurde 1752 eine Erläuterung publizirt. Die Kurkölnische Rechtsordnung gilt noch in einem Theil des gemeinrechtlichen Gebietes der Rheinprovinz Roth I § 11 Anm. 10—11. — Ausg. bei Maurenbrecher, Rheinpreufs. Landrechte I 349 ff. u. 385 ff.

und Prozeß auf Grundlage des älteren, schon 1537 gesammelten Gewohnheitsrechts, begünstigt aber vielfach das römische Recht²¹.

7. Württemberg. Das zuerst 1555 verkündigte, 1567 revidirte und nach mehrmaliger Abänderung 1610 als drittes Landrecht publizierte Württembergische Landrecht verhielt sich in jeder neueren Fassung feindseliger gegen das deutsche Recht. In der Gestalt von 1610 gilt es bis heute nicht nur in Altwürttemberg, sondern seit dem 1. Januar 1807 auch in den neuerworbenen Landestheilen²².

8. Dithmarschen. Das noch in Geltung stehende Dithmarsische Landrecht von 1567 hat von dem älteren Landrecht, das noch in der Fassung von 1480 einen rein germanischen und vielfach sehr alterthümlichen Inhalt aufweist, nur Weniges aufgenommen und die subsidiäre Geltung nicht nur des gemeinen Sachsenrechts, sondern auch des römischen Rechtes anerkannt.

9. Solms. Eine sehr wichtige Kodifikation ist die von Joh. Fichard verfasste Gerichts- und Landordnung der Grafschaft Solms und Herrschaft Minzenberg von 1571. Sie verarbeitet einheimisches und fremdes Recht unter Benützung der Nürnberger Reformation, des Freiburger Stadtrechts und des Württembergischen Landrechts und zeigt begreiflicher Weise eine nahe Verwandtschaft mit der Frankfurter Reformation. Das Solmser Landrecht verbreitete sich über sein ursprüngliches Gebiet hinaus in das Hanauische, das Isenburgische und die benachbarten reichsritterschaftlichen Besitzungen und gilt noch heute in den entsprechenden Theilen der preussischen Rheinprovinz, der Provinz Hessen-Nassau und des Großherzogthums Hessen²³.

10. Kursachsen. Die hervorragendste Landesgesetzgebung des 16. Jahrhunderts stellen des Kurfürsten August von Sachsen Landes-Constitutiones von 1572 dar, die aus einer Reihe von einzelnen Gesetzen bestehen und im 3. und 4. Buch das Privatrecht ordnen. Eine Ergänzung bilden die im Anschluss an die Reihenfolge der Konstitutionen ergangenen *Decisiones electorales Saxonicae* von 1661 und die neuen *Decisiones* von 1746. Diese Gesetze sind im Königreich Sachsen durch das bürgerliche Gesetzbuch, in dem sie übrigens inhaltlich zum großen Theil fortleben, seit dem 1. März 1865 außer Kraft gesetzt. Die Konstitutionen und zum Theil auch die späteren *Decisiones* wurden

²¹ Ausg. bei Maurenbrecher a. a. O. I 139 ff.

²² Alle entgegenstehenden Statuten sind beseitigt; vgl. Wächter, P.R. I § 86; Roth, D.P.R. I § 20 Anm. 2. — Das Württemb. L.R. gilt auch in einigen bayr. u. hess. Gemeinden; Roth I § 18 Anm. 20 u. 31, § 22 Anm. 25.

²³ Roth I § 11 Anm. 6, § 14 Anm. 7, 14, 37, 48, § 22 Anm. 5–10; auch in einer bayrischen Gemeinde, ib. § 18 Anm. 40.

indess in allen Ländern des sächsischen Rechtes angenommen und gelten noch heute als Bestandtheil des gemeinen Sachsenrechts in sämtlichen thüringischen Staaten ²⁴.

11. Kurpfalz. Das Kurpfälzische Landrecht von 1582, in seinen privatrechtlichen Theilen (Bd. II—IV) meist aus dem Württembergischen Landrecht von 1567 geschöpft, gilt noch in hessischen Gebietstheilen ²⁵.

12. Catzenelnbogen. Für die obere Grafschaft Catzenelnbogen wurde 1591 ein mit dem Solmser Landrecht verwandtes Landrecht erlassen, das noch in Kraft steht ²⁶.

13. Schaumburg. Die Schaumburger Polizeiordnung von 1615 enthält privatrechtliche Bestimmungen ²⁷.

14. Nassau. Die Gerichts- und Landesordnung für Nassau-Catzenelnbogen von 1616, die das Privatrecht in stark romanistischem Sinne regelt, ist das erste Landrecht, das alle nicht von ihm aufgenommenen Gewohnheitsrechte aufhob. Sie steht noch in Geltung ²⁸.

15. Würzburg. Für das Herzogthum Franken, d. h. das Bisthum Würzburg wurde im Anschluß an die Praxis des kaiserlichen Landgerichtes zu Würzburg eine Landgerichtsordnung ausgearbeitet und mehrfach umgestaltet, die in der 1618 empfangenen Form auch Privatrecht (Th. III) enthält ²⁹.

16. Kurtrier. Das Landrecht des Erzbisthums Trier von 1668 (revidirt 1714), das trotz seines dürftigen und stark von römischem

²⁴ Vgl. Roth I 176, 177—178, 184, 188, 192, 194, 198, 208, 211, 215; zum Theil sind hier auch noch privatrechtliche Bestimmungen der kursächs. Prozeßordnung v. 1622 u. der erläuterten Prozeßordnung v. 1724 in Kraft; Roth I 176 Anm. 9 u. 11. In einigen thüringischen Gebieten bestehen besondere Landesordnungen, die das Privatrecht berühren: Weimarsche v. 1556 u. 1589 (Roth I 178 u. 194), Gothaische (sog. Ernestinische) v. 1653 (ib. S. 184 u. 192), Altenburgische v. 1705 (ib. S. 188), Anhaltische v. 1572 u. 1665 (ib. S. 198). — Ueber die Geltung des kursächsischen Rechtes in den ehemals kursächs. Theilen der Prov. Sachsen vgl. Roth § 9 Anm. 15. — Aus der Litteratur über die Konstitutionen ragt hervor H. Th. Schletter, Die Constitutionen des Kurf. Augusts v. Sachsen vom Jahr 1572, Leipzig 1857.

²⁵ Roth I § 22 Anm. 11—14. Im Jahre 1606 wurde es auch in der Oberpfalz publizirt, hier aber 1657 durch das Bayr. Landr. v. 1616 ersetzt.

²⁶ In Theilen des Großh. Hessens und jetzt auch Preussens; Roth I 149 u. 117.

²⁷ Sie gilt im Kreise Rinteln u. in Schaumburg-Lippe; Roth I § 14 Anm. 4, § 34 Anm. 1.

²⁸ In einem Theil des ehemaligen Herzogthums Nassau und Theilen der Rheinprovinz; Roth I § 11 Anm. 18, § 14 Anm. 29, 34.

²⁹ Ueber ihre heutige Geltung vgl. Roth I § 18 Anm. 37.

Recht durchsetzten Inhaltes alles von ihm nicht aufgenommene Gewohnheitsrecht aufhob, gilt noch in den ehemals kurtrierschen Theilen des Bezirkes von Ehrenbreitenstein³⁰.

17. Magdeburg. Im Herzogthum Magdeburg traf die Polizeiordnung von 1688 unter Abschaffung des Sachsenrechts eine Reihe privatrechtlicher Bestimmungen³¹.

18. Hohenlohe. Das Landrecht der Grafschaft Hohenlohe von 1737 ist eine ziemlich vollständige Kodifikation, in der die deutschrechtlichen Institute des fränkischen Stammesrechtes eingehend geregelt sind³².

19. Kurmainz. Das Landrecht des Erzbisthums Mainz von 1756, das die einheimischen Rechtsinstitute unter Verschmelzung mit römischem Recht regelt und alles nicht von ihm aufgenommene Gewohnheitsrecht aufhebt, gilt noch in ehemals kurmainzischen Gebiets-theilen Preussens (Kurhessens), Hessens und Bayerns (Aschaffenburg) und ist auch in Wetzlar an Stelle der dortigen Stadtrechtsreformation von 1608 getreten³³.

20. Bamberg. Von einem Landrecht für das Hochstift Bamberg von 1769 ist nur der erste Theil (Familien-, Erb- und Pfandrecht) publizirt und bis heute in Kraft geblieben.

21. Ordensland Preussen. Schon im 16. Jahrhundert wurden mehrere Neubearbeitungen der im Ordenslande geltenden Kulmischen Handfeste unternommen, von denen zwar keine zum Gesetz erhoben, jedoch namentlich das sogenannte Jus Culmense revisum von 1594 in der Praxis vielfach beachtet wurde. Im Jahre 1620 kam dann für Ostpreussen als „Landrecht des Herzogthums Preussen“ ein Gesetzbuch zu Stande, das auf der Verarbeitung des Kulmischen (wesentlich magdeburgischen) Rechts mit gemeinsächsischem und römischem Recht beruhte. Schon 1684 revidirt, wurde es nochmals von Cocceji einer Revision unterzogen und als „Friedrich Wilhelms Königes in Preussen verbessertes Landrecht des Königreiches Preussen“ von 1721 neu publizirt. In dieser Gestalt wurde es später auch in Westpreussen eingeführt³⁴.

22. Bayern. Nachdem das in Oberbayern geltende mittelalter-

³⁰ Roth I 73.

³¹ Sie gilt in Theilen der Provinzen Sachsen u. Brandenburg; Roth I § 9 Anm. 8 u. 46.

³² Es gilt nur noch in einem Theil seines ehemaligen Gebiets; Roth I § 18 Anm. 29.

³³ Vgl. Roth I § 11 S. 72, § 14 Anm. 16, 49, § 18 Anm. 32, § 22 Anm. 15—17.

³⁴ In Ost- und Westpreussen ist es durch die Provinzialrechtskodifikationen beseitigt; in den ehemals westpreussischen Theilen Pommerns ist es erst durch

liche Landrecht von 1346 (das sogen. Rechtsbuch Kaiser Ludwigs) schon 1518 zu einer „Reformation der bairischen Landrechte“ umgestaltet war, wurde auf Grund derselben mit den Landständen das auch auf Niederbayern erstreckte bayrische Landrecht von 1616 vereinbart. In beiden Gesetzbüchern überwiegt noch das einheimische Recht, obwohl auch das römische Recht überall beachtet wird. Ein fast durchaus romanistisches Gepräge dagegen trägt das vom Vizekanzler v. Kreittmayr ausgearbeitete und als Codex Maximilianus Bavaricus civilis publizierte bayrische Landrecht von 1756. Es läßt zwar das gemeine Recht als Hülfrecht bestehen, ist aber im Wesentlichen selbst eine Kodifikation des damaligen usus modernus pandectarum und bildet als das erste deutsche Gesetzbuch, das alle Theile des Civilrechts in einem vollständigen System umfaßt, den Uebergang zu den das gemeine Recht ausschließenden Gesetzbüchern⁸⁵.

23. Kleinere Landrechte. Neben allen diesen gesetzgeberisch durchgreifenden Territorialrechten sind in der Zeit nach der Rezeption der fremden Rechte manche kleinere Landrechte abgefaßt und bis heute in Geltung verblieben, die in der Hauptsache nur eine Aufzeichnung von einheimischem Gewohnheitsrecht enthalten. So das Erbacher Landrecht in Hessen⁸⁶; das Hadelers Landrecht von 1583, das Osterstadische von 1580 (Landrecht des Amtes Hagen), das Rechtsbuch des Alten Landes von 1517, das Wurster Landrecht von 1611 und das Kehdinger Landrecht in der Provinz Hannover⁸⁷; die Statuta des Stedinger Landes von 1525, das westfriesische Landrecht des Landes zu Würden von 1574, das Altammersche Recht von 1614 und das Budjadinger Landrecht

Gesetz v. 4. Aug. 1865 unter Vorbehalt der Fortgeltung einzelner Bestimmungen abgeschafft.

⁸⁵ Seinem Verständniß dienen die umständlichen von Kreittmayr herausgegebenen Anmerkungen über den Codicem Max. Bav., 5 Bde., München 1758—1768. Neue Ausgabe v. Danzer, Das bayrische Landrecht in seiner heutigen Geltung, München 1894. Es gilt heute in den Provinzen Oberbayern, Niederbayern und Oberpfalz und einzelnen Orten von Oberfranken und Mittelfranken, nicht aber in den übrigen bayrischen Landestheilen. Die Statutarrechte läßt es bestehen; sie sind indess in seinem Gebiet, vom Münchener und Ingolstädter Stadtrecht abgesehen, spärlich vorhanden.

⁸⁶ Beck u. Lauteren, Das Landrecht der Grafschaft Erbach u. Herrschaft Breuberg, Darmstadt 1824. Es gilt auch in einigen zu Bayern gehörigen Ortschaften der ehemaligen Grafschaft Erbach. Vgl. Roth I § 18 Anm. 36, § 22 Anm. 18—19. — Ueber das Epsteiner Landr. vgl. ib. § 14 Anm. 25.

⁸⁷ Diese Landrechte sind gedruckt bei Pufendorf a. a. O. I app. 3, II app. 3, IV app. 48, I app. 60 u. 141. Ueber ihre Geltung vgl. Roth I § 13 Anm. 19—21 u. 23—27; Grefe I § 41—45.

von 1664 in Oldenburg³⁸; die Neumünsterschen Kirchspiels- und Bordesholmischen Amtsgebräuche aus dem Ende des 16. Jahrhunderts³⁹, das Eiderstädter Landrecht von 1591⁴⁰ und das Nordstrander Landrecht von 1572⁴¹ in der Provinz Schleswig-Holstein⁴²; das Billwärder Landrecht von 1603 in einem Theil des Hamburger Landgebietes⁴³. Auch gelten noch einige Ritterrechte, die in das Privatrecht eingreifen⁴⁴.

II. Die das gemeine Recht ausschließenden Gesetzbücher. Seit dem Ende des 18. Jahrhunderts führten die schon oben (§ 3 S. 21 ff.) geschilderten Bestrebungen nach Ersetzung des gemeinen Rechts durch nationale Gesetzbücher in einigen größeren deutschen Staaten zu einem durchgreifenden Ergebnis.

1. Das preussische Landrecht⁴⁵. In Preußen wurde, nachdem schon Friedrich Wilhelm I. ähnliche Pläne gehegt hatte, auf Befehl Friedrichs des Großen von dem Großkanzler Cocceji die Ausarbeitung eines Civilgesetzbuches für die ganze Monarchie in Angriff genommen, von dem aber nur die zwei ersten Theile als Project des *Corporis Juris Fridericiani* veröffentlicht wurden (Halle 1749 und 1751) und nur einige Stücke in einzelnen Landestheilen zur Einführung gelangten. Erst durch die Cabinetsordre vom 14. April 1780 brachte der König das Werk nach verändertem Plane wieder in Flufs. Die nunmehr niedergesetzte Kommission, deren Vorsitzender der Großkanzler v. Carmer, deren Seele aber der Oberamtsregierungsrath

³⁸ Gedruckt im *Corpus Constitutionum Oldenburgicarum* III 114, 87, 120 u. 91; das Budjadinger Landr. auch bei Pufendorf a. a. O. IV app. 596. Ueber ihre Geltung Roth § 24 Anm. 7—10.

³⁹ Ausg. v. Seestern-Pauly, Schlesw. 1824. Ueber ihre Geltung Roth § 12 Anm. 24.

⁴⁰ Gedruckt im *Corpus Statutorum Schlesvicensium*, Schlesw. 1794, I 1. Es ist eine Revision des mit dem Ditmarscher Landr. v. 1567 übereinstimmenden Landr. v. 1572, das an die Stelle der friesischrechtlichen Krone der rechten Wahrheit v. 1426 getreten war. Vgl. Roth § 12 Anm. 31—36.

⁴¹ Gedruckt im *Corp. Stat. Schlesv.* I 431. Es trat an die Stelle der Siebenhardenbeliebung v. 1426 und gilt bei den Nordfriesen; Roth § 12 Anm. 74—76.

⁴² Vgl. noch über das Land- und Marschrecht Roth § 12 Anm. 21—22, über das Recht der Insel Fehmarn ib. Anm. 58—62.

⁴³ Abgedruckt im Anhang zu den Hamburger Stat. v. 1603. Vgl. Roth § 39 Anm. 3—5.

⁴⁴ So das Bremische Ritterrecht v. 1577 (rev. 1738, 1844, 1847) u. die Statuten der Calenberg-Göttingen-Grubenhagenschen Ritterschaft v. 1847; Grefe I § 7; Roth § 13 Anm. 8 u. 31. Auch das Privilegium der Haubenbandsgerechtigkeit für die Schleswig-Holsteinische Ritterschaft; Roth § 12 Anm. 28—30.

⁴⁵ Ueber seine Geschichte vgl. Heydemann, Einl. in das System des preuss. Civilrechts I 5 ff.; Förster, Preuss. P.R. I 1 ff.; Dernburg, Preuss. P.R. I § 3 ff.; Stölzel, Carl Gottlieb Suarez, Berlin 1885; Roth, D.P.R. I § 5.

Suarez war, legte den „Entwurf eines allgemeinen Gesetzbuches für die preussischen Staaten“ vor, der in den Jahren 1787—1788 stückweise veröffentlicht und der allgemeinen Beurtheilung unterworfen wurde. Unter Würdigung der massenhaft eingegangenen Monita wurde der Entwurf vielfach revidirt und umgearbeitet und hierauf durch Patent vom 20. März 1791 als „allgemeines Gesetzbuch für die preussischen Staaten“ publizirt, um am 1. Juli 1792 in Kraft zu treten. Bedenken gegen das neue Recht, die durch die Staatsumwälzung in Frankreich genährt wurden, führten zur Hinausschiebung des Geltungstermins auf unbestimmte Zeit durch Cabinetsordre vom 18. April 1792. Nachdem jedoch auf Grund der Cabinetsordre vom 17. April 1793 einige unbedeutende Abänderungen vorgenommen waren, wurde das Gesetzbuch durch Patent vom 5. Februar 1794 als „allgemeines Landrecht für die preussischen Staaten“ mit Gesetzeskraft vom 1. Juni 1794 an publizirt. Die bis Ende 1802 erlassenen Erläuterungen und Abänderungen wurden durch Patent vom 1. April 1803 dem Gesetzbuch als „erster Anhang“ einverleibt. Das Landrecht wurde auch in mehrere neu erworbene Landestheile eingeführt und nach Beseitigung der Zwischenherrschaft in den wiedergewonnenen Landestheilen wiederhergestellt. Es gilt demgemäß in den östlichen Provinzen der Monarchie mit Ausnahme von Neuvorpommern und Rügen, in der Provinz Westfalen und in den Kreisen Rees, Essen und Duisburg der Rheinprovinz, sowie in den vor 1815 preussisch gewesenen Theilen der Provinz Hannover (Ostfriesland, Lingen und Eichsfeld). Außerdem hat es in den fränkischen Fürstenthümern Ansbach und Bayreuth und einigen anderen Landestheilen Bayerns und in den ehemals Erfurtischen Gebietsteilen Sachsen-Weimars seine Geltung bewahrt⁴⁰. Die in dem Patent von 1794 Artikel VII verfügte Suspension der drei ersten Titel des zweiten Theils (Familien- und Intestaterbrecht) besteht nur noch in der brandenburgischen Kur- und Neumark (einschließlich der jetzt zu Pommern und Schlesien gehörigen Theile) und unter Erstreckung auf mehrere andere Stücke des Gesetzbuchs im Herzogthum Westfalen fort.

Das preussische Landrecht umfaßt in seinen zwei Theilen von 23 und 20 Titeln, in denen es nach einem durchaus eigenartigen System vom Individualrecht durch das Sozialrecht zum öffentlichen Recht aufsteigt, nicht bloß das gesammte Privatrecht mit Einschluß aller Spezialrechte, sondern auch Staatsrecht, Kirchenrecht und Strafrecht. Unter allen modernen Gesetzbüchern ragt es durch seinen großartigen Bau und seinen sozialen Geist hervor. Obwohl es auf

⁴⁰ Vgl. Roth, D.P.R. I 131 ff. u. 177.

der gemeinrechtlichen Doktrin seiner Zeit fulst, hat es unter dem Einfluß naturrechtlicher Lehren, deutschrechtlicher Partikularrechtsbildungen und freier Lebensbeobachtung gewaltige Fortschritte im Sinne nationaler und moderner Rechtsgestaltung vollzogen. Seine Fehler liegen in gewissen allgemeinen Mängeln seiner Epoche und namentlich in einer übertriebenen Kasuistik, vermöge deren es alle Kontroversen im Voraus abzuschneiden und in mechanischer Auffassung des Rechtslebens der freien Bewegung von Wissenschaft und Praxis die engsten Grenzen zu ziehen sucht.

Während das Landrecht die subsidiäre Geltung des bisherigen gemeinen Rechtes beseitigt, will es selbst nur ein subsidiäres Recht sein, dem die Provinzial- und Statutarrechte vorgehen. Doch sollte ihm eine Kodifikation sämtlicher Provinzialrechte folgen. Diese Kodifikation ist aber nur für Ostpreußen in den Jahren 1801 und 1802 und für Westpreußen im Jahre 1844 zu Stande gekommen. Im Uebrigen gelten die älteren Rechtsquellen und Gewohnheitsrechte fort⁴⁷. Indefs sind in den Landestheilen, die zeitweise dem französischen Recht unterworfen gewesen waren, die inzwischen aufgehobenen Partikularrechte nicht wiederhergestellt worden⁴⁸. Auch in den anderen Provinzen wurde vielfach das partikuläre Recht theils durch einheitliche Provinzialgesetze vereinfacht, theils durch die neuere Gesetzgebung überhaupt beseitigt, so daß im Gebiet des preussischen Landrechts heute die Rechtseinheit überwiegt.

2. Das österreichische Gesetzbuch⁴⁹. Eine von Maria Theresia im Jahre 1753 zu Brünn eingesetzte Kommission zur Ausarbeitung eines Codex Theresianus brachte einen sehr weitschweifigen

⁴⁷ Eine grundlegende Uebersicht über dieselben lieferte v. Kamptz, Die Provinzial- und Statutarrechte in der preussischen Monarchie, Berlin 1826—1828. Vgl. ferner R. Maurenbrecher, Die Rheinpreussischen Landrechte, Bonn 1830 u. 1831. Andere Sammelwerke sind bei Kraut, Grundr. § 17, nachgewiesen. Ueber den jetzigen Bestand vgl. Roth, D.P.R. I § 9, § 13 B, § 18 A II.

⁴⁸ P.P. v. 9. Sept. 1814 § 2. Hiernach gelten in der Provinz Posen u. dem westpreussischen Kreise Michelau-Culm überhaupt keine provinzialrechtlichen Bestimmungen, in den ehemals dem Königreich Westfalen einverleibten Theilen der Provinzen Sachsen u. Westfalen und in den landrechtlichen Gebieten Hannovers nur solche Provinzial- und Statutarrechte, deren Gegenstand von den französischen Gesetzen nicht berührt wurde oder im Landrecht nicht geregelt ist.

⁴⁹ Ueber seine Geschichte vgl. Ph. Harras v. Harrasowsky, Geschichte der Kodifikation des österr. Civilr., Wien 1868; Pfaff, Z. f. d. P. u. ö. R. d. G. II 254 ff.; Pfaff u. Hofmann, Komm. I 1 ff., Exkurse I 1 ff. — Die Materialien bei Harras v. Harrasowsky, Der Codex Theresianus u. seine Umarbeitungen, 5 Bde., Wien 1883—1886; Ofner, Der Urentwurf u. die Berathungsprotokolle des österr. allg. bürg. Gesetzbuchs, 2 Bde., Wien 1889.

ersten Theil zu Stande, aus dessen Umarbeitung und Fortführung durch eine Wiener Kommission der im Jahre 1766 vollendete Entwurf eines überaus umfangreichen und vielfach lehrbuchartigen Gesetzbuches hervorging. Im Jahre 1772 begannen die Berathungen einer neuen Kommission über den Codex Theresianus, wobei eine von Herten im Staatsrath vollzogene Umarbeitung zu Grunde gelegt wurde. Doch gerieth die Arbeit im Jahre 1776 ins Stocken und wurde erst unter Joseph II. wieder aufgenommen. Nach nochmaliger Uebersarbeitung wurde nun durch Patent vom 1. November 1786 der erste Theil des Codex Theresianus als Josephinisches Gesetzbuch publizirt⁵⁰. Unter Leopold II. nahm eine vom Freiherrn v. Martini geleitete Kommission das Gesetzgebungswerk in die Hand und brachte auf Grund aller bisherigen Vorarbeiten einen neuen Entwurf zu Stande, der im Jahre 1797 als westgalizisches Gesetzbuch in Galizien probeweise eingeführt, im Uebrigen der Begutachtung durch juristische Fakultäten und richterliche Kommissionen überwiesen wurde. Nach Eingang der Gutachten wurde im Jahre 1801 eine Hofkommission, deren Referent Zeiller war, mit der Revision betraut. Ihr in dreimaliger Durchprüfung unter mancherlei Anständen vollendetes Werk empfing endlich am 7. Juli 1810 die kaiserliche Genehmigung und wurde durch Kundmachungspatent vom 1. Juni 1811 als „allgemeines bürgerliches Gesetzbuch“ in allen damaligen österreichischen Ländern außer Ungarn und Siebenbürgen in Kraft gesetzt. Später wurde es auch in mehrere neu erworbene Landestheile eingeführt. Dagegen wurde die durch Patent vom 29. November 1852 erfolgte Einführung in Ungarn im Jahre 1861 wieder rückgängig gemacht⁵¹. In den Nebenländern der ungarischen Krone blieb das Gesetzbuch in Kraft, so daß es heute in ganz Cisleithanien und überdies in Siebenbürgen, Kroatien und Slavonien gilt⁵². Außerdem gilt es im Fürstenthum Liechtenstein⁵³ und in einigen bayrischen Ortschaften⁵⁴.

⁵⁰ Es gilt noch als sog. „Vorderösterreichisches Recht“ in der ehemaligen Markgrafschaft Burgau; Roth, Bayr. C.R. § 4 Anm. 10; D.P.R. I § 18 Anm. 16.

⁵¹ Pfaff u. Hofmann, Komm. I 40 ff. Ungarn hat daher keine Privatrechtskodifikation. Doch sind neuerdings, nachdem bereits am 16. Mai 1875 ein Handelsgesetzbuch erlassen ist, Entwürfe zu einzelnen Theilen eines Ungarischen Civilgesetzbuchs, insbesondere zum Allgemeinen Theil (1871) und zum Erbrecht (übersetzt von Th. Kern, Budapest 1887), veröffentlicht.

⁵² Jedoch in diesen drei Ländern mit mancherlei Abweichungen. Das ältere deutsche Recht in Siebenbürgen enthalten die „Statuta jurium municipalium Saxorum in Transsilvania“, das Eigen Landrecht der S. Sachsen, bearbeitet . . . v. Schuler v. Libloy, Hermannstadt 1853.

⁵³ Nach Hofdekret v. 13. Febr. 1818; Pfaff u. Hofmann a. a. O. S. 44 Anm. 238.

⁵⁴ Im Markte Redwitz in Oberfranken und in einigen Orten der Oberpfalz; Roth, D.P.R. I § 18 Anm. 6 u. 22.

Das österreichische Gesetzbuch regelt in 1502 Paragraphen nur das reine Privatrecht mit Ausschluß aller Spezialrechte. In der Fassung kurz und bündig, aber auch dürftig, schließt es sich inhaltlich weit stärker als das preussische Landrecht an das römische Recht an. Doch modelt es dasselbe durchweg nach den Forderungen des Naturrechts und bringt in Folge hiervon oft unbewußt deutschrechtliche Sätze zur Geltung.

Es räumt nicht blos mit dem gemeinen Recht, sondern hinsichtlich der von ihm behandelten Gegenstände auch mit allem Partikularrecht auf.

3. Das französische Gesetzbuch⁵⁵. Gleich im Beginne der Revolution wurde die Herstellung eines einheitlichen Civilgesetzbuches geplant und in der Konstitution von 1791 ausdrücklich verheißsen. Doch wurde ein durch eine Kommission des Nationalkonvents ausgearbeiteter Entwurf von 1793 nicht acceptirt⁵⁶. Ebenso blieben mehrere spätere Anläufe vergeblich. Erst Bonaparte als erster Konsul brachte durch seine kräftige Initiative die Arbeit wieder in Fluß. Eine von ihm am 12. August 1800 ernannte Kommission von vier Männern stellte in vier Monaten einen Entwurf fertig, der dann im Staatsrath unter Bonapartes lebhafter persönlicher Betheiligung durchberathen wurde. Das so entstandene Projekt wurde jedoch, nachdem die gesetzgebende Versammlung den ersten Titel verworfen hatte, im Januar 1802 zurückgezogen und einer nochmaligen Umarbeitung unterworfen. In den Jahren 1803 und 1804 wurden sodann die einzelnen fertig gestellten Stücke von der gesetzgebenden Versammlung angenommen und als Gesetze verkündigt. Zusammengefaßt wurden sie durch Gesetz vom 20. März 1804 als Code civil des Français und im Jahre 1807 mit einigen Aenderungen als Code Napoléon publizirt.

Der Code trat von vornherein in dem damals zu Frankreich gehörigen linksrheinischen Deutschland in Kraft und wurde später während der Fremdherrschaft in viele andere deutsche Länder eingeführt. Nach den Befreiungskriegen wurde er in den rechtsrheinischen Ländern mit Ausnahme der auf dem rechten Rheinufer gelegenen Theile des ehemaligen Herzogthums Berg wieder abgeschafft, blieb dagegen auf dem ganzen linken Rheinufer in Geltung. Er gilt somit

⁵⁵ Ueber seine Geschichte vgl. Schöffner, Geschichte der Rechtsverfassung in Frankreich IV 304 ff.; Zachariae, Handb. des französ. Civilr. I § 7 ff.; C. Barazetti, Einführung in das französ. Civilr. (Code Napoléon) und das badische Landrecht, Frankfurt a. M. u. Lahr 1889.

⁵⁶ Gedruckt und übersetzt findet sich der „Code de la Convention“ v. 9. Aug. 1793 bei Barazetti a. a. O. S. 313 ff.

heute im größten Theil der preussischen Rheinprovinz, im Oldenburgischen Fürstenthum Birkenfeld, in Rheinhessen, in der bayrischen Pfalz und in Elsass-Lothringen. Dafs er als badisches Landrecht auch in Baden herrscht, wird sich bei der Besprechung dieses Gesetzbuches ergeben.

Das französische Gesetzbuch regelt in 2281 Artikeln ausschließlich das generelle Privatrecht. Seiner Fassung werden nicht mit Unrecht, aber oft mit Uebertreibung, schlagende Kürze und logische Präzision nachgerühmt. Inhaltlich schöpft er aus dem älteren französischen Recht und beruht auf einer Verschmelzung des im pays du droit écrit vorherrschenden römischen Rechts und der im pays coutumier auf wesentlich germanischrechtlicher Grundlage aufgezeichneten Coutumes. In vieler Hinsicht ist er an germanischrechtlichen Bestandtheilen reicher als irgend ein deutsches Gesetzbuch. Doch ist germanisches wie römisches Recht in ihm überall in den Dienst der sozialpolitischen Tendenz gestellt, die durch die Revolution bewirkte Umgestaltung der bürgerlichen Gesellschaft zu befestigen und möglichst auf die Dauer zu sichern.

Der Code nimmt für die von ihm behandelten Gegenstände ausschließliche Geltung in Anspruch. Partikuläre Gesetze und Gewohnheiten läßt er nur insoweit bestehen, als er auf sie verweist.

4. Das badische Landrecht⁵⁷. In Baden wurde 1808 der Code eingeführt, im Jahre 1809 aber in einer Uebersetzung mit Zusätzen als „Badisches Landrecht“ unter Aufhebung des gemeinen Rechts und aller Land- und Stadtrechte publizirt. Die Zusätze sind zwischen die in unveränderter Ziffernfolge beibehaltenen Artikel des Code eingeschoben und durch Beifügung von Buchstaben gekennzeichnet. Ihr Inhalt besteht theils in Abänderungen der französischrechtlichen Institute theils in Erhaltung vom französischen Recht beseitigter deutschrechtlicher Institute.

5. Sächsisches Gesetzbuch⁵⁸. Im Königreich Sachsen wurde schon 1851 und 1852 der Entwurf eines Civilgesetzbuchs gedruckt, jedoch wegen ungünstiger Beurtheilungen zurückgezogen. Nach völliger Umarbeitung wurde durch Publikationsverordnung vom 2. Januar 1863 das „bürgerliche Gesetzbuch für das Königreich Sachsen“ promulgirt und durch Verordnung vom 9. Januar 1865 mit Gesetzeskraft vom 1. März 1865 an versehen. Dieses Gesetzbuch, das in

⁵⁷ Vgl. Barazetti a. a. O. S. 30 ff.

⁵⁸ Vgl. B. Schmidt, Vorlesungen über das im K. Sachsen geltende Privatrecht, Leipzig 1869, I § 8.

2620 Paragraphen das Privatrecht mit Ausschluss mehrerer Spezialrechte regelt, schöpft seinen Inhalt zum Theil aus dem alten Sachsenrecht, schließt sich aber im Uebrigen eng an die Savignysche Pandektenlehre an. Es kennt kein subsidiäres Recht und duldet kein Partikularrecht.

6. Entwürfe zu Civilgesetzbüchern sind auch in anderen deutschen Staaten verfaßt worden⁵⁰. Seitdem ein Gesetzbuch für das Deutsche Reich in Sicht ist, haben sie nur noch geschichtliches Interesse.

III. Einzelgesetze. Schon seit dem Mittelalter wurde das Privatrecht nicht blos durch allgemeine Gesetzbücher, sondern auch durch besondere gesetzliche Ordnungen für einzelne Rechtsgebiete fortgebildet⁶⁰. Auf diesem Wege wurden namentlich oft die in einem

⁵⁰ Veröffentlicht wurden: 1. ein Entw. f. Hessen-Darmstadt seit 1842; 2. ein Entw. f. das Königreich Bayern seit 1861. — Lediglich zu Vorarbeiten führte das seit 1817 ins Werk gesetzte, seit 1843 der Leitung v. Savignys unterstellte, jedoch 1848 liegen gelassene Unternehmen einer Revision des preussischen Landrechts.

⁶⁰ Solche Spezialgesetze sind massenhaft in älteren Sammelwerken zu finden, von denen hier einige, die öfter benützt und abgekürzt citirt werden sollen, angeführt werden mögen: Corpus Constitutionum Marchicarum (C. C. March.) ed. Mylius, Tom. I—VI u. Cont. I—IV, Berlin u. Halle 1736—1747, fortgesetzt als Novum Corpus Constitutionum Prusso-Brandenburgensium (N. C. C.), 13 Bde., 1751—1806; Corpus Constitutionum Magdeburgicarum (C. C. Magd.) ed. Mylius, Magdeburg u. Halle 1714, Contin. 1717; Corpus Constitutionum Prutenicarum (C. C. Prut.) ed. Grube, Königsberg 1721; Dähnert, Sammlung gemeiner u. besonderer Pomerischer u. Rügischer Landesurkunden, Gesetze u. s. w., 3 Bde. mit 2 Suppl.-Bdn., Stralsund 1765—1768; Scotti, Sammlung der Gesetze . . in . . Jülich u. Berg (v. 1475—1815), 4 Bde., Düsseldorf 1821—1822; Scotti, Sammlung der Gesetze u. Verordnungen . . in . . Cleve u. Mark (1418—1816), 5 Bde., Düsseldorf 1826; Scotti, Sammlung der Kurkölnischen Gesetze u. Verordnungen, Düsseldorf 1830; Corpus Constitutionum Calenbergicarum (C. C. Cal.), 4 Bde., Göttingen 1739—1740; Corpus Constitutionum ducatus Luneburgici et comitatus Hoyensis (C. C. Lun.), 6 Bde., Lüneburg 1741—1745; Codex Constitutionum Osnabrugensium (C. C. Osn.), 2 Bde., Osnabrück 1783 u. 1819; Corpus Statutorum provincialium Holsatiae (C. St. Hols.) ed. Cronhelm, Altona 1750; Corpus Statutorum Schlesvicensium (C. St. Schlesv.), Schleswig 1794; Codex Augusteus (C. Aug.), 3 Bde. u. Cont. I—III, Leipzig 1724 sq.; Spangenberg, Sammlung der Verordnungen u. Ausschreiben, welche für sämtliche Provinzen des Hannoverschen Staats ergangen sind, 7 Bde., Hannover 1819 ff.; Sammlung fürstlich hessischer Landesordnungen u. Ausschreiben (Hess. Samml.), 8 Bde., Kassel 1776—1816; Corpus Constitutionum Nassovicarum (C. C. Nass.), 6 Bde., 1796; Reyscher, Vollständige Sammlung der Württembergischen Gesetze, 19 Bde., Stuttgart u. Tübingen 1828—1851; Corpus Constitutionum Oldenburgicarum (C. C. Old.) ed. Oettken, 6 Thle. mit 3 Suppl., Oldenburg 1722 ff.; Weingarten, Codex Ferdinando-Leopoldino-Josephino-Carolinus pro Regno Bohemiae, Marchionatu Moraviae et Ducatu Silesiae, Pragae 1720.

eigenen Lebenskreise wurzelnden Spezialrechte kodifizirt, gewisse zugleich in das Privatrecht eingreifende Materien des öffentlichen Rechts im Sinne des modernen Staatsgedankens geregelt oder auch einzelne Theile des gemeinen bürgerlichen Rechts zeitgemäß reformirt. In unserem Jahrhundert hat diese Spezialgesetzgebung an Bedeutung stets zugenommen und auch da, wo umfassende Gesetzbücher in Kraft stehen, in Ergänzung oder Abänderung derselben den Rechtszustand wesentlich umgestaltet⁶¹. Zum Theil hat das Reich jetzt die Lösung dieser Aufgabe in die Hand genommen. Allein auch der Partikulargesetzgebung ist ein weites Feld für derartige Bethätigung verblieben, das selbst nach seiner Einengung durch das künftige Reichscivilgesetzbuch umfangreiche und wichtige Privatrechtsgebiete umspannen wird. Gerade solche Einzelgesetze sind es, in denen die modernen Rechtsgedanken sich zuerst Bahn zu brechen pflegten und pflegen und bei denen dann zugleich der Zusammenhang dieser Gedanken mit den Grundgedanken unseres nationalen Rechts sich deutlich offenbart. Sie haben daher für das deutsche Privatrecht eine hohe Bedeutung⁶².

§ 10. Verwandte Rechte.

I. Im Allgemeinen. Aus zwiefachem Grunde sind für das Verständniß des deutschen Privatrechts die Rechtsquellen anderer moderner Völker wichtig.

1. Wegen der Abstammung aus gleicher Wurzel. Denn kaum lebt heute ein Kulturvolk, dessen Recht nicht germanische Bestandtheile enthielte. Bei den übrigen germanischen Völkern hat sich germanisches Recht zum Theil sogar reiner als in Deutschland erhalten, bei den romanischen Völkern bildet es ein Stück ihrer germanischen Erbschaft, bei den Völkern des slavischen und magyrischen Ostens hat es als ein seit dem Mittelalter eingeführtes Kultur-element befruchtend gewirkt.

⁶¹ Die neueren Spezialgesetze sind in den offiziellen Gesetzsammlungen der einzelnen Staaten zu finden.

⁶² Die einzelnen Gesetze sind bei den von ihnen geregelten Materien anzuführen. Um ihre Bedeutung vorläufig zu würdigen, denke man beispielsweise, vom Handels-, Wechsel- und Seerecht ganz abgesehen, an die Spezialgesetzgebung über Agrarrecht, bäuerliches Güterrecht, gutsherrlich-bäuerliche Verhältnisse, Wasser- und Deichrecht, Bergrecht, Forst- und Jagdrecht, Immobiliarsachenrecht, Lehn, Fideikommiss, Zwangsenteignung, Gesinderecht, Eherecht, Vormundschaftsrecht, Urheber- und Erfinderrecht, Gemeinderecht, Genossenschaftsrecht, Gewerbe-
recht u. s. w.

Insoweit gehören zu den Hilfsmitteln des deutschen Privatrechts nicht bloß die geltenden Quellen, sondern auch die historischen Rechtsdenkmäler der übrigen europäischen Völker. So vor Allem die des skandinavischen Rechts¹, unter denen übrigens das von König Waldemar II. im Jahre 1241 erlassene Jütische Law noch heute im größten Theile von Schleswig als gemeines subsidiäres Landrecht gilt²; so die des niederländischen Rechtes, das sich erst im Laufe der Zeit aus einem deutschen Partikularrecht zu einem selbständigen Recht entwickelt hat³; so die französischen, normannischen und englischen Rechtsquellen⁴; so die Quellen des italienischen Rechts⁵.

Andrerseits rücken rein deutsche Rechte, die vom geschichtlichen Standpunkt aus nicht abzutrennen wären, für die dogmatische Betrachtung in die Reihe der fremden Rechte und somit der bloßen Hilfsmittel des deutschen Privatrechts ein. Dies gilt insbesondere von den Rechten der deutschen Schweiz und der baltischen Provinzen des russischen Reiches, während das österreichische Recht mit Fug auch heute unter dem Gesichtspunkt eines deutschen Partikularrechts behandelt werden kann.

2. Wegen der Gemeinschaft des Kulturlebens. Denn wie auf allen Gebieten, so führen im Recht die modernen Völker kein isolirtes Dasein, sondern stehen in jener innigen Lebensgemeinschaft, welche aus der großen lateinischen Gemeinschaft des Mittelalters hervorgewachsen ist. So wirkt denn die Rechtsbildung des einen Volkes auf die des anderen ununterbrochen ein. Pflügt man doch heute vor Erlaß wichtiger Gesetze die Gesetzgebung der übrigen Kulturvölker zu sammeln und zu vergleichen, um das für die eignen Verhältnisse Brauchbare aus ihr zu schöpfen. Und gewisse, sei es wirkliche, sei es vermeintliche Fortschritte der Rechtsbildung brechen

¹ Ueberblick über die Geschichte der nordgermanischen Rechtsquellen von K. Maurer in Holtzendorffs Encyclopädie der Rechtswiss. I Nr. 5.

² Vgl. K. Maurer a. a. O. S. 379; Falck, Handbuch I 409 ff.; Roth, D.P.R. I 80 ff. Als offizieller Text gilt eine plattdeutsche Uebersetzung des revidirten dänischen Textes v. 1590. — In Dänemark selbst ist es durch das noch geltende Gesetzbuch Christians V. v. 1683 verdrängt.

³ Hugo de Groot, Inleyding tot de Hollandsche Rechtsgeleertheit bevestigt met Placaaten, Amst. 1860 (zuerst 1631); Warnkönig, Flandrische Staats- und Rechtsgeschichte, 3 Bde., Tübingen 1835—1842; Angabe neuer Quellenwerke b. Kraut, Grundr. § 31 Z. 2 u. 3.

⁴ Ueberblick über ihre Geschichte von H. Brunner in Holtzendorffs Encyclopädie I Nr. 4.

⁵ Vgl. A. Pertile, Storia del diritto italiano dalla caduta dell' impero Romano alla codificazione, 6 Bde., Padova 1871 ff.

sich vermöge einer allgemeinen Gedankenbewegung, der sich auf die Dauer kein Volk entziehen kann, oft fast gleichzeitig im Privatrecht verschiedener Länder Bahn⁶.

II. Einzelne verwandte Rechte. Unter den geltenden fremden Rechten sind einige für das deutsche Privatrecht von besonderer Wichtigkeit.

1. Das Recht der Schweiz. Das schweizerische Privatrecht zerfällt in gemeines eidgenössisches Recht und partikuläres Recht der einzelnen Kantone.

Jenes fließt aus Bundesgesetzen, von denen das seit dem 1. Januar 1883 in Kraft stehende Bundesgesetz über das Obligationenrecht vom 14. Juni 1881 einen erheblichen Theil des Privatrechts kodifizirt⁷.

Die überwiegende Masse des Privatrechts ist dagegen noch Kantonalrecht. Die Kantone zerfallen in 4 Gruppen. 1. In Uri, Schwyz, Unterwalden, Appenzell, Basel, St. Gallen und Thurgau ist das Privatrecht nicht oder doch nicht vollständig kodifizirt; hier gelten theils ältere Landbücher und Statutarrechte von rein deutschrechtlichen Inhalt, theils neuere Spezialgesetze⁸. 2. Die welschen und halbwelschen Kantone haben theils das französische Gesetzbuch angenommen (Genf und Berner Jura), theils auf Grundlage desselben eigne Civilgesetzbücher erlassen: Waadt 1819, Freiburg 1834—49, Tessin 1837 und in neuer Fassung 1882, Neuenburg 1853—54, Wallis 1853⁹. 3. In Bern 1824—30, Luzern 1831—39, Solothurn 1841—47 und Aargau 1847—55 wurden stückweise besondere Civilgesetzbücher eingeführt, denen das Oesterreichische bürgerliche Gesetzbuch als Vorbild diente¹⁰. 4. Die letzte Gruppe bildet Zürich mit

⁶ Man denke z. B. an die Aufhebung der Schulhaft, der Zinstaxen, des Einflusses des religiösen Bekenntnisses auf die Rechtsfähigkeit u. s. w., an die Einführung der Civilstandsregister und der Civilehe, an die Durchführung der Gewerbefreiheit, an den Patent-, Marken- und Musterschutz u. s. w.

⁷ Es enthält außer dem Obligationenrecht und dem gesammten Handels- und Wechselrecht auch Bestimmungen über Mobiliarsachenrecht und über Vereine. Dazu kommen Bundesgesetze über einzelne Stücke des Privatrechts, wie z. B. Großjährigkeit, Haftpflicht u. s. w.

⁸ Näheres über die hier geltenden Quellen b. Huber, Schweizer P.R. I 50 ff. Vgl. übrigens unten Anm. 11.

⁹ Huber a. a. O. S. 52 ff. — Die Gesetzbücher v. Freiburg u. Tessin weichen im System vom Code ab und stehen mehrfach auch unter dem Einfluß des österr. Gesetzbuches.

¹⁰ Huber a. a. O. S. 54 ff. — Für Solothurn, auf dessen Gesetzgebung auch das französische Vorbild eingewirkt hat, ist seitdem der Entw. eines neuen Civilgesetzbuchs veröffentlicht worden, Solothurn 1890.

den Kantonen, die sich die Zürcher Gesetzgebung zum Muster genommen haben. Das in den Jahren 1853—55 publizierte privatrechtliche Gesetzbuch für Zürich, das von Bluntschli verfasst und mit Erläuterungen versehen ist, hat als ein nach Stoff und Geist germanistisches modernes Gesetzbuch für die Wissenschaft wie für das Leben des deutschen Rechts eine hohe Bedeutung erlangt. Es ist im Jahre 1887 unter Weglassung der inzwischen bundesgesetzlich geregelten Materien einer von Schneider besorgten und in einer Ausgabe von 1888 auf Grundlage des Bluntschlichen Kommentars erläuterten Neuredaktion unterzogen worden. Seinem Vorbilde folgen die privatrechtlichen Gesetzbücher von Schaffhausen (1863—65), Zug (1861—75) und Glarus (1869—74), sowie das von Planta verfasste und kommentirte Gesetzbuch von Graubünden (1862), das indess in manchen Stücken eine selbständigere Haltung wahr¹¹.

2. Baltisches Recht. Eine von Bunge verfertigte und im Jahre 1864 als „Liv-, Esth- und Curländisches Privatrecht“ veröffentlichte Zusammenstellung ist durch Ukas von demselben Jahre mit Gesetzeskraft versehen.

3. Französisches Recht. Das Privatrecht Frankreichs beruht bis heute auf dem Code Napoléon (jetzt offiziell wieder „Code civil“), ist aber durch neuere Gesetze mannichfach fortgebildet und somit von dem inzwischen gleichfalls umgebildeten rheinisch-französischen Recht vielfach verschieden.

Außerhalb Frankreichs gilt der Code mit einzelnen Abänderungen noch heute in Belgien, in Luxemburg und theilweise in Russisch-Polen. In Italien ist an seine Stelle der Codice civile vom 25. Juni 1865 getreten, der aber in der Hauptsache auf ihm beruht. Ebenso verhält es sich mit dem in Holland statt des Code jetzt geltenden bürgerlichen Gesetzbuch vom 1. Oktober 1883. Nachbildungen des Code sind ferner die Civilgesetzbücher Rumäniens (Codice civile mit Gesetzeskraft vom 1. Dezember 1865), Griechenlands, Egyptens (1875) und einiger amerikanischer Republiken¹². Eine nahe Verwandtschaft mit ihm zeigt endlich auch das spanische Civilgesetzbuch vom 24. Juli 1889.

4. Englisches Recht. Das englische Recht nebst seinem amerikanischen Tochterrecht, in dem das germanische Recht in einer

¹¹ Huber a. a. O. S. 56 ff. u. II 535. In Nidwalden (1851—1859) und Thurgau (1860 revid. 1885) sind die ersten Theile von Civilgesetzbüchern, die gleichfalls das Zürcher Gesetzbuch zum Vorbild nehmen, eingeführt.

¹² So in der Argentinischen Republik (1871) und in Mexiko (1871), aber auch in einigen Staaten der nordamerikanischen Union.

durchaus eigenartigen Ausgestaltung fortlebt, ist nicht kodifiziert. Neuerdings sind jedoch auch in England und namentlich in Nordamerika umfassende Spezialgesetze über einzelne privatrechtliche Gegenstände ergangen.

§ 11. Litteratur.

I. Nationale Rechtsbücher. Nachdem schon im Mittelalter dem verheißungsvollen Anfange zur Begründung einer nationalen Rechtswissenschaft, den Eike von Repgow gemacht hatte, keine ebenbürtige Fortsetzung gefolgt war, eilte nach der Aufnahme der fremden Rechte die deutsche Rechtsbücherlitteratur, obwohl sie noch einige verspätete Blüthen trieb, dem Untergange zu¹.

II. Populäre Schriften über fremdes Recht. Die Stelle der Rechtsbücher nahmen zunächst die seit dem 15. Jahrhundert sich in Deutschland mehr und mehr ausbreitenden populären Darstellungen des fremden Rechtes ein, die mindestens in deutscher Sprache zu ungelehrten Leuten redeten und ihren Stoff auch inhaltlich den einheimischen Zuständen und dem Bedürfnis der noch nicht ganz erloschenen Schöffenspraxis einigermaßen anpaßten. Das hervorragendste und einflußreichste Werk dieser Richtung war der von dem Nördlinger Stadtschreiber Ulrich Tengler verfasste Laienspiegel², mit dem später der ältere Klagspiegel regelmäßig verbunden wurde³. Nicht auf gleicher Höhe steht die populäre Litteratur der Folgezeit⁴. Als gegen Ende des 16. Jahrhunderts die

¹ Das einzige selbständige Rechtsbuch nachmittelalterlicher Herkunft ist der von Matthaeus Normann um die Mitte des 16. Jahrh. verfasste und auf Rügen zu gesetzlichem Ansehen gelangte Wendisch-Rügianische Landgebrauch, ed. Gadebusch, Stralsund 1774. Außerdem gehört hierher das im Anf. des 16. Jahrh. von Johannes Purgoldt aus einheimischem (besonders Eisenacher) und fremdem Recht kompilirte Rechtsbuch, ed. Ortloff, Jena 1860. Sodann das von Conradus Lagus um 1537 verfasste systematische Compendium juris civilis et Saxonici, ed. Gregorii, Magd. 1602 (zuerst 1597), die Differentiae juris civilis et Saxonici (zusammengefaßt nach den Arbeiten von Reinhard u. Fachs herausg. v. Hackelmann, Jena 1595) und andere Arbeiten über sächsisches Recht.

² Erste Ausg. Augsburg 1509. Erst in der nach Tenglers Tode gedruckten Ausg. v. 1511 aber erhielt das Buch seine jetzige Gestalt. Hier ist die Ausg. Strasburg 1527 benützt.

³ Der Klagspiegel, von einem unbekanntem Verfasser zu Schwäbisch-Hall bearbeitet, wurde schon im 15. Jahrh. mehrfach gedruckt und 1516 von Seb. Brandt herausgegeben; hier nach der Ausg. Strasburg 1527.

⁴ Andreas Perneder Institutiones, Auszug und anzaigung etlicher geschriben keiserl. und des h. Reichs rechte, wie die gegenwertiger Zeiten inn ubung gehalten werden, ed. Hunger, Ingolstadt 1564 (zuerst 1545); Leenrecht, Ingolstadt

Abdrängung des Volkes vom Rechtsleben vollendet war, hörte diese Schriftstellerei für „Laien“ völlig auf.

III. Gelehrte romanistische Litteratur. Die längst zur Vorherrschaft und nun zur Alleinherrschaft gelangte romanistische Jurisprudenz konnte trotz ihrer Abwendung von den vaterländischen Quellen das deutsche Recht seiner praktischen Bedeutung wegen nicht ganz vernachlässigen. Vielmehr mußte sie es insoweit anerkennen und verarbeiten, als sie entweder auf die Darstellung des gemeinrechtlichen *usus modernus* abzielte oder mit geltenden Partikularrechten befaßt war. Darum sind die Schriften der Romanisten in demselben Maße, in dem sie praktische Zwecke verfolgen, für die Geschichte des deutschen Privatrechts wichtig.

1. In erster Linie kommen hier die unmittelbar auf Entscheidung praktischer Rechtsfälle gerichteten Arbeiten in Betracht.

a. Vor Allem daher die Sammlungen und Bearbeitungen der Urtheile des Reichskammergerichts, wie sie schon im 16. Jahrhundert von Mynsinger und Gail, später von Meichsner, Klock und Cramer veranstaltet wurden⁵.

b. Aehnliche Werke wurden seit dem 17. Jahrhundert im Anschluß an die Praxis oberer Landesgerichte verfaßt. So bearbeiteten Carpzov und später Kind die kursächsischen Entscheidungen, Mevius und Engelbrecht die Erkenntnisse des Tribunals

1565; gerichtlich. Prozeß, Ingolstadt 1564 (zuerst 1551). Justinus Gobler, *Der Rechten Spiegel*, Frankfurt 1550; *Statutenbuch u. s. w.*, Frankfurt 1553. Noä Meurer, *Liberey Keyserlicher, auch Teutscher Nation Landt- und Statt-Recht*, Frankfurt 1597 (zuerst 1582); er verfaßte auch Werke in deutscher Sprache über Jagd- und Forstrecht (2. Ausg. Frankfurt 1576) und über Wasserrecht (Frankfurt 1570). Dazu die deutsch geschriebenen Prozeßhandbücher (Stobbe, *Rechtsqu.* II 177 ff.) und Formularsammlungen (Stobbe a. a. O. S. 157 ff.; Stintzing, *pop. Litt.* S. 317 ff.; Gierke, *Genossenschaftsr.* III 671 Anm. 89).

⁵ Joachim Mynsinger a Frundeck (1517—1588), *Singularium observationum Imperialis camerae centuriae VI*, Lips. 1591 (zuerst 1563—1584); Andreas Gail (1525—1587), *Practicarum Observationum libri duo*, Colon. 1592 (zuerst 1578); Joh. Meichsner, *Decisiones diversarum causarum in camera imperiali judicatarum adjunctis relationibus actorum*, 4 Vol., Francof. a. M., 1603 sq.; Casp. Klock (1583—1655), *Liber singularis relationum pro adessoratu habitatum*, ed. II, Norimb. 1680; Joh. Ulrich Cramer (1706—1772), *Observationes juris universi ex praxi recentiori supremi Imperialis tribunalis haustae*, 6 Vol., Wetzl. 1758—1772; *Wetzlarische Nebenstunden*, 128 Thle., Ulm 1755—1773. — Die wichtigsten Entsch. v. 1495—1573, aber ohne Gründe, b. Raphael Sailer, *Selectissimae sententiae in amplissimo summoque Imperialis camerae judicio*, 3 Vol., Francof. a. M. 1572—1573.

zu Wismar, F. E. Pufendorf und Strube die Praxis des Oberappellationsgerichtes zu Celle⁶.

c. Bedeutungsvoll sind ferner die Sammlungen von Entscheidungen und Gutachten der Spruchkollegien, wie sie fast von jeder juristischen Fakultät vorliegen⁷.

d. Nicht minder wichtig endlich sind die Sammlungen, in denen die praktischen Arbeiten einzelner Juristen veröffentlicht sind⁸. Nach dem Vorbilde der Nachbarländer gab seit Ulrich Zasius auch in Deutschland fast jeder bedeutende Jurist seine *Consilia et Responsa* heraus. Neben bloßen Gutachten finden sich hier dann vielfach auch

⁶ Bened. Carpzov, *Decisiones Saxonicae*, Lips. 1704 (zuerst 1646); F. A. Kind, *Quaestiones forenses*, 4 Tom., Lips. 1792—1802, Ed. II 1807. Dav. Mevius, *Decisiones Tribunalis Wismariensis*, Strals. 1664—1675; Engelbrecht, *Observationes selectiores forenses*, Wism. et Lips. 1748. Friedr. Esaias Pufendorf, *Observationes juris universi*, 4 Bde., Hannov. 1744—1770; D. G. Strube, *Rechtliche Bedenken*, 5 Bde., Hannover 1761—1777. Vgl. auch *Collectio notabilium decisionum supremi tribunalis appellationis Hasso-Cassellani* ed. de Canngieser, Francof. a. M. 1804 ff. (12 Bde., Fortsetzung in Bd. 13—17 v. Pfeiffer).

⁷ Besonders wichtig sind die *Decisiones Wittebergenses et Lipsienses*, als „*Illustres aureae solennes diuque exoptatae Quaestionum . . . decisiones et discussiones*“ in 3 Vol. zu Frankfurt a. M. 1599—1608 erschienen. Ferner die *Consilia s. Responsa Doctorum et Professorum Facultatis Juridicae in Academia Marpurgensi*, herausg. v. H. Vultejus, 4 Vol., Marburg 1605 sq. *Consilia s. Responsa Altorfiana* ed. C. Rittershusius, Hanov. 1608; spätere Altdorfer *Decisiones et Responsa* von J. J. Beck, Nürnberg. 1734. *Decisiones et Sententiae in Facultate et Dicasterio Provinciali Jenensi pronuntiatae*, ed. Domin. Arumaeus, Jen. 1608 u. 1612; spätere Jenenser *Consultationes juris selectae* v. N. C. von Lyncker, Jen. 1704 u. 1715. *Consilia Argentorensia*, Vol. I—II, Argentor. 1642, Vol. III ed. Schilter 1701. *Consultationes Tubingenses* ed. Christ. Besold, Tub. 1629—1630; *Collectio nova Consiliorum Juridicorum Tubingensium*, 9 Vol., Tub., Francof. et Giess. 1731—1750. *Decisiones Francofurtanae* von J. Brunnemann, ed. Stryck Francof. a. O. 1674. *Consilia s. Responsa Helmstadiensia* ed. Homborgius, Francof. et Lips. 1713. *Consilia Hallensium Jureconsultorum* ed. J. P. von Ludewig, Hal. 1733 u. 1734; spätere bei J. H. Boehmer, *Consultationes et Decisiones*, Hal. 1748—1754. *Facultatis Ingolstadiensis Consilia et Responsa*, ed. Clingensperg, Norimb. 1734. *Selectiores consultationes collegii Ictorum Academiae Gryphiswaldensis*, ed. Engelbrecht, Strals. et Gryphisw. 1741. *Jus Mecklenb. et Lubec. illustratum ex judiciis collegii juridici Rostochiensis*, Rost. 1751. *Inclytæ Facultatis Juridicae Erfordiensis Responsorum et Sententiarum selectiorum collectio*, ed. Schorch, Erf. 1770.

⁸ Für die Anfänge der Rezeptionsgeschichte wichtig ist die Sammlung v. Laur. Kirchovius († 1580), *Consilia s. Responsa praestantissimorum Germaniae Galliae Hispaniae Jureconsultorum*, 5 Vol., Francof. a. M. 1605. Ferner Martinus Uranus Prenninger (1490—1501 Prof. in Tübingen), *Consilia*, Francof. 1599.

von den Verfassern herrührende Fakultäts- und Gerichtsurtheile. Hervorragende Werke dieser Art besitzen wir aus dem 16. Jahrhundert von Zasius, Goede, Schürff, Sichardt, Fichard, Mynsinger, den drei Pistoris, Wesembek, Cothmann und vielen Anderen⁹; aus dem 17. Jahrhundert von Wehner, Berlich, Klock, Mevius, Brunnemann und Harpprecht¹⁰; aus dem 18. Jahrhundert von Balth. v. Werner, J. H. Boehmer, Hommel, Pütter, v. Selchow, den Brüdern Becmann, G. L. Boehmer und G. H. v. Berg¹¹.

2. Auch in dogmatischen Arbeiten aber über das römische Recht, mochten sie nun als Kommentare zu den Quellen oder als

⁹ U. Zasius, *Responsorum juris s. Consiliorum* lib. I—II, Basil. 1538 u. 1539; Henning Goede, *Consilia*, 2 Vol., Viteb. 1544 (darin auch einige fremde Konsilien); Hieron. Schürff, *Consilia s. Responsa*, 3 Vol., Francof. a. M. 1545—1551; Joh. Sichardt († 1552), *Responsa juris*, ed. Goedelmann, Francof. a. M. 1599; Joh. Fichard († 1571), *Consilia*, Francof. a. M. 1590; Joach. Mynsinger a Frundeck, *Responsorum juris s. consiliorum Decades X*, Basil. 1576; Modestinus Pistoris, *Consilia s. Responsa*, 2 Vol., Lips. 1596 u. 1599 (in Vol. I 678 ff. *Consilia* seines Vaters Simon Pistoris); Hartmann Pistoris, *Quaestionum juris tam Romani quam Saxonici* libr. I—IV, Heidelb. 1579, ed. II 1604; Matth. Wesembek, *Consilia*, 8 Vol., Witeb. 1576—1624, neue Ausg. 1601—1630; Ernest. Cothmann, *Responsa juris et consultationes*, 5 Vol., Francof. a. M. 1597 ff. — Außerdem die bei Gierke, *Genossenschaftsr.* III 686—687 angef. Sammlungen von Jac. Thomingius, Nic. Vigelius, Matth. Coler, Joh. Köppen, Joh. Borcholten, Ludolphus Schrader, Bernh. Wurmser et Hartmannus Hartmannus, Frid. Pruckmann, Georg. Everardus, Nic. Reusner, Andr. Rauchbar, Hieron. Treutler a Kroschwitz u. Andr. Schöps.

¹⁰ Paul Matth. Wehner, *Practicae juris observationes*, Francof. a. M. 1608; Matth. Berlich, *Decisiones aureae*, 2 Vol., Lips. 1625 u. 1638; Caspar Klock, *Consilia*, 4 Vol., Norimb. 1673—1676 (darin zahlreiche Konsilien anderer Verfasser); Dav. Mevius, *Consilia posthuma*, Francof. a. M. 1717; Joh. Brunnemann, *Consilia s. Responsa*, Francof. a. O. 1677, ed. II 1707; F. Chr. Harpprecht, *Responsa juris*, 6 Vol., Tub. 1701—1708.

¹¹ Joh. Balth. a Werner, *Selectae observationes forenses*, 3 Vol., Jen. 1756 (zuerst Viteb. 1710—1722), darin viele Wittenberger Fakultätssprüche; J. H. Boehmer, *Consultationum et decisionum juris* 3 Tom. in 7 part., Hal. 1733—1754; Karl Ferd. Hommel, *Rhapsodia quaestionum in foro quotidie obvenientium*, ed. IV, 7 Vol., Byruthi 1782—1787 (seit 1765); Joh. Steph. Pütter, *Auserlesene Rechtsfälle*, 4 Bde., Göttingen 1763—1802; Joh. Heinr. Christ. von Selchow, *Rechtsfälle*, 4 Bde., Lemgo 1782 ff., *Neue Rechtsfälle*, 3 Bde., Frankfurt u. Mainz 1787—1789; *Fratrum Becmannorum Consilia et Decisiones*, 2 Bde., Gött. 1784; G. L. Boehmer, *Auserlesene Rechtsfälle*, herausg. v. Hoppenstedt, 3 Bde., Göttingen 1799—1802; Günther Heinr. von Berg, *Juristische Beobachtungen u. Rechtsfälle*, Hannover 1802—1810. In den fünf zuletzt genannten Werken finden sich viele Göttinger Fakultätssprüche.

selbständige Systeme auftreten, nahmen die deutschen Juristen, indem sie sich dem italienischen Vorbild anschlossen¹², auf das geltende Recht vielfach Rücksicht¹³. Mehr und mehr stellten besonders die sächsischen Juristen, wie namentlich Modestinus Pistoris (1516 bis 1565) und Hartmann Pistoris (1543—1601), die Söhne des Simon Pistoris (1489—1562), und vor Allem Benedict Carpzov (1595—1666), das von ihnen täglich gehandhabte einheimische Recht auch in der theoretischen Betrachtung dem fremden Recht gegenüber¹⁴. Auch sonst bahnte sich allmählich eine selbständigere Behandlung und bewußtere Würdigung des von den Quellen abweichenden *usus modernus* an¹⁵, bis endlich dessen gesonderte Darstellung versucht wurde¹⁶. Zum vollen Durchbruch kam diese Richtung in der einflußreichen Bearbeitung des in Deutschland geltenden römischen Rechts von Johann Schilter (1632—1705)¹⁷, dem Conring bezeugte, daß er sich durch den Nachweis der Fortgeltung und des Werthes von deutschem Recht neben dem römischen um das Vaterland wohl

¹² Den größten Einfluß auf die Gestaltung des *usus modernus* in Deutschland übten die Werke von Bartolus (1314—1357, Ausg. Basil. 1562), Baldus (1327—1400, Comm. ed. Venet. 1572—1573), Jason (1435—1519, Comm. ed. Aug. Tur. 1576) und zuletzt noch Antonius Faber (1557—1624, Op. Lugd. 1658—1681).

¹³ So schon Zasius (1461—1535, Opera Francof. 1590 u. 1595), später namentlich Nic. Vigelius (1529—1600), Herm. Vultejus (1555—1634), Hieron. Treutler (1565—1607), Christoph. Besold (1517—1638) u. A.

¹⁴ Hierher gehören besonders: Mod. Pistoris, *Illustrium Quaestionum juris tum communis tum Saxonici*, P. I—IV, ed. Schultes, Lips. 1599—1601; Hartm. Pistoris, *Opera omnia*, Lips. et Francof. 1679; B. Carpzov, *Jurisprudentia forensis Romano-Saxonica*, Lips. et Francof. 1684 (zuerst 1638).

¹⁵ So bei Justus Meier, *Argentoratense collegium*, Argentor. 1657 (zuerst 1616—1617); Georg Ad. Struv, *Syntagma juris civilis universi*, Jen. 1653—1682, als *Syntagma jurisprudentiae sec. ordinem Pandectarum cum additionibus P. Mülleri*, Francof. et Lips. 1692, 2. ed. 1718, 3. ed. 1738, und *Jurisprudentia Romano-Germanica forensis*, Jen. 1670, letzte Ausg. Francof. 1760; Wolfg. Ad. Lauterbach (1618—1678), *Collegium theoretico-practicum ad L Pand. libr.*, Tub. 1690 ff., 16. ed. 1784; Ulrich Huber (1636—1694), *Praelectiones juris Romani et hodierni ad Pand.*, Franek. 1656 u. 1678, Francof. 1689—1690, sowie *Praelectionum juris civilis tomi III*, ed. in *Germania tertia*, Lips. 1735 (mit Scholien v. Thomasius); Joh. Brunnemann, *Comm. in L libros Pandectarum*, 5. ed., Viteb. u. Berol. 1701 (zuerst 1670), *Comm. in Codicem Just.*, Lugd. 1715 (zuerst Leipzig 1663).

¹⁶ Am frühesten wohl bei Paulus Busius, *Commentarius in Pandectas cum differentiis juris canonici et consuetudinum Germaniae Galliae et Belgicae ad usum hujus saeculi compositus*, Bd. I Zwollae 1608, Bd. II Franek. 1614; ed. nova Daventriae 1656.

¹⁷ Zuerst 1675—1680 als *Exercitationes ad L libros Pandectarum* erschienen; 2. Ausg. als *Praxis juris Romani in foro Germanico*, Jen. 1698; zuletzt 1738.

verdient gemacht habe¹⁸. Unter den späteren Werken über den *usus modernus* erlangten die von Samuel Stryck (1640—1705), Augustin v. Leyser (1683—1752) und Just Henning Boehmer (1674—1749) besonderes Ansehen¹⁹. Vielfach verstatteten nunmehr die Compendien des Civilrechts auch den Lehren des Naturrechts einen starken Einfluß, der namentlich seit Thomasius dem deutschen Recht zu Gute kam²⁰. Mit der Entwicklung einer selbständigen Wissenschaft des deutschen Privatrechts ist die Behandlung des einheimischen Rechtes in der romanistischen Litteratur zwar mehr und mehr zurückgetreten, jedoch bis heute keineswegs erstorben, so daß auch die neueren Pandektenwerke großentheils zugleich der Litteratur des deutschen Privatrechts angehören²¹.

¹⁸ Epistola d. a. 1676 in Conringii Opera VI 505.

¹⁹ Stryck, *Usus modernus pandectarum*, 9. ed., Halle 1749—1780 (zuerst 1690—1692); A. de Leyser, *Meditationes ad pandectas*, 11 Bde., Lips. 1717—1748, Bd. 12—13 herausg. v. L. Höpfner 1774 u. 1781, letzte Ausg. in 12 Bdn. Frankenthal 1778—1781; J. H. Boehmer, *Exercitationes ad Pandectas*, 6 Vol., Hanov. et Gott. 1745—1764. — Hervorzuheben sind ferner: Jac. Frid. Ludovici, *Usus practicus*, Hal. 1703, 4. ed. 1726, *Doctrina pandectarum*, Hal. 1709, 8. ed., 1743; Joh. Heinr. von Berger, *Oeconomia juris ad usum hodiernum accommodati*, Lips. 1712, 8. ed. 1771; Hellfeld, *Jurisprudentia forensis*, Jen. 1764, 5. ed. 1779; C. Chr. Hofacker, *Principia juris civilis Romano-Germanici*, 3 Vol., Tub. 1788 sq.; Lobethan, *Systema elementare jurispr. priv. Rom.-Germ. forensis*, Hal. 1778; Christ. Dabelow, *System des gesammten heutigen Civilrechts*, Halle 1794, 2. Aufl. 1796; Jul. Friedr. Malblank, *Principia juris Romani sec. ordinem Dig.*, 3 P., Tub. 1801.

²⁰ Zum Theil gehört hierher schon Joh. Althusius (1557—1638), *Dicaeologicae libri tres, totum et universum jus, quo utimur, methodice complectentes*, Herborn 1617, 3. ed. Frankfurt 1649. Sodann Nic. Hieron. Gundling, *Digesta*, Hal. Magd. 1723; Ausführliche u. gründliche Diskurse über die sämtlichen Pandekten, Frankfurt u. Leipzig 1739. Ferner Gottl. Gerh. Titius, *Juris privati Romano-Germanici libri XII*, Lips. 1724 (zuerst 1709). Desgleichen Dan. Nettelbladt, *Systema elem. univ. jurisprudentiae positivae communis imp. Rom.-Germ. usui accommodatum*, Hal. 1749; 2. Aufl. 1762.

²¹ So der große Pandektenkommentar von Christ. Friedrich Glück, Ausführliche Erläuterung der Pandekten, Erlangen 1790 ff., mit seinen Fortsetzungen (noch unvollendet). Ferner die Pandektenlehrbücher von Thibaut (Jena 1803, 8. Aufl. 1834, 9. Aufl. 1846), Hufeland (Gießen 1803—1814), Schweppe (Altona 1814, 4. Ausg. Göttingen 1828—1834), Mackeldey (Gießen 1814, 14. Aufl. Wien 1862), von Wening-Ingenheim (München 1822—1825, 5. Ausg. 1837—1838, Erläuterungen dazu v. Fritz, Freiburg 1833—1839), Mühlenbruch (*Doctrina Pandectarum*, Hal. 1823—1825, 4. Aufl. 1838, deutsch 1835—1836), Seuffert (Würzburg 1825, 4. Ausg. 1860—1871), Puchta (Leipzig 1838, 12. Aufl. 1876), von Vangerow (Marburg 1838—1847, 7. Aufl. 1863—1869), Kierulff (*Theorie des gem. Civilrechts*, Bd. I, Altona 1839), von Savigny (*System des heutigen röm.*

IV. Selbständige Darstellungen des deutschen Privatrechts. Nachdem Hermann Conring (1606—1681) durch die Begründung der deutschen Rechtsgeschichte und die Umwälzung der Anschauungen über das Verhältniß zwischen deutschem und fremdem Recht die Bahn hierfür frei gemacht hatte, erhob sich seit dem Beginn des 18. Jahrhunderts die Pflege des deutschen Privatrechts zu einem selbständigen Zweige der Jurisprudenz. Dem Beispiele von Wittenberg, wo im Jahre 1707 Georg Beyer (1665—1714) die ersten Vorlesungen über deutsches Recht ankündigte, folgte man allmählich an den anderen Universitäten²². Zugleich erschienen nun zahlreiche Lehrbücher der neuen Disziplin, als deren ältestes der nach dem Tode Beyers veröffentlichte Grundriß seiner Vorlesungen betrachtet werden muß²³.

In diesen Darstellungen begnügte man sich zunächst mit einer losen Aneinanderreihung der aus dem Pandektenrecht herausgerissenen deutschrechtlichen Bruchstücke, mit denen man ohne gehörige Sonderung zwischen geschichtlichen Grundlagen des geltenden Rechts und bloßen Rechtsalterthümern Sätze des älteren und ältesten germanischen Rechts verknüpfte. So verfuhr namentlich J. G. Heineccius (1681—1741) in seinen *Elementa juris Germanici tum veteris tum hodierni*²⁴. Ein ähnliches Verfahren begegnet bei Engau und Anderen²⁵, während Joh. Steph. Pütter den Stoff systematisch

Rechts, Berlin 1840—1849), Sintenis (Das praktische gem. Civilrecht, Leipzig 1844—1851, 3. Aufl. 1869), Arndts (München 1852, 11. Aufl. 1883), Brinz (Erlangen 1857—1871, 2. Aufl. 1873—1882, 3. Aufl. seit 1884), von Wächter (herausg. v. O. von Wächter, Leipzig 1880), Windscheid (1. Aufl. 1862, 7. Aufl. Frankfurt a. M. 1891), H. Dernburg (1. Aufl. Berlin 1884, 4. Aufl. 1894), E. I. Bekker (Weimar 1886 ff.), Hölder (Allgemeine Lehren, Erlangen 1886 ff.), F. Regelsberger (Leipzig 1893 ff.).

²² In Leipzig wurde 1712 eine Professur des Lehnrechts u. sächs. Rechts, in Kiel 1712 eine Professur des *jus patrium et statutarium*, in Tübingen 1720 eine Professur des württemb. Rechts errichtet; erst später ernannte man Professoren des allgemeinen deutschen Rechts.

²³ *Delineatio juris Germanici cura M. H. Griebneri*, Hal. 1718, u. *cura Ch. G. Hoffmanni*, Lips. 1723.

²⁴ Zuerst Halis 1736 u. 1737; 3. ed. 1746.

²⁵ Joh. Rud. Engau, *Elementa juris Germanici civilis veteris pariter atque hodierni*, Jen. 1737, 4. ed. 1753. Dazu Christ. Gottl. Riccius, *Spicilegium juris Germanici ad illustris Domini J. R. Engau Elementa juris Germanici civilis*, Gott. 1750 (unvollendet). Ferner Heinr. Christ. von Senckenberg, *Anfangsgründe der alten mittleren und neuen teutschen gemeinen Rechtsgelehrsamkeit*, Göttingen 1737; J. Fr. Eisenhart, *Institutiones juris Germanici privati*, Hal. 1753; Bened. Schmid, *Principia juris Germanici antiquissimi, antiqui, medii pariter atque hodierni*, Norimb. 1755.

und juristisch zu durchdringen suchte, aber nur einen sehr dürftigen und farblosen Abriss zu Stande brachte²⁶.

Daneben kam seit der Mitte des Jahrhunderts eine vom Naturrecht beeinflusste mehr praktische Richtung auf, die sich an das Leben hielt und namentlich durch Sammlung und Vergleichung der Partikularrechte ein allgemeines deutsches Recht zu konstruieren unternahm. In geradezu tumultuarischer Weise kündigt sich diese Wandlung in Joh. Georg Estors (1699—1773) Bürgerlicher Rechtsgelehrsamkeit der Teutschen an²⁷. Besonnener führte das neue Programm Joh. Heinr. Christ. v. Sechow (1732—1795) durch, dessen *Elementa juris Germanici privati hodierni* einen außerordentlichen Erfolg errangen²⁸. Jahrzehnte hindurch blieb ihre Herrschaft unbestritten²⁹.

Gestürzt wurde sie erst durch Justus Friedrich Runde (1741—1807), dessen „Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechts“ seit 1791 in immer neuen Auflagen erschienen³⁰. Dieses Lehrbuch übertrifft seine Vorgänger nicht blos durch den Reichthum des verarbeiteten Stoffs, sondern offenbart auch in der Aufsuchung der einheitlichen Grundgedanken des deutschen Rechts und in der Durchführung eines selbständigen Systems einen neuen wissenschaftlichen Geist und zeichnet sich zugleich durch praktischen Sinn und anschauliche Darstellung in deutscher Sprache vortheilhaft aus. Doch bleibt es im naturrechtlichen Gedankenkreise befangen und läßt weder in der geschichtlichen Grundlegung noch in der juristischen Begriffsbildung erhebliche Fortschritte erkennen. Rundes Buch wurde von W. A. F. Danz (1764—1803) in einem umfangreichen „Handbuch

²⁶ *Elementa juris Germanici privati hodierni*, Gott. 1748, 3. ed. 1776. Dazu *Conspectus jur. Germ. priv. hod. novo systemate tradendi*, Gott. 1754.

²⁷ Ausgefertigt von J. A. Hoffmann, 2 Thle., Marburg 1757—1758, Th. 3 Frankfurt a. M. 1767. Das Juristische geht hier völlig im Stofflichen unter, das aus Naturkunde, Technik und allen möglichen andern Wissensgebieten zusammengeholt wird.

²⁸ Zuerst als *Institutiones jurisprudentiae Germ.*, Gott. 1757; dann als *Elem. jur. Germ. priv. hod. ex ipsis fontibus deducta*, Hannov. 1762; 8. ed. Gott. 1795.

²⁹ Es erschienen nur unbedeutende andere Werke, wie Joh. Heumann, *Conspectus juris civilis communis Germanorum nativi et adsciti in tabulis exhibitis*, Altdorf 1760, u. Joh. Paul Ferd. Schröter, *Fundamenta juris privati Germ. hodierni*, Lips. 1777. Das Buch von E. C. Westphal, *Das deutsche und reichsständische Privatrecht*, 2 Thle., Leipzig 1783, ist nur eine Sammlung von Abhandlungen.

³⁰ Der ersten Auflage, Göttingen 1791, folgten drei weitere vom Verfasser selbst und dann noch vier von seinem Sohn Chr. L. Runde besorgte Auflagen; 8. Aufl. 1829.

des heutigen deutschen Privatrechts“ eingehend kommentirt³¹. Neben ihm erschienen längere Zeit hindurch nur unbedeutendere Lehrbücher³².

Auf eine neue Stufe dagegen erhob Karl Friedrich Eichhorn (1781—1854), nachdem er durch sein schöpferisches Werk über die deutsche Rechtsgeschichte den Grund gelegt hatte, auch die Wissenschaft des geltenden deutschen Rechts. In seiner „Einleitung in das deutsche Privatrecht“ verwerthete er nicht nur im Einzelnen die Ergebnisse der vertieften geschichtlichen Forschung, sondern suchte auch das deutsche Recht als ein in sich zusammenhängendes Ganze zu erfassen und dem römischen Recht gegenüber in eine feste begriffliche Stellung zu bringen³³.

Gleichzeitig machte sich K. J. A. Mittermaier (1787—1867) durch Verarbeitung eines gewaltigen Materials, dem er namentlich auch ausländische Quellen und Schriften einverleibte, um das deutsche Privatrecht verdient³⁴.

Unter den nachfolgenden Lehrbüchern des deutschen Privatrechts schlugen die von G. Phillips (1804—1872)³⁵ und Romeo Maurenbrecher (1803—1843)³⁶ vielfach neue Bahnen ein. Unvollendet

³¹ In 10 Bdn., Stuttgart 1796—1823, Bd. 1—6 in 2. Ausg. 1800—1802; Bd. 8 nach dem Tode des Verfassers von Schott, Bd. 9—10 von Griesinger bearbeitet.

³² Th. Schmalz, Handbuch des teutschen Land- und Lehnrechts, Königsberg 1796; G. Hufeland, Einleitung in die Wissenschaft des deutschen Privatrechts, Jena 1796; Fr. X. Krüll, Deutsches Privatrecht, Landsbut 1805; A. G. Goede, Jus Germanicum privatum, Gott. 1806; C. E. Weifse, Einleitung in das gemeine teutsche Privatrecht, Leipzig 1817, 2. Aufl. 1832.

³³ Die 1. Aufl. erschien Göttingen 1823, die 5. Aufl. 1845. Heute ist das Werk freilich in ganz anderem Sinne wie Eichborns Rechtsgeschichte veraltet.

³⁴ Mittermaier veröffentlichte schon 1815 zu Landshut einen Grundriß u. 1821 ein Lehrbuch des deutschen Privatrechts. Das umfassende Werk aber sind erst die „Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechts mit Einschluß des Handels-, Wechsel- und Seerechts“, Heidelberg 1824, 7. Aufl. in 2 Bdn. Regensburg 1847. Die Mängel des Buches liegen in Unübersichtlichkeit, geringer Festigkeit der Begriffe und mancherlei Ungenauigkeiten.

³⁵ Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechts, 2. Bde., Berlin 1829, 3. Aufl. 1846. Elegant und gefällig, aber durch den Versuch einer Begründung des Systems auf die mittelalterlichen Begriffe und die auch sonst hervortretende Abwendung vom praktischen Recht verfehlt.

³⁶ Lehrbuch des heutigen gemeinen deutschen Privatrechts, 2 Bde., Bonn 1832—1834, 2. Aufl. 1840 u. 1855. Reich an originellen, aber auch seltsamen Ideen.

blieben die Werke von C. W. Wolff (1813—1888)³⁷ und Achilles Renaud (1819—1884)³⁸.

Seit dem Jahre 1847 gab Georg Beseler (1809—1888) sein „System des gemeinen deutschen Privatrechts“ heraus, das sich in der durch erneute Auflagen empfangenen Gestalt bis heute auf der Höhe erhalten hat³⁹. Hier tritt zum ersten Male das deutsche Privatrecht dem Pandektenrecht als ein ebenbürtiges Gedankensystem geschlossen gegenüber. Mit der geschichtlichen Forschung verbindet sich die Versenkung in das volksthümliche Rechtsbewußtsein der Gegenwart, mit der sorgfältigen Verarbeitung der älteren Quellen die Ausschöpfung des deutschrechtlichen Gehaltes der neueren Gesetzgebung. Durch die Zurückeroberung mancher bis dahin rein romanistisch behandelte Gebiete ist das Reich des deutschen Rechtes äußerlich erweitert. Vor Allem aber ist es in seinem Innern durch die Wiederentdeckung und Neubelebung unverlorner vaterländischer Rechtsgedanken von so manchem Rückstande der Fremdherrschaft befreit. Nicht überall ist freilich für die neuen Gedanken alsbald eine vollkommen scharfe begriffliche Fassung gefunden. Auch haftet dem Werke unleugbar eine gewisse Schwerfälligkeit der Darstellung an.

Eines noch größeren äußeren Erfolges erfreute sich das „System des deutschen Privatrechts“ von C. F. Gerber (1823—1891)⁴⁰. Die vielgerühmte Kürze erkauft dieses Buch mit Dürftigkeit und Unvollständigkeit des Inhalts, die strenge Systematik mit Zerreißung und Vergewaltigung des in die Pandektenschablone eingezwängten Stoffes, die Klarheit der Begriffe und die Schärfe der juristischen Konstruktion mit romanisirender Verstümmelung der deutschen Rechtsgedanken. In diesem deutschen Recht ist die deutsche Seele getödtet. Doch hat das Buch durch die Hinstellung von Zielen, deren Erreichung auf anderen Wegen erstrebt werden muß, anregend und fördernd gewirkt⁴¹.

Weitere Darstellungen des deutschen Privatrechts von J. Hillebrand (1819—1868)⁴², J. C. Bluntschli (1808—1887)⁴³ und

³⁷ Lehrbuch des gemeinen deutschen Privatrechts, Bd. I, Göttingen 1843.

³⁸ Lehrbuch des gemeinen deutschen Privatrechts, Bd. I, Pforzheim 1848.

³⁹ Bd. I Leipzig 1847, Bd. II Leipzig 1853, Bd. III Berlin 1855, 2. Aufl. (in Einem Bande) Berlin 1866, 3. Berlin 1873, 4. Berlin 1885.

⁴⁰ Zuerst Jena 1848 u. 1849; später in Einem Bande; 16. Aufl. 1891.

⁴¹ In den späteren Auflagen tritt zu den ursprünglichen Mängeln hinzu, daß weder die neuere Gesetzgebung noch die neuere Litteratur irgend ausreichend beachtet ist.

⁴² Lehrbuch des gemeinen deutschen Privatrechts, Zürich 1849, 2. Aufl. 1864 u. 1865. Ungleichmäßig und wenig selbständig.

⁴³ Deutsches Privatrecht, 2 Bde., München 1853 u. 1854, 2. Aufl. 1860, 3. Aufl.

F. Walter (1794—1879)⁴⁴ haben sich minder lebensfähig gezeigt. Dagegen hat sich das mehrfach umgearbeitete und in seiner neuesten Gestalt durch mancherlei Vorzüge ausgezeichnete Lehrbuch von H. G. Gengler in fortdauerndem Gebrauch behauptet⁴⁵.

Durch die Beherrschung und Verarbeitung des gesammten Quellen- und Schriftenmaterials steht das fünfbandige Handbuch des deutschen Privatrechts von Otto Stobbe (1831—1887) einzig da⁴⁶. Durchweg gediegen und zuverlässig, verbindet dieses reichhaltige Werk mit einer eingehenden Darlegung des heutigen Rechtszustandes eine vollständige Geschichte der deutschen Privatrechtsinstitute. In der juristischen Auffassung ist es nicht besonders selbständig. Dem deutschen Rechtsgedanken wird es nicht überall gerecht.

Auf eine Darstellung des gesammten in Deutschland noch geltenden Rechts unter vollständiger Ausschöpfung aller einzelnen Partikularrechte zielt das System des deutschen Privatrechts von Paul von Roth (1820—1892)⁴⁷.

Das neueste „Lehrbuch des deutschen Privatrechts“ giebt Alex. Franken „in einem Bande“ heraus⁴⁸.

Neben diesen Lehr- und Handbüchern sind die „Einleitung in das deutsche Privatrecht“ von H. Thöl⁴⁹, die Uebersicht über „das

(besorgt von F. Dahn unter Hinzufügung des Handelsrechts) 1864. Reich an germanistischen Gesichtspunkten, aber vielfach in der juristischen Konstruktion unscharf.

⁴⁴ System des gemeinen deutschen Privatrechts. Bonn 1855.

⁴⁵ Das deutsche Privatrecht in seinen Grundzügen, 1. Aufl. (nicht im Buchhandel) 1854, 2. Aufl. 1859, 3. Aufl. 1876, 4. Aufl. Erlangen u. Leipzig 1892. — Genglers „Lehrbuch des deutschen Privatrechts“, Erlangen 1854 u. 1862, ist kein Lehrbuch, sondern ein Grundriß mit eingestreuten sehr werthvollen Quellensammlungen und Monographien.

⁴⁶ Berlin 1871—1885, Bd. 1 u. 2 in 2. Aufl. 1882 u. 1883, Bd. 1 in 3. Aufl. (besorgt von K. Schulz) 1893.

⁴⁷ Bisher 3 Bde., Tübingen 1880, 1881 u. 1886. Das Buch ist durch die Fülle seiner (freilich nicht durchweg fehlerfreien) Nachweisungen sehr werthvoll. Doch ist seine Methode mehr statistisch als juristisch. Wirklich lebendiges Recht ist aus ihm nicht zu schöpfen.

⁴⁸ Leipzig 1889 ff. (in Lieferungen). Das Buch enthält viel Originales und Feinsinniges, entspricht aber in Form und Inhalt wenig den an ein „Lehrbuch“ zu stellenden Anforderungen. Es bietet mehr eine Kette von Einzelabhandlungen, als ein wirkliches System des deutschen Rechts. Der geschichtliche Faden wird fast ganz durchschnitten. Auch für das moderne Recht aber wird das Gebiet des deutschen Privatrechts auf das Ungebührlichste verkürzt.

⁴⁹ Göttingen 1851 (Historischer Theil u. Lehre von den Rechtsquellen).

deutsche Privatrecht“ von J. Behrend⁵⁰ und das „Deutsche Rechtsbuch“ von F. Dahn⁵¹ zu erwähnen.

Ferner sind zahlreiche Grundrisse zum deutschen Privatrecht erschienen⁵². Unter ihnen bildet der von W. Th. Kraut (1800—1873) verfaßte „Grundriss zu Vorlesungen über das deutsche Privatrecht mit Einschluß des Lehn- und Handelsrechts“ besonders in der von F. Frensdorff besorgten Neubearbeitung eines der werthvollsten Mittel für die Belebung und Vertiefung des germanistischen Rechtsstudiums⁵³.

Eine jetzt freilich längst veraltete Behandlung der Streitfragen des deutschen Privatrechts hat K. A. Gründler (1769—1843) geliefert⁵⁴.

Zum Theil gehören hierher auch die Werke, die deutsches und römisches Recht mit einander vergleichen⁵⁵ oder gleichzeitig darstellen⁵⁶.

Von hervorragender Bedeutung endlich ist auch für das geltende Recht das unter dem Titel „Institutionen des deutschen Privatrechts“ erschienene Werk von A. Heusler, in dem ein System des reinen

⁵⁰ In Holtzendorffs Encyclopädie Bd. I, 5. Aufl. S. 565—609.

⁵¹ Nördlingen 1877 (Darstellung für Laien und Anfänger).

⁵² Dieck, Geschichte, Alterthümer u. Institutionen des deutschen Privatrechts im Grundriss mit beigefügten Quellen, Halle 1826; Ortloff, Grundzüge eines Systems des Deutschen Privatrechts mit Einschluß des Lehnrechts, Jena 1828; Gareis, Grundriss zu Vorlesungen über das deutsche bürgerliche Recht mit Einschluß des Handels-, Wechsel- u. Seerechts nebst beigefügten Quellennachweisungen, Gießen 1877; Franklin, Geschichte u. System des deutschen Privatrechts, ein Grundriss zu Vorlesungen, Tübingen 1878, 2. Aufl. 1882; Dahn, Deutsches Privatrecht, Grundriss I. Abth. (Privatrecht u. Lehnrecht), Leipzig 1878.

⁵³ Zuerst Göttingen 1829, 5. Aufl. Berlin 1875, 6. Aufl. neu bearbeitet v. F. Frensdorff, Berlin u. Leipzig 1886. Neben Quellen- und Litteraturangaben eine sehr reiche Sammlung von Quellenstellen sowohl zur Geschichte wie zum heutigen Bestande des deutschen Rechts.

⁵⁴ Polemik des germanischen Land- und Lehnrechts, 4 Bde., Merseburg 1832—1838.

⁵⁵ C. A. Schmidt, Der prinzipielle Unterschied zwischen dem röm. u. german. Recht, Bd. I, Rostock u. Schwerin 1853; Fr. v. Hahn, Die materielle Uebereinstimmung der römischen u. germanistischen Rechtsprinzipien, Jena 1856.

⁵⁶ A. Chr. J. Schmid, Handbuch des gegenwärtig geltenden gemeinen deutschen bürgerlichen Rechts, 2 Bde., Leipzig 1847; Fr. Bluhme, System des in Deutschland geltenden Privatrechts mit Einschluß des Civilprozesses, Bonn 1851, 2. Aufl. 1855 (Abth. II seiner Encyclopädie der in Deutschland geltenden Rechte). — Wissenschaftlich werthlos ist G. Prager, Lehrbuch des gesammten Privatrechts u. s. w., 3 Bde., Berlin u. Leipzig 1888—1890.

deutschen Rechts, wie es vor der Aufnahme der fremden Rechte gelebt hat, dargeboten wird⁵⁷.

V. **Sammelwerke zum deutschen Privatrecht.** Wie auf allen Gebieten der Wissenschaft, so vollzieht auch in der germanistischen Rechtswissenschaft der Fortschritt sich mehr noch, als durch die zusammenfassenden Darstellungen, durch Einzelschriften⁵⁸. Sie sind an geeigneten Orte anzuführen. Schon hier indels ist auf Sammelwerke hinzuweisen, in denen Arbeiten über deutsches Privatrecht zu finden sind.

1. **Zeitschriften.** Ausschließlich dem deutschen Recht waren zwei längst eingegangene Zeitschriften gewidmet: die *Ernien zum deutschen Recht*⁵⁹ und vor Allem die *Zeitschrift für deutsches Recht und deutsche Rechtswissenschaft (Z. f. d. R.)*⁶⁰. Zahlreicher sind die theils gleichfalls erloschenen, theils noch blühenden Zeitschriften, die gleichzeitig das römische und das deutsche in Deutschland geltende Privatrecht pflegen⁶¹. Dazu kommen die kritischen Zeit-

⁵⁷ 2 Bde., Leipzig 1885 u. 1886. Tief im Gedanken, geistvoll in der Auffassung, bestrickend in der Form. Jedoch in dem Streben nach Vereinfachung und künstlerischer Abrundung nicht ohne einige Willkür in der Auswahl des Quellenstoffs und in der Prägung der Rechtsbegriffe.

⁵⁸ Dies erhellt schon daraus, daß manche um das deutsche Recht hoch verdiente Männer bisher nicht genannt sind. Es genügt, zum Belege hierfür den Namen W. E. Albrecht (1800—1876) aufzurufen.

⁵⁹ Herausg. v. Dalwigk u. Falk, 3 Hfte., Heidelberg 1825—1828.

⁶⁰ Herausg. v. Reyscher u. Wilda, seit dem 9. Bde. auch v. Beseler u. seit dem 17. von Stobbe, 20 Bde., Leipzig u. Tübingen 1839—1861.

⁶¹ Die wichtigsten sind: *Archiv für civilistische Praxis (Arch. f. c. Pr.)*, begründet von Gonsler, Mittermaier u. Schweitzer, jetzt herausg. v. Degenkolb, Franklin, Hartmann, Mandry u. Kohlhaas, Freiburg i. B., seit 1818. — *Rheinisches Museum*, Bonn 1827—1835. — *Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß (Z. f. C.R. u. Pr.)*, Gießen 1827—1865. — *Archiv für praktische Rechtswissenschaft (Arch. f. prakt. Rechtsw.)*, begründet v. Elvers, Schäffer, Seitz u. Hoffmann, Marburg u. Leipzig, später Darmstadt u. Leipzig, seit 1853. — *Jahrbücher der deutschen Rechtswissenschaft u. Gesetzgebung* von Schletter, Erlangen 1855—1873. — *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen u. deutschen Privatrechts (Jahrb. f. D.)*, v. Gerber u. Jhering begründet, seit Bd. VII v. Jhering allein, später auch v. Unger, Regelsberger u. Ehrenberg, seit Jherings Tode von den beiden Letztgenannten (in Verbindung mit Unger, Gierke u. Strohal) herausg., Jena seit 1857. — *Jahrbuch des gemeinen deutschen Rechts (Jahrb. d. g. d. R.)*, von Bekker u. Muther u. seit Bd. V v. Stobbe, Leipzig 1857—1863. — *Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart (Z. f. d. P. u. ö. R. d. G.)* v. Grünhut, Wien seit 1874. — *Magazin für das deutsche Recht der Gegenwart*, herausg. v. Bödiker, Hannover 1881—1888. — *Archiv für bürgerliches Recht (Arch. f. b. R.)*, herausg. v. J. Kohler u. V. Ring, Berlin seit 1889.

schriften⁶², sowie die Zeitschriften für Rechtsgeschichte⁶³. Auch darf hier die Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht (Z. f. H.R.) nicht übergangen werden⁶⁴.

2. **Rechtswörterbücher.** Werthvolle germanistische Artikel sind in den Rechtslexiken von J. Weiske⁶⁵ und Fr. von Holtzendorff⁶⁶, zum Theil auch in den Staatswörterbüchern⁶⁷ enthalten.

3. **Sammlungen von Abhandlungen.** Unter den auf Sammlung von theoretischen und praktischen Arbeiten einzelner Verfasser gerichteten Werken begegnen schon im 17. und 18. Jahrhundert solche mit ausschließlich oder überwiegend deutschrechtlichem Inhalt⁶⁸.

⁶² Kritische Jahrbücher für deutsche Rechtswissenschaft (Krit. Jahrb.), v. Richter u. Schneider, Leipzig 1837—1848. — Kritische Zeitschrift für die gesammte Rechtswissenschaft, herausg. v. Brinckmann, Dernburg u. s. w., Heidelberg 1853—1859. — Kritische Ueberschau der deutschen Rechtswissenschaft u. Gesetzgebung (Krit. Ueberschau), v. Arnolds, Bluntschli u. Pözl, München 1853—1859. — Kritische Vierteljahrsschrift (Kr.V.Schr.), herausg. v. Pözl, später auch v. Bekker, Windscheid, Brinz, jetzt v. Bechmann u. Seydel, München seit 1859. — Centralblatt für Rechtswissenschaft, herausg. v. Kirchheim, Stuttgart seit 1882.

⁶³ Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft (Z. f. geschichtl. Rechtsw.), begründet v. Savigny, Eichhorn u. Göschen, 15 Bde., Berlin 1815—1850. — Zeitschrift für Rechtsgeschichte (Z. f. R.G.), begründet v. Rudorff, Bruns, Roth, Merkel u. Böhlau, Weimar seit 1861; von Bd. XIV (1880) an als Zeitschrift der Savignystiftung für Rechtsgeschichte, jetzt herausg. v. Bekker, Pernice, Schröder u. Brunner, in getrennter romanistischer u. germanistischer Abtheilung (wo nur der Band citirt wird, ist die letztere gemeint). — Untersuchungen zur deutschen Staats- und Rechtsgeschichte (Unters. z. D.St. u. R.G.), herausg. v. O. Gierke, in einzelnen Heften, Breslau seit 1878.

⁶⁴ Herausg. v. Goldschmidt, jetzt auch v. Hahn, Keyfsner, Laband u. Pappenheim, Erlangen, später Stuttgart, seit 1858.

⁶⁵ In 16 Bdn., Leipzig 1839—1861.

⁶⁶ Zweiter Theil der „Encyclopädie der Rechtswissenschaft“, zuerst Leipzig 1870—1871, 3. Aufl. in 3 Bdn. 1880—1881.

⁶⁷ So in dem Handwörterbuch der Staatswissenschaften, herausg. v. J. Conrad, L. Elster, W. Lexis u. E. Loening, 6 Bde., Jena 1890—1894. Auch in dem Wörterbuch des deutschen Verwaltungsrechts, herausg. v. K. von Stengel, 2 Bde., Freiburg 1890, Ergänzungsbände 1892 und 1893.

⁶⁸ Hervorzuheben sind: J. G. Schottelius, *De singularibus quibusdam et antiquis in Germania juribus et observatis*, Frankfurt u. Leipzig 1671. Chr. Thomasius, *Dissertationes*, 4 Vol., Hal. 1774—1780. J. G. Estor, *Auserlesene kleine Schriften*, 3 Bde., Gießen 1734—1739. D. G. Strube, *Nebenstunden*, 6 Thle., Hannover 1749—1765 (zuerst 1742 ff.). J. H. Ch. de Selchow, *Electa juris Germanorum privati*, Lips. 1747; *Magazin für die deutschen Rechte*, 2 Bde., Göttingen u. Lemgo 1779—1783. J. Fr. Runde, *Beiträge zur Erläuterung rechtlicher Gegenstände*, Göttingen 1799 u. 1802. Dazu die oben Anm. 6 u. 11 angeführten Werke und die zahlreichen weiteren Nachweisungen bei Kraut, *Grundr.* S. 87.

Von neueren Werken dieser Art sind manche wegen ihrer Anlehnung an die Rechtsprechung hervorragender Gerichtshöfe für die Erkenntniß der Entwicklung des deutschen Rechts in der Praxis werthvoll⁶⁹, andere für den Bildungsgang der germanistischen Theorie wichtig⁷⁰.

4. Sammlungen von Gerichtsentscheidungen. Neben den zahlreichen Sammlungen von Entscheidungen einzelner oberer Landesgerichte⁷¹ ist das die ganze gemeinrechtliche Praxis umspannende,

⁶⁹ So F. v. Bülow u. Th. Hagemann, Praktische Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrsamkeit, 10 Bde., Hannover 1798—1837; Bd. 1—8 in 2. Aufl. 1806 ff. — B. W. Pfeiffer, Praktische Ausführungen aus allen Theilen der Rechtswissenschaft mit Erk. des O.A.G. zu Kassel, 8 Bde., Hannover 1825—1846. — A. Heise u. F. Cropp, Juristische Abhandlungen mit Entscheidungen des O.A.G. der freien Städte, 2 Bde., Hamburg 1827 u. 1830. — v. Langenn u. Kori, Erörterungen praktischer Rechtsfragen aus dem gem. u. sächs. Civilrechte u. Civilprozesse, 3 Bde., Dresden u. Leipzig 1829—1832, 2. Aufl. 1836 u. 1837. — Ortloff, Heimbach, Schüler u. Guyet, Juristische Abhandlungen und Rechtsfälle mit bes. Rücksicht auf die Länder des sächs. Rechts u. die Entsch. des Gesamt-oberappellationsgerichts zu Jena, 2 Thele., Jena 1847 u. 1857. — P. L. Kritz, Sammlung von Rechtsfällen u. Entscheidungen derselben mit wissenschaftlichen Exkursen versehen, 5 Bde., Leipzig 1833 u. 1845.

⁷⁰ So J. Weiske, Abhandlungen aus dem Gebiet des deutschen Rechts theoretischen u. praktischen Inhalts, Leipzig 1830. C. G. v. Wächter, Erörterungen aus dem röm., deut. u. württ. Privatrecht, 3 Hefte, Stuttgart 1845 u. 1846. Gaupp, Germanistische Abhandlungen, Mannheim 1853. Sandhaas, Germanistische Abhandlungen, Gießen 1852. Stobbe, Beiträge zur Geschichte des deutschen Rechts, Braunschweig 1865. v. Gerber, Gesammelte juristische Abhandlungen, 2. Ausg. Jena 1878.

⁷¹ Verzeichnisse bei Beseler, D.P.R. S. 138—139 u. Kraut, Grundr. S. 89—90. Hervorzuheben sind die verschiedenen Sammlungen der Erk. des O.A.G. der freien Städte zu Lübeck (die letzte v. Kierulff, 7 Bde., Hamburg 1865—1874), des O.A.G. zu Kassel (Pfeiffer, Hannov. 1818—1821, Strippelmann, 8 Thele., 1842—1854), des O.A.G. zu Wiesbaden (v. d. Nahmer, Frankfurt 1824—1825, Flach, Gießen 1842—1853) u. des O.A.G. zu Rostock (Buchka u. Budde, Wismar 1855—1879). Ferner f. Bayern die Sammlung auserlesener Rechtsfälle u. s. w. von du Prel, Landshut 1836—1840, die Blätter für Rechtsanwendung, begründet von J. A. Seuffert u. Glück, München seit 1836, und die Entscheidungen des obersten Gerichtsh. f. Bayern, München seit 1872. Sodann die Annalen des K. Sächs. O.A.G. zu Dresden, 24 Bde., 1860—1879, jetzt des O.L.G. zu Dresden, 1880 ff. Weiter die Annalen der großsh. Badischen Gerichte, 1833 ff. Nicht minder für Preußen: Simon u. Strampff, Rechtssprüche der preufs. Gerichtshöfe, 4 Bde. 1828—1835; Entscheidungen des kgl. Obertribunals, 83 Bde., 1837—1879; Archiv f. Rechtsfälle, herausg. v. Striethorst, 100 Bde., 1851—1880; Civilrechtl. Entsch. der obersten Gerichtshöfe Preussens f. d. gemeinrechtlichen Bezirke, zusammengestellt v. Fenner u. Mecke, 10 Bde., Berlin 1866—1879. Endlich für Oesterreich: Sammlung von civilrechtlichen Entscheidungen des k. k. obersten Gerichtshofs, begründet v. Glaser u. Unger, jetzt herausg. v. Walther, Pfaff u. von Schey, Wien seit 1859.

von J. A. Seuffert begründete Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichtshöfe in den deutschen Staaten (Seuff.) von überragender Bedeutung⁷². Für manche Gebiete des deutschen Privatrechts kommen auch die Entscheidungen des ehemaligen Reichsoberhandelsgerichts (R.O.H.G.) in Betracht⁷³. In erster Linie aber fordert natürlich seit 1880 die Sammlung der Entscheidungen des Reichsgerichts (R.Ger.) allseitige Beachtung⁷⁴.

5. Die Verhandlungen des deutschen Juristentages enthalten besonders in den darin veröffentlichten Gutachten manche schätzbare deutschrechtliche Arbeit⁷⁵.

VI. Litteratur der Partikularrechte⁷⁶. Die Bearbeitung der deutschen Partikularrechte blieb lange ziemlich äusserlich und handwerksmässig. Erst neuerdings erfüllte auch sie sich mehr und mehr mit dem am gemeinen Recht geschulten wissenschaftlichen Geist.

1. Preussen.

a. Das preussische Landrecht erreichte zunächst in seinem Gebiet nur allzu gut das ihm vorschwebende Ziel der Ersetzung der Rechtswissenschaft durch Gesetzeskunde. Einen höheren Schwung nahm die landrechtliche Schriftstellerei erst seit der Wiederherstellung des Zusammenhanges mit der gemeinrechtlichen Theorie. Die ersten Schritte in dieser Richtung that F. W. L. Bornemann⁷⁷, Bahnbrechend wirkte Ch. Fr. Koch⁷⁸. Entschiedener noch gieng

⁷² München 1847 ff., jetzt herausg. v. Schütt. Bringt seit Errichtung des R.Ger. auch endgültige Entscheidungen von Oberlandesgerichten.

⁷³ Herausg. von den Räten des Gerichtshofs, 25 Bde., Erlangen, später Leipzig, 1870—1880.

⁷⁴ Entscheidungen des Reichsgerichts, herausg. von den Mitgliedern des Gerichtshofs, Leipzig 1880 ff.; die Entsch. „in Civilsachen“ und „in Strafsachen“ erscheinen in gesonderten Bandreihen, von denen hier überall da, wo ein Band ohne nähere Angabe citirt wird, die erstere gemeint ist. Eine fortlaufende Uebersicht aller Entsch. bietet A. Bolze, Die Praxis des Reichsgerichts in Civilsachen, Leipzig seit 1886. — Dazu O. Bähr, Urtheile des Reichsgerichts mit Besprechungen, München u. Leipzig 1883; L. Rocholl, Rechtsfälle aus der Praxis des Reichsgerichts, 2 Bde., Breslau 1883 ff.

⁷⁵ Herausg. von dem Schriftführeramte der ständigen Deputation, Berlin seit 1860; die Verhandlungen tragen die Zahl des Juristentages, auf den sie Bezug haben, und bei jedem Juristentag besondere Bandzahlen.

⁷⁶ Kurze Uebersichten über die einzelnen Partikularrechte in Holtzendorffs Encykl. 3. Aufl. (1877) S. 1041—1195 (seit der 4. Aufl. leider weggelassen). Vollständigste Litteraturübersicht bei Roth, D.P.R. I § 53 u. 55—57.

⁷⁷ Systematische Darstellung des preussischen Civilrechts, 6 Bde., Berlin 1834—1839, 2. Aufl. 1842—1845.

⁷⁸ Lehrbuch des preussischen Privatrechts, 2 Bde., 3. Aufl. Berlin 1857—1858 (zuerst 1845). Einflußreicher noch wurde Kochs grosser Kommentar zum Land-

Fr. Förster vor, der freilich vielfach die gemeinrechtliche Begriffsschablone nicht ohne Vergewaltigung des eigenthümlichen Geistes des Gesetzbuches durchführte⁷⁹. Die reifsten Früchte trug die Rückkehr zum gemeindeutschen Mutterboden bei H. Dernburg, der mit der gemeinrechtlichen Grundlegung die volle Würdigung des selbständigen Gedankengehaltes des Landrechts in geschichtlich-dogmatischer Erfassung zu verbinden wußte⁸⁰. Ein kürzeres Lehrbuch hat O. Fischer verfaßt⁸¹. Mehrere Zeitschriften sind der Pflege des preussischen Rechts gewidmet⁸². Auch die im Gebiet des Landrechts geltenden Provinzialrechte haben mannichfache Bearbeitung gefunden⁸³.

b. Was die gemeinrechtlichen Theile des preussischen Staatsgebietes betrifft, so sind hier die Arbeiten über hannoversches Recht von Grefe⁸⁴, über kurhessisches von Roth und Meibom⁸⁵, über nassauisches von Bertram⁸⁶, über Frankfurter

recht, Berlin 1852—1856, nach dem Tode des Verf. in 8. Aufl. v. Achilles, Hinschius, Johow u. Vierhaus bearbeitet, 1883—1886.

⁷⁹ Theorie und Praxis des preussischen Privatrechts, Berlin 1864—1873; 3. Aufl. (4 Bde.) 1873 u. 1874; nach seinem Tode in wesentlich umgestalteter 4. Aufl., v. Eccius 1880 ff.; 6. Aufl. 1892—1893.

⁸⁰ Lehrbuch des Preussischen Privatrechts und der Privatrechtsnormen des Reichs, 3 Bde., Halle 1871 ff.; Bd. I in 5. Aufl. 1894, Bd. II in 4. Aufl. 1888, Bd. III in 3. Aufl. 1884. Das Werk enthält, wie schon der Titel besagt, zugleich gemeines Recht.

⁸¹ Lehrbuch des preuss. Privatrechts, Berlin u. Leipzig 1887.

⁸² Verzeichniss bei Dernburg a. a. O. I § 14 Anm. 1 Z. 4. Hervorzuheben: Gruchot, Beiträge zur Erläuterung des preussischen Rechts, Berlin 1857 ff., jetzt unter dem Titel „Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts in besonderer Beziehung auf das Preussische Recht“, herausg. v. Rassow u. Küntzel (cit. Gruchot); F. u. P. Hinschius, Zeitschrift für Gesetzgebung u. Rechtspflege in Preussen (seit Bd. 3 herausg. v. Behrend, seit Bd. 7 auch v. Dahn), von Bd. 6 an unter dem Titel „Zeitschr. f. d. deutsche Gesetzgebung u. für einheitliches Recht“, 8 Bde., Berlin 1867—1875.

⁸³ Angaben bei Roth, D.P.R. I 305—309. Hervorzuheben sind die Arbeiten von Seibertz, Schlüter u. Wigand f. Westfalen, Zettwach f. Pommern, Crome u. Scholtz f. Brandenburg, Wenzel f. Schlesien.

⁸⁴ Hannoversches Recht, 3. Aufl. in 2 Bdn., Hannover 1860 u. 1861. Dazu Magazin für hannoversches Recht, 9 Bde., Hannover 1851—1859, neues Magazin, 8 Bde., 1860—1867, fortges. als Zeitschr. f. hannov. Recht, 10 Bde., 1869—1879, und weiter in der oben Anm. 61 angef. Zeitschr. v. Bödiker.

⁸⁵ P. Roth u. V. v. Meibom, Kurhessisches Privatrecht, Bd. I, Marburg 1858; nur dieser Band (Einleitung, Personen- u. Familienrecht) ist erschienen. Eine Ergänzung bietet V. Platner, Sachenrecht mit besonderer Rücksicht auf das frühere Kurf. Hessen, Marburg 1875.

⁸⁶ Das Nassauische Privatrecht, Wiesbaden 1873, 2. Aufl. 1878.

von Bender⁸⁷ und über schleswig-holsteinsches von Falck⁸⁸ und von Paulsen⁸⁹ hervorzuheben⁹⁰.

2. Bayern. Eine Darstellung des gesammten in Bayern geltenden Rechts hat Roth geliefert⁹¹. Dazu kommt die reiche Litteratur der bayrischen Provinzial- und Statutarrechte⁹².

3. Württemberg. Unvollendet ist K. G. von Wächters großes Werk geblieben, das deshalb Epoche machte, weil es zum ersten Male unternahm, das gemeine Recht und ein deutsches Partikularrecht in ihrer Verbindung zu der lebendigen Einheit eines modernen Landesrechtes erschöpfend darzustellen⁹³. Im Uebrigen ist unter den älteren Systemen des württembergischen Privatrechts die sorgfältige Arbeit von Reyscher hervorzuheben⁹⁴. Auch in neuerer Zeit erfreut sich das württembergische Recht eifriger Pflege⁹⁵.

4. Königreich Sachsen. Darstellungen des älteren sächsischen

⁸⁷ Lehrbuch des Privatr. der freien Stadt Frankfurt, 2 Thle., Frankfurt 1835 u. 1837; Handbuch des Frankf. Privatr., Frankfurt 1848. — Kommentare zur Frankf. Ref. haben Orth (1731 u. Fortsetz. 1742—1757) und Souchay (Anmerkungen zu der Ref. d. fr. St. Fr., 2 Bde., Frankfurt 1848—1849) verfaßt.

⁸⁸ Handb. des Schleswig-Holsteinschen Privatrechts, Bd. I—V, 1 (unvollendet), Altona 1825—1848.

⁸⁹ Lehrbuch des Privatrechts der Herzogth. Schleswig u. Holstein, Altona 1834, 2. Aufl. 1842.

⁹⁰ Amtlich bearbeitet ist „das Provinzialrecht des Herzogth. Neuvorpommern u. des Fürstenth. Rügen“, 6 Bde., Greifswald 1836 u. 1837.

⁹¹ Bayrisches Civilrecht, 3 Bde., Tübingen 1871—1875, Bd. I in 2. Aufl. 1881.

⁹² Zusammenstellungen bei G. M. von Weber, Darstellungen der sämtlichen Provinzial- u. Statutarrechte des K. Bayern mit Ausschluß des gemeinen preufs. u. bayr. Rechts, 5 Bde., Augsburg 1838—1844, u. F. E. Arnold, Beiträge zum teutschen Privatrecht, 2 Thle., Ansbach 1840—1842. Hervorzuheben W. Schelhaafs, Darstellung des heutigen Würzburger Landrechts, Würzburg 1856.

⁹³ Handbuch des im Königreich Württemberg geltenden Privatrechts (cit. Württ. P.R.), 2 Bde., Stuttgart 1839 u. 1842—1851. Es enthält nur die Einleitung und den allgemeinen Theil.

⁹⁴ Das gemeine und württembergische Privatrecht, 3 Bde., Tübingen 1846—1848 (Bd. I u. II in 1. Aufl. 1837 ff.). — Vorher Weishaar, Handb. des württ. Privatr., 3 Bde., Stuttgart 1804—1808, 3. Ausg. 1831—1833.

⁹⁵ Bierer, Handbuch des gesammten in Württemberg geltenden Privatrechts, 3 Bde., 1862 u. 1863. Lang, Handbuch des im K. Württemberg geltenden Personen-, Familien- u. Vormundschaftsrechts, 1871, 2. Aufl. 1881; Handb. des im K. Württemberg geltenden Sachenrechts, 2 Bde. 1876 u. 1880; 2. Aufl. 1893. Stein u. Kübel, Handb. des Württ. Erbrechts, 5. Aufl. 1881. — Württ. Archiv f. Recht u. Rechtsverwaltung, herausg. v. Kübel u. Sarwey, seit 1858. Jahrbücher der Württ. Rechtspflege, Stuttgart seit 1888.

Privatrechts haben namentlich C. F. Curtius⁹⁶ und Haubold⁹⁷ verfaßt. Das Recht des bürgerlichen Gesetzbuches ist zuletzt von P. Grützmänn bearbeitet worden⁹⁸.

5. Sächsisch-thüringische Staaten. Das Recht dieser Staaten, für die zuvörderst die Litteratur des gemeinen Sachsenrechts besonders wichtig ist⁹⁹, hat in zusammenfassender Darstellung J. Heimbach behandelt¹⁰⁰. Daneben giebt es Handbücher des besonderen Privatrechts der einzelnen Staaten¹⁰¹.

6. Großherzogthum Hessen. Hier fehlt es an einer vollständigen Darstellung des Partikularrechts¹⁰².

7. Baden. Das angesehenste Werk über badisches Recht ist von Behagel verfaßt¹⁰³.

⁹⁶ Handbuch des in Chursachsen geltenden Civilrechts, Leipzig 1797; neueste (für Bd. I—II 4., für Bd. III—IV 3.) Aufl. (bearbeitet v. Hänsel u. Schwarze) 1846—1858.

⁹⁷ Lehrbuch des k. sächsischen Privatrechts, Leipzig 1820, 3. Ausg. in 2 Bdn. v. Hänsel 1847 u. 1848.

⁹⁸ Lehrbuch des k. sächsischen Privatrechts, 2 Bde., Leipzig 1887 u. 1889. Vorher: Sintenis, Anleitung zum Studium des bürg. Gesetzbuchs f. d. K. Sachsen, Leipzig 1864; Siebenhaar, Commentar zu dem bürg. Gesetzbuch f. d. K. Sachsen, 3 Bde., Leipzig 1864 u. 1865, 2. Aufl. 1869—1872, Lehrbuch des sächsischen Privatrechts, Leipzig 1872; B. G. Schmidt, Vorlesungen über das im K. Sachsen geltende Privatrecht, 2 Bde., Leipzig 1869. — Zeitschrift für Rechtspflege u. Verwaltung, zunächst für das K. Sachsen, Leipzig 1837—1840, N. F. 1841—1879, fortges. als Zeitschr. f. d. Praxis u. Gesetzgebung der Verwaltung, zunächst für das K. Sachsen, herausg. v. Fischer, 1880 ff. Sächsisches Archiv für bürgerliches Recht und Prozeß, herausg. v. Hoffmann u. Wulffert, Leipzig 1891 ff.

⁹⁹ Daher die in Anm. 96 u. 97 angef. Werke v. Curtius u. Haubold. Ferner G. Emminghaus, Pandekten des gemeinen sächsischen Rechts, Jena 1851.

¹⁰⁰ Lehrbuch des partikulären Privatrechts der zu den O.A.G. zu Jena u. Zerbst vereinten Großh. u. Herz. Sächsischen, Fürstl. Reufsichen, Fürstl. Schwarzburgischen u. Herz. Anhaltischen Länder, Jena 1848, Nachtrag 1853. — Blätter für Rechtspflege in Thüringen u. Anhalt, v. Hotzel, Jena seit 1854.

¹⁰¹ Sachse, Handb. des Großherzoglich sächsischen Privatrechts, Weimar 1824; Völcker, Handb. des großh. sachsen-weimarschen Privatrechts, Weimar 1855. Kämpel, Handb. des Herzogl. Sachsen-Meiningschen Privatrechts, Meiningen 1828. Hesse, Handb. des Sachsen-Altenburgischen Privatrechts, Altenburg 1841. Brückner, Handb. des Herzogl. Sachsen-Gothaischen Privatrechts, Gotha 1830. J. E. Heimbach, Handb. des Schwarzburg-Sondershäuserischen Privatrechts in einem Repertorio vorgetragen, Arnstadt 1820. v. Bamberg, Das Schwarzburg-Rudolstädterische Privatrecht in einer systematischen Uebersicht bearbeitet, 1844.

¹⁰² Vgl. indess Rühl, Das gemeine deutsche Privatrecht mit vorzüglicher Hinweisung auf die besonderen Privatrechtsquellen im Großh. Hessen, Darmstadt 1824, 2. Aufl. 1834. A. B. Schmidt, Die geschichtlichen Grundlagen des bürgerlichen Rechts im Großh. Hessen, Gießen 1893.

¹⁰³ Das badische bürgerliche Recht, Freiburg 1869, 3. Aufl. Tauberbischofsheim 1892. Ferner Hachenburg, Das badische Landrecht u. s. w., Mannheim 1887.

8. Mecklenburg. Darstellung von K a m p t z¹⁰⁴. Unvollendet ist leider das zugleich auf eine vollständige Darstellung des gemeinen Rechts gerichtete Mecklenburgische Landrecht von H. H. A. B ö h l a u geblieben¹⁰⁵.

9. Oldenburg. Bearbeitung von H a l e m¹⁰⁶.

10. Braunschweig. Darstellung von S t e i n a c k e r¹⁰⁷.

11. Waldeck. Kurze Darstellung von W e i g e l¹⁰⁸.

12. Lübeck. Abhandlungen von P a u l i und D u h n¹⁰⁹.

13. Bremen. Ausführliche Darstellung von A. H. P o s t¹¹⁰.

14. Hamburg. Unter den Kommentaren des Stadtrechts ragt der von J. G r i e s hervor¹¹¹. Eine systematische Bearbeitung hat H. B a u m e i s t e r verfaßt¹¹².

15. Oesterreich. Die Litteratur des österreichischen Rechts bewegte sich seit der Kodifikation vorzugsweise in der Form von Kommentaren zum bürgerlichen Gesetzbuch. Der erste Kommentar rührt von F r a n z v. Z e i l l e r, dem letzten Hauptredaktor des Gesetzbuches, her¹¹³. War hier der Zusammenhang mit der gemeinrechtlichen Wissenschaft noch gewahrt, so drohte derselbe in den späteren Werken auch in Oesterreich verloren zu gehen¹¹⁴. Den Umschwung

¹⁰⁴ Civilrecht der Herzogthümer Mecklenburg, 2 Bde., Schwerin u. Wismar 1805—1824.

¹⁰⁵ Weimar 1871—1880, Bd. I—III 1 (noch im Allgemeinen Theil). — Mecklenburgische Zeitschrift für Rechtspflege und Rechtswissenschaft, seit 1881.

¹⁰⁶ Jetzt geltendes Oldenburgisches Partikularrecht in systematischem Auszuge, 3 Bde., Oldenburg 1804—1806. — Archiv für die Praxis des gesammten im Großsh. Oldenburg geltenden Rechts, Oldenburg 1844—1869. — Zeitschrift für Verwaltung u. Rechtspflege im Großsh. Oldenburg, seit 1874.

¹⁰⁷ Partikuläres Privatrecht des Herzogthums Braunschweig, Wolfenbüttel 1843. — Zeitschrift für Rechtspflege im Herzogth. Braunschweig, seit 1854.

¹⁰⁸ Einleitung in das Waldeckische Landesrecht, Mengerlinghausen 1846.

¹⁰⁹ C. W. Pauli, Abhandlungen aus dem Lübischen Rechte, 4 Bde., Lübeck 1837—1865. C. A. von Duhn, Deutschrechtliche Arbeiten, Lübeck 1877. — Vgl. C. Plitt, Das eheliche Güterrecht u. das Erbrecht Lübecks, Wismar 1872.

¹¹⁰ Entwurf eines gemeinen deutschen und Hansestadt-Bremischen Privatrechts auf Grundlage der modernen Volkswirtschaft, 3 Bde., Bremen 1866—1871.

¹¹¹ Kommentar zum Hamburgischen Stadtrecht v. 1603, herausg. v. Westphalen, 2 Bde., Hamburg 1837.

¹¹² Das Privatrecht der freien und Hansestadt Hamburg, 2 Bde., Hamburg 1856. Vgl. auch L. Niemeyer, Hamburger Privatrecht, Hamburg 1893.

¹¹³ Commentar über das allg. bürg. Gesetzb. f. d. gesammten deutschen Erbländer der österr. Monarchie, Wien u. Triest 1811—1813.

¹¹⁴ Hervorzuheben: Jos. Winiwarter, Das Oesterreichische bürg. Recht systematisch dargestellt u. erläutert, 5 Bde., Wien 1831—1838, 2. Aufl. 1838—1846 (trotz des Titels nur Kommentar); M. v. Stubenrauch, Das allgemeine bürgerliche

bewirkte Joseph Unger, der in seinem meisterhaften, aber leider unvollendeten System des österreichischen allgemeinen Privatrechts überall auf das gemeine Recht zurückgriff¹¹⁵. Seitdem hat das österreichische Privatrecht mancherlei Bearbeitungen gefunden, unter denen das groß angelegte, jedoch noch weit von der Vollendung entfernte Werk von Leopold Pfaff und Franz Hofmann in der gesammten Litteratur der Landesrechte kaum seines Gleichen hat¹¹⁶.

VII. Litteratur der verwandten Rechte.

1. Schweiz. Die schweizerische Rechtswissenschaft steht mit der deutschen in regster Wechselwirkung. Neben den Arbeiten über das Bundesprivatrecht¹¹⁷ und einzelne Kantonalrechte¹¹⁸ ist jetzt vor Allem das große Werk von Eugen Huber zu erwähnen, das eine vergleichende Darstellung sämtlicher kantonalen Privatrechte bietet¹¹⁹. Wichtige Beiträge zum deutschen Privatrecht enthält die Zeitschrift für schweizerisches Recht¹²⁰.

Gesetzbuch . . . erläutert, 3 Bde., Wien 1853—1858, 4. Aufl. 1884. Ueber andere Kommentare vgl. Pfaff u. Hofmann, Komm. I 61 ff.

¹¹⁵ Die beiden ersten Bände (Allgemeiner Theil) erschienen Leipzig 1856 u. 1859 (mehrfach unverändert neu abgedruckt), der sechste Bd. (Erbrecht) 1864, 2. Aufl. 1871.

¹¹⁶ Pfaff u. Hofmann, Commentar zum österr. allg. bürgerl. Gesetzbuch, Wien 1877 ff.; als Beilagen dazu erscheinen gleichzeitig in besonderen Bänden „Exkurse über österreichisches allg. bürgerl. Recht“. — Zu erwähnen sind ferner: L. v. Kirchstetter, Commentar zum österr. allg. bürgerl. Gesetzb., Leipzig u. Wien 1868, 4. Aufl. (v. Maitisch) 1882; L. Schiffner, Systematisches Lehrbuch des österr. allg. Civilrechts, Bd. I (allg. Theil), Wien 1882; J. Krainz, System des österr. allg. Privatrechts, herausg. v. Pfaff, 2 Bde., Wien 1885 u. 1889; Burkhard, System des österr. Privatrechts, Wien 1883 ff.; J. von Schey, Die Obligationsverhältnisse des österr. allg. Privatrechts, Wien 1890 ff.; Pfersche, Oesterr. Sachenrecht, Wien 1893 ff. — Ueber die Zeitschriften vgl. Pfaff u. Hofmann, Komm. I 71 ff.

¹¹⁷ Schneider u. Fick, Das schweizerische Obligationenrecht, Zürich 1882.

¹¹⁸ Litteraturübersicht bei Huber I 16 ff. Schon erwähnt sind die Kommentare von Bluntschli u. Schneider zum Zürcher und von Planta zum Bündner Gesetzbuch (oben § 10 S. 82). Außerdem sind die Erläuterungen von Ullmer zum Zürcher Gesetzbuch (1871 u. 1872, Suppl. 1879), K. G. König zum Berner Gesetzbuch (1879—1884) u. A. Hirzel zum Aargauer Gesetzbuch (1868—1869) hervorzuheben.

¹¹⁹ System u. Geschichte des schweizerischen Privatrechts, Bd. I—III (das System enthaltend), Basel 1886—1889, Bd. IV (Geschichte) 1894. — Noch jetzt von Interesse ist das ältere Werk von H. J. Leu, Eydgenössisches Stadt- und Landrecht, Zürich 1727—1730.

¹²⁰ Sie erscheint in Basel seit 1852, N. F. seit 1882; begründet von J. Schnell, jetzt herausg. v. A. Heusler. Mit ihr wurde 1883 die in Zürich erschienene Zeitschrift für schweizerische Gesetzgebung u. Rechtspflege (5 Bde.) verschmolzen. Ueber andere Zeitschriften vgl. Huber I 21 ff.

2. Die baltischen Provinzen. Das deutsche Recht von Livland, Esthland und Kurland ist seiner Zeit von Bunge und neuerdings von Erdmann dargestellt worden¹²¹.

3. Das französische Recht. Die wissenschaftliche Behandlung des französischen Rechtes hat ihren mächtigsten Impuls von seinem deutschen Geltungsgebiete her durch das berühmte Werk von K. S. Zachariae empfangen¹²². Dasselbe hat nicht nur in Deutschland den Grund für die fernere Bearbeitung des französischen Rechts gelegt¹²³, sondern auch in Frankreich selbst auf die systematische Darstellung und theoretische Erfassung des Privatrechts großen Einfluß geübt¹²⁴.

4. Englisch-amerikanisches Recht. Die Litteratur des englischen Rechts fußt noch immer auf dem Werke von Blackstone¹²⁵. Ueber die Gestalt, die das englische common law in Amerika angenommen hat, ist neuerdings von O. W. Holms berichtet worden¹²⁶.

5. Osteuropäische Rechte. In deutscher Sprache geschriebene Bücher geben über die Grundzüge des älteren ungarischen

¹²¹ F. G. von Bunge, Das Liv. u. Esthländische Privatrecht, 2. Aufl. Reval 1847 u. 1848; das Kurländische Privatrecht, Dorpat 1851. C. Erdmann, System des Privatrechts der Ostseeprovinzen Liv-, Esth- und Kurland, 4 Bde., Riga 1889—1894.

¹²² Handbuch des französischen Civilrechts, 4 Bde., Heidelberg 1808; 7. Aufl. v. Dreyer 1886.

¹²³ Hervorzuheben: Bauerband, Institutionen des französischen Rechts in den deutschen Landen des linken Rheinufer, Bonn 1873; Stabel, Institutionen des französischen Civilrechts, Mannheim 1870, 2. Aufl. 1885; C. Barazetti, Einführung in das französische Civilrecht (Code Napoléon) und das badische Landrecht, Frankfurt a. M. u. Lahr 1889; 2. Aufl. Heidelberg 1894. — Kurze Uebersicht v. Rivier in Holtzendorffs Encykl. I 693—715. — Zeitschrift für französisches Civilrecht, Mannheim u. Strasburg seit 1869, herausg. v. Puchelt, seit 1884 v. Heinsheimer.

¹²⁴ Ganz auf Zachariae beruht das in Frankreich sehr geschätzte System von Aubry et Rau, Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae, 8 Bde., 4. Aufl. 1869—1879. Hervorzuheben ist ferner das Werk des Belgiers Laurent, Principes de droit civil, 33 Bde., Brux. et Paris 1869—1878. Auch das große Repertorium von Dalloz. Weitere Litteratur bei Barazetti S. 64 ff., Rivier S. 696 ff.

¹²⁵ Commentaries on the law of England by Sir William Blackstone, 4 Vol., Oxford 1764—1769. Neubearbeitung von H. J. Stephen, New commentaries on the laws of England (partly founded on Blackstone), 4 Vol., London 1848. Selbständiger jetzt Th. Brett, Commentaries on the present laws of England, London 1890. — Vgl. auch Gundermann, Englisches Privatrecht, Th. I (Besitz u. Eigentum in England), Tübingen 1864.

¹²⁶ The common law, Boston 1881.

Privatrechts¹²⁷, des neuesten Rechts von Montenegro¹²⁸ und des geltenden russischen Rechts¹²⁹ Auskunft.

§ 12. Hilfswissenschaften.

I. Geschichtswissenschaften. Das unentbehrlichste Hilfsmittel für das wissenschaftliche Verständniß des deutschen Privatrechts ist die deutsche Rechtsgeschichte¹. Da aber die Rechtsgeschichte nur ein vom Ganzen abhängiger Theil der Geschichte ist, erscheint überhaupt die gesammte deutsche Geschichte, politische wie Kulturgeschichte, als Hilfsmittel des deutschen Privatrechts². Gleichzeitig rücken die Hilfswissenschaften der Geschichte, wie namentlich Quellenkunde, Diplomatiek und Chronologie, in die Reihe dieser Hilfsmittel ein³. Von besonderer Wichtigkeit für die Benützung der älteren Quellen ist die Kenntniß der Sprache, in der diese Quellen abgefaßt sind⁴.

II. Rechtswissenschaften. Wegen des innigen Zusammenhanges zwischen allen Theilen des Rechtssystems sind für die Privatrechtswissenschaft alle anderen Zweige der Rechtswissenschaft unerläßliche Hilfsmittel. Das deutsche Privatrecht berührt sich besonders

¹²⁷ J. von Jung, Darstellung des Ungarischen Privatrechtes, 2 Bde., 2. Aufl. Wien 1827. — Ueber das deutsche Recht in Siebenbürgen F. Schuler v. Libloy, Das Privatrecht der Siebenbürger Deutschen (Sachsen) im systematischen Grundrifs, Hermannstadt 1858.

¹²⁸ K. Dickel, Ueber das neue bürgerliche Gesetzbuch von Montenegro u. s. w., Marburg 1889.

¹²⁹ C. E. Leuthold, Russische Rechtskunde, Leipzig 1889.

¹ Jetzt vorzüglich R. Schroeder, Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte, 2. Aufl., Leipzig 1894, u. H. Brunner, Deutsche Rechtsgeschichte, Bd. I, Leipzig 1887, II, 1892. Weitere Litteratur bei Schroeder § 2, Brunner § 5.

² Litteraturangaben bei Kraut, Grundr. § 30. Besonders wichtig ist die Wirtschaftsgeschichte; vgl. K. Th. v. Inama-Sternegg, Deutsche Wirtschaftsgeschichte, Bd. I u. II, Leipzig 1879 und 1891; K. Lamprecht, Deutsches Wirtschaftsleben im Mittelalter, 4 Bde., Leipzig 1886.

³ Angaben darüber bei Schroeder § 2 IV, Kraut § 30. Zur Diplomatiek jetzt vorzüglich H. Bresslau, Handbuch der Urkundenlehre für Deutschland und Italien, Bd. I, Leipzig 1889.

⁴ Für das mittelalterliche Latein ist das wichtigste Hilfsmittel C. D. du Cange, Glossarium mediae et infimae Latinitatis, ed. G. A. L. Henschel, 7 Vol., Paris 1840—1850; ed. nova a L. Favre, Paris 1882 ff. — Für das ältere Deutsch ist noch immer werthvoll Ch. G. Haltaus, Glossarium Germanicum medii aevi, Lipsiae 1758. Ueber andere Hilfsmittel Kraut § 31 S. 82; Brunner I § 4, S. 11—12.

nahe mit dem deutschen Staats- und Verwaltungsrecht⁵, an vielen Stellen aber auch mit dem Kirchenrecht⁶, dem Strafrecht⁷, dem Prozeßrecht⁸ und dem Völkerrecht⁹. Auf die Bedeutung der verwandten Rechte des Auslandes ist schon hingewiesen. Darüber hinaus hat die allgemeine Rechtsvergleichung, wie sie von der aufblühenden vergleichenden Rechtswissenschaft angestellt wird, auch für die Würdigung des deutschen Privatrechts hohen Werth¹⁰.

III. Gesellschaftswissenschaften. Da die Rechtswissenschaften zu den Wissenschaften vom gesellschaftlichen Sein des Menschen gehören, das gesellschaftliche Sein aber eine Lebenseinheit ist, so sind für die tiefere Erkenntniß des Rechts alle anderen Gesellschaftswissenschaften nähere oder entferntere Hülfsmittel¹¹. Hier mag es genügen, auf die Bedeutung hinzuweisen, die für das Verständniß des deutschen Privatrechts und seiner Wandlungen die Volkswirtschaftslehre hat.

⁵ Hier werden vorzüglich benützt: H. A. Zachariae, Deutsches Staats- und Bundesrecht, 3. Aufl., 2 Bde., Göttingen 1865 und 1867; H. Schulze, Lehrbuch des deutschen Staatsrechts, 2 Bde., Leipzig 1881 und 1886; G. Meyer, Lehrbuch des deutschen Staatsrechts, 3. Aufl., Leipzig 1891; A. Haenel, Deutsches Staatsrecht, Bd. I, Leipzig 1892; P. Laband, Das Staatsrecht des deutschen Reichs, 2. Aufl., 2 Bde., Freiburg 1888 u. 1891; G. Meyer, Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts, 2 Bde., Leipzig 1883 u. 1885, 2. Aufl. 1893 u. 1894; E. Loening, Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts, Leipzig 1884.

⁶ A. L. Richter, Lehrbuch des kathol. und evangel. Kirchenrechts, 8. Aufl. v. Dove u. Kahl, Leipzig 1886; P. Hinschius, Das Kirchenrecht der Katholiken u. Protestanten in Deutschland, Bd. I—V, Berlin 1869 ff.; R. v. Scherer, Handbuch des Kirchenrechts Bd. I u. II 1, Graz 1886 ff.; W. Kahl, Lehrsystem des Kirchenrechts u. der Kirchenpolitik I, Freiburg u. Leipzig 1894.

⁷ A. F. Berner, Lehrb. des deutschen Strafrechts, 16. Aufl. Leipzig 1891; H. Meyer, Lehrb. des deutschen Strafrechts, 4. Aufl. Erlangen 1888; F. v. Liszt, Lehrb. des deutsch. Strafrechts, 4. Aufl., Berlin 1891; K. Binding, Handbuch des Strafrechts, Bd. I, Leipzig 1885.

⁸ A. Wach, Handbuch des deutschen Civilprozeßrechts, Bd. I, Leipzig 1885 (weitere Litteratur daselbst in § 14); J. Kohler, Lehrbuch des Konkursrechts, Stuttgart 1891.

⁹ Vgl. die Litteraturangaben zu § 25 Anm. 1.

¹⁰ Eine besondere „Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft“, herausg. v. Bernhöft, Cohn u. Kohler, erscheint zu Stuttgart seit 1878.

¹¹ Versuch einer Gesamtdarstellung der Soziallehre: Schäffle, Bau und Leben des sozialen Körpers, 4 Bde., Tübingen 1875—1878, 2. Aufl. 1881.

Viertes Kapitel.

System und Methode.

§ 13. System.

Jeder Versuch, das heutige deutsche Privatrecht nach einem auf die ursprünglichen nationalen Grundbegriffe gebauten Systeme darzustellen, muß nothwendig mißlingen. Denn seit der Aufnahme der fremden Rechte haben die hierzu geeigneten einheimischen Rechtsbegriffe, wie etwa Munt und Gewere, eine zu starke Umbildung erfahren, als daß sie noch einen systematischen Bau zu tragen vermöchten. Auch hat das am römischen Recht ausgebildete System, da sich ihm die germanistische Rechtswissenschaft von vornherein unterwarf, einen geschichtlich begründeten Anspruch auf Beherrschung des gesamten Privatrechtsstoffes erworben.

Somit muß bei der Darstellung des deutschen Privatrechts im Allgemeinen das übliche sogenannte Pandektensystem als Richtschnur dienen. Die Bedenken hiergegen können um so eher unterdrückt werden, als ja ohnehin jedes wissenschaftliche System nur ein unvollkommenes Mittel für die geistige Erfassung der lebendigen Wirklichkeit ist¹. Gerade deshalb aber darf freilich das Pandektensystem nicht sklavisch befolgt werden. Vielmehr ist überall da ein Bruch mit ihm geboten, wo es sich als unbrauchbar für eine angemessene Ordnung der deutschen Rechtsinstitute erweist oder gar dieselben durch den von ihm geübten Zwang mit Verstümmelung bedroht. Zwei grundsätzliche Abweichungen sind namentlich erforderlich.

Erstens bedarf das Pandektensystem einer Erweiterung. Während im allgemeinen Theil (B. I) neben der Einleitung (A. I) nur gewisse Grundlehren vom objektiven Recht (A. II) und vom subjektiven Recht (A. III) abzuhandeln sind, ist im besonderen Theil (B. II) ein eignes Personenrecht (A. I) dem Sachen-, Obligationen-, Familien- und Erbrecht (A. II—V) voranzuschicken. Denn da die hergebrachte Systematik auf der Eintheilung der besonderen Privatrechte nach ihrem Objekte beruht², hat sie ohne eine derartige Ergänzung der Pan-

¹ Jedes System ist schon deshalb stets nur ein unvollkommener Nothbehelf, weil es die Rechtsinstitute gewissermaßen in einer Linie, in der sich eines immer nur mit zwei anderen an je einem Punkte berühren kann, aufreihen muß, während in der wirklichen Rechtswelt die verschiedensten Rechtsinstitute gleich Körpern im Raum einander an vielen Punkten berühren.

² Vgl. über diese Eintheilung unten § 29 II.

dektenschablone für eine Fülle besonderer Privatrechte, die gerade im deutschen und modernen Recht eine reiche Ausprägung erfahren haben, schlechthin keine passende Stätte³. In das Personenrecht sind dann neben gewissen allgemeinen Lehren, die des Zusammenhanges wegen am besten hier erörtert werden, einerseits die Persönlichkeitsrechte zu stellen, deren Auffassung als Rechte an der eignen Person und deren begriffliche Ausweitung bis zur Umspannung aller sogenannten Immaterialgüterrechte später gerechtfertigt werden wird. Andererseits hat hier das gesammte Recht der Verbandspersonen nebst dem Recht verwandter personenrechtlicher Gemeinschaften und somit auch die bunte Schaar der aus dem inneren Verhältniß solcher Sozialgebilde entspringenden eigenartigen Privatrechte Platz zu finden. An sich wäre es freilich richtiger, das privatrechtliche Gemeinschafts- und Genossenschaftsrecht als einen besonderen Rechtstheil, der die Brücke zum öffentlichen Recht bildet, an den Schluß des Systems zu verweisen. Doch ist aus äußeren Gründen eine frühere Erledigung räthlich⁴.

Zweitens sprechen überwiegende Zweckmäßigsgründe dafür, eine Anzahl besonderer Rechtsgebiete, auf denen der schon erwähnte Zug des germanischen und modernen Rechts zur Ausgestaltung von Spezialrecht sich stark bethätigt hat, aus dem System überhaupt auszuschneiden und als geschlossene Komplexe für sich darzustellen. Denn nur so wird die Eigenart dieser Sonderrechtsbildungen zu lebendiger Anschauung gebracht und eine unerträgliche Auseinanderreißung des Zusammengehörigen vermieden⁵. Sieht man freilich im System das höchste wissenschaftliche Gut, dem alle anderen Rücksichten geopfert werden müssen, so wird man sich mit diesem Verfahren niemals befreunden können. Allein bei unbefangener Würdigung der Sachlage wird man sich der Einsicht nicht verschließen, daß eine Behandlungsweise, die für Handels-, See- und Wechselrecht mehr und mehr durchgedrungen ist und hier die besten Früchte gezeitigt hat, auch

³ Daß die Einschachtelung der Persönlichkeitsrechte und gar des gesammten inneren Körperschaftsrechts in den allgemeinen Theil unangemessen ist, liegt auf der Hand.

⁴ Insbesondere läßt sich, wenn auf eine geschichtliche Grundlegung nicht verzichtet wird, das deutsche Immobilienrecht ohne vorherige Erörterung der genossenschaftlichen und herrschaftlichen Verbände nicht verständlich machen.

⁵ Sonst muß z. B. das Bergrecht im Personenrecht, Sachenrecht und Obligationenrecht zerstückelt behandelt, das Lehnrecht und das Recht der Familienfideikommisse mindestens unter Sachen- und Erbrecht vertheilt werden.

bei anderen Spezialrechten zulässig und nützlich ist⁶. Wie weit in der Aussonderung gegangen werden soll, ist natürlich eine reine Ermessensfrage. Hier werden als besondere Rechtsgebiete (B. III) in sieben Abschnitten das Lehnrecht, das Recht der Haus- und Stammgüter, das Recht der Ritter- und Bauergüter, das Forst- und Jagdrecht, das Wasserrecht, das Bergrecht und das Gewerberecht dargestellt werden. In drei weiteren Abschnitten würden sich das Handels-, See- und Wechselrecht anzureihen haben, wenn sie nicht durch den vorgezeichneten Plan dieses Werkes ausgeschlossen wären. Da es indess für jede systematische Arbeit, die den deutschrechtlichen Bestand im heutigen Privatrecht konstatiren will, unerlässlich ist, die deutschen Rechtsgedanken in diese Gebiete hinein zu verfolgen, so müssen nun einzelne Institute des Handels-, See- und Wechselrechts an geeigneter Stelle des Systems berührt werden⁷.

⁶ Die älteren Darstellungen des deutschen Privatrechts enthalten das Lehnrecht überhaupt nicht, gliedern dagegen das sonstige Spezialrecht einschliesslich des Handels- und Wechselrechts dem System ein. So noch Runde. Umgekehrt fügt Eichhorn das Lehnrecht dem System ein, sondert aber am Schluss ein „Recht der Gemeinheiten und Gewerbe“ aus, worin auch das Handelsrecht Unterkunft findet. Mittermaier stellt in drei Schlussabschnitten „besondere Güterverhältnisse“, „Gewerbe- und Zunftrecht“ und „Handelsrecht“ dar. Weifse scheidet grundsätzlich allgemeines Privatrecht und Ständerecht“. Ebenso Maurenbrecher und Walter, die aber beide das Handelsrecht nicht im Ständerecht, sondern im System des gemeinen Rechts behandeln. Beseler verweist sämtliche Spezialrechte in ein besonderes Buch, das er ursprünglich als Ständerecht, später als „Spezialrechte mit Einschluss des Ständerechts“ bezeichnete (vgl. dazu seine Ausführungen in § 11). Kraut sondert Lehn- und Stammgüterrecht, Handelsrecht, Wechselrecht und Seerecht aus. Allen solchen Abweichungen vom Pandektensystem tritt auf das Schroffste Gerber gegenüber, der auch das Handelsrecht gleich den übrigen Spezialrechten in sein System hineinstückt. Ihm folgt Hillebrand. Aehnlich, jedoch unter Ausschluss des Handels-, See- und Wechselrechts, verfahren Bluntschli (in der 3. Aufl. ist das Handelsrecht von Dahn hinzugefügt), Gengler, Roth, Stobbe (der jedoch die Grundzüge der handelsrechtlichen Institute darstellt) und Franken (vgl. seine Ausführungen in § 4).

⁷ Sowohl aus diesem Grunde, als auch, weil sie vielfach in das genelle deutsche Privatrecht übergreift, ist für uns auch die besondere handelsrechtliche Litteratur von Wichtigkeit. Unter den oft benützten und deshalb abgekürzt citirten Werken seien hier hervorgehoben: W. Endemann, Handbuch des deutschen Handels-, See- und Wechselrechts, 4 Bde., Leipzig 1882 u. 1883 (die einzelnen Abh. sind mit dem Namen der Verfasser und dem Zusatz „in Endemanns Handb.“ oder „bei Endemann“ citirt). H. Thöl, Das Handelsrecht, Bd. I 6. Aufl. Leipzig 1879, Bd. II (Wechselrecht) 4. Aufl. 1878, Bd. III (Transportrecht) 1880. L. Goldschmidt, Handbuch des Handelsrechts, Bd. I, 1 u. I, 2 Erlangen 1864 und 1868, Bd. I u. II

§ 14. Methode.

Die Methode des deutschen Privatrechts kann keine andere sein, als die Methode der dogmatischen Rechtswissenschaft überhaupt. In den endlosen Streit über die wahre juristische Methode soll hier nicht eingetreten werden; zuletzt ist der Prüfstein jedes wissenschaftlichen Verfahrens doch nur die Leistung. Nach zwei Richtungen aber bedarf es einiger Worte über das Verhalten, das gegenüber den besonderen Schwierigkeiten, die gerade der Stoff des deutschen Privatrechts birgt, angezeigt scheint.

Zunächst entsteht die Frage, inwieweit die deutschen Partikularrechte in die Darstellung einzubeziehen sind. Die Antwort ergibt sich aus dem, was über die Aufgabe des deutschen Privatrechts gesagt ist (oben § 6 III). Soll das deutsche Privatrecht seine Aufgabe vollständig lösen, so muß es überall die Partikularrechte zu Hilfe nehmen. Die Partikularrechte haben jedoch nirgends als solche den Gegenstand zu bilden. Vielmehr kommen sie nur als Zeugnisse für eine eigenthümliche Verkörperung des deutschen Rechtsgedankens in Betracht. Darum ist ihnen nur das für das Gesamtbild des deutschen Rechts Bedeutungsvollste zu entnehmen, auf eine Erschöpfung des partikularrechtlichen Stoffes dagegen von vornherein zu verzichten¹.

Sodann fragt es sich, in welchem Umfange Rechtsgeschichtliches aufzunehmen ist. Unzweifelhaft ist eine wissenschaftliche Behandlung des deutschen Privatrechts nur auf geschichtlicher Grundlage möglich. Allein das Maß des in die Darstellung einzuführenden geschichtlichen Stoffes kann sehr verschieden gegriffen werden. Da hier das Ziel in die Aufzeigung des deutschrechtlichen Gehaltes des geltenden Rechts

Lief. 1 in 2. Aufl. Stuttgart 1874 u. 1883, Bd. I, 1, 1 in 3. Aufl. Stuttgart 1891; System des Handelsrechts im Grundriss, 4. Aufl. Stuttgart 1892. C. Gareis, Das deutsche Handelsrecht, 4. Aufl. Berlin 1892. E. Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts mit Einschluss des Seerechts, Stuttgart 1888, 2. Aufl. 1893. J. Behrend, Lehrbuch des Handelsrechts, Berlin und Leipzig I, 1886 u. II, 1, 1892. R. Wagner, Handbuch des Seerechts, Bd. I, Leipzig 1884. H. O. Lehmann, Lehrbuch des deutschen Wechselrechts, Stuttgart 1886. Ferner unter den Kommentaren zum A.D.H.G. besonders F. v. Hahn, Bd. I 3. Aufl. Braunschweig 1877, Bd. II 2. Aufl. 1875—1883, Gareis und Fuchsberger, Berlin 1891; zum Seerecht W. Lewis, Das deutsche Seerecht, 2. Aufl. Leipzig 1883 u. 1884. — Weitere Litteratur bei Behrend, H.R. I 57 ff., Goldschmidt, Syst. § 9, 141 u. 174.

¹ In dieser Richtung wird hier also ein ganz anderes Ziel verfolgt, als es sich Roth in seinem deutschen Privatrecht (oben § 11 Anm. 47) gesetzt hat. Soweit Roths Werk vollendet ist, liegt obnehin kein Bedürfnis zu einer ähnlichen Arbeit mehr vor.

gesetzt wird, kann die rechtsgeschichtliche Darlegung stets nur als Mittel zum Verständniß des Rechtes der Gegenwart dienen². Trotzdem darf sie, wenn sie einigermaßen den von ihr erwarteten Dienst leisten soll, nicht zu spät einsetzen und nicht zu dürftig verlaufen. Ist das heutige deutsche Privatrecht ein Produkt der Umbildung des ursprünglichen einheimischen Rechts durch das fremde Recht, so muß, um es aus seinen Faktoren zu begreifen, stets zunächst auf das rein nationale Recht des Mittelalters zurückgegangen und sodann dessen Schicksal seit der Rezeption verfolgt werden. Natürlich muß diese geschichtliche Grundlegung sich in möglichst knappem Rahmen halten. Allein sie muß doch eine Anschauung von dem tiefen und breiten Strom unserer Rechtsentwicklung zu erwecken suchen und darf daher auch Veraltetes nicht ganz übergehen³.

² Hierin wird also die Aufgabe enger begrenzt, als sie Stobbe in seinem deutschen Privatrecht sich gesetzt hat. Ohnehin hat Stobbe gerade in der umfassenden geschichtlichen Darstellung so Vortreffliches geleistet, daß in diesem Punkte zunächst dem Bedürfnis genügt ist.

³ Wenn Franken in seinem deutschen Privatrecht alles „Antiquarische“ ausscheiden, die „historische Perspektive aber dort, wo die Dogmatik Zusammenhänge nach rückwärts in Wahrheit noch aufweist“, jedesmal andeuten will (S. V u. 31), so zeigt die Ausführung seines Programmes, daß ihm über diesem Bestreben der weitere historische Blick überhaupt abhanden gekommen ist. Sonst würde er an vielen Stellen, an denen er den Zusammenhang mit der Vergangenheit für „abgebrochen“ hält, recht starke Verbindungsfäden gesehen haben!

Zweiter Abschnitt.

Das objektive Recht.

Erstes Kapitel.

Das objektive Recht überhaupt.

§ 15. Begriff und Wesen des objektiven Rechts¹.

I. Begriff. „Recht“ nennen wir sowohl den Inbegriff der Rechtssätze, wie den Inbegriff der Rechtsverhältnisse. Heute unterscheiden wir beide Bedeutungen und sprechen daher von „objektivem“ und „subjektivem“ Recht. Im älteren deutschen Recht dagegen fehlte es an einer bewußten Erfassung dieses Gegensatzes, so daß objektives und subjektives Recht einander in unlöslicher Mischung durchdrangen, Rechtssätze in Rechtsverhältnissen und Rechtsverhält-

¹ F. J. Stahl, Philosophie des Rechts, 5. Aufl., Heidelberg 1878 (zuerst 1830 ff.). A. Trendelenburg, Naturrecht auf dem Grunde der Ethik, 2. Aufl., Leipzig 1868. W. Arnold, Kultur und Rechtsleben, Berlin 1865. K. Binding, die Normen und ihre Uebertretung, 2 Bde., Leipzig 1872 u. 1877, Bd. I, 2. Aufl. 1890. E. R. Bierling, Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe, 2 Bde., Gotha 1877 u. 1883; Juristische Prinzipienlehre, Bd. I, Freiburg u. Leipzig 1894. A. Thon, Rechtsnorm und subjektives Recht, Weimar 1878. A. S. Schultze, Privatrecht und Prozeß in ihrer Wechselbeziehung, Th. I, Freiburg u. Tübingen 1883. R. v. Jhering, Der Zweck im Recht, 2 Bde., Leipzig 1877 u. 1883, Bd. I, 2. Aufl. 1885. F. Dahn, Die Vernunft im Recht, Berlin 1879. A. Lasson, System der Rechtsphilosophie, Berlin u. Leipzig 1882. A. Merkel, Juristische Encyklopädie, Leipzig 1885; Elemente der allgemeinen Rechtslehre in v. Holtzendorffs Encykl. S. 3—44. C. Gareis, Encyklopädie u. Methodologie der Rechtswissenschaft, Gießen 1887. E. Roguin, La règle de droit, Lausanne 1889. P. Klöppel, Gesetz und Obrigkeit, Leipzig 1891. Regelsberger, Pand. § 9—13. Auch die Schriften in Anm. 1 zu § 27.

nisse in Rechtssätzen stecken blieben und die Begründungstitel beider vielfach zusammenfielen². Erst nach der Rezeption wurde die Scheidung, die vorher nur in den Städten angebahnt war³, in der Theorie und mehr und mehr auch im Leben allgemein durchgeführt⁴, ohne daß jedoch selbst in der Theorie alle Spuren der alten Vermengung erloschen wären⁵. In der Gegenwart gilt es, den Gegensatz scharf auszugestalten, jedoch über ihm die Einheit des Rechtsgedankens nicht zu verlieren⁶.

Objektives Recht also, von dem hier zunächst die Rede sein muß, ist der Inbegriff der Rechtssätze. Rechtssätze aber sind Normen, die nach der erklärten Ueberzeugung einer Gemeinschaft das freie menschliche Wollen äußerlich in unbedingter Weise bestimmen sollen.

II. Wesen. Das Wesen des objektiven Rechts ergibt sich aus der Entfaltung seiner Begriffsmerkmale.

1. Das Recht setzt Normen, d. h. Verhaltensmaßregeln für Bethätigungen des menschlichen Wollens. Hierin stimmt es mit Sitte und Sittlichkeit überein, während Religion, Kunst und Wissenschaft sich an das Glauben, Fühlen und Denken wenden.

2. Die Rechtsnormen bestimmen das Wollen in unbedingter Weise; sie geben nicht bloß einen Rath, sondern gestatten, heischen oder verwehren in autoritativer Form; sie wollen schlechthin bindende Richtschnur und Schranke sein. Hierin beruht der Unterschied des Rechtes von der Sitte, mit der es ursprünglich eine Einheit bildet und von der es als Gewohnheitsrecht oft schwer zu sondern ist. Auch die Sitte giebt Verhaltensmaßregeln, die sie nicht selten tyrannisch erzwingt; allein in der Idee stellt sie anheim und wahrt daher den Schein, als beruhe ihre Herrschaft auf freiwilliger Unterwerfung. Wer sich der Sitte fügt (z. B. einem Hochzeitsgebrauch, einer Höflichkeits-

² Gierke, Genossenschaftsr. II 126 ff., 458 ff., 626 ff. Ganze Komplexe von Rechtssätzen erschienen als Befugnißsphären („Freiheiten“, „Privilegien“ u. s. w.) von Herrn und Gesammtheiten und als entsprechende Pflichtensphären von Gesammtheiten und Einzelnen, während umgekehrt Rechtsverhältnisse in Satzungsform gekleidet wurden; Rechtsetzung und Rechtsgeschäft, Gewohnheit und Unvordenklichkeit, Gesetz oder Willkür und Vertrag oder Verfügung flossen in einander.

³ Gierke a. a. O. S. 633 ff.

⁴ Auch hier leistete das römische Recht, in dem zwar gleichfalls das Wort „jus“ noch den Doppelsinn gewahrt hat, frühzeitig aber die Begriffe des Gesetzes und der Befugniß scharf von einander gesondert worden waren, wesentliche Beihülfe.

⁵ Vgl. unten § 19 S. 148 u. § 20 S. 163 u. 172.

⁶ Vgl. unten § 27.

form, der Trinkgeldersitte), entbehrt dabei der mit der Rechtsbefolgung verknüpften „*opinio necessitatis*“.

Darum strebt das Recht kraft seines inneren Wesens nach unbedingter Durchsetzung seiner Normen. Es hat die Tendenz, sich durch äußere Macht ausnahmslose Geltung zu sichern und jeden Widerstand durch überlegenen Zwang zu brechen. Doch ist für das Recht nur diese Tendenz, nicht deren volle Verwirklichung wesentlich: Erzwingbarkeit gehört nicht zu seinen Begriffsmerkmalen. Schlechthin erzwingbar sind zuletzt die meisten Rechtssätze überhaupt nicht, da überall, wo ein Thun gefordert wird, der Zwang an unbeugsamem Starrsinn des Verpflichteten scheitern kann; immer kann nach einer Rechtsverletzung der Zwang sich nur auf Ersatz oder Strafe richten, niemals das Geschehene, das nicht hätte geschehen sollen, ungeschehen machen; oft bleibt das Unrecht verborgen oder triumphirt gar durch Uebermacht; höchst unvollkommen ist mangels einer den Staaten übergeordneten Machtorganisation die Erzwingbarkeit des Völkerrechts; kein Zwang endlich erreicht die obersten Organe der Staatsgewalt, wenn sie das Verfassungsrecht mißsachten. Gleichwohl handelt es sich hier überall um wahre Rechtssätze. Im Wesen des Rechtes ist nur begründet, daß an sich ein Zwang als angemessen empfunden wird. Vom Grade der wirklichen Erzwingbarkeit aber hängt lediglich die äußere Vollendung des Rechtes ab⁷.

3. Durch das Recht wird das Wollen äußerlich bestimmt. Die Rechtsnormen ordnen grundsätzlich nur das äußere Verhalten der Menschen. Sie greifen freilich auch auf die inneren Zustände zurück. Allein sie thun dies erst, wenn es erforderlich ist, um Handlungen eben als Willensäußerungen zu qualifiziren und nach ihrer wahren Beschaffenheit zu unterscheiden und zu werthen. Hierin liegt der

⁷ Daß unsere nationale Anschauung ursprünglich in der Erzwingbarkeit kein Begriffsmerkmal des Rechtes sah, kann keinem Zweifel unterliegen: Lehnrecht, Dienstrecht und Hofrecht galten auch dem Herrn gegenüber schon als Recht, als es kein Zwangsmittel zur Durchsetzung ihrer Normen gegen den Herrn gab. Auch wurde im Mittelalter durch die viel beklagte Unvollkommenheit der thatsächlichen Verwirklichung des Rechtsgebots die innere Kraft des Rechtsgedankens in keiner Weise geschwächt. Im Volksbewußtsein ist bis heute die Vorstellung, daß es nicht erzwingbares Recht giebt, unerschüttert geblieben. Dagegen ist in der Theorie (besonders seit Thomasius und allgemeiner noch seit Kant) die entgegengesetzte Meinung längere Zeit hindurch zur Herrschaft gelangt und wird auch jetzt noch von Jhering, Schultze S. 50 ff., Lasson, Roguin S. 101 ff. u. A. vertreten. Vgl. aber Bierling, Kritik I 140 ff., Prinzipienlehre, I 49 ff., Thon S. 7, Dahn S. 33 ff., Gareis S. 14, Binding, Anhang zu Bd. I (2. Aufl.) S. 483 ff., Regelsberger I 63.

Unterschied des Rechtes von der Sittlichkeit, deren Normen das Wollen zwar gleichfalls in unbedingter Weise, jedoch innerlich bestimmen. Die sittliche Norm regelt grundsätzlich das innere Verhalten der Menschen. Sie wendet sich an die Gesinnung und ordnet das äussere Handeln erst als Bethätigung der Gesinnung⁸. Auf dem Wege, den das Recht von aussen nach innen, die Sittlichkeit von innen nach aussen einschlägt, treffen beide in weitem Felde zusammen. In diesem gemeinsamen Bereich fliessen sie ursprünglich in einander und werden erst allmählich scharf gesondert. Inhaltlich sollen hier ihre Normen trotzdem sich decken, können jedoch einander auch widersprechen. Jenseits des gemeinsamen Herrschaftsbezirkes hat die Sittlichkeit ein grosses Reich, in das keine Rechtsnorm hineinragt, aber auch das Recht ein umfangreiches Gebiet, das die ethischen Normen unberührt lassen.

Der Wesensunterschied zwischen Recht und Sittlichkeit liegt nicht in der äusseren Erzwingbarkeit oder Nichterzwingbarkeit⁹. Er darf ebensowenig darin gefunden werden, dass das Recht dem Leben der Gemeinschaft, die Sittlichkeit dem Leben des Individuums angehöre¹⁰.

4. Das Recht setzt Normen für freies Wollen. Es wendet sich an den Menschen als vernunftbegabtes Wesen, das befähigt ist, sich selbst aus sich heraus zu bestimmen. Darum begründet es kein Können und Müssen, sondern ein Dürfen und Sollen. Seine Absicht geht dahin, dass alles Wollen kraft freier Entschliessung sich seinem Richtmass anpasse. In der weitaus überwiegenden Mehrzahl der Fälle wird diese Absicht erreicht. Und nur, wo sie fehlschlägt, ruft das Recht äussere Zwangsmittel zu Hülfe.

Hierdurch unterscheiden sich Rechtsgesetze sowohl von Naturgesetzen, die den Menschen als Naturwesen mit Nothwendigkeit ergreifen¹¹, als auch von sozialen und wirtschaftlichen Gesetzen, die den Menschen als gesellschaftlich bedingtes Wesen in einen unfreien Zusammenhang einordnen. Das Recht baut sich auf der durch Natur und Geschichte gegebenen Grundlage auf und kann von den Lebens-

⁸ In das Gebiet der Sittlichkeit reicht auch die Religion hinein, insofern sie nicht blos Glaubenssätze, sondern Verhaltensmassregeln aufstellt. Doch nimmt die Religion auch äussere Sitte in sich auf. Und zum Theil verdichtet sie ihre Normen zu Rechtsnormen.

⁹ Vgl. oben Anm. 7. Nur folgt freilich aus der Eigenart rechtlicher und sittlicher Normen, dass äusserer Zwang zur Befolgung dort als angemessen, hier als unangemessen erscheint.

¹⁰ Auch die Sittlichkeit ist ein soziales Geistesgebilde. Vgl. namentlich W. Wundt, Ethik, Stuttgart 1886.

¹¹ Verwechselt in l. 1 § 3 D. de just. et jur. 1, 1 u. pr. Inst. 1, 2.

bedingungen des Einzelnen und der Gemeinschaft niemals absehen. Allein es fügt ihnen eine neue und selbständige Ordnung hinzu, die erst da beginnt, wo die Freiheit waltet¹².

5. Das Recht wurzelt in Ueberzeugung. Seine Sätze sind in ihrem wesentlichen Kern Vernunftaussagen über die zu einer gerechten Lebensordnung erforderlichen Willensabgrenzungen. Weil aber diese Vernunftaussagen zugleich dahin lauten, daß solchen Willensabgrenzungen womöglich mit äußeren Machtmitteln unbedingte Geltung verschafft werden muß, nehmen sie selbst einen hierauf gerichteten Willensinhalt auf. Immer jedoch bleibt der Willensinhalt ein sekundärer Bestandtheil der Rechtssätze. Seiner inneren Substanz nach ist das Recht nicht Wille.

Die germanische Rechtsauffassung war niemals geneigt, das Recht in den Willen zu verlegen¹³. Dagegen wurde in der philosophischen und juristischen Theorie seit dem Mittelalter über die Frage, ob und inwieweit das Recht Vernunft oder Wille sei, ein ununterbrochener Streit geführt¹⁴. In der Gegenwart hat die Vorstellung, daß das Recht sich mit dem Willen der Gemeinschaft (insbesondere des Staates) decke, eine bedrohliche Verbreitung erlangt¹⁵. Würde mit ihr Ernst gemacht, so hätte für unseren nationalen Rechtsgedanken die letzte Stunde geschlagen. Der Name des Rechtes freilich bliebe. Aber dieser hohe Name hätte nur noch die Bedeutung, die nackte Thatsache zu verhüllen, daß unter Menschen keine andere Ordnung als die Macht des Stärkeren über das Schwächere besteht. Denn der Wille kann den Willen beugen, aber eine Schranke des Wollens über-

¹² Dagegen definiert Jhering a. a. O. I 434 ff. das Recht „als die Sicherung der Lebensbedingungen der Gesellschaft in Form des Zwanges“.

¹³ Vgl. das nordische Rechtssprüchwort „Wille ist nicht Landrecht“ (vili er ei lands lög) b. Graf u. Dietherr I Nr. 47; auch Nr. 46 (aus Kling): „Ein Eigenwille ist kein Landrecht“.

¹⁴ Vgl. Gierke, Joh. Althusius S. 73--75 u. 280 ff.; Genossenschaftsr. III 610 Anm. 256.

¹⁵ Erklären doch Jhering, Geist des röm. R. III 318, Thon S. 1 u. Dernburg, Pand. § 19, bei aller sonstigen Meinungsverschiedenheit Hegels Definition des objektiven Rechts als „allgemeiner Wille“ in formaler Hinsicht für treffend und bündig. Und auch Merkel, Encykl. § 22—59 u. Elem. § 3—4, schreibt, obwohl er das im Rechtssatz enthaltene „Urtheil“ (den „Rechtsgedanken“) nicht verkennt, doch dem „Willen“ im Recht den „Primat“ zu. Wenn er sich jedoch hierfür darauf beruft, daß die Rechtsnormen „unserem Handeln zur Richtschnur dienen wollen, auch dort wo sie unser Denken nicht beherrschen: „stat pro ratione voluntas“ (Encykl. § 42), — so mischt er ungehörig das individuelle Denken der dem Recht Unterworfenen hinein, das natürlich vom allgemeinen Denken ebensogut abweichen kann, wie der individuelle Wille vom allgemeinen Willen.

haupt kann aus dem Willen nicht entspringen¹⁶. Wäre also das Recht nichts als Wille, so wäre es im letzten Grunde nur Herrschaft des stärkeren Willens über den schwächeren, — eine besondere Form der Gewalt, die durch „kluge Selbstbeschränkung“ den Schein erregte, als wäre sie etwas Anderes¹⁷!

6. Die Ueberzeugung muß erklärt sein, damit Recht vorliege. Bloße innere Ueberzeugung kann nicht äußerlich binden und ist daher noch keine Rechtsnorm. Die Erklärung kann durch Handlungen oder durch Worte erfolgen¹⁸. Immer enthält sie zugleich die Kundgebung des Willensinhaltes der Normsetzung und ist insofern Willenserklärung. Als solche lautet sie dahin, daß das, was als Recht erkannt ist, auch als Recht gewollt wird und demgemäß gelten soll. Insoweit ein Bedürfnis vorhanden und die Macht verfügbar ist, tritt sie in Befehlsform auf. Allein keineswegs besteht das Recht nur aus „Imperativen“¹⁹, und niemals ist im Rechtsbefehl der Kern der Rechtsnorm beschlossen²⁰. Der Befehl ist nur Kleid und äußere Zuthat²¹.

¹⁶ Insbesondere müssen alle Versuche, den obersten Willen selbst (sei es eines Herrschers oder der Volksmehrheit) als rechtlich gebunden zu deuten, nothwendig scheitern, wenn dieser Wille „das Subjekt des Rechtes“ ist. Wird dagegen erkannt, daß auch der souveräne Wille, sobald er etwas als „Recht“ setzt, sich hierbei auf eine Vernunftaussage über die Grenzen des Wollens beruft, so ergibt sich von selbst, daß ihn seine eigne Rechtsetzung bindet. Hierin gleicht der Rechtssatz einer neu gefundenen Wahrheit, die auch ihrem Entdecker als objektive Macht entgegentritt: „Recht ist Wahrheit, Wahrheit ist Recht“, so und ähnlich lauten deutsche Rechtssprüchwörter; Graf und Dietherr I Nr. 23—29.

¹⁷ So in folgerichtiger Zuspitzung Jhering: „Das Recht ist die wohlverstandene Politik der Gewalt“; Zweck I 250, 255, 366 ff. u. sonst.

¹⁸ Vgl. unten § 17 S. 126.

¹⁹ So namentlich Thon S. 2 ff., Bierling, Kritik II 7 ff. u. 307 ff., Prinzipienlehre I 27 ff., Merkel, Elem. § 4, u. A. — Freilich hat jeder einzelne Rechtssatz Theil an dem allgemeinen Befehl des Staats oder einer anderen Gemeinschaft an Gerichte und Behörden, das Recht anzuwenden. Hieraus aber die imperativische Natur des Rechtssatzes abzuleiten, ist um nichts besser, als wenn man die lateinischen Genusregeln für Imperative erklärte, weil den Schülern ihre Anwendung befohlen wird. So ist z. B. ein Rechtssatz, durch den der Staat sich selbst für verpflichtet (z. B. zu einer Entschädigung) erklärt, offenbar nicht imperativisch, da der Staat sich selbst nicht Befehle ertheilen kann, der Befehl an den Richter aber kein diesem Rechtssatz eigenthümlicher Bestandtheil ist. Nicht imperativisch sind aber ferner alle gewährenden Rechtssätze als solche, wenschon ihnen befehlende Rechtssätze zur Seite stehen.

²⁰ Auf einer Ueberschätzung des Gesetzesbefehles beruhen die Ausführungen von Laband, Staatsr. (2. Aufl.) I 514 ff. Weiter noch geht Schultze, Privatr. u. Proz. S. 87 ff. Vgl. dagegen Gierke in Schmollers Jahrb. VII 1174 ff.

²¹ Unsere nationale Rechtsauffassung hat niemals das Wesentliche der Rechtsetzung in der mit ihr verbundenen Willensäußerung, geschweige denn in deren

Hieraus ergibt sich das Verhältniß des Rechtes zur organisirten Macht und insbesondere zum Staat als dem höchsten Machtträger. Das Recht ist an sich selbst eine Macht, aber nur innere, nicht äußere Macht²². Darum bedarf es zu seiner Vollendung einer organisirten Macht, die sich in seinen Dienst stellt. Diesen Dienst leistet ihm vor Allem der Staat, indem er die Befolgung des Rechtes befiehlt und, soweit sein starker Arm reicht, diesem Befehle Gehorsam verschafft. Dafür dient dem Staate wiederum das Recht, indem es alle seine Ordnungen durchdringt und durch die Erhebung von Machtverhältnissen zu Rechtsverhältnissen festigt. Hieraus erwächst zugleich Herrschaft des Staates über das Recht und Herrschaft des Rechtes über den Staat, wobei sehr ungleichartige Gebietsabgrenzungen möglich sind²³. Immer aber bleiben Recht und Staat zwei selbständige Lebensmächte. Weder ist, wie das Naturrecht annahm, erst aus dem Rechte der Staat, noch, wie die Modernsten meinen, erst aus dem Staate das Recht geboren. Recht und Staat sind einander ebenbürtig und mit einander gereift. Sie sind auf gegenseitige Ergänzung hingewiesen, aber sie decken sich nicht, sondern haben ihre eignen Reiche²⁴. Darum können auch das Recht und die organisirte Macht, so erwünscht ihre Harmonie ist, einander feindlich gegenübertreten. Macht ist nicht Recht: es giebt rechtlose Macht²⁵. Es giebt auch machtloses Recht²⁶. Allein auf die Länge erträgt das menschliche Bewußtsein solchen Zwiespalt nicht. Indem

Befehlsform erblickt. Das Recht wird „gefunden“, „geschöpft“, „gewiesen“, dann auch „gekoren“, „gesetzt“: Gebot und Verbot, die kraft obrigkeitlicher Banngewalt hinzugehan werden, machen nicht erst das Recht zum Recht. So erscheint denn auch in allen volksthümlichen Sagen von großen Gesetzgebern das Recht als Weisheitsfund, nicht als Machtaufserung.

²² Ueber die innere Macht des Rechtes vgl. Merkel Encykl. § 47—49.

²³ Im Mittelalter drohte das Recht den Staat aufzuzehren, heute ist eher die Selbständigkeit des Rechts durch Verstaatlichung gefährdet.

²⁴ Der Staat ist nicht bloß Rechtsanstalt, sondern hat Kulturaufgaben, die er in freier Thätigkeit erfüllt; das Recht durchdringt nicht bloß das Staatsleben, sondern alles Gemeinleben. — Die unrichtige Anschauung, daß Staat und Recht zusammenfallen, vertritt unter den Neueren am schroffsten Lasson S. 287 ff. An demselben Grundirrtum kranken die Ausführungen von Schuppe, der gleichfalls den Staat für den „objektiven Rechtswillen“ erklärt; Z. f. d. P. u. ö. R. d. G. X 349 ff. u. XI 160 ff.; Der Begriff des subjektiven Rechts, Breslau 1887.

²⁵ Zahlreiche deutsche Rechtsprüchwörter bekunden dies: „Wo Gewalt Recht hat, hat das Recht keine Gewalt“, und ähnlich; Graf u. Dietherr I. Nr. 58—64. Vgl. auch Sachsensp. III a 48.

²⁶ Auf solches beziehen sich Sprüche wie „Recht muß Recht bleiben“; Graf u. Dietherr I. Nr. 92 u. 93.

die Macht, die sich behauptet, zuletzt als Recht empfunden wird und das Recht, das sich nicht durchsetzt, allmählich abstirbt, stellt sich die Einheit wiederum her²⁷.

7. Das Recht ist erklärte Ueberzeugung einer Gemeinschaft. Es ist eine Manifestation des menschlichen Gemeinlebens, nicht des Einzellebens. So wenig wie das isolirte Individuum ein Recht hervorbringt, vermag eine Summe von Individuen Recht zu erzeugen²⁸. Vielmehr ist der Born des Rechtes der Gemeingeist, der als einheitliche Kraft in einer Gemeinschaft als in einem lebendigen Ganzen wirkt und in den Einzelnen als Gliedern dieses Ganzen sich bethätigt. Das Recht wurzelt also in der Gemeinüberzeugung und dem sie begleitenden Gemeinwillen. Hier wie überall spielt sich freilich der Lebensprozess der Gemeinschaft in den Einzelnen ab, die nicht bloß dem in sie eindringenden Strom des Gemeinbewußtseins folgen, sondern auch kraft ihres Sonderbewußtseins sich ihm widersetzen oder ihn leiten können. Allein was immer das Individuum aus seinem Eigensten zur Rechtsbildung beisteuert, das wird erst dann und insoweit wirksam, wenn und inwieweit es in das Leben der Gemeinschaft übergeht²⁹.

Zur Rechtserzeugung befähigt ist jede organische Gemeinschaft. Wie die Weltgeschichte vor Allem Völkergeschichte ist, so sind auch die Völker von je die vornehmsten Träger der Rechtsbildung gewesen³⁰. Aber die Völker sind zu engeren und weiteren Lebens-

²⁷ Die extremen Theorien, die entweder vom rein materialistischen Standpunkt (wie neuerdings z. B. Gumpowicz, Rechtsstaat und Sozialismus, Innsbruck 1881, und in anderen Schriften), oder vom rein formalistischen Standpunkt (wie z. B. L. von Hagens, Staat, Recht und Völkerrecht, München 1890) das Recht in Macht auflösen, widersprechen gerade der geschichtlichen Erfahrung, auf die sie sich berufen, in schroffster Weise.

²⁸ Weder durch Vertrag, wie in mancherlei Formen das Naturrecht lehrte, noch durch Anerkennung, wie Bierling, Kritik I 3 ff., Prinzipienlehre I 40 ff. ausführt.

²⁹ Dies Alles setzt natürlich die Anerkennung der Gemeinschaft als einer psychischen Realität voraus. Für die Anhänger jener Ansicht, die nur den Individuen Realität zuschreibt, ist es baarer „Mystizismus“. Am folgerichtigsten hat M. Seydel, Grundzüge einer allgemeinen Staatslehre, Würzburg 1873, die rein individualistische Vorstellungsweise auf das Recht angewandt, indem er das Recht als „ausgesprochenen Willen des Herrschers“ auf Verhaltungsmaßregeln, die von herrschenden Individuen beherrschten Individuen auferlegt werden, zurückführt. Vgl. dagegen Gierke, Die Grundbegriffe des Staatsrechts, Tübingen 1874, S. 19 ff. Seitdem ist Seydels Lehre von zahlreichen Schülern und Nachfolgern verkündigt worden.

³⁰ Darum war es trotz der zu engen und überdies Räthsel mehr stellenden

gemeinschaften verbunden, denen internationales Recht entspricht; ja zuletzt sind sie Glieder Einer Menschheit, deren Einheit sich in der gemeinmenschlichen Geltung der Rechtsidee abspiegelt⁸¹. Sodann gliedern sich die Völker in engere Gemeinschaften, in Stämme oder landschaftliche Gruppen, die ihr besonderes Recht hervorbringen können. Und endlich können Gemeinschaften, die sich nur auf eine bestimmte Lebensfunktion erstrecken, wie Religionsgemeinschaften, Stände, Berufsklassen, ein Recht erzeugen.

Zur Rechtserzeugung befähigt ist in erhöhtem Maße die *organisirte* Gemeinschaft: vor Allem der Staat als organisirte Volksgemeinschaft; aber auch die Kirche, die Gemeinde, jede Genossenschaft.

8. Das Recht ist eine spezifische Funktion des menschlichen Gemeinlebens. Es läßt sich aus keiner anderen Funktion ableiten und in keine andere auflösen, sondern steht ihnen allen als ein eigenartiges Geistesgebilde selbständig gegenüber. Sein Ursprung fällt mit dem Ursprung des Menschen selbst zusammen. Der Mensch konnte nicht Mensch sein, ohne daß sich in ihm der Rechtstrieb regte⁸².

Der Rechtstrieb zielt auf die Verwirklichung einer einfachen und nicht weiter zerlegbaren Idee des Menschengeistes: der Idee des Gerechten⁸³. Sie ist wie die Idee des Wahren, Guten oder Schönen

als lösenden Formulierung eine unverlierbare Entdeckung, als Savigny und Puchta den „Volksgeist“ für den Schöpfer des Rechts erklärten.

⁸¹ Sie offenbart sich nicht bloß dem Forscher, sondern bewährt sich auch praktisch im Verkehr mit jedem noch so rohen Naturvolke.

⁸² Vgl. Rümelin, Ueber das Rechtsgefühl, Reden u. Aufsätze, Tübingen 1875, S. 62 ff.

⁸³ Vgl. Rümelin, Ueber die Idee der Gerechtigkeit, Reden u. Aufsätze, N. F., Freiburg u. Tübingen 1881, S. 176 ff.; Schmoller in seinem Jahrb. V 19 ff.; A. Merkel, Z. f. d. P. u. ö. R. d. G. V 633 ff. u. Elem. § 12—14; Lasson S. 231 ff. — Das Verhältniß zwischen Gerechtigkeit und Recht ist dasselbe, das überall zwischen Idee und Wirklichkeit waltet. Die Idee des Gerechten ist gleich der Idee des Schönen entwicklungsfähig und unendlich mannichfacher und wechselnder Verkörperung nicht nur fähig, sondern bedürftig; das geltende Recht kann sie immer nur annähernd verwirklichen, kann ihr aber auch widersprechen. Wer deshalb, weil das wirkliche Recht ungerecht sein oder werden kann, die Idee des Gerechten aus dem inneren Leben des Rechtes austreiben und etwa in das sittliche Gebiet verweisen will, muß folgerichtig auch die Idee des Schönen aus der Kunst und selbst die Idee des Wahren aus der Wissenschaft verbannen, da die Kunst oft Unschönes schafft und die Wissenschaft durch Halbwahrheiten und Irrthümer hindurchgeht. Das Verhältniß zwischen Gerechtigkeit und Recht erfährt auch dadurch keine begriffliche Verschiebung, daß im Laufe der Kulturentwicklung die Anschauungen über das Gerechte innerhalb derselben Gemeinschaft oft auseinander

nur mit sich selbst vergleichbar und trägt in sich selbst ihren Werth. Darum ist der oberste Zweck aller einzelnen Rechtsnormen die Verwirklichung der Gerechtigkeit, das Recht im Ganzen aber ist als verwirklichte Gerechtigkeit zunächst sich selbst Zweck⁸⁴. Freilich ist es, wie alles Menschliche, nicht ausschließlich Selbstzweck, sondern gleichzeitig Mittel für andere Zwecke⁸⁵. Es tritt in den Dienst aller anderen Funktionen des gesellschaftlichen Lebens und dient im Bunde mit ihnen dem grossen Kulturprozesse der Weltgeschichte⁸⁶. Allein um seinen Beruf zu erfüllen, muß es vor Allem sich selbst treu bleiben und sich seiner eignen Idee gemäß entfalten und ausleben. Wird es zum bloßen Mittel herabgesetzt, wird die Idee des Gerechten in den Begriff des Nützlichen aufgelöst und die äussere Zweckmässigkeit als einziger Maassstab der Rechtssätze anerkannt, so wird ein so entwerthetes Recht bald auch als Mittel sich untauglich erweisen und seine Kulturaufgabe nicht mehr lösen⁸⁷.

klaffen und in Folge hiervon das geltende Recht immer härter mit ungleichen Gerechtigkeitsidealen verschiedener Volksschichten zusammenstößt. Denn stets bleibt man darüber einig, daß nur gerechtes Recht des Bestandes werth, ungerechtes Recht verwerflich ist. Gerade dieses nie rastende Bedürfnis, das wirkliche Recht an der Gerechtigkeit zu messen, bestätigt die Immanenz der Gerechtigkeitsidee im Begriff des Rechts.

⁸⁴ Unsere nationalen Rechtsdenkmäler geben dem Gedanken, daß das Recht ein an sich werthvolles Gut ist, den denkbar erhabensten Ausdruck, wenn sie sagen: „Got is selve recht“ (Sachsensp. Vorr. 22), „Got ist recht“ (kl. Kaiserr. I, 1), „Sver Got minnet der minnet recht“ (Spiegel deutscher Leute 35), und ähnlich (Graf u. Dietherr I Nr. 1—7; Heusler Inst. I, 1 ff.). Welcher Gegensatz zu den modernen deutschen Theorien, denen das Recht nichts als ein Mittel für gesellschaftliche „Interessen“, ein Hebel sozialer Mechanik (Jhering, Zweck I K. VII—VIII), ein Inbegriff von „Mauern und Zäunen“ (Merkel, Encykl. § 9 ff.) ist!

⁸⁵ So ist ja zuletzt das Individuum selbst zugleich Selbstzweck und Mittel der Gesellschaft und die Gesellschaft ihrerseits ist ebenso zugleich für sich und für die Einzelnen da! — Wenn die Naturrechtslehre, indem sie in echt germanischem Geiste das Recht als Verwirklichung der Gerechtigkeitsidee in die Sphäre der an sich selbst werthvollen idealen Güter erhob, sich unsterbliche Verdienste um den Rechtsgedanken erwarb, so verfiel sie doch vielfach in die am schroffsten von Kant ausgeprägte Einseitigkeit, das Recht nur als Selbstzweck und nicht als Mittel zu begreifen. Die Reaktion hiergegen war berechtigt. Aber heute droht sie in fanatischer Uebertreibung den Rechtsgedanken selbst zu zerbrechen.

⁸⁶ Kohler, Das Recht als Kulturerscheinung, Würzburg 1885.

⁸⁷ Hierin liegt der innere Widerspruch und die praktische Gefährlichkeit der Zwecktheorie Jherings und ihrer Schöfslinge, der Strafrechtstheorie von Liszts u. s. w. Die Neigung der Gegenwart zu Kampfgesetzen, Augenblicksgesetzen, Ausnahmegesetzen, Opportunitätsgesetzen birgt in sich einen zersetzenden, nicht bloß rechtsfeindlichen, sondern auch kulturfeindlichen Trieb.

9. Das Recht ist endlich Funktion eines einheitlichen Gemeinlebens und steht daher mit den übrigen Funktionen dieses Gemeinlebens im Verhältniß gegenseitiger Wechselwirkung³⁸. Da das Gemeinleben gleich dem Einzelleben ein organischer Vorgang ist, können seine Funktionen nicht unabhängig von einander arbeiten, sondern bedingen und bestimmen sich gegenseitig und verknüpfen sich durch tausend hinüber und herüber laufende Fäden zu einer Lebens-einheit, als deren Ausstrahlungen sie erscheinen. Wohl können sie kraft ihrer Selbständigkeit mit einander in Widerstreit gerathen. Allein solche Konflikte sind Störungen, in deren Ausgleich durch Wechselwirkung sich die Kraft des organischen Zusammenhanges bewährt. So ist auch das Leben des Rechts trotz seiner Selbständigkeit durch eine ewig rege Wechselwirkung mit jeder anderen Theil-erscheinung des Gemeinlebens verwoben: in entfernterer Weise mit dem Leben der Sprache, der Wissenschaft und der Kunst; inniger mit dem Leben des Glaubens, der Sittlichkeit und der Sitte einerseits und mit dem socialen und wirthschaftlichen Leben andererseits; am innigsten mit dem Leben des Staats.

Ein allgemeines geschichtliches Entwicklungsgesetz bewirkt, daß im gesellschaftlichen Lebensverlaufe die Funktionen des Gemeinlebens sich immer reicher differenzieren und immer schärfer gegeneinander abgrenzen. Bei jugendlichen Völkern wahren sie Züge ursprünglicher Ungeschiedenheit und fließen vielfach ineinander. Die Kultur bringt die Sonderung und die Verselbständigung. Sie bringt damit die Reife, aber sie bringt auch die großen und gefährlichen Spaltungen und Konflikte. Die der höheren Kultur unentbehrlichen Scheidungen festzuhalten und dennoch die Gegensätze in harmonischem Einklang zu versöhnen, ist der immer wieder neue Gegenstand des geistigen Ringens, wenn anders noch Leben und Gesundheit vorhanden ist. Denn wo die Kraft erlischt, die das Getrennte wieder verbindet, droht der Untergang. Auch das Leben des Rechts unterliegt diesem Entwicklungsgesetz. Unser nationales Recht hat in seinem Verhältniß zu Religion und Sittlichkeit, zu Sitte und Wirthschaft und vor Allem zum Staat auffallend lange den jugendlichen Typus bewahrt³⁹. Dann ist die Scheidung schroff und oft gewaltsam vollzogen worden, und schwere Konflikte sind nicht ausgeblieben⁴⁰. Heute gilt es in erster

³⁸ Vgl. vor Allem Arnolds in Anm. 1 angeführtes Werk.

³⁹ Vgl. den Nachweis bei Gierke, Ueber Jugend und Altern des Rechts, Deutsche Rundschau V (1879) Heft 5 S. 205 ff.

⁴⁰ Den schwersten erleben wir in dem, was wir soziale Frage nennen!

Linie, die Verbindungsfäden neu zu knüpfen, damit der Einklang wiederkehre.

§ 16. Die Elemente des objektiven Rechts.

I. Rechtssätze. Die Grundbestandtheile des objektiven Rechts sind einzelne Rechtssätze, die menschliches Wollen durch eine einfache Aussage bestimmen.

1. Die Rechtssätze sind nach der Natur des Rechts zunächst abstrakte Sätze. Sie haben daher überwiegend die Gestalt von Rechtsregeln, die für eine Vielheit gleichartiger Thatbestände eine identische Norm aufstellen. Doch kann ausnahmsweise ein Rechtssatz, wenn für das eine oder andere Lebensverhältniß eine durchaus eigenthümliche Norm als gerecht erscheint, sich in der Normirung eines einzigen Thatbestandes erschöpfen¹.

In dem abstrakten Rechtssatz schlummern konkrete Normen für die einzelnen von ihm umspannten Fälle. Die Auffindung der konkreten Norm für einen gegebenen Fall ist Sache der Rechtsanwendung. Da im älteren deutschen Recht zwischen Recht in abstracto und in concreto nicht scharf unterschieden wurde, flossen Rechtsetzung und Rechtsanwendung, insbesondere Weisthum und Urtheil, vielfach in einander². Heute trennen wir sie genau, dürfen aber darüber nie vergessen, daß auch die Rechtsanwendung rechtsschöpfende Thätigkeit ist³. Denn die konkrete Norm ist nicht bloß logisches Ergebniß, sondern lebendige Entwicklung des Rechtssatzes.

¹ Vgl. Laband, Staatsr. (2. Aufl.) I 513; v. Martitz Z. f. d. g. St.W. XXXVI 241 ff.; Stobbe, D.P.R. I § 18; Rosin, Das Polizeiverordnungsrecht, Breslau 1882, S. 4 ff.; Jellinek, Gesetz u. Verordnung, Freiburg 1887, S. 236 ff.; Regelsberger, Pand. § 30 („Individualrechtssatz“); A. M. G. Meyer, Z. f. d. P. u. ö. R. d. G. VIII 1 ff., Staatsr. I § 8 Anm. 1 und die dort angeführten Schriftsteller. — Der für einen einzigen Thatbestand aufgestellte Rechtssatz ist begrifflich gleichwohl eine abstrakte, keine konkrete Norm; er ist in seiner Anwendbarkeit nur deshalb auf einen einzigen Fall beschränkt, weil nur dieser eine Fall die für ihn maßgebende Eigenthümlichkeit bietet.

² Gierke, Genossenschaftsr. II 129, 464 ff., 635. — Irrig aber sind die Ausführungen von A. S. Schultze a. a. O. S. 97 ff., nach denen es im deutschen Mittelalter abstraktes Recht im Privatrecht so gut wie gar nicht gegeben hätte, die Urtheilsfindung ihrem Wesen nach nicht Rechtsanwendung, sondern Rechtsschöpfung und der Urtheilsbefehl Normsetzung gewesen wäre.

³ Dies verkennt die verbreitete Anschauung, die mit Kant in der Rechtsprechung nur logische Subsumtion sieht. Ebenso wenig aber darf man freilich mit Klöppel a. a. O. S. 220 ff. das Recht erst durch die „richterliche Rechtsetzung“ positiv werden lassen.

2. Die Rechtssätze sind inhaltlich gewährende, verpflichtende oder deutende⁴. Gewährende (ermächtigende, erlaubende) und verpflichtende Rechtssätze lauten unmittelbar auf eine Willensabgrenzung, jene auf ein Dürfen, diese als gebietende auf ein Sollen oder als verbotende auf ein Nichtsollen. Deutende (entwickelnde) Rechtssätze richten sich zunächst nur auf Feststellung eines für die Willensabgrenzung erheblichen Thatbestandes⁵.

3. Die Rechtssätze sind entweder zwingende oder nachgiebige, je nachdem sie eine abweichende Festsetzung der Beteiligten ausschließen oder zulassen. Das nachgiebige (vermittelnde, dispositive) Recht zerfällt aber wieder in zwei ungleichartige Klassen von Rechtssätzen. Die einen greifen unabhängig vom Willen der Beteiligten Platz und können nur eben durch besondere Willenserklärungen abgeändert werden. Die anderen setzen einen Willen der Beteiligten voraus und ergänzen nur unvollständige Willenserklärungen durch eine deutende (den Willensinhalt auslegende) Norm⁶.

II. Rechtsinstitute. Die einfachen Rechtssätze werden in mannichfacher Weise zu zusammengesetzten Rechtssätzen und zu zusammenhängenden Inbegriffen von Rechtssätzen verknüpft. Ein Inbegriff von Rechtssätzen, der einem bestimmten Lebensverhältniß entspricht, ist ein Rechtsinstitut. Der Begriff des Rechtsinstituts ist in mehrfacher Abstufung auf einen engeren Normenkomplex und einen ihn umschließenden weiteren Normenkomplex anwendbar⁷.

⁴ Gegen diese namentlich von Thöl, Einl. § 33—36 begründete Eintheilung erheben die Anhänger der Lehre von der rein imperativischen Natur des Rechtes Widerspruch; vgl. oben § 15 Anm. 19. Vgl. aber Pfaff u. Hofmann, Komm. I 326 ff.; Regelsberger, Pand. I § 27.

⁵ Dahin gehören Legaldefinitionen; ferner die von Windscheid, Pand. § 27, so genannten „verneinenden“ und „deklaratorischen“ Rechtssätze; endlich auch die Regeln über Willensauslegung, da ihr wesentlicher Inhalt Konstatirung von Willensthatsachen ist, während der an den Richter erlassene Befehl („im Zweifel ist anzunehmen“ u. dergl.) nur dieselbe sekundäre Bedeutung wie bei anderen Privatrechtssätzen hat.

⁶ Treffend unterscheidet beide Klassen von Rechtssätzen das R.Ger. 8. März 1884 XIV Nr. 26. Für das deutsche Privatrecht ist es besonders wichtig, daß in die erste, nicht in die zweite Klasse nicht nur das gesetzliche Ehegüterrecht, sondern auch das gesetzliche Erbrecht gehört, letzteres daher niemals auf den vermutheten Willen des Erblassers gegründet werden darf; Gierke, Entw. S. 507.

⁷ Rechtsinstitute sind z. B. Inhaberaktie, Inhaberpapier, Werthpapier, Urkunde; oder Eigenthümerhypothek, Hypothek, Pfandrecht, dingliches Recht. Auch durchkreuzen die Rechtsinstitute sich in mannichfachster Weise; so ist der Erbvertrag

III. Rechtssystem. Die Rechtsinstitute eines Rechtsgebiets verbinden sich zu dem einheitlichen Ganzen eines Rechtssystems.

Zweites Kapitel.

Das Werden des objektiven Rechts.

§ 17. Die Rechtserzeugung überhaupt¹.

Objektives Recht gab es, seit Menschen leben, und giebt es, wo Menschen sind: allein es war und ist in unaufhörlichem Anderswerden begriffen. Die Beobachtung der Gegenwart wie der Geschichte zeigt uns nirgends einen Anfang, überall aber einen Wandel des Rechts. Gerade hieraus schliessen wir auf das Wesen des Rechts und suchen wiederum aus diesem Wesen die innere Nothwendigkeit der erfahrenen Thatsache zu verstehen.

Das Werden des Rechts vollzieht sich durch den Wechsel seiner Elemente und somit durch Entstehen und Vergehen einzelner Rechtssätze. Wir nennen diesen Vorgang *Rechtserzeugung*. Dabei unterscheiden wir grundsätzlich nicht zwischen Neuschaffung, Umschaffung und Abschaffung von Rechtssätzen. Wir begreifen also unter *Rechtserzeugung* auch *Rechtszerstörung*. In der That geht Beides stets Hand in Hand. Wie einerseits kein neuer Rechtssatz eingeführt werden kann, ohne bisheriges Recht zu verdrängen, so wird andererseits, wenn ein alter Rechtssatz aufgehoben wird, hiermit nothwendig zugleich das Geltungsgebiet anderer Rechtssätze erweitert.

Die *Rechtserzeugung* ist menschliche That. Das Subjekt dieser That aber sind nicht Individuen, sondern *Gemeinschaften*. Der einzelne Mensch, der dabei mitwirkt, handelt stets als Glied und im Dienste einer menschlichen Gemeinschaft.

ein Glied sowohl des Instituts der Verfügung von Todes wegen als auch des Vertragsinstitutes.

¹ Vgl. aufer den oben zu § 15 Anm. 1 angef. Werken: v. Savigny, Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung u. Rechtswissenschaft, Heidelberg 1814, Syst. Bd. I 11 ff.; Puchta, Das Gewohnheitsrecht, 2 Thle., Erlangen 1828 u. 1837; Beseler, Volksrecht und Juristenrecht, Leipzig 1843, D.P.R. § 16 ff.; Böhlau, Meckl. L.R. I § 43; Binding, Strafr. I 197 ff.; Regelsberger, Pand. I § 17 ff.

Jeder Rechtserzeugungsakt besteht aus einem inneren und einem äußeren Vorgange: der Bildung einer Rechtsüberzeugung und ihrer Erklärung. Der innere Vorgang kann in mancherlei Hinsicht ungleich beschaffen sein: er kann sich in der Seele aller Gemeinschaftsglieder oder eines Theiles derselben oder vielleicht nur eines einzigen Repräsentanten der Gemeinschaft abspielen; ihm kann ein dunkles Gefühl oder bewusste Reflexion oder irgend ein Mittleres zu Grunde liegen; ihm kann eine schwächere oder stärkere Willensregung begleiten. Alle solche Unterschiede indess sind mehr oder minder flüchtig. Feste Unterschiede dagegen ergiebt bei dem äußeren Vorgange die ungleiche Form der Rechtserklärung. Auf ihnen beruht daher die Annahme von Arten der Rechtserzeugung, die man einander als verschiedene Rechtsquellen gegenüberstellt.

Vor Allem durchzieht das ganze Rechtsleben der Gegensatz zwischen ungesetztem und gesetztem (ungenau „ungeschriebenem“ und „geschriebenem“) Recht².

Das ungesetzte Recht wird durch Uebung, d. h. durch Handlungen, die seine Anwendung enthalten, erklärt. Nach seiner hierdurch bedingten äußeren Erscheinungsform heisst es Gewohnheitsrecht. Hier setzt sich also die im Bewusstsein einer Gemeinschaft gebildete Rechtsüberzeugung unmittelbar durch die Lebensbethätigung dieser Gemeinschaft in Rechtssätze um. Ursprünglich zwar nicht die alleinige, wohl aber die überwiegende Art der Rechtserzeugung, tritt diese Rechtsquelle auf höheren Kulturstufen in den Hintergrund, kann aber niemals ganz versiegen.

Das gesetzte Recht wird durch einen hierauf gerichteten Ausspruch, mithin durch Worte, die eine ausdrückliche Normsetzung enthalten, erklärt. Zwischen die Bildung der Rechtsüberzeugung und ihre Bethätigung durch Rechtsanwendung schiebt sich hier also eine förmliche Rechtsetzungshandlung ein, die nur innerhalb einer organisierten Gemeinschaft denkbar ist. In ihren Anfängen auch bei der

² Treffend charakterisirt Binding a. a. O. S. 198 ff. diesen Gegensatz durch den Hinweis auf die zwiefache Möglichkeit menschlicher Erklärung durch die Sprache und durch konkludente Handlungen. Allein indem er bei jedem Rechtssatz zwei verschiedene Erklärungen, die des „Rechtsgedankens“ und die des „Rechtswillens“, annimmt, gelangt er zu vier Formen, von denen zwei als „unvollständig gesetztes Recht“ zwischen Gesetz und Gewohnheitsrecht in der Mitte stehen sollen. In Wahrheit giebt es jedoch nur Eine entscheidende Rechtserklärung, die zugleich Gedanken- und Willenserklärung ist. Das Gesetz, das einem außer ihm erklärten Rechtsgedanken Gesetzeskraft verleiht, nimmt diesen als Bestandtheil auf; der in Worten erklärte Rechtssatz, der nicht zugleich als solcher gelten zu wollen erklärt, kommt erst durch Uebung zum verbindlichen Ausspruch.

einfachsten gesellschaftlichen Organisation und somit von jeher gegeben, pflegt die ausdrückliche Rechtsetzung an Kraft und Umfang in demselben Maße zu wachsen, in dem der Prozeß der Gemeinschaftsorganisation fortschreitet. Das gesetzte Recht ist zunächst der Ausdruck der Rechtsüberzeugung des zur Rechtsetzung berufenen Gemeinschaftsorgans. Eine gesunde Rechtspolitik fordert, daß es womöglich zugleich Ausdruck der Rechtsüberzeugung des Gemeinschaftsganzen sei. Doch kann es sich längere oder kürzere Zeit auch dann behaupten, wenn es dem allgemeinen Rechtsbewußtsein widerspricht. Es kann aber auch, indem es erziehend wirkt, nachträglich ein ihm entsprechendes allgemeines Rechtsbewußtsein heranbilden.

Innerhalb des ungesetzten Rechtes entwickeln sich mancherlei weitere Unterschiede durch die Differenzierung der Recht erzeugenden Gemeinschaftskreise. Der wichtigste Gegensatz entsteht, wenn ein besonderer Berufsstand die Handhabung des Rechtes übernimmt und hiermit zugleich einen Antheil an der Rechtserzeugung gewinnt. Dann tritt neben das Volksrecht ein Juristenrecht. Soweit der Juristenstand sein Rechtsbewußtsein aus volksthümlichen Quellen schöpft und seine Aufgabe in feinerer Durchbildung, reicherer Entfaltung und begrifflicher Klärung des aus der ganzen Volksgemeinschaft hervorgewachsenen Rechtes erblickt, wird das Juristenrecht gewissermaßen nur als die Blüthe des Volksrechts erscheinen. Allein ein Zwiespalt zwischen Juristenrecht und Volksrecht ist ausweislich unserer eignen Geschichte möglich und wird unvermeidlich eintreten, wo das juristische Bewußtsein überwiegend aus einem volksfremden Recht genährt wird.

Innerhalb des gesetzten Rechtes entsteht ein durchgreifender Gegensatz, sobald der Staat als souveränes Gemeinwesen alle anderen organisirten Gemeinschaften auf dem Rechtsgebiet überhöht. Denn hiermit rückt das vom Staat gesetzte Recht als Gesetz in eine übertragende Stellung, während das von irgend einem anderen Verbands gesetzte Recht als autonomische Satzung mit einem bescheideneren Platze vorlieb nehmen muß.

Im Folgenden haben wir von den einzelnen Arten der Rechtsquellen in ihrer besonderen Bedeutung für das deutsche Privatrecht zu handeln. Dabei ist den Verhältnissen der Gegenwart gemäß das gesetzte Recht voranzustellen und somit zunächst vom Gesetz und sodann von der autonomischen Satzung zu reden. Hierauf ist das Gewohnheitsrecht zu besprechen und schließlich nach der Stellung des Juristenrechts innerhalb des ungesetzten Rechtes zu fragen.

§ 18. Das Gesetz¹.

I. Begriff. Gesetz ist vom Staate gesetztes Recht. Da in Deutschland eine zwiefache Staatsgewalt besteht, tritt auch das Gesetz in der zwiefachen Gestalt von Reichsgesetz und Landesgesetz in die Erscheinung.

Der Staat setzt Recht durch das verfassungsmässig dazu berufene Staatsorgan. Welches Organ in jedem Falle handeln und in welchen Formen es verfahren muss, damit eine verbindliche Rechtsetzung des Staates vorliege, wird durch das Staatsrecht bestimmt.

Das moderne Staatsrecht konstituiert gewisse oberste Organe als spezifische Gesetzgebungsorgane. Das will sagen, dass diese Organe allein zur Ausübung der staatlichen Souveränität auf dem Gebiete der Rechtserzeugung und somit zur Rechtsetzung ohne höhere Kontrolle ermächtigt sind. Das Gesetzgebungsorgan des Reichs bilden Bundesrath und Reichstag, die aber an eine wesentliche Mitwirkung des Kaisers gebunden sind². In den monarchischen Einzelstaaten ist der durch eine zustimmende Landesvertretung verstärkte Landesherr, in den freien Städten Senat und Bürgerschaft Gesetzgebungsorgan³.

Ein neuerer Sprachgebrauch, der in Verfassungsurkunden über-

¹ Vgl. Beseler, D.P.R. § 18 ff.; Stobbe, D.P.R. I § 18; Roth, D.P.R. I § 42; Franken, D.P.R. § 5. — Wächter, Württ. P.R. II 55 ff.; Dernburg, Preufs. P.R. § 16 ff.; Pfaff u. Hofmann, Komm. I 126 ff. — H. A. Zachariae, Staatsr. § 155 ff.; Laband, Staatsr. I 512 ff.; H. Schulze, D. Staatsr. I 515 ff.; G. Meyer, Staatsr. § 155 ff.; Hänel, Staatsr. I 138 ff. — v. Martitz, Z. f. d. ges. Staatsw. XXXVI 241 ff.; G. Meyer, Z. f. d. P. u. ö. R. d. G. VIII 1 ff.; Rosin, Das Polizeiverordnungsrecht in Preussen, Breslau 1882; A. Arndt, Das Verordnungsrecht des Deut. Reichs u. s. w., Berlin und Leipzig 1884; E. Seligmann, Der Begriff des Gesetzes im materiellen u. formellen Sinn, Berlin u. Leipzig 1886; G. Jellinek, Gesetz u. Verordnung, Freiburg 1887; Hänel, Das Gesetz im formellen u. materiellen Sinne, Leipzig 1888 (in „Studien zum deutschen Staatsrecht“ II 97—354).

² R.V.U. Art. 5 mit Art. 17. Die ihm zustehende Landesgesetzgebung in Elsass-Lothringen kann das Reich zwar gleichfalls durch sein gewöhnliches Gesetzgebungsorgan ausüben, es besitzt aber für sie seit dem R.Ges. v. 2. Mai 1877 zunächst ein besonderes Gesetzgebungsorgan in dem mit Zustimmung des Bundesraths und des Landesausschusses handelnden Kaiser.

³ Ueber den abweichenden Rechtszustand in Mecklenburg, wo das landesherrliche Gesetzgebungsrecht hinsichtlich des Domaniums unbeschränkt, im Uebrigen dann, wenn *jura quaesita* der Stände berührt werden, an den Konsens, sonst nur an die Einholung des Raths der Stände gebunden ist, vgl. Böhlau, Meckl. L.R. I 286 ff. u. 290 ff.

gegangen ist, nennt „Gesetz“ jeden und nur den von solchen Gesetzgebungsorganen in den dafür vorgeschriebenen Formen („im Wege der Gesetzgebung“) vollzogenen Staatsakt. Hieraus ergibt sich ein formeller Gesetzesbegriff, der sich mit dem oben aufgestellten materiellen Gesetzesbegriff nicht deckt⁴.

Denn einerseits nehmen nun am Namen und an den formellen Eigenschaften des Gesetzes auch Verwaltungsakte Theil, die von den Gesetzgebungsorganen im Wege der Gesetzgebung vollzogen werden und zum Theil (wie bei der Aufstellung des Staatshaushaltsplanes oder der Aufnahme einer Anleihe) verfassungsmässig nur so vollzogen werden können.

Andrerseits werden Rechtsetzungsakte anderer Staatsorgane, obwohl sie materiell Gesetze sind, nicht Gesetze genannt. So vor Allem die als Verordnungen bezeichneten Erlasse oberer Verwaltungsorgane, insofern sie nicht bloß als sogenannte Verwaltungsverordnungen eine generelle Verwaltungsmaßregel verfügen, sondern als sogenannte Rechtsverordnungen einen Rechtssatz aussprechen⁵. Die Befugnis zu Rechtsverordnungen steht im Reiche allgemein dem Bundesrath, in vielen Einzelfällen auch dem Kaiser, dem Reichskanzler oder einer anderen Behörde zu⁶. Im monarchischen Einzelstaat gebührt sie dem Landesherrn, in der freien Stadt dem Senat⁷,

⁴ Die Unterscheidung von Gesetzen im materiellen und im formellen Sinn, um deren scharfe Durchführung sich namentlich Laband verdient gemacht hat, wird zwar von Manchen (wie v. Martitz a. a. O., Hänel a. a. O., Zorn in Hirths Annalen 1885 S. 301 ff., Arndt a. a. O. S. 5 ff., Seidler, Budget u. Budgetrecht, Wien 1885, S. 184 ff.) angefochten, muß aber als werthvolle Errungenschaft der deutschen Jurisprudenz festgehalten werden. Doch ist hier nicht der Ort, dies näher zu begründen.

⁵ Auch die Praxis des R.Ger. unterscheidet „Rechtsverordnungen“, die Normen erzeugen und somit revisibel sind (Seuff. XXXVIII Nr. 187, vgl. auch Entsch. Bd. VIII Nr. 120), und „Verwaltungsverordnungen“, die nicht revisibel sind (Entsch. Bd. XIII Nr. 61, XXII Nr. 51 S. 254). Ebenso das Obst.L.G. f. Bayern, Seuff. XXXIX Nr. 265. Vgl. auch R.Ger. XXXI 24.

⁶ Vgl. Laband I 600 ff., G. Meyer, Staatsr. I 494 ff. Dabei ist der Kaiser mehrfach an die Zustimmung des Bundesraths, der Reichskanzler an die Zustimmung des Bundesraths oder eines Bundesrathsausschusses gebunden. — Als Verordnungsorgane des Reichs fungiren oft auch kraft besonderer Delegation die Einzelstaaten durch ihre reichsgesetzlich oder mangels reichsgesetzlicher Anordnung landesgesetzlich bestimmten Organe; vgl. hierüber Laband I 605 ff.; Rosin a. a. O. S. 44 ff.; Hänel, Staatsr. I 266.

⁷ Die Verordnungsgewalt kann aber auch anderen Organen delegirt sein. Insbesondere sind in den meisten Staaten zahlreiche Verwaltungsbehörden zum Erlaß örtlicher „Polizeiverordnungen“ ermächtigt; Rosin a. a. O.; G. Meyer, Staatsr. § 160.

Der Umfang der Verordnungsgewalt ist durch das Staatsrecht verschieden begrenzt. Ueberall erstreckt er sich auf Ausführungsverordnungen, die das formelle Gesetzesrecht weder abändern noch auch nur in selbständiger Weise ergänzen, wohl aber entfalten und im gegebenen Rahmen ausfüllen können⁸. Darüber hinaus wird das Verordnungsgebiet durch die in einem Gesetz ertheilte generelle oder spezielle Ermächtigung oder auch durch einen Satz des Gewohnheitsrechts vielfach erweitert⁹. In den meisten Staaten endlich kann der Landesherr in dringenden Fällen einseitig eine Nothverordnung erlassen, die vorläufig gleiche Kraft wie ein formelles Gesetz hat¹⁰.

⁸ Die meisten einzelstaatlichen Verf.Urk. legen dem Landesherrn oder Senat das Recht zum einseitigen Erlaß von Ausführungsverordnungen ausdrücklich bei; vgl. z. B. Preufs. Art. 45, Sächs. § 87, Württ. § 89, Bad. § 66, Hess. Art. 78 u. s. w.; Lübeck. Art. 50 III, Brem. § 57 I, Hamb. Art. 61. Auch im Reiche aber steht zwar nicht dem Kaiser (wie v. Martitz, Böhlau u. A. annehmen), wohl aber dem Bundesrath (nach R.V.U. Art. 7) ein generelles derartiges Recht zu; so (ob schon mit verschiedener Begründung) Arndt a. a. O. S. 85 ff., G. Meyer, Staatsr. S. 495, E. Löning, Verwaltungsr. § 29, Hänel, Staatsr. I 279 ff.; A. M. Laband I 594 ff. — Vielfach wird jedoch in den einzelnen Reichs- und Landesgesetzen eine spezielle Ermächtigung zum Erlaß von Ausführungsvorschriften (und zwar in den Reichsgesetzen an sehr verschiedene Organe) ertheilt.

⁹ So wird mit der speziellen gesetzlichen Ermächtigung zum Erlaß einer Ausführungsverordnung oft zugleich die Befugniß delegirt, in bestimmten Punkten das Gesetz zu ergänzen oder gar abzuändern. Nach manchen Verf.Urk. kann der Landesherr überhaupt alle Rechtsvorschriften, die nicht die Freiheit der Person oder das Eigenthum der Staatsangehörigen betreffen oder die Verfassung ändern, einseitig erlassen; vgl. z. B. Bayr. Tit. 7 § 2, Weimar. § 4 Z. 6, Meining. § 85, Altenburg. § 201. Auf generellen gesetzlichen Ermächtigungen beruht heute fast durchweg die Befugniß zu Polizeiverordnungen; vgl. Preufs. Ges. v. 11. März 1850 § 5—6 u. 11, v. 30. Juli 1883 § 136—145 u. v. 12. Juni 1889 § 3, andere Gesetze b. G. Meyer, Verwaltungsr. I 76 ff. Zweifellos kann auch durch Gewohnheitsrecht die Zuständigkeit zur Aufstellung gewisser Arten von Rechtsvorschriften für ein Staatsorgan begründet oder (z. B. für den Landesherrn nach Einführung einer Verfassung) erhalten sein.

¹⁰ So nach Preufs. V.U. Art. 63, Sächs. § 88, Bad. § 66, Oldenb. Art. 137 u. s. w.; vgl. G. Meyer, Staatsr. § 161, dazu über Oesterreich Pfaff u. Hofmann I 134. Die Nothverordnung kann nur erlassen werden, wenn der Landtag nicht versammelt ist, und muß dem Landtag bei seinem nächsten Zusammentritt zur Genehmigung vorgelegt werden. Im Falle der Verweigerung der Genehmigung tritt die Verordnung nach manchen Verfassungen von selbst außer Kraft, nach anderen erst durch landesherrliche Wiederaufhebung. Wo nichts bestimmt ist, erlischt ihre Geltungskraft von selbst (doch ist dies sehr bestritten). — Im Reich besteht kein allgemeines Nothverordnungsrecht. Nur kann in Elsaß-Lothringen nach R.Ges. v. 25. Juni 1873 § 8 der Kaiser mit Zustimmung des Bundesraths Verordnungen mit interimistischer Gesetzeskraft erlassen.

II. Erfordernisse. Das Gesetz bedarf der gehörigen Bildung und des gehörigen Ausspruchs.

1. Die Gesetzesbildung erfolgt durch eine innere Aktion des dazu berufenen Staatsorganes. Sie schreitet durch Erwägungen und Entschliessungen, die ihrerseits wieder durch mannichfache Arbeiten von Hilfsorganen vorbereitet sein können, bis zur wörtlichen Feststellung einer die gewonnene Rechtsüberzeugung und den sie begleitenden Gesetzeswillen ausdrückenden Gesetzesfassung vor. Im Uebrigen entzieht sich dieser Vorgang insoweit, als er sich in einem einzelnen zur Rechtsetzung berufenen Menschen abspielt, dem Auge der Rechtsordnung. Wo dagegen, wie heute durchweg bei formellen Gesetzen, ein aus Versammlungen oder aus Versammlungen und Einzelnen zusammengesetztes Organ das Recht zu setzen hat, unterliegt auch der innere Vorgang des Einswerdens im Entschlusse verfassungsmässigen Normen¹¹.

2. Der Gesetzesauspruch erfolgt durch eine nach aussen gerichtete Erklärung, die in der öffentlichen Verkündigung (Publikation) des endgültig festgestellten Gesetzestextes besteht¹². Vor der

¹¹ In der Monarchie wird die Gesetzesbildung nothwendig erst durch einen abschliessenden und feierlich konstatirten freien Entschlusse des Landesherrn vollendet: die sogenannte Sanktion. Keineswegs aber ist für den Gesetzesbildungsvorgang überhaupt eine besondere Sanktion begrifflich nothwendig. Sie fehlt in den freien Städten, in denen das Vorhandensein übereinstimmender Beschlüsse des Senats und der Bürgerschaft genügt. Ebenso aber ist nach der D.R.V.U. Art. 5 die Uebereinstimmung der Mehrheitsbeschlüsse des Bundesraths und des Reichstags „zu einem Reichsgesetz erforderlich und ausreichend“. Wenn auf das Ansehen von Laband hin fast allgemein angenommen wird, dass es noch einer besonderen Sanktion durch den Bundesrath bedürfe, so ist diese durch die staatsrechtliche Praxis keineswegs bestätigte Ansicht gleichwohl vollkommen willkürlich. Noch weniger steht dem Kaiser eine Sanktionsbefugnis zu. Vielmehr findet eben überhaupt keine Sanktion statt. Vgl. Gierke, Z. f. d. P. u. v. R. d. G. VI 229 ff. — Besondere theils materielle theils formelle Erfordernisse der Beschlussfassung gelten überall für das Zustandekommen von verfassungändernden Gesetzen und zum Theil auch in anderen Fällen. Doch gehört dies Alles ins Staatsrecht.

¹² Von der „Publikation“ will Laband, Staatsr. I 522 ff. u. 549 ff., noch einen besonderen Akt der „Promulgation“ oder „Ausfertigung“ als begrifflich nothwendiges Stadium der Gesetzgebung unterscheiden; diesem Akte, den bei Reichsgesetzen der Kaiser, bei Landesgesetzen der Landesherr durch Unterzeichnung der Gesetzesurkunde vollziehen soll, legt er die Bedeutung einer formell unzweifelhaften Feststellung des verfassungsmässigen Zustandekommens des Gesetzes bei. Ebenso Zorn, Staatsr. I 114; Jellinek, a. a. O. S. 321 ff.; Hänel, Studien II 159 ff. Allein diese Ausfertigung ist nichts als ein integrierender Bestandtheil der Publikation; vgl. Gierke a. a. O. S. 230; H. Schulze, D. Staatsr. I 527; Seydel, Bayr. Staatsr. III 550 Anm. 2; G. Meyer, Staatsr. § 158 Anm. 8.

Verkündigung ist ein Gesetz noch nicht vorhanden, da bis dahin trotz aller etwaigen Publizität nur ein im Rechtssinne unausgesprochener innerer Entschluß des Gesetzgebers vorliegt. Die Verkündigung kann nur durch das verfassungsmässig dazu berufene Staatsorgan vollzogen werden, das sich keineswegs immer mit dem zur Gesetzesbildung berufenen Staatsorgan deckt. In Deutschland steht die Verkündigung der Reichsgesetze dem Kaiser, die der Landesgesetze den Landesherrn (in den freien Städten dem Senate) zu¹³.

Die Formen der Verkündigung haben vielfach gewechselt. Ursprünglich wurden die Gesetze durch mündlichen Ausspruch verkündigt. Auch nachdem die schriftliche Abfassung der Gesetze üblich geworden war, blieb ihre Verkündigung mündlich: Volksgesetze wurden durch Vortrag in der Volksversammlung, Königsgesetze durch Vorlesung im Reichstage publiziert¹⁴. Sodann wurden die Gesetze durch Verlesungen von den einzelnen Gerichtsstühlen und von den Kanzeln, von den städtischen Rathhäusern und auf dem Markte zu allgemeiner Kunde gebracht¹⁵. Vielfach wurden solche Verlesungen vor versammelter Gemeinde jährlich wiederholt¹⁶. Daneben sorgte man durch Verbreitung von Abschriften und zum Theil auch durch Anschläge an der Gerichtsstätte oder der Kirchenthür für Kundmachung der Gesetze. Diese älteren Formen erhielten sich zum Theil bis in die neuere und neueste Zeit im Gebrauch¹⁷. Praktisch wichtiger aber wurde seit der Erfindung der Buchdruckerkunst die bald allgemein übliche Veröffentlichung der Gesetze durch den Druck. Doch dauerte es lange Zeit, bis der Druck als unerläßliche Verkündigungsform anerkannt und damit der auf diesem Gebiete eingetretenen Unsicherheit und Verwirrung gesteuert wurde¹⁸. In unserem Jahrhundert gieng

¹³ R.V.U. Art. 17, Preufs. V.U. Art. 45, Bayr. Tit. 7 § 30, Sächs. § 87, Württ. § 172, Oldenb. Art. 140 u. s. w.; Brem. §. 57 l, Hamb. Art. 61.

¹⁴ Den eigentlich entscheidenden Publikationsakt bei den älteren Reichsgesetzen beschreibt Laband I 524, faßt ihn aber als „Promulgation“ in seinem Sinne (oben Anm. 12) auf.

¹⁵ Stobbe, Gesch. d. d. Rechtsq. II 223—224, D.P.R. I 140 ff.

¹⁶ So bei den ländlichen Weisthümern, bei vielen Stadtrechten und namentlich den städtischen „Bauersprachen“, aber auch bei Landrechten (z. B. noch Solms. L.R. II Art. 32); vgl. Stobbe, Gesch. d. R.Q. I 498, II 224, 230, D.P.R. I § 18 Anm. 5; Schröder, R.G. S. 652 u. 855.

¹⁷ Vgl. v. Wächter, Württ. P.R. I 375 ff., 723 ff., II 25 Anm. 7; Roth, Kurhess. P.R. I 66 u. 95—96; Steinacker, Braunsch. P.R. S. 14; Stobbe, D.P.R. § 18 Anm. 7 u. 10; auch noch Preufs. L.R. Einl. § 11.

¹⁸ Bei Gesetzen von geringerer Wichtigkeit oder kleinem Geltungsgebiet begnügte man sich immer noch mit schriftlicher Vervielfältigung und Anschlag; man

man noch einen Schritt weiter und erhob den Druck in einer vom Staate selbst herausgegebenen offiziellen Gesetzsammlung zur allein wirksamen Verkündigungsform¹⁹. Heute muß jedes Reichsgesetz im Reichsgesetzblatt, jedes Landesgesetz in einem besonderen Landesgesetzblatt veröffentlicht sein, um als Gesetz zu gelten²⁰. Nur bei bloßen Verordnungen ist zum Theil eine andere Verkündigungsform zulässig²¹.

III. Kraft. Durch die Verkündigung erlangt das Gesetz für sein Rechtsgebiet die Kraft einer verbindlichen Rechtsnorm.

1. Den Zeitpunkt, von dem an diese Kraft eintritt, kann jedes Gesetz sich selbst setzen. Es kann sofort mit dem Augenblick seiner Veröffentlichung Geltungskraft fordern²²; es kann umgekehrt, wie dies bei sehr umfangreichen oder stark neuernden Gesetzen, mit denen sich das Volk erst vertraut machen soll, zu geschehen pflegt, den Zeitpunkt seines Inkrafttretens weit hinausschieben²³. Schweigt es, so tritt es mangels anderer Regel in dem Augenblick wirklich erfolgter „Bekanntmachung“ in Kraft, somit dann, wenn der Gesetzesauspruch nicht bloß gethan, sondern auch zur Kunde der Gemeinschaft, an die er sich richtet, gelangt ist²⁴. Neuerdings sind indess vielfach durch generellen Rechtssatz für die Geltungskraft der ohne

hielt aber sogar die bloße Zufertigung an die Behörden für ausreichend, vgl. Roth a. a. O. S. 66 u. 80 u. über die kursächs. „constitutiones separatae“ Schletter S. 86.

¹⁹ Amtliche Gesetzsammlungen wurden z. B. in Württemberg 1807, in Preußen 1810, in Waldeck 1811, in Braunschweig 1814, in Kurhessen 1815, im K. Sachsen 1818, im Großh. Hessen 1819, in Oesterreich 1849 begründet. Doch wurde nicht überall sofort der Druck in der Gesetzsammlung für unerlässlich erklärt. In Preußen geschah dies erst durch das Ges. v. 3. Apr. 1846 § 1.

²⁰ Für Reichsgesetze bestimmt dies sogar die Verf. Urk. Art. 2.

²¹ So namentlich bei Polizeiverordnungen; vgl. z. B. Preuss. Ges. v. 26. Juli 1880 § 76 ff. (Veröffentlichung durch das Amtsblatt). In Ermangelung einer gesetzlichen Vorschrift muß jedoch die Publikation in der für Gesetze geltenden Form erfolgen; Laband, Staatsr. I 611 ff., Seligmann a. a. O. S. 165, Jellinek a. a. O. S. 394, G. Meyer, Staatsr. § 159; anderer Ansicht E. Loening a. a. O. S. 239, Arndt a. a. O. S. 182 ff., Seydel a. a. O. III 612.

²² Dies haben z. B. viele Reichsgesetze, wie das Gesetz über die Aufhebung der Schulhaft, das ehemalige Sozialistengesetz, die Zollgesetze, gethan; weitere Beispiele b. Laband I 586 Anm. 3.

²³ Die Bestimmung des Zeitpunkts kann auch einer Verordnung überlassen werden; Beispiele b. Laband I 584 Anm. 3—4.

²⁴ So ist offenbar auch das Preuss. L.R. Einl. § 10 (in Verbindung mit § 11) zu verstehen. Ebenso Sächs. Gb. § 1. Unrichtig substituieren G. Meyer, Staatsr. S. 470, u. Roth, D.P.R. § 50 Anm. 5, den Tag der Ausgabe der Gesetzsammlung; ebenso Gengler, D.P.R. S. 19, der aber eine Ermäßigung hinzufügt.

eigne Fristsetzung publizirten Gesetze feste Anfangstage bestimmt, an deren Eintritt ursprünglich freilich nur eine Vermuthung der Gemeinkundigkeit geknüpft wurde²⁵, jetzt aber meist eine absolute Wirkung geknüpft wird²⁶. Dabei wird in älteren Gesetzen für die einzelnen Zonen des Rechtsgebiets eine nach der Entfernung von der Hauptstadt ungleich bemessene Frist gewährt²⁷. Neuere Gesetze dagegen setzen einen einheitlichen Tag fest²⁸. Für deutsche Reichsgesetze ist dies der vierzehnte Tag nach Ablauf des Tages, an dem das betreffende Stück des Reichsgesetzblattes in Berlin ausgegeben worden ist²⁹.

2. Sobald das Gesetz in Kraft getreten ist, verbindet es Jedermann, auf den sich seine Herrschaft erstreckt. Gleichgültig ist, ob der Einzelne wirklich von ihm Kenntniss erlangt hat oder auch nur erlangen konnte, ob er es richtig verstanden, ob im Gedächtniss bewahrt hat. In diesem Sinne gilt der römische Satz „ignorantia juris nocet“ auch heute und ist unentbehrlich³⁰. Seine Grundlage ist

²⁵ So nach Code civ. Art. 3 mit Art. 1 Abs. 2, weshalb trotz Ablaufes der hier gesetzten Fristen das Gesetz da nicht in Kraft tritt, wohin es gar nicht gelangt sein kann. Ebenso nach der Preufs. Deklar. v. 14. Jan. 1818 u. dem Sächs. Ges. v. 6. Sept. 1834, die umgekehrt ausdrücklich bestimmen, daß Jeder, dem das Gesetz vor dem festgesetzten Termin (von 8 resp. 15 Tagen) bekannt wird, schon früher gebunden sein soll.

²⁶ So schon nach dem Preufs. Ges. v. 3. Apr. 1846 § 2—3. Ebenso nach dem geltenden Reichsrecht. Das Gesetz ist also vor dem entscheidenden Zeitpunkt für Niemanden verbindlich, tritt aber mit demselben auch da in Geltung, wo es unmöglich gemeinkundig geworden sein kann; vgl. Laband, Staatsr. I 586; Binding, Strafr. I 227 ff.

²⁷ Cod. civ. Art. 1; Bad. L.R. Art. 1 u. 1^a; Preufs. Ges. v. 3. Apr. 1846 § 2.

²⁸ So treten preussische Gesetze jetzt nach dem Ges. v. 16. Febr. 1874 am 14. Tage nach Ausgabe der Gesetzsammlung in Berlin in Kraft; bei Polizeiverordnungen beträgt die Frist nach dem Ges. v. 26. Juli 1880 acht Tage nach Ausgabe des Amtsblattes. Auch im K. Sachsen gilt nach Ges. v. 1. Mai 1884 jetzt der 14. Tag als Anfangstag. Ebenso in Hessen (V. v. 4. Juni 1819). In Koburg-Gotha (V.U. § 110) ist der 4., in Sondershausen (Ges. v. 13. März 1850) u. Reufs ä. L. (Ges. v. 28. Jan. 1852) der 6., in Braunschweig (V. v. 5. Jan. 1814), Rudolstadt (Ges. v. 24. Febr. 1850) u. Reufs j. L. (Ges. v. 2. Jan. 1849) der 8., in Oesterreich (Pat. v. 27. Dez. 1852 § 8) der 45. Tag entscheidend.

²⁹ R.V.U. Art. 2. Dieser Termin gilt aber nicht für das Ausland; hier treten in den Konsulargerichtsbezirken die Gesetze (Reichsgesetze wie preussische) nach 4 Monaten in Kraft (R.Ges. v. 10. Juli 1879 § 47); im Uebrigen muß eine den Umständen angemessene Frist angenommen werden (vgl. Laband I 588; a. M. Binding, Strafr. I 229).

³⁰ Ausdrücklich sprechen ihn das Preufs. L.R. Einl. § 12 u. das Oesterr. Gb. § 2 aus. — Ueber die Verwirrung, die in dieser Frage durch die Steigerung des

nicht etwa eine Fiktion allgemeiner Gesetzeskenntnis, sondern der Gedanke, daß im Gesetzesrecht nur in Worte gefaßt ist, was im Rechtsbewußtsein eines Jeden lebt oder leben sollte⁸¹. Darum aber darf auch dieser Satz nicht starr durchgeführt werden, muß vielmehr Ausnahmen erleiden, wo seine Anwendung dem ihm zu Grunde liegenden Gedanken geradezu widerspräche⁸². Dagegen sind die in der gemeinrechtlichen Praxis theilweise noch festgehaltenen römischrechtlichen Ausnahmen zu Gunsten gewisser Personenklassen den neueren deutschen Gesetzbüchern fremd⁸³.

IV. Anwendung. Die Gesetze werden gleich allem Recht von Jedem, der in öffentlicher oder privater Eigenschaft sie als Richtschnur des Handelns befolgt, irgendwie „angewandt“. Ihre spezifische Anwendung aber ist Sache der Gerichte, die als staatliche Rechtsprechungsorgane berufen sind, bei der ihnen obliegenden Ordnung von Lebensverhältnissen das Recht und nichts als das Recht zu verwirklichen. Darum soll der Richter die Gesetze, wie das objektive Recht überhaupt, kennen oder sich die ihm mangelnde Kenntniß durch Nachforschung von Amts wegen verschaffen: *jura novit curia*⁸⁴.

Hieraus folgt für den Richter Recht und Pflicht, vor der Anwendung eines Gesetzes dessen Gültigkeit zu prüfen. Denn nur das gültige Gesetz ist in Wirklichkeit Recht, ein ungültiges Gesetz trägt nur den äußeren Schein des Rechtes. Der Richter hat daher zu untersuchen, ob die beiden Erfordernisse eines Gesetzes vorhanden sind.

1. Zunächst muß er die gehörige Verkündigung des Gesetzes feststellen. Bei neueren Gesetzen wird dieselbe nicht leicht zweifelhaft sein. Dagegen kann bei älteren Gesetzen eine genaue

richtigen Satzes zu dem Satze, daß jeder Rechtsirrtum „unentschuldbar“ sei, entstanden ist, vgl. K. Adler, Jahrb. f. D. XXXIII 149 ff.

⁸¹ Um so mehr muß er auch für das Gewohnheitsrecht gelten; R.Ger. XIV Nr. 26. Für das preussische Recht wird dies indess in einem Erk. d. R.Ger. v. 9. März 1887 Bd. XVIII Nr. 54 verneint.

⁸² Vgl. Erk. des O.L.G. Braunschweig b. Seuff. XLIV Nr. 3, wo Rechtsirrtum nachgesehen wird, wenn er durch falsche Auskunft einer um Belehrung angegangenen staatlichen Autorität erzeugt ist. Ferner Seuff XLIX Nr. 79. Vgl. auch K. Adler a. a. O. S. 212 ff.

⁸³ In der gemeinrechtlichen Praxis wird allgemein noch das Privileg der Minderjährigen und der Frauen, meist aber auch das der „rustici“ anerkannt; vgl. Seuff. VIII Nr. 140 u. 141, IX Nr. 232, X Nr. 208, XV Nr. 173, XXII Nr. 149, XLXVI Nr. 102. Richtiger wird b. Seuff. XIX Nr. 91 die heutige Anwendbarkeit der Sätze über *rustici* verneint.

⁸⁴ Vgl. Regelsberger, Pand. I § 33.

Prüfung erforderlich werden⁸⁵. So z. B. bei preussischen Cabinetsordres aus früherer Zeit, die insoweit, als sie nicht publizirt worden sind, nicht als Rechtsetzungen behandelt werden dürfen⁸⁶. Auch bei fremden Gesetzen wird oft eine Nachforschung nothwendig.

2. Der Richter hat aber weiter das gehörige Zustandekommen des Gesetzes zu prüfen. Er hat das Gesetz nur anzuwenden, wenn es von dem verfassungsmässig zuständigen Organ auf verfassungsmässigem Wege gebildet ist. Somit muß er insbesondere, wo ein Gesetz im formellen Sinne erforderlich ist, sich davon überzeugen, ob wirklich die Uebereinstimmung der verschiedenen Faktoren des Gesetzgebungsorganes vorliegt, ob also das Reichsgesetz durch übereinstimmende Beschlüsse des Bundesraths und des Reichstags, das Landesgesetz unter Zustimmung der Landesvertretung zu Stande gekommen ist. Soll er eine Verordnung als Gesetz im materiellen Sinne anwenden, so muß er nicht bloß prüfen, ob sie das zuständige Organ erlassen, sondern auch, ob dieses Organ hierbei die Grenzen der Verordnungsgewalt innegehalten hat. Endlich hat er bei jedem Landesgesetz, mag es Gesetz im formellen Sinne sein oder nicht, seine Prüfung auch darauf zu erstrecken, ob die der Landesgesetzgebung durch die Reichsgesetzgebung gezogenen Grenzen gewahrt sind.

Das „richterliche Prüfungsrecht“ hat indess folgende Schranken:

a. Insoweit das Gesetzgebungsorgan von der ihm anvertrauten staatlichen Souveränität Gebrauch macht, bindet es alle anderen Staatsorgane und somit auch die Gerichte. Darum gebührt dem Richter einem formellen Reichsgesetz gegenüber keinerlei Prüfung, ob dasselbe sich innerhalb des Zuständigkeitsbereiches der Reichsgesetzgebung hält; vielmehr hat er, da das Reich die Zuständigkeit zur endgültigen Entscheidung über seine eigne Zuständigkeit besitzt, diese seine „Kompetenz-Kompetenz“ aber durch sein Gesetzgebungsorgan ausübt, auch das offenbar usurpatorische Reichsgesetz anzuwenden⁸⁷. Dem Landesgesetz gegenüber fällt diese Schranke des richterlichen Prüfungsrechtes insoweit weg, als es sich um die Begrenzung der einzelstaatlichen Gesetzgebungsgewalt durch die ihr übergeordnete Reichsgewalt handelt; in jeder anderen Richtung dagegen ist auch hier, sobald ein Gesetz im formellen Sinne vorliegt, die Zuständigkeitsfrage der richterlichen Kognition entzogen⁸⁸.

⁸⁵ Seuff. XLV Nr. 159; Stobbe, D.P.R. I 148; Böhlau, Meckl. L.R. I 304. — Bei Verordnungen können auch heute Zweifel auftauchen; oben Anm. 21.

⁸⁶ R.Ger. XVI Nr. 16, XXII Nr. 15 (nur als Verwaltungsverordnungen können sie wirken).

⁸⁷ Hänel, Staatsr. I 792.

⁸⁸ Daher hat der Richter die materielle Verfassungsmässigkeit eines Landes-

b. Wenn die Verkündigungsformel bemerkt, daß die erforderliche Mitwirkung bestimmter Organe, z. B. des Bundesraths und des Reichstags oder beider Häuser des Landtags stattgefunden habe, so wird dadurch eine Vermuthung begründet³⁹. Eine Widerlegung ist möglich, da ja ein Irrthum nicht ausgeschlossen ist. Der Richter wird aber nur auf besonderen Anstoß in eine Untersuchung eintreten⁴⁰.

c. Soweit ein Staatsorgan kraft einer ihm verfassungsmäßig zustehenden Befugniß, über das Vorhandensein der Erfordernisse seiner Beschlußfassung selbst zu entscheiden, das Zustandekommen eines gültigen Beschlusses gehörig konstatiert hat, steht dem Richter keine Nachprüfung zu. Denn hier liegt bereits eine rechtskräftige Entscheidung vor. In bedeutendem Umfange ist daher durch das moderne Staatsrecht (vermöge der sogenannten „parlamentarischen Autonomie“) der Richter bei Beschlüssen gesetzgebender Versammlungen jeder Nachprüfung in Fragen der Beschlußfähigkeit, der Stimmenmehrheit, der Verhandlungsformen u. s. w. enthoben⁴¹.

d. Schließlich kann das richterliche Prüfungsrecht durch einen ausdrücklichen Rechtssatz eingeschränkt sein. Dies geschieht durch mehrere Verfassungsurkunden, an der Spitze die preussische, deren Art. 106 lautet: „Die Prüfung der Rechtsgültigkeit gehörig verkündeter königlicher Verordnungen steht nicht den Behörden, sondern nur den Kammern zu“⁴². Hiermit ist dem Richter die Kognition

gesetzes nicht zu prüfen. Wohl aber erstreckt sich sein Prüfungsrecht auf die Frage, ob ein verfassungänderndes Gesetz unter Wahrung der für Verfassungsänderungen geltenden formellen Vorschriften zu Stande gekommen ist. Vgl. Seuff. XXXII Nr. 101, Brie, Arch. f. öff. R. VI 61, Regelsberger, Pand. I 136. A. M. R.Ger. IX Nr. 62 S. 235 ff., Laband I 558. Weitere Litt. b. G Meyer, Staatsr. § 173 Anm. 7, Brie a. a. O. Anm. 201. — Wo es, wie in den Vereinigten Staaten von Nordamerika, über den gewöhnlichen Gesetzgebungsorganen besondere verfassunggebende Organe giebt, ergreift das richterliche Prüfungsrecht auch die materielle Verfassungsmäßigkeit gewöhnlicher Gesetze.

³⁹ Dies gilt auch hinsichtlich der besonderen Erfordernisse einer Verfassungsänderung. Bei verfassungändernden Reichsgesetzen entzieht sich ohnehin die Frage, ob die Vorschriften des Art. 78 der R.V.U. gewahrt sind, jeder richterlichen Untersuchung, da die Sitzungen des Bundesraths nicht öffentlich sind.

⁴⁰ Wo dagegen in der Verkündigungsformel der Vermerk fehlt, muß der Richter jedesmal feststellen, ob gleichwohl die Mitwirkung der berufenen Organe stattgefunden hat; so z. B. bei den bisher in ungehöriger Weise ohne Erwähnung der auf Grund Art. 11 Abs. 3 der R.V.U. erfolgten Mitwirkung von Bundesrath und Reichstag im Reichsgesetzblatt veröffentlichten Staatsverträgen des Deutschen Reichs; vgl. Laband, Staatsr. I 664 ff.; Schulze, D. Staatsr. II 331.

⁴¹ Vgl. Brie a. a. O. S. 53 Anm. 172, S. 54 Anm. 174 u. S. 58 ff.

⁴² Uebereinstimmend Oldenb. V.U. Art. 141 § 2, Braunsch. § 100, Rudolst. § 26, Sondersh. § 41, Reufs j. L. § 107. Aehnlich Waldeck § 94 (wo indess der

darüber entzogen, ob es zu einer königlichen Verordnung etwa der Mitwirkung des Landtages bedurft hätte. Doch hat ein derartiger Rechtssatz des Einzelstaatsrechtes nicht nur für die Frage nach dem richterlichen Prüfungsrecht bei Gesetzen und Verordnungen des Reiches keine Bedeutung, sondern ist auch, da Reichsrecht dem Landesrecht vorgeht, auf die Gesetze und Verordnungen des Einzelstaats insoweit unanwendbar, als die Grenzen der Zuständigkeit der Landesgesetzgebung im Verhältniß zur Reichsgesetzgebung in Frage kommen. Auch der preussische Richter hat daher eine gehörig verkündete königliche Verordnung als nichtig zu behandeln, wenn er sich überzeugt, daß sie dem Reichsrecht widerspricht.

Eine ältere Meinung, die auch heute Anhänger zählt, erblickt in dem Satz der preussischen Verfassungsurkunde den Ausdruck eines gemeingültigen Prinzips des deutschen Staatsrechtes und verneint damit grundsätzlich überhaupt den Beruf des Richters zur Prüfung des verfassungsmäßigen Zustandekommens der Gesetze⁴³. Doch hat die deutsche Rechtswissenschaft sich in der Mehrzahl ihrer Vertreter stets zu Gunsten des richterlichen Prüfungsrechtes ausgesprochen⁴⁴. Ebenso

Wortlaut die Prüfung des Vorhandenseins der ständischen Zustimmung den Gerichten vorzubehalten scheint). — Das Oesterr. Staatsgrundges. Art. 7 untersagt den Gerichten „die Prüfung der Gültigkeit gehörig kundgemachter Gesetze“, wahrt ihnen dagegen die Entscheidung „über die Gültigkeit von Verordnungen“; vgl. Pfaff u. Hofmann, Komm. I 132 ff.

⁴³ Vgl. bes. Linde, Arch. f. c. Pr. XVI 305 ff.; Bischof, Z. f. C.R. u. Pr. N. F. XVI 235 ff., 385 ff., XVII 104 ff., 253 ff., 448 ff., XVIII 129 ff., 302 ff., 393 ff.; Martin, Der Umfang des landesrichterlichen Prüfungsrechtes u. s. w., Celle 1865; Böhlau, Meckl. L.R. I § 50 (jedoch mit abweichendem Ergebniss für Bundesgesetze). Ferner innerhalb der Tragweite seiner Lehre, daß die „Promulgation“ eine unanfechtbare Konstatirung des verfassungsmäßigen Zustandekommens sei, Laband, Staatsr. I 551 ff.; ebenso Zorn, Staatsr. I 116, und mit erweiterter Begründung (unter willkürlicher Hineinlegung eines Rechtsprechungsaktes in die „Sanktion“ oder „Ausfertigung“) Jellinek a. a. O. S. 396 ff. Aehnlich auch Seydel, Bayr. Staatsr. III 551 ff. — Weitere Gegner des richterlichen Prüfungsrechtes führt G. Meyer, Staatsr. § 173 Anm. 3 u. 5 an.

⁴⁴ Vgl. bes. K. S. Zachariae, Arch. f. c. Pr. XVI 142 ff.; Gneist in den Verh. des IV. deut. Juristent. I 212 ff.; G. Planck, Jahrb. f. Dogm. IX 288 ff.; Gierke in Schmollers Jahrb. VII 1187 ff.; S. Brie, Arch. f. öff. R. IV 58 ff.; E. Meier s. v. „Prüfungsrecht“ in Holtzendorffs Rechtslexikon. — H. A. Zachariae, Staatsr. II § 175 Anm. 11; H. Schulze, D. Staatsr. I § 200; Gerber, Grundzüge des deut. Staatsr. (3. Aufl. 1880) § 49; G. Meyer, Staatsr. § 173; Sarwey, Württ. Staatsr. II 99 ff.; Arndt a. a. O. S. 215 ff.; Rosin a. a. O. S. 188 ff. — Puchta, Pand. § 15; Windscheid, Pand. § 14 Anm. 2; Dernburg, Pand. § 25; Regelsberger, Pand. I § 84. — Beseler, D.P.R. § 19; Stobbe, D.P.R. § 26 II; Roth, D.P.R. I § 48; Gengler, D.P.R. § 9 S. 18;

ist dasselbe in der Praxis der deutschen Gerichte und namentlich auch des Reichsgerichts zur Anerkennung gelangt⁴⁵.

V. Auslegung. Die Feststellung des Inhaltes der Gesetze, insoweit Zweifel entstehen, erfolgt durch richterliche Auslegung.

Die Regeln über die Auslegung, die zum Theil weniger durch positive Rechtssätze, als durch die Denkgesetze bestimmt werden, sind an sich für römisches und deutsches Recht dieselben⁴⁶. Grammatistische und logische, restriktive und extensive Interpretation spielen hier wie dort die gleiche Rolle. Doch wird ein Unterschied in den verschiedenen Zeitaltern dadurch begründet, daß ursprünglich die Auslegung am ausgesprochenen Worte zu kleben, bei höherer Entwicklung der Rechtswissenschaft dem Gedanken des Gesetzes nachzugehen pflegt. Die freieste Auslegung wurde der gemeinrechtlichen Jurisprudenz bei der Behandlung der römischen Quellen, die als geltendes Gesetzesrecht dargestellt und gleichwohl den Bedürfnissen des Lebens angepaßt werden sollten, durch die Macht der Umstände aufgenöthigt. In Folge hiervon entwickelte sich eine Auslegungskunst, die auch vor dem Gedanken des Gesetzes nicht Halt machte, sondern in das Gesetz den eignen Gedanken hineinzulegen wußte. Dieser Mißbrauch der Auslegungsfreiheit rief eine Gegenströmung hervor, die ihren Ausdruck in den die Auslegung beschränkenden Bestimmungen neuerer Gesetzbücher fand⁴⁷. Am weitesten gieng das preussische Landrecht, das dem Richter überhaupt die selbständige Lösung von Zweifeln über den Gesetzesinhalt verbot und ihn vielmehr

Franken, D.P.R. S. 38 ff. — Reyscher, Württ. P.R. I § 63 Anm. 9; Wächter, Württ. P.R. II § 7; Roth, Bayr. C.R. I § 13; Dernburg, Preufs. P.R. § 19 Anm. 4; Förster-Eccius, Preufs. P.R. § 9 Anm. 4; Pfaff u. Hofmann a. a. O. S. 133 Anm. 29.

⁴⁵ Erk. des O.A.G. Lübeck b. Seuff. IV Nr. 250, XXVI Nr. 99, XXXII Nr. 101; Mittheilungen aus der kurhess., bayr., sächs. u. württ. Praxis ib. IV Nr. 250 u. V Nr. 225; Bayr. Bl. f. Rechtsanw. V 152 ff., VI 157, IX 225; Post, Brem. P.R. III 55; Bierer, Württ. P.R. § 9. — Erk. des R.Ger. v. 17. Febr. 1883 Seuff. XXXVIII Nr. 199. — Hinsichtlich kaiserlicher Verordnungen R.Ger. Entsch. XXIV Nr. 1.

⁴⁶ Vgl. bes. Beseler, D.P.R. § 24—25; Stobbe, D.P.R. I § 26; Roth, D.P.R. I § 49. — Windscheid, Pand. I § 20—26; Dernburg, Pand. I § 34—38; Regelsberger, Pand. § 35—38. — Zachariae, Französ. C.R. I § 38—41; Wächter, Württ. P.R. II § 23—26; Förster-Eccius, Preufs. P.R. I § 12; Unger, Oesterr. P.R. § 14; Pfaff u. Hofmann, Komm. I 166 ff.

⁴⁷ Vgl. Pfaff u. Hofmann a. a. O. S. 168 ff., insbesondere über die Beschränkungen der Auslegung im Josephin. Gesetzb. I § 24—27 u. anderen österr. Gesetzen des vor. Jahrh., mit denen aber schon das westgaliz. Gb. I § 18—19 brach.

auf Anfragen bei der Gesetzeskommission verwies⁴⁸. Schon nach wenigen Jahren mußte man diesen unerhörten Knebelungsversuch aufgeben⁴⁹. Doch blieb bis heute die am preussischen Landrecht geschulte Auslegung buchstäblicher und engherziger, als mit einer gesunden Praxis verträglich ist. Würdiger faßt das französische Gesetzbuch die Stellung des Richters auf⁵⁰.

Ein wichtiges Auslegungsmittel moderner Gesetze bilden die meist massenhaft veröffentlichten Gesetzesmaterialien: Entwürfe, Motive, Kommissionsprotokolle, Parlamentsverhandlungen u. s. w. Doch darf von ihnen nur in vorsichtiger und freier Weise Gebrauch gemacht werden⁵¹. Die durch handwerksmäßige Kommentare geförderte mißbräuchliche Benützung derartiger Materialien als unmittelbarer Entscheidungsquellen bedroht unsere Praxis mit einer neuen Form der geistigen Unfreiheit und Verödung. Allerdings läßt sich das Gesetz vom Gesetzgeber nicht völlig lösen⁵². Allein unter allen Umständen darf der Gedanke des Gesetzgebers nicht mit dem Gedanken einzelner bei der Abfassung des Gesetzes beteiligter Personen verwechselt werden⁵³. Und überdies ist auch der erkennbare Gedanke des Gesetzgebers nur ein Hilfsmittel für die Erfassung des Gedankens des Gesetzes, der oft sich keineswegs in dem in das Bewußtsein der Gesetzgebungsorgane getretenen Inhalt erschöpft, sondern aus tieferen und dunkleren Schichten des Gemeinbewußtseins mit einem erst allmählich sich enthüllenden Gehalt emporsteigt⁵⁴.

⁴⁸ Einl. § 47—48; dazu Publ. Pat. Art. XVIII, wo sogar die Erklärung des Landrechts aus älteren Quellen, also aus seinen eigenen geschichtlichen Grundlagen, verboten wird!

⁴⁹ Anh. 2 zu Einl. § 48 (Cab.O. v. 8. März 1798). Doch wird dem Richter noch die Pflicht auferlegt, die vermeinte Dunkelheit dem Chef der Justiz anzuzeigen. Dieselbe Pflicht hat er nach Einl. § 50, wenn er eine Lücke entdeckt.

⁵⁰ Code civ. Art. 4 (Le juge, qui refusera de juger sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice). Ein Ges. v. 24. Aug. 1790 t. II a. 12 hatte auch hier den Richter an die gesetzgebende Versammlung gewiesen. — Vgl. Oesterr. Gb. § 6—7; Sächs. Gb. § 22—27.

⁵¹ Vgl. Pfeiffer, Prakt. Ausf. VI 136 ff.; Dernburg, Preuss. P.R. I § 17; Stobbe, D.P.R. I 196 ff.; Pfaff u. Hofmann I 186 ff.; Kohler, Z. f. d. P. u. d. R. d. G. XIII 1 ff.; Regelsberger, Pand. I 150 ff.

⁵² Zu weit geht hierin Kohler a. a. O.

⁵³ Vgl. Entsch. des R.Ger. XVI Nr. 19 S. 94 ff., XXIV Nr. 10 S. 50, sowie Str.S. X Nr. 70 S. 226 ff. (selbst die erweisbare Ansicht der Reichstagsmehrheit ist nicht entscheidend). Vgl. auch Seuff. XIII Nr. 203.

⁵⁴ Sehr gute Ausführungen über die Nothwendigkeit der Auslegung des Gesetzes aus dem in ihm selbst sich offenbarenden Gedanken finden sich im Erk. des

Möglich ist die Auslegung eines zweifelhaften Gesetzes durch ein neues Gesetz („authentische Interpretation“)⁵⁵; möglich auch durch Gewohnheitsrecht („Usualinterpretation“)⁵⁶. In beiden Fällen aber liegt, obschon der Sache nach Auslegung, der rechtlichen Form nach selbständige Rechtserzeugung vor.

Umgekehrt verhält es sich bei der Analogie, die zwar der Sache nach Rechtserzeugung ist, jedoch der rechtlichen Form nach Auslegung bleibt⁵⁷. Denn die Analogie gelangt zwar, indem sie das Gesetz nicht bloß erklärt, sondern entfaltet, zu neuen Rechtssätzen. Allein sie tritt nicht als deren Schöpferin auf, sondern entnimmt sie dem geltenden Recht als in ihm bereits enthaltene und nur bisher verborgene Normen⁵⁸. Ihr liegt die Anschauung zu Grunde, daß die bestehende Rechtsordnung in ihrem systematischen Zusammenhange alle denkbaren Lebensverhältnisse umspannt und daß daher nur ihr voller Gedankengehalt entdeckt zu werden braucht, damit jede scheinbare Lücke sich schliesse⁵⁹. Darum haben auch die durch Analogie

R.Ger. v. 25. Nov. 1886 XVI Nr. 19 (bes. S. 102); vgl. auch Erk. v. 2. Febr. 1889 XXIV Nr. 10 S. 49—50. — Dazu Kohler a. a. O., Wach, Civilproz. I 254 ff., Binding, Strafr. I 454 ff., Stobbe I § 26 A. 4—5.

⁵⁵ Vgl. Preufs. L.R. Einl. § 15; Sächs. Gb. § 21; Savigny, Syst. VIII 511 ff.; Unger, Oest. P.R. I 97 ff.; Bremer, Jahrb. des gem. R. II 263 ff.; Dernburg, Pand. I § 37; Regelsberger, Pand. I 142.

⁵⁶ Wächter, Württ. P.R. II § 25; Dernburg a. a. O.; Seuff. V Nr. 100, XVII Nr. 113, XVIII Nr. 203, XXIII Nr. 224.

⁵⁷ Die Zulässigkeit der Analogie ist für das Gebiet des Privatrechts unbestritten und in den neueren Gesetzbüchern ausdrücklich anerkannt; vgl. Preufs. L.R. Einl. § 49, Oest. Gb. § 7, Sächs. Gb. § 25—26. Dagegen ist das Wesen der Analogie sehr bestritten. Manche sehen in ihr keine Art der Auslegung, sondern eine besondere Form der Rechtserzeugung; vgl. Beseler, D.P.R. § 25 S. 72—73, Thöl, Einl. § 66, Dernburg, Pand. I § 38, Kohler a. a. O. 48 ff., Binding, Strafr. § 46; Andere halten streng an dem Begriff der Auslegung fest; vgl. Savigny, Syst. I § 46, Windscheid, Pand. § 22—23, Gengler, D.P.R. § 10; vermittelnd Pfaff u. Hofmann I 190 ff.; Regelsberger, Pand. § 38. Die in der Doktrin übliche Unterscheidung zwischen „Gesetzesanalogie“ und „Rechtsanalogie“, die Entw. I § 1 sogar an die Spitze des deutschen Gesetzbuches stellen wollte (vgl. Gierke Entw. S. 119 ff.), hat nur quantitative Bedeutung und ist ziemlich unfruchtbar; vgl. Kohler a. a. O. S. 49 Anm. 127, Binding a. a. O. S. 217.

⁵⁸ Analoge Anwendung fordert aber nicht bloß das Gesetzesrecht, sondern auch das Gewohnheitsrecht.

⁵⁹ Diese Anschauung hat freilich nur dann eine innere Berechtigung, wenn die Rechtsordnung als ein aus Gesetzes- und Gewohnheitsrecht in ebenmäßiger Weise zusammengefügtes Ganze erscheint. Wird dagegen das Gewohnheitsrecht verkümmert oder ganz abgewiesen und für irgend ein Gesetzbuch, sei dies nun das Corpus juris oder eine moderne Kodifikation, die Kraft einer erschöpfenden Ordnung der Lebensverhältnisse in Anspruch genommen, so überwiegt die Fiktion.

gefundenen Sätze lediglich im Gebiete der Rechtsanwendung als konkrete Normen für den Einzelfall bindende Kraft; die Verbindlichkeit abstrakter Normen, die vom Gebiete der Rechtserzeugung her in jedem Falle Anwendung heischen, erlangen sie erst durch die etwaige Verdichtung zu Gewohnheitsrecht.

§ 19. Die autonomische Satzung¹.

I. Begriff. „Autonomie“ heisst die Befugnis eines Verbandes, der nicht Staat ist, sich selbst Recht zu setzen. Das kraft Autonomie gesetzte Recht wird dem „Gesetz“ als „Satzung“ gegenübergestellt.

1. Zu autonomischer Rechtsetzung ist nur ein Verband, d. h. eine organisierte Gemeinschaft, befähigt. Individuen können überhaupt nicht objektives Recht erzeugen. Unorganisierte Gemeinschaften können ungesetztes Recht hervorbringen, aber kein Recht setzen.

2. Damit Autonomie vorliege, muss es sich um einen Verband handeln, der nicht Staat ist. Darum ist die Rechtsetzung durch den einem Gesamtstaat eingegliederten Staat, obschon sie durch eine höhere Gesetzgebung eingeschränkt wird, nicht Satzung, sondern Gesetzgebung². Umgekehrt ist die Rechtsetzung durch jeden nicht-

Dann eben entsteht ein greller Widerspruch zwischen der formalen und realen Funktion der Analogie, der zum Missbrauch reizt und das Rechtsleben mit der Gefahr der Willkür und der Unsicherheit bedroht; vgl. Gierke a. a. O. S. 120—121 u. 125.

¹ J. E. Majer, von der Autonomie vornehmlich des Fürsten- und unmittelbaren Adelsstandes, Tübingen 1782; Wilda in Weiskes Rechtslex. I 589 ff.; Gerber, Arch. f. c. Pr. XXXVII 35 ff. u. Jahrb. f. Dogm. III 411 ff. (ges. Abb. S. 36 ff. u. 63 ff.); K. Maurer, Krit. Uebersch. II 229 ff.; R. Hermann, De autonomia juris privati Germanici fonte, Jen. 1859; Jolly, Krit. Uebersch. VI 330 ff.; Lewis, Z. f. Gesetzg. u. Rechtspf. in Pr. III 687 ff.; Brunner s. v. „Autonomie“ in Holtzendorffs Rechtslex. — Selchow, El. § 37—45, 51—63; Danz, Handb. I 106 ff.; Eichhorn, D.P.R. § 25; Mittermaier, D.P.R. I § 22—24; Maurenbrecher, D.P.R. I § 22, 71—74; Thöl, Einl. § 49—50; Beseler, D.P.R. § 26—28; Gerber, D.P.R. § 29; Stobbe, D.P.R. I § 19—20; Roth, D.P.R. I § 43; Gengler, D.P.R. § 11—12; Franken, D.P.R. § 6. — Glück, Komm. I 492—513; Puchta, Pand. § 11, Inst. § 14; Brinz, Pand. I 1016 ff.; Windscheid, Pand. I § 19; Regelsberger, Pand. § 24. — Reyscher, Württ. P.R. I § 67—69; Wächter, Württ. P.R. II 48 ff.; Heimbach, P.R. § 65; Böhlau, Meckl. L.R. I § 56—60; Pfaff u. Hofmann, Komm. I 251—276.

² Unzulässig ist daher die Anwendung des Begriffs der „Autonomie“ auf die Gesetzgebung der deutschen Einzelstaaten bei Laband, Staatsr. I 104.

staatlichen Verband, mag sie auch den Namen und die Formen des Gesetzes bewahrt haben, nicht Gesetzgebung, sondern Satzung³.

3. Die Autonomie erzeugt objektives Recht. Sie ist Rechtsquelle und unterscheidet sich daher scharf von den Begründungstiteln des subjektiven Rechts. Man darf weder in die Autonomie den Begriff des Rechtsgeschäfts noch in das Rechtsgeschäft den Begriff der Autonomie hineinbringen.

Im älteren deutschen Recht wurde, so lange Rechtsnormen und Rechtsverhältnisse in einander liefen, auch Autonomisches und Rechtsgeschäftliches vielfach vermischt⁴. Insbesondere waren daher Verträge und Verfügungen vielfach die Formen, in denen sich eine erst neu entstehende Autonomie zuerst Bahn brach⁵.

Auch die Rechtswissenschaft fiel, obwohl sie schon im Mittelalter den Begriff des „Statuts“ im Sinne einer Rechtsquelle scharf ausgeprägt und vom Begriff des Rechtsgeschäfts gesondert hatte, immer wieder in Verwechslungen zurück, die noch heute nachwirken. Einerseits wird der unzählige Male wiederholte Versuch, echtes Satzungsrecht auf Vertrag und Verfügung zurückzuführen, stets von Neuem aufgenommen⁶. Andererseits wird nicht selten die den Einzelnen gewährte Macht, im Gebiet des vermittelnden Rechts ihre Rechtsverhältnisse durch Vertrag und Verfügung frei zu gestalten, in den Begriff der Autonomie hineingezogen⁷.

4. Die Autonomie erzeugt gesetztes Recht. Ungesetztes Recht, das im Kreise eines autonomen Verbandes entsteht, bildet als „Observanz“ eine Unterart des Gewohnheitsrechts und folgt dessen Regeln⁸.

³ Dies gilt namentlich heute von der kirchlichen „Gesetzgebung“, die nur so lange wahre Gesetzgebung war, als die Kirche einen besonderen „geistlichen Staat“ (*respublica ecclesiastica*) neben dem weltlichen bildete.

⁴ Vgl. oben § 15 Anm. 2; Gierke, *Genossenschaftsr.* II 466 ff.

⁵ So namentlich im Lehnrecht, im Hofrecht, im Familienrecht des hohen Adels. Richtig *Entsch. des R.Ger.* XVIII Nr. 42 S. 202: „Familienverträge und Testamente waren die gewöhnlichen und üblichen Formen autonomischer Feststellungen in den Familien des hohen Adels“; vgl. XXVI Nr. 26 S. 155.

⁶ Vgl. unten Anm. 18–20. Neuerdings hat besonders Gerber auf diesem Wege den ganzen Begriff der Autonomie zu sprengen gesucht.

⁷ So z. B. von Majer a. a. O., Thibaut, *Pand.* I § 21 u. 23, Eichhorn, *D.P.R.* § 25, Mittermaier, *D.P.R.* § 23, Zachariae, *D. Staatsr.* II 141 ff., Stobbe a. a. O. S. 149. Mitunter auch in der Praxis, wie bei *Seuff.* XXXV Nr. 144 u. 221.

⁸ Die ältere Doktrin, die das Gewohnheitsrecht überhaupt als „statutum tacitum“ auffasste (vgl. unten § 20 Anm. 11), behandelte regelmässig die Observanz als Ausfluss der Autonomie. Unter den Neueren stellen z. B. noch Eichhorn a. a. O.,

II. Geschichte. Nach germanischer Rechtsauffassung stand jedem überhaupt anerkannten Verbands die Befugnis, sich sein Recht selbst zu setzen, mit der einzigen Schranke zu, daß er nicht in das Recht eines höheren Verbandes eingreifen durfte. Im deutschen Mittelalter erhob sich daher bei der Vielgestaltigkeit des Verbandswesens die autonomische Satzung (Willkür, Einung, Beliebung, Ordnung, Statutum) zur fruchtbarsten Rechtsquelle⁹.

Lange jedoch blieb, wie zwischen Körperschaft und Staat, so zwischen Autonomie und Gesetzgebung die Grenze unsicher. Nach der strengen Theorie, wie sie dem mittelalterlichen Gedanken des geistlich-weltlichen Menschheitsstaates entsprach, hatten überhaupt nur der Papst in geistlichen und der Kaiser in weltlichen Dingen eine wahre Gesetzgebungsgewalt. Thatsächlich übten indes Landesherrn und Städte ein so gut wie unabhängiges Gesetzgebungsrecht aus. Die mittelalterliche Jurisprudenz gestand daher zwar allen partikulären Gewalten nur eine von der „*potestas leges ferendi*“ grundsätzlich verschiedene „*potestas statuendi*“ zu, erweiterte aber diese dergestalt, daß in ihren Rahmen zugleich die partikuläre Gesetzgebung aufgenommen werden konnte. So entwickelte sie eine umfassende Lehre von den „Statuta“, die sich in gleicher Weise auf Land- und Stadtrechte jeder Art und auf alle Formen genossenschaftlicher Satzungen bezog¹⁰. Diese Lehre wurde in Deutschland rezipiert und Jahrhunderte lang fortgeführt¹¹; ja der in ihr wurzelnde Sprachgebrauch, der alle Partikularrechte Statuten nannte, fristet in Redens-

Curtius, Kursächs. P.R. I § 32, u. ganz besonders Maurenbrecher a. a. O. die Observanz unter den Begriff der autonomischen Satzung. Hinsichtlich der Hausobservanz kehrt jetzt Franken a. a. O. S. 51 zu dieser Auffassung zurück.

⁹ Vgl. Gierke, Genossenschaftsr. I (bes. § 26—27, 34—39, 41—42, 51—53) u. II 466 ff., 735, 889; Stobbe, D.P.R. I 155 ff. u. 159 ff.

¹⁰ Vgl. Gierke, Genossenschaftsr. III 215, 385 ff., 456 ff. Dabei knüpften die Legisten vorzugsweise an die l. 9 (omnes populi) D. de just. et jur. 1, 1, die sie völlig undeuteten, an; vor Allem einflußreich wurden die Ausführungen von Bartolus zu dieser Stelle und die Monographie des Albericus de Rosciate über die Statuten (Tr.U.J. II 1 ff.). — Lebhaften Antheil an der Ausbildung der Statuentheorie nahmen auch die Kanonisten, die der einheitlichen kirchlichen Gesetzgebung gegenüber alles kirchliche Partikularrecht unter diesem Gesichtspunkt behandelten; Gierke a. a. O. S. 306 ff.

¹¹ Gierke a. a. O. S. 678 u. 692 ff.; vgl. die Monographien v. A. Holstein, *Libri duo de privilegiis statutorum et consuetudinum*, Col. 1566; Nic. Betsius, *De statutis pactis et consuetudinibus familiarum illustrium et nobilium*, ed. cura Schilteri Argent. 1699 (zuerst 1611), c. 1—3; P. Voëtus, *De statutis eorumque concursu*, Arnst. 1661 (s. 4 c. 1 nr. 2: *jus particulare ab alio legislatore quam Imperatore constitutum*); C. Glaeser, *De jure statutorio*, Helmst. 1662.

arten wie „Statutenkollision“ und „statutarische Portion“ noch heute sein Leben. Mehr und mehr indess wurden schon seit dem Mittelalter sachlich die staatlichen Partikularrechtsetzungen und die körperschaftlichen Beliebigungen als zwei verschiedene Klassen von Statuten behandelt¹². Seitdem dann nach dem westfälischen Frieden die Landeshoheit allgemein als Staatsgewalt anerkannt wurde, wandte man auch in Deutschland auf die Rechtsetzung der Landesherrn und Reichsstädte ausdrücklich Wort und Begriff der „Gesetzgebung“ an, so daß man nun Wort und Begriff des „jus statuta condendi“ oder der „Autonomie“¹³ lediglich für die Rechtsetzung anderer Verbände und namentlich der landsässigen Gemeinden und Genossenschaften übrig behielt¹⁴.

Dieselbe Entwicklung aber, die zu der neuen Grenzziehung zwischen Gesetz und Satzung führte, war zugleich mit einer fortschreitenden Zurückdrängung der Autonomie verknüpft. Die mittelalterliche Theorie stand überwiegend auf dem Boden der altgermanischen Auffassung und bemühte sich nur, feste Schranken der Satzungs-gewalt zu errichten¹⁵. Die aufstrebende moderne Staatsgewalt dagegen zog nicht nur diese Schranken immer enger, sondern suchte auch alle Kraft der Statuten von einer für unerläßlich erklärten staatlichen Bestätigung abhängig zu machen und womöglich die Autonomie ganz

¹² Vgl. Gierke a. a. O. S. 381 ff., 385 Anm. 134, 387 ff., 456, 460, 664, 678. Besonders scharf unterscheidet beide Klassen R. Bachoven ab Echt, Comm. in prim. part. Pand., Spir. 1630, S. 65 ff. u. In Instit. jur. libr. IV Comm., Francof. 1628, I, 2 § 4 (unter gleichzeitiger Aufdeckung der völligen Unhaltbarkeit des üblichen Verständnisses der *l. omnes populi*).

¹³ Das Wort *αὐτονομία* begegnet als gleichbedeutend mit *jus statuta condendi* schon bei H. Bruning, *De variis universitatum speciebus eorumque juribus*, Marp. 1609, th. 51, Schilter, *Inst. jur. I 2 aph. 6 u. Praxis jur. Rom. exerc. II § 11*, Pütter, *Elem. jur. Germ. priv. § 180*, und Anderen. Doch ist es erst langsam technisch geworden. So z. B. entschieden bereits bei Malblanc, *Princ. § 62: Autonomia Germanica*.

¹⁴ Sehr entschieden in diesem Sinne S. Stryck, *Us. mod. I, 3 § 5 u. 15, L, 9 § 1–4*; Kestner, *Compend. jur. univ., Rinteln 1707, c. 1 § 9 u. 11*; Titius, *Jus priv. I c. 3 § 63–67*; J. H. Boehmer, *Exerc. 15 c. 2 § 1–5*; Kreittmayr, *Anm. zu Bayr. L.R. I c. 2 § 13 Nr. 1–2*.

¹⁵ Die *potestas statuendi* gilt meist als ein jeder *universitas* im Bereich ihrer Rechtssphäre ohne besondere Verleihung zustehendes eignes Recht (Gierke a. a. O. III 385 Anm. 132 u. 134, 387, 456–457), eine obrigkeitliche Bestätigung der Statuten als an sich nicht erforderlich (ib. S. 389 u. 457); die Schranken der Satzungs-gewalt werden unter dem Gesichtspunkt der Abwehr von Uebergriffen in fremde Rechtssphären formuliert (ib. S. 458 ff.). Stärker schränken meist die Kanonisten die Autonomie ein (ib. S. 307 ff.), erkennen sie aber gleichfalls grundsätzlich an (ib. S. 306 Anm. 188).

zu beseitigen¹⁶. In diesem Kampfe wurde sie von der juristischen Theorie lange Zeit nur theilweise gefördert, vielfach gehemmt¹⁷. Zuletzt aber siegte auch in der Jurisprudenz mehr und mehr die Richtung, die dem Staate ein Rechtserzeugungsmonopol beilegte und somit jede echte Autonomie verneinte. Unter Benützung von vereinzelt schon seit dem Mittelalter ausgesprochenen Gedanken¹⁸ wurde nun alles thatsächlich fortbestehende Satzungsrecht vor die Wahl gestellt, entweder als ein Stück delegirter Gesetzgebungsgewalt im Gesetz oder als bloßer Anwendungsfall der Vertragsfreiheit im Rechtsgeschäft aufzugehen¹⁹. Demgemäß wurde sogar eine technische Ein-

¹⁶ Vgl. die Zusammenstellung des bis zur Mitte des 17. Jahrh. in dieser Richtung Erreichten b. Gierke a. a. O. III 774—777, hinsichtlich der späteren Zeit ib. I 667 ff., 706 ff., 809 ff. u. 934 ff.

¹⁷ Die herrschende Meinung hielt bis ins 18. Jahrh. daran fest, daß gemeinrechtlich jeder universitas ohne besondere Verleihung eine Satzungsgewalt zustehe und auch eine obrigkeitliche Bestätigung nicht erforderlich sei; gegentheilige neuere Gesetze erklärte sie aber meist für zweckmäßig. Vgl. die Stellen aus Werken der Praktiker b. Gierke III 703 Anm. 41; Mynsinger, Apotelesma ad Inst., ed. 2 Basil. 1563, zu Inst. 1, 2; C. Lagus, Jurispr. utr. trad. method. I c. 3 Bl. 4^{vo}; Schneidewin, Comm. Inst., Argent. 1571, p. 13—14; Sichardt, Prael. in Cod., Francof. 1614, zu l. 7 et ult. C. 3, 18 Nr. 5 u. l. 2 C. 4, 18 Nr. 8; Mevius ad jus Lub. IV, 18 a. 3 Nr. 37, Decis. III d. 284, Consil. 49 Nr. 9, 16—17 u. cons. 50 Nr. 4—5; Brunnemann zu l. 9 D. 1, 1 Nr. 4, l. 4 D. 47, 22 Nr. 1 u. 5—6, l. 1 C. 1, 1 Nr. 4; Leyser spec. 8; Heineccius, De coll. et corp. opif. II § 15 u. 18. Am bündigsten vertritt den Gedanken der echten Autonomie Fr. Connanus, Comm. juris civilis, Bas. 1557, I c. 10 Nr. 7. Auch von der naturrechtlichen Gesellschaftslehre her wurde die Autonomie seit Althusius mitunter gerechtfertigt; vgl. z. B. Wolff, Inst. § 846, Nettelblatt, Syst. nat. § 398—399. Vom geschichtlichen Standpunkte aus erhob dann für sie zuerst J. Möser seine Stimme; Patriot. Phantas. II Nr. 2, III Nr. 20, IV Nr. 41. — Daneben fehlt es natürlich seit der Rezeption nicht an Juristen, die kein Statut ohne obrigkeitliche Bestätigung als kräftig anerkennen wollen; vgl. Gierke a. a. O. III 678 Anm. 123 (Zasius), 706—707 Anm. 45, 47 u. 48.

¹⁸ Einerseits wurde früh der Versuch gemacht, alle Kraft der Statuten aus der Autorität des staatlichen Gesetzgebers, sei es nun mittels vorgängiger Konzession oder mittels nachträglicher Sanktion, herzuleiten; vgl. die Stellen b. Gierke a. a. O. III 308 Anm. 195 (Goffredus Tranensis), 385 Anm. 133 (Cinus, Faber u. A.) u. 457 Anm. 202, aus späterer Zeit besonders A. Faber, Jurispr. Papin. I, 2 P. 11 ill. 2. Andererseits bemühte man sich oft, die Geltung aller oder gewisser Statuten aus dem Begriff eines Vertrages (pactio, conventio) unter den Genossen oder auch einer Verfügung (dispositio) der Korporation über ihr Eigenthum zu rechtfertigen; vgl. die Stellen b. Gierke a. a. O. S. 216, 308 Anm. 194, 460 Anm. 218, 708—711.

¹⁹ Zu dieser Alternative drängen z. B. die Ausführungen v. B. Carpzov, Jurispr. for. II, 6 def. 9 Nr. 2—5, Proc. jur. II a. 2 Nr. 187—191 u. a. 3 Nr. 94—101, Respons. I r. 48, Decis. 285, sowie v. G. A. Struv, Syntagma jur.

theilung der Satzungen in „statuta legalia“ und „statuta conventionalia“ üblich²⁰. Immerhin blieb jedoch mit dieser begrifflichen Zersetzung der Autonomie die Erhaltung ihrer niemals ganz erloschenen praktischen Wirksamkeit vereinbar²¹.

In unserem Jahrhundert hat die Autonomie zwar noch manche weitere Einbuße erlitten, zugleich aber mit der Verjüngung des Körperschaftswesens neue Machtbereiche erobert. Niemals freilich kann sie im modernen Staat auch nur von fern ihre mittelalterliche Bedeutung zurückgewinnen und am wenigsten kann sie im Privatrecht ihre alte Rolle wieder übernehmen. Aber in veränderten Formen entfaltet sie auch heute eine lebendige schöpferische Kraft. Mehr

civ. exerc. 2 th. 42 u. Synt. jurispr. opif. I l. 4 c. 6, J. Hoppius, De obligatione Statutorum, Gedani 1686, Wernher, Obs. for. III o. 224, IX o. 144 u. 145, Selchow, Elem. § 45, 53 u. 62. Scharf formulirt findet sie sich b. Titius, Jus priv. I c. 3 § 67, VIII c. 2 § 10, c. 4 § 16 u. c. 5 § 10, J. H. Boehmer, Exerc. 15 c. 1 § 7, c. 2 § 3—15, Jus publ. univ. II c. 3 § 16—28 u. c. 4 § 12, Kreittmayr V c. 30 § 5 (e), Scheidemantel, Das Staatsrecht nach der Vernunft und den Sitten der vornehmsten Völker betrachtet, Jena 1770 ff., I 164—166, Hellfeld, Jurispr. for. § 88—92, Hofacker, Princ. jur. Rom.-Germ. § 128—131, u. A.

²⁰ Vgl. J. B. Ch. Eichmann, Erklärungen des bürgerlichen Rechts, Berlin u. Stralsund 1779 ff., I 415—439; Ch. H. G. Köchy, Theoretisch-praktischer Kommentar über die Pandekten, Leipzig 1796 ff., I § 89—92; Glück, Komm. I 500—509; Danz I 160 ff.; Thibaut I § 22; Mittermaier I § 22; Reyscher, Württ. P.R. I § 69; Curtius, Kursächs. P.R. I § 29; Wächter, Württ. P.R. II § 11. — Malblanc, Princ. § 62, spricht bei „statuta ex pacto“ der Familien u. Körperschaften von einer „autonomia privata“, die sich lediglich auf das „jus disponendi et paciscendi privatorum“ gründe, bei „statuta ex lege“ von einer „autonomia publica“.

²¹ Denn man liefs einerseits die Statuten sowohl kraft vorgängiger Verleihung von Gesetzgebungsgewalt als kraft nachträglicher Bestätigung durch den Gesetzgeber Gesetzeskraft erlangen, erkannte hierzu auch eine stillschweigende Genehmigung als ausreichend an (so J. H. Boehmer, Exerc. 15 c. 2 § 9, Eichmann a. a. O. S. 437, Köchy a. a. O. § 92, Glück a. a. O. S. 509) und liefs alle Vertragsstatuten durch eine derartige Sanktion sich in Legalstatuten verwandeln. Andererseits dehnte man die den Vertragsstatuten beigelegte Wirksamkeit inter paciscentes auch auf die durch Mehrheitsbeschluss überstimmten und auf alle künftigen Mitglieder aus; vgl. z. B. Hellfeld § 90 Not. a u. § 91, Eichmann S. 427 ff., Köchy § 91, Glück S. 505 ff., Danz S. 162 ff. — Zutreffend deckt G. L. Mencken, Opuscula, Hal. 1770, Nr. 7 S. 203 ff. diese Schwäche der Vertragstheorie auf (§ 5) und will daher kein Statut ohne gesetzgeberische Mitwirkung anerkennen (§ 3—4). Andere fordern auch für Vertragsstatuten (mindestens der Zünfte) obrigkeitliche Bestätigung. J. Claproth will in seinem „ohnmafsgeblichen Entwurf eines Gesetzbuchs“, Frankfurt a. M. 1773—1776, I S. 451 ff. alle Autonomie abschaffen.

und mehr hat auch die Jurisprudenz den Begriff der Autonomie wiederhergestellt²², ohne freilich immer ihre volle Tragweite zu würdigen²³. Die Autonomie ist daher im heutigen deutschen Privatrecht als eine selbständige und eigenartige Rechtsquelle anerkannt²⁴.

III. Subjekte. In irgend einem Umfange ist heute jeder körperschaftliche Verband Subjekt einer Satzungsgewalt²⁵. Dieselbe ist jedoch bei den verschiedenen Arten der Verbände ungleich beschaffen.

1. Die Familien des hohen Adels besitzen das Recht einer sehr umfassenden Hausgesetzgebung²⁶. Der Ursprung dieses Rechtes liegt in der seit dem 14. Jahrhundert bemerkbaren Bewegung, die im deutschen Adel durch die seinen Bestand gefährdende Entwicklung des gemeinen Landrechts hervorgerufen wurde. Im Sinne der Begründung einer festen und dauernden Familieneinheit schlossen sich die einzelnen hochadligen Familien als körperschaftlich verfasste Häuser zusammen und setzten sich theils durch einseitige Verfügung des Familienhaupts, theils durch Vereinbarung sämtlicher Familienglieder ein besonderes Familien- und Güterrecht. Nach der Aufnahme des römischen Rechts wahrten sie sich kraft ihrer durch Landeshoheit und Reichsstandschaft gesicherten Stellung ihre Autonomie, die sie nun zur Abwehr des römischen Rechts und zur Ausbildung eines rein deutschen Sonderrechts benützten. Da die Hausgesetze nebst den sie ergänzenden Hausobservanzen in den Grundzügen fort und fort übereinstimmten, wurde hierdurch zugleich die Bildung eines den ganzen Stand umfassenden Gewohnheitsrechtes angebahnt, das als „gemeines deutsches Privat-

²² In neuerer Zeit haben nur Gerber a. a. O. u. Böhlau a. a. O. ihre Existenz ganz geleugnet.

²³ Oft wird sie als bloße Anomalität (z. B. b. Roth a. a. O.) oder gar als singuläres Ueberbleibsel überwundener Rechtszustände (z. B. b. Franken a. a. O.) behandelt.

²⁴ Von den neueren Gesetzbüchern erkennen das Pr. L.R. Einl. § 2 und das Sächs. G.B. § 29 „Statuten“ an. Auch die C.Pr.O. § 265 behandelt „Statuten“ als „Rechtsnormen“. Die Behauptung von Pfaff u. Hofmann, Komm. I 269 ff. u. 274 ff., daß in Oesterreich keine Autonomie im technischen Sinne bestehe, ist den eignen Ausführungen der Verf. gegenüber kaum haltbar.

²⁵ Für das preuß. R. anerkannt in Entsch. des R.Ger. XXIII Nr. 5 S. 26 ff.

²⁶ Vgl. außer den oben in Anm. 1 angef. Schriften u. der in Anm. 11 genannten Schrift von Betsius noch J. H. Boehmer, Exerc. 31; Beseler, Erbverträge II, 2 S. 13 ff. u. 35 ff., Z. f. d. P. u. ö. R. d. G. V 548 ff.; Gierke, Genossenschaftsr. I S. 413 ff., Z. f. d. P. u. ö. R. d. G. V 591 ff.; Heffter, Die Sonderrechte der souv. u. reichsständ. Häuser Deutschlands, Berlin 1871, § 44 ff.; Mejer, Z. f. d. P. u. ö. R. d. G. V 229 ff.; Zöpfl, D. Staatsr. § 311—316; auch die Litt. zu § 47.

fürstenrecht“ den einzelnen Hausrechten gegenübertrat. Nach der Auflösung des Reiches behielten nicht nur die nunmehr zur Souveränität emporgestiegenen Häuser ihre rechtliche Sonderstellung²⁷, sondern es wurde auch durch die deutsche Bundesakte den inzwischen „mediatisirten“ Häusern des ehemaligen reichsständischen Adels sowohl der Fortbestand ihres bisherigen Hausrechts wie die Befugnis zu fernerer Hausgesetzgebung ausdrücklich gewährleistet²⁸. Auch gegenwärtig steht in ganz Deutschland die Autonomie dieser Familien in Kraft. Wenn gerade der Hausgesetzgebung neuerdings wieder der Charakter der Rechtsetzung bestritten worden ist²⁹, so hat die allein mögliche Auffassung, daß durch die Hausgesetzgebung in der That objektives Recht erzeugt wird, nicht nur in der Theorie die Herrschaft behauptet, sondern auch die Anerkennung des Reichsgerichts gefunden³⁰.

Geringere Bedeutung hat die in der Bundesakte gleichfalls aufrecht erhaltene Autonomie der ehemals reichritterschaftlichen Familien³¹.

2. Die Gemeinden haben, nachdem der Kampf der Landesherren gegen die Autonomie der Landstädte siegreich durchgeführt und früher schon die Autonomie der Landgemeinden in enge Schranken gebannt war, ihr einstiges ausgedehntes Satzungsrecht eingebüßt. Nur die Städte Rostock und Wismar besitzen noch heute ein Satzungsrecht alter Art³². In gewissem Umfange indess können auch nach den geltenden Gemeindeordnungen die Gemeinden durch Ortsstatut oder

²⁷ Doch ist ihre Hausgesetzgebung insoweit eingeschränkt, als ein Theil ihres Hausrechts zugleich ein Stück des Verfassungsrechtes des konstitutionellen Staates geworden ist und daher nicht ohne Mitwirkung der staatlichen Gesetzgebungsorgane abgeändert werden kann; vgl. H. Schulze in Holtzendorffs Encykl. I S. 1361, G. Meyer, Staatsr. I § 86.

²⁸ B.A. Art. 14 Z. 2. Durch den Schlufssatz, der die bisher dagegen erlassenen Verordnungen für künftig unanwendbar erklärt, sind der richtigen Auslegung nach die in der Zwischenzeit aufgehoben gewesenen Hausgesetze wiederhergestellt worden; vgl. Zachariae, Staatsr. I § 98 Anm. 4, Beseler, D.P.R. § 170 Anm. 6, Stobbe, D.P.R. § 20 Anm. 3, H. Schulze a. a. O. S. 1360.

²⁹ Insbesondere von Gerber a. a. O.; ebenso Münchener Erk. b. Seuff. XXIX Nr. 1.

³⁰ Entsch. des R.Ger. II Nr. 89 S. 155 ff., XVIII Nr. 42 S. 202 u. 215, XXVI Nr. 26 S. 155 ff. — Vgl. auch Sächs. Gb. § 29.

³¹ B.A. Art. 14 sichert der Reichsritterschaft die Autonomie gleich den sonstigen Vorrechten nur im bisherigen Umfange und „nach Vorschrift der Landesgesetze“ zu; die einzelnen reichritterschaftlichen Familien besaßen aber kaum je eine ausgebildete Autonomie; vgl. Beseler, D.P.R. § 179 Anm. 7.

³² Vgl. Böhlau, Mecklenb. L.R. I § 59 Anm. 36. Warum Roth, D.P.R. I § 43 Anm. 41, ihr Recht nicht Autonomie, sondern Gesetzgebungsrecht nennen will, ist nicht ersichtlich.

örtliche Verordnung Rechtsnormen setzen⁸³. Ebenso ist den Gemeindeverbänden höherer Ordnung das Recht zum Erlaß von Statuten (Kreisstatuten, Provinzialstatuten u. s. w.) gewährt⁸⁴.

3. Die Kirchen üben auf dem Gebiet des Kirchenrechts heute wieder ein umfassendes Satzungsrecht aus⁸⁵. Den autonomen Satzungen der Gesamtkirchen wird der Name des „Kirchengesetzes“ zugestanden, während die durch das Satzungsrecht der Gesamtkirche beschränkten Satzungen der einzelnen kirchlichen Gemeinden und Körperschaften „Statuten“ heißen⁸⁶.

4. Auch den sonstigen Körperschaften des öffentlichen Rechts steht ein Satzungsrecht zu. Denn obschon die ausgedehnte Autonomie, deren sich einstmalig z. B. die ständischen Korporationen, die Universitäten und die Zünfte erfreuten, untergegangen ist, so ist doch den alten Korporationen irgend ein Rest von Autonomie verblieben und den neu begründeten öffentlichrechtlichen Genossenschaften irgend ein Stück von Autonomie zugetheilt⁸⁷.

5. Endlich aber gebührt ein freieres Satzungsrecht den Körperschaften des Privatrechts. Freilich wird ihren „Statuten“ auch von Manchen, die den Begriff der Autonomie sonst anerkennen, der Satzungscharakter abgesprochen⁸⁸. In der That aber schafft jedes

⁸³ Vgl. z. B. Preufs. östl. St.O. v. 30. Mai 1853 § 11 u. L.G.O. v. 3. Juli 1891 § 6, Westfäl. St.O. § 11 u. L.G.O. § 13, Rhein. St.O. § 10 u. Gem.O. § 11; Hannov. St.O. v. 24. Juni 1858 § 1—2, L.G.O. Art. 8, Kurhess. Gem.O. § 3; Sächs. St.O. v. 24. Apr. 1873 § 2—3, L.G.O. § 2—3; Großh. Hess. St.O. Art. 9, L.G.O. Art. 8; Bad. St.O. § 2; Württ. Gem.O. Art. 3; fernere Nachweisungen b. Gierke, Genossenschaftsr. II, 749—751, E. Löning, Verwaltungsr. S. 182 ff., E. Leidig, Preufs. Stadtrecht, Berlin 1891, S. 186—191. — Ueber das Ortsstatut als Rechtsnorm vgl. auch das R.Ger. in Entsch. b. Gruchot, Beitr. XXXI Nr. 23 S. 425 bis 436.

⁸⁴ So in allen preufs. Kreis- u. Provinzialordnungen nach dem Vorbild der östl. Kreis-O. v. 13. Dez. 1872 § 20 u. Prov.O. v. 29. Juni 1875 § 8; vgl. auch Gierke a. a. O. S. 793 Anm. 59, K. v. Stengel, die Organisation der preufs. Verwaltung, Leipzig 1884, S. 193 ff. u. 291 ff.

⁸⁵ Ueber das Wesen der kirchlichen Autonomie (zunächst nach preufs. R.) finden sich vortreffliche Ausführungen im Erk. des R.Ger. v. 28. Jan. 1889 XXIII Nr. 5 S. 26—28.

⁸⁶ Vgl. Richter, Kirchenr. § 165—172; Hinschius, Kirchenr. III § 191—197; Friedberg, Kirchenr. § 97 u. 99.

⁸⁷ Vgl. bes. Rosin, Das Recht der öffentlichen Genossenschaft, Freiburg 1886, S. 181 ff.

⁸⁸ So von Unger, Oesterr. P.R. I 32; Böhlau, Meckl. L.R. I 317; Stobbe, D.P.R. I 160 ff.; Gengler, D.P.R. S. 26; Franken, D.P.R. S. 48—49. Die generellen Bestimmungen über die Vertragsbedingungen, unter denen eine Körperschaft die Eingehung gewisser Rechtsgeschäfte mit Dritten anbietet, sind freilich

Vereinsstatut nicht bloß Rechtsverhältnisse, sondern Rechtssätze, die in einem Gemeinschaftskreise als objektives Recht gelten sollen³⁹. Insoweit ist es seinem Wesen nach ein Vereinsgesetz, womit natürlich nicht gesagt ist, daß es an den Eigenschaften des „Gesetzes“ im technischen Sinne, falls dieselben etwa auf die staatlich anerkannten Satzungen öffentlichrechtlicher Verbände übertragen sind, ebenfalls Theil haben müsse⁴⁰.

IV. Umfang. Der Bereich der Satzungsgewalt ist den verschiedenen Verbänden durch Gesetz und Verfassung so ungleich zugemessen, daß eine genaue Begrenzung des Umfanges der Autonomie nicht ohne gleichzeitige Darstellung des gesammten Körperschaftsrechts möglich wäre. Hier sind daher nur einige allgemeine Gesichtspunkte anzudeuten.

1. Den Hauptgegenstand autonomischer Ordnung bilden heute die inneren gemeinheitlichen Rechtsverhältnisse des einzelnen Verbandes. Insoweit schafft das Statut für seinen Kreis ein besonderes Sozialrecht (Verfassungs- und Verwaltungsrecht), das bei öffentlichen Körperschaften dem öffentlichen Recht, bei privaten dem Privatrecht angehört. Doch ist den öffentlichen Körperschaften auch ihre eigne Lebensordnung heute meist durch allgemeines Gesetzesrecht dergestalt gegeben, daß nur in einzelnen Punkten für statutarisches Recht Raum bleibt⁴¹. Ja auch vielen privaten Körper-

kein Satzungsrecht und dürfen daher nicht mit Gerber, Arch. f. c. Pr. XXXVII S. 61 Anm. 27, u. Franken a. a. O. hierher gezogen werden.

³⁹ Vgl. Beseler, D.P.R. S. 74; Pfaff u. Hofmann, Komm. I 262—271; Brinz a. a. O. S. 1016 ff.; Windscheid, Pand. § 19 Anm. 4; Bolze, Der Begriff der jur. Pers. S. 173; Gierke, Genossenschaftstheorie S. 152 Anm. 1 u. S. 164; Regelsberger, Pand. I 106 Anm. 3. Auch die Praxis operirt bei Privatrechtskörperschaften unbedenklich mit dem Begriff der „Autonomie“; vgl. z. B. Seuff. IX Nr. 7, XXIX Nr. 212, XXXI Nr. 198, XXXVIII Nr. 2, Entsch. des R.Ger. VI Nr. 32, VII Nr. 53, VIII Nr. 31.

⁴⁰ Insbesondere hat die Praxis mit Recht verneint, daß solche Statuten, auch wenn landesherrlich genehmigt und durch die Gesetzsammlung publizirt, Gesetzesvorschriften in dem Sinne seien, daß ihre Verletzung Nichtigkeit des Urtheils begründen könnte; vgl. R.O.H.G. IV 58 ff., VII 210, VIII 191, X 327, XIII 119 ff. XVII 32 u. 110, R.Ger. IX Nr. 70, andere Erk. b. Gierke a. a. O. S. 164 Anm. 2.

⁴¹ Hierbei besteht wieder der Unterschied, daß für Gemeinden und einzelne verwandte Körperschaftsgattungen das Verfassungsrecht durch Staatsgesetz vollständig geordnet zu sein pflegt, so daß es eines Statuts gar nicht bedarf, während bei öffentlichen Genossenschaften meist nur ein gesetzlicher Rahmen feststeht, dessen Ausfüllung durch ein besonderes Statut nothwendig ist. — Im älteren deutschen Recht schuf sich jede Gemeinde wie jede Genossenschaft ihr eignes Verfassungsrecht.

schaften sind die Grundzüge ihrer Verfassung unabänderlich vorgezeichnet⁴².

2. Die Autonomie erstreckt sich ferner in gleicher Weise auf die mit der Verbandsmitgliedschaft verknüpften Sonderrechtsverhältnisse⁴³. Insoweit vermag das Statut für seinen Kreis ein besonderes Individualrecht zu schaffen, das dem Privatrecht angehört. Derartiges Satzungsrecht begegnet bei vielen Privatrechtskörperschaften⁴⁴. Aber auch Satzungen öffentlicher Körperschaften können durch solche Bestimmungen in das Privatrecht hineinreichen⁴⁵.

3. In der Autonomie ist heute an sich nicht die Macht enthalten, aufserkörperschaftliche Rechtsverhältnisse der Verbandsangehörigen zu ordnen; sie kann daher in das gemeine öffentliche und Privatrecht nicht eingreifen⁴⁶. Indefs kann sie hierzu aus-

⁴² So den Aktiengesellschaften, den eingetragenen Erwerbs- und Wirthschafts-genossenschaften, den eingeschriebenen Hilfskassen, den Gewerkschaften u. s. w.

⁴³ Dabei ist zwischen der Aufstellung von Regeln für erst zu begründende und für schon begründete Sonderrechtsverhältnisse zu unterscheiden, indem die Autonomie bei Anordnungen der zweiten Art eine Schranke an der Unantastbarkeit erworbener Rechte hat; hiervon ist im Körperschaftsrecht näher zu handeln.

⁴⁴ So z. B. bei Agrargenossenschaften; vgl. Gierke a. a. O. S. 221 Anm. 3 u. 324. Ebenso bei Aktiengesellschaften hinsichtlich der Verkörperungsform, der Uebertragbarkeit, der Geltendmachung u. s. w. der Aktienrechte; H.G.B. Art. 209 u. 209 a. Nicht anders bei allen wirthschaftlichen Personalgenossenschaften.

⁴⁵ So z. B. Gemeindegatzungen über Nutzungsrechte am Gemeinlande; vgl. Hess. St.O. v. 1874 Art. 9 u. 114 ff., Württ. Ges. über die Gemeindeangehörigkeit v. 16. Juni 1885 Art. 27 u. 61, Preufs. L.G.O. v. 1891 § 72. Ferner Kirchengatzungen über Kirchenstuhlsrechte oder Erbbegräbnisrechte; Gierke a. a. O. S. 197. Desgleichen Satzungen öffentlicher Genossenschaften über Individualrecht der Mitglieder; Gierke a. a. O. S. 235 ff.

⁴⁶ Anders nach älterem deutschem Recht; auch der für das Gegentheil bisweilen angeführte Landfr. K. Albrechts v. 1303 § 38 (M.G.L. II 483) spricht nur von der oben erwähnten Schranke, daß nicht in die Rechtssphäre höherer Verbände eingegriffen werden darf. Dagegen formulirte die romanistisch-kanonistische Theorie schon im Mittelalter das im Text ausgesprochene Prinzip, durchbrach es aber mit der seit Bartolus fast allgemein anerkannten Regel, daß jeder mit „jurisdictio“ ausgerüsteten universitas ein weiterreichendes jus statuendi im Bereich ihrer Jurisdiktion zustehe; Gierke, Genossenschaftsr. III 387 ff. u. 456. Diese Lehre wurde auch in Deutschland aufrecht erhalten; erst seit dem 18. Jahrh. drang die Ansicht durch, daß in der jurisdictio noch kein jus statuendi enthalten und somit eine über die inneren Angelegenheiten der Körperschaft hinausgreifende Satzungsgewalt immer nur kraft besonderer Delegation des Gesetzgebers begründet sei; vgl. z. B. G. A. Struve, Synt. jurisp. opif. I l. 4 c. 6 § 1, J. H. Boehmer, Exerc. 15 c. 1 u. c. 2 § 7; G. L. Mencken, Opuscula Nr. 7 § 3. — Natürlich ist dem Bereich der Autonomie nicht bloß das zwingende, sondern auch das vermittelnde gemeine

nahmsweise durch generellen Rechtssatz ermächtigt sein oder auch durch eine im einzelnen Fall hinzutretende gesetzliche Autorisation ermächtigt werden. Im Bereiche einer so erweiterten Autonomie schafft das Statut für die von ihm beherrschte Gemeinschaft ein besonderes Recht, das über deren körperschaftlichen Zusammenhang hinausgreift. Dieses besondere Recht gilt nur für die Angehörigen des Verbandes⁴⁷. Allein es kann in höherem Maße als sonstiges autonomisches Recht mittelbar auch die Rechtsverhältnisse anderer Kreise bestimmen⁴⁸.

a. Im Gebiete des öffentlichen Rechts liegt eine derartige Erweiterung der Autonomie vor Allem in der landesgesetzlichen Ermächtigung der Gemeinden und der weiteren Kommunalverbände zum Erlaß von Polizeiverordnungen und in der reichsgesetzlichen Ermächtigung derselben zu statutarischen Bestimmungen über mannichfache gewerberechtliche Verhältnisse⁴⁹. Aber auch die Autonomie mancher

Recht entrückt, da es etwas Anderes ist, ob einem Rechtssatz im Einzelfalle durch Rechtsgeschäft die Anwendbarkeit entzogen oder generell durch Satzung eine andere Regel substituiert wird; vgl. Beseler a. a. O. S. 79.

⁴⁷ Es giebt freilich Fälle, in denen die Satzung einer Körperschaft von vornherein auch Nichtmitglieder verbindet. Man kann zweifeln, ob hier noch von „Autonomie“ oder vielmehr mit Rosin a. a. O. S. 187 von „delegirter staatlicher Gesetzgebung“ zu sprechen ist. Doch ergibt eine nähere Betrachtung, daß in solchen Fällen stets der Gedanke einer Erweiterung des körperschaftlichen Herrschaftsbereiches auf einen durch die Mitgliedschaft nicht begrenzten Gemeinschaftskreis zu Grunde liegt: die Gemeinde statuiert als Gebietskörperschaft für alle mit dem Gemeindegebiet irgendwie verknüpften Personen (so in den bei Rosin S. 187 Anm. 24 angeführten Fällen), die Innung als Gewerkekörperschaft für alle Gewerbsangehörigen (so im Falle der Erstreckung der Innungssatzungen über Lehrlingswesen auf Nichtmitglieder gemäß R.Gew.O. § 100 c), die Berufsgenossenschaft für Unfallversicherung als ein die Unternehmungen im Ganzen umfassender Verband auch für die versicherten Arbeiter (R.Unfallversich.Ges. § 28 Nr. 2) u. s. w. Mit hin liegt auch hier erweiterte Autonomie vor (wonach Gierke, Genossenschaftstheorie S. 720 Anm. 2 zu berichtigen ist).

⁴⁸ Irgendwie kann alles autonomische Recht auch für „Dritte“ eine Wirksamkeit entfalten; so z. B. das innere Verfassungsrecht einer Körperschaft für Jeden, der mit ihr in Rechtsverkehr tritt. Offenbar aber greift eine autonomische Abänderung des gemeinen Rechts tiefer in die Verhältnisse Dritter ein; man denke z. B. an hausgesetzliche Bestimmungen über Mündigkeit und Mißheirathen von Familienangehörigen.

⁴⁹ R.Gew.O. (Fassung v. 1. Juli 1891) § 142 mit § 23 Abs. 3, 33, 34, 105 b Abs. 2, 119 a u. 120 Abs. 3; R.Ges. v. 29. Juli 1890 (betr. Gewerbegerichte) § 1 mit § 4, 7, 11, 13, 14, 16—18, 22, 57, 63, 70, 81 u. 83; Krankenversicherungsges. (Fassung v. 10. April 1892) § 2, 51 u. 54; Invaliditäts- u. Altersversicherungsges. v. 22. Juni 1889 § 13, 112—113.

öffentlichrechtlicher Genossenschaften erstreckt sich auf auferkörper-schaftliches öffentliches Recht⁵⁰.

b. Im Gebiet des Privatrechts ergreift namentlich die Autonomie des hochadligen Hauses das gesammte Familien- und Güterrecht der Familienangehörigen. Dagegen haben unter den Gemeinden nur die Städte Rostock und Wismar das ehemalige allgemeine Recht partikulärer Privatrechtsetzung bewahrt. Im Uebrigen sind der ortsstatutarischen Regelung höchstens einzelne untergeordnete Stücke der Privatrechtsordnung überlassen⁵¹. Doch berühren die polizei- und gewerberechtlichen Satzungsbefugnisse von Gemeinden und Genossenschaften vielfach auch das Privatrecht⁵².

V. Erfordernisse. Satzungen kommen in ähnlicher Weise wie Gesetze zu Stande.

1. Es bedarf also zuvörderst einer gehörigen Bildung der Satzung durch das verfassungsmäßig berufene Verbandsorgan. Regelmäßig ist in jeder Körperschaft ein oberstes Organ das eigentliche Satzungsorgan, während daneben andere Organe zu einer mehr oder minder ausgedehnten Rechtsetzung im Verordnungswege berufen sind⁵³. Hauptsächlich begegnen drei Typen.

a. Beschlufs der Mitgliederversammlung. Soweit die Mitgliederversammlung, wofür heute die Vermuthung spricht, das oberste Organ ist, übt sie auch die körperschaftliche Autonomie aus. Hierbei entscheiden die allgemeinen Regeln über Körperschaftsbeschlüsse, so daß im Zweifel zur Bildung der Satzung ein gehörig gefasster Mehrheitsbeschlufs genügt. Die Verfassung kann indeß strengere Erfordernisse aufstellen. Sie kann sogar, wie dies z. B. bei Familienschlüssen (oder sogenannten „Familienvträgen“) die Regel ist, Ein-

⁵⁰ So die Satzungsgewalt der Innungen (R.Gew.O. § 97 a, 98 a, 98 c, 100 e u. 100 f), so entfernt sie auch im Falle ihrer weitesten Ausdehnung von der ehemaligen gewerberechtlichen Satzungsgewalt der Zünfte bleibt, der Berufsgenossenschaften für Unfallversicherung u. s. w.

⁵¹ Beispiele von Satzungen hannoverscher Städte über Aufhebung von Retraktrechten und Abänderung von Ziehzeiten b. Kraut § 19 Nr. 1—3.

⁵² So z. B. die theils auf den Weg des Statuts theils auf den der Polizeiverordnung verwiesenen kommunalen Satzungsbefugnisse auf dem Gebiete des Baurechts; vgl. Württ. Gem.O. Art. 3, Preufs. Ges. v. 2. Juli 1875. § 12 u. 15, E. Löning, Verwaltungsr. S. 452—453 u. 466. Sehr entschieden ferner statutarische Bestimmungen nach R.Gew.O. § 119 a (Lohnzahlungen), aber auch nach R.Gew.O. § 33, 34, 105 b, sowie nach § 100 e.

⁵³ Gierke, Genossenschaftstheorie S. 692 Anm. 1.

stimmigkeit fordern, ohne daß hiermit etwa an die Stelle des Beschlusses ein Vertrag gesetzt wäre⁵⁴.

b. **Beschluß einer engeren Versammlung.** Statt der Mitgliederversammlung ist vielfach eine Repräsentantenversammlung zur Satzungsbildung berufen. Die Satzungsgewalt kann auch einem kollegialen Vorstande (z. B. einem Gemeinderath) übertragen sein. Oft besteht auch ein mehrgliedriges Satzungsorgan, wie z. B. da, wo die Gemeindeverfassung auf der Unterscheidung einer regierenden und einer vertretenden Versammlung (Magistrat und Stadtverordnete, Rath und Ausschuss u. s. w.) beruht, ein Ortsstatut durch übereinstimmenden Beschluß beider Versammlungen zu Stande kommt⁵⁵.

c. **Entschluß eines Einzelnen.** Endlich kann ein Einzelner als Verbandshaupt entweder für sich allein oder mit Zustimmung einer Versammlung zur Aufstellung bindender Normen für die Verbandsangehörigen berufen sein. Dies war früher in allen herrschaftlichen Verbänden der Fall. Heute steht insbesondere in der hochadligen Familie dem regierenden Herrn als Chef des Hauses eine Satzungsgewalt zu. Die monarchische Form der autonomen Satzung hat sich ferner bei Kirchengesetzen erhalten⁵⁶. Im Uebrigen findet sich höchstens eine beschränkte Verordnungsgewalt körperschaftlicher Einzelvorsteher.

2. Die Satzung muß ferner durch gehörigen **Ausspruch** erklärt sein. Ueber das Organ und die Form dieses Ausspruchs entscheidet die Körperschaftsverfassung⁵⁷. Erforderlich ist zum Inkraft-

⁵⁴ Aus der Hineintragung des Vertragsbegriffs stammt die alte Irrlehre von der Möglichkeit „stillschweigender Statuten“, die neuerdings wieder Böhlau § 65 Anm. 9 u. Franken S. 51 vortragen. Vgl. gegen sie Stobbe § 19 Anm. 5, Beseler § 28 Anm. 7.

⁵⁵ Zu gewerblichen Ortsstatuten forderte § 142 der R.Gew.O. in seiner alten Fassung einen „Gemeindebeschluss“, während er in seiner jetzigen (außer der vorherigen Anhörung der beteiligten Gewerbetreibenden und Arbeiter) keine besondere Form der Satzungsbildung vorschreibt. Nach allen Gemeindeordnungen aber muß, wo keine Gemeindeversammlung besteht, eine Gemeindevertretung mitwirken. Kreisstatute beschließt in Preußen der Kreistag (östl. Kreis.O. § 125), Provinzialstatute der Provinziallandtag (östl. Prov.O. § 35). — Ebenso bedarf es bei kirchlichen Gemeindestatuten der Zustimmung der Gemeindevertretung, bei kirchlichen Kreisstatuten des Beschlusses der Kreissynode (Preuss. K.Gem. u. Synodal-O. v. 10. Sept. 1873 § 46 u. 53).

⁵⁶ In der katholischen Kirche bei der päpstlichen (und bischöflichen) Gesetzgebung, in der evangelischen bei der landesherrlichen Kirchengesetzgebung, die aber nach den neueren Kirchenverfassungen an die Zustimmung einer Synode gebunden ist.

⁵⁷ Hier wie bei den Gesetzen ist zur Verkündung oft ein anderes Organ

treten des Statuts jedenfalls eine Kundmachung, die geeignet ist, dasselbe zur Kenntniss aller Betheiligten zu bringen. Für die Hausgesetze des hohen Adels, die nach der Bundesakte „bei den höchsten Landesstellen zur allgemeinen Kenntniss und Nachachtung gebracht werden müssen“, sind landesgesetzlich besondere Publikationsformen vorgeschrieben⁵⁸. Die Satzungen der Gemeinden, der Kirchen und der sonstigen öffentlichen Körperschaften werden in ähnlicher Weise wie die Gesetze und daher heute meist durch den Druck in bestimmten amtlichen Blättern verkündigt⁵⁹.

3. Als ein besonderes Erforderniss tritt endlich, damit eine Satzung gültig sei, vielfach die staatliche Bestätigung hinzu. Dieses Erforderniss bildet heute bei allen Satzungen öffentlicher Körperschaften die Regel⁶⁰, während umgekehrt die Satzungen privater

als das Satzungsorgan berufen (z. B. bei Gemeindestatuten der Gemeindevorstand, bei Kreisstatuten der Kreisausschuss oder Landrath, bei Genossenschaftsstatuten der Genossenschaftsvorstand u. s. w.). Wo die Satzung durch Beschluss der Mitgliederversammlung zu Stande kommt, ist noch heute oft die älteste Verkündigungsform, der mündliche Ausspruch vor der Versammlung, ausreichend.

⁵⁸ Vgl. Württ. Deklar. v. 1819 § 10 b. Kraut § 38 Nr. 4; Großh. Hess. Ed. v. 17. Febr. 1820 ib. Nr. 5; Preufs. Instruk. v. 30. Mai 1820.

⁵⁹ Nach R.Gew.O. § 142 sind statutarische Bestimmungen über gewerbliche Gegenstände „in der für Bekanntmachungen der Gemeinde oder des weiteren Kommunalverbandes vorgeschriebenen oder üblichen Form zu veröffentlichen“. In Preußen besteht für die Publikation der Gemeindegesetze keine ausschließliche Form (vgl. Leidig, Stadtr. S. 190 Anm. 2); dagegen müssen Kreisstatute durch das Kreis- oder Amtsblatt, Provinzialstatute durch die Amtsblätter publiziert werden (östl. Kreis-O. § 20 Abs. 2 u. Prov.O. § 8 Abs. 2). Für Kirchengesetze giebt es zum Theil eigne „kirchliche Gesetzblätter“.

⁶⁰ So bei den Gemeinden u. höheren Kommunalverbänden; vgl. die oben Anm. 33–34 angef. Gemeindeordnungen u. s. w., auch Sachsen-Altenburg. V.U. § 120, Brem. V.U. § 82. Desgleichen vielfach bei kirchlichen Satzungen, sowie regelmäßig bei allen öffentlichen Genossenschaften; vgl. Gierke, Genossenschaftstheorie S. 669 Anm. 2 u. 819 Anm. 2; Rosin a. a. O. S. 182 ff. Allgemein wird im Preufs. L.R. Einl. § 2 u. II, 6 § 30, 34 u. 35 u. in der Bad. Verordn. v. 17. Nov. 1888 staatliche Genehmigung der Körperschaftssatzungen gefordert. — Uebrigens erleidet die Regel mancherlei Ausnahmen. Keiner Genehmigung bedürfen die Satzungen der mecklenburgischen Seestädte; Böhlau I 364. Unter den Kirchengesetzen bedürfen die der katholischen Kirche nur insoweit einer Genehmigung, als das Placet gilt; vgl. Friedberg, Kirchenr. § 97 II, Hinschius, Kirchenr. III 838 ff. Bei den vom Landesherrn als Haupt der evangelischen Kirche mit Zustimmung einer Synode erlassenen kirchlichen Gesetzen und Verordnungen ist eine eigentliche Staatsgenehmigung undenkbar; statt ihrer forderte das Preufs. Ges. v. 3. Juni 1876 § 13 eine vor der königlichen Sanktion herbeizuführende Feststellung des Staatsministeriums, dass gegen das Gesetz von Staatswegen nichts zu erinnern ist; das Preufs. Ges. v. 28. Mai 1894 § 2 fordert nur noch eine Erklärung des

Körperschaften der Regel nach einer Bestätigung nicht bedürfen⁶¹. Bei den Hausgesetzen des hohen Adels fordert die Bundesakte nur, daß sie „dem Souverän vorgelegt“ werden⁶²; in mehreren Staaten ist dies aber als eine Vorlegung zur Bestätigung gedeutet worden⁶³.

Durch das Erforderniß staatlicher Bestätigung wird die Autonomie zwar eingeschränkt, aber nicht aufgehoben⁶⁴. Das bestätigte Statut bleibt Statut, nicht wird es Gesetz⁶⁵. Darum ist auch heute die Bestätigung nicht eine in der staatlichen Gesetzgebungsgewalt enthaltene Rechtsetzungshandlung, sondern eine aus der staatlichen Körperschaftshoheit fließende Verwaltungshandlung. Demgemäß wird sie durch Verwaltungsorgane vollzogen⁶⁶. Und das Bestätigungsrecht giebt nur die Befugniß, das Statut zu verwerfen oder anzunehmen, nicht, es

Staatsministeriums darüber, ob etwas zu erinnern sei. Auch andere Körperschaften des öffentlichen Rechts können gewisse Satzungen ohne staatliche Mitwirkung errichten; vgl. Rosin a. a. O. S. 182 ff.

⁶¹ Vgl. Gierke, Genossenschaftstheorie S. 653. Diese Regel erleidet aber auch heute manche Ausnahmen; so bei freien Hilfskassen nach R.Ges. v. 7. Apr. 1876 (Fassung v. 1. Juni 1888) § 2, bei Gewerkschaften nach Preufs. Bergges. § 94.

⁶² Daß dies nur Vorlage zur Kenntnißnahme, nicht zur Bestätigung bedeutet, nimmt mit Recht das R.Ger. Entsch. XXVI Nr. 26 S. 142 u. 159 an; ebenda S. 158 u. XVIII Nr. 42 S. 202 ist auch richtig entschieden, daß die Hausgesetze zu Zeiten des alten Reichs einer kaiserlichen Bestätigung nicht bedurften. Uebereinstimmend Beseler § 170 Anm. 9, sowie Großh. Hess. Ed. v. 17. Febr. 1820 (Kraut § 39 Nr. 5).

⁶³ Bayr. Deklar. v. 19. März 1807 (Kraut § 39 Nr. 6), Bad. Ed. v. 16. Apr. 1819 § 4 (ib. Nr. 7), Preufs. Instr. v. 30. Mai 1820 § 21 u. a.; doch ist meist das Versprechen abgegeben, daß die Bestätigung nicht grundlos verweigert werden werde. Näheres b. Stobbe § 20 Anm. 6.

⁶⁴ Die Einschränkung ist von ungleicher Bedeutung, jenachdem das Statut, wie dies neuerdings vielfach (z. B. bei kirchlichen Satzungen, Gierke, Genossenschaftstheorie S. 654 Anm. 2) bestimmt ist, nur auf seine Rechtmäßigkeit oder auch auf seine Zweckmäßigkeit geprüft werden kann; jenachdem ferner die Bestätigung, wie bei Innungen, Krankenkassen, Hilfskassen, Berufsgenossenschaften u. s. w. (vgl. Gierke a. a. O. S. 82 ff.), nur aus bestimmten gesetzlichen Gründen oder frei versagt werden darf. Den Begriff der Autonomie läßt sie aber immer bestehen.

⁶⁵ Vgl. Entsch. des R.Ger. XXIII Nr. 5 S. 28.

⁶⁶ Zum Theil durch den Landesherrn selbst als höchstes Verwaltungsorgan (vgl. z. B. Preufs. L.R. Einl. § 2, östl. Kreis-O. § 176 u. Prov.O. § 119), zum Theil durch höhere Verwaltungsbehörden, zum Theil auch durch Selbstverwaltungsorgane (vgl. z. B. Preufs. Zuständigkeitsges. v. 1. Aug. 1883 § 16 u. 31 u. L.G.O. v. 3. Juli 1891 § 6 Abs. 2, Sächs. L.G.O. § 94 u. 97). Statutarische Bestimmungen des Gewerberechts bedürfen nach R.Gew.O. § 142 der Genehmigung „der höheren Verwaltungsbehörde“.

inhaltlich abzuändern⁶⁷. Wo im Gegensatze hierzu die Bestätigung erst als der eigentliche Rechtsetzungsakt erscheint, liegt nicht mehr Autonomie, sondern nur ein körperschaftliches Vorschlagsrecht zu Gesetzen vor⁶⁸.

Mit dem Bestätigungsrecht verbindet sich öfter ein staatliches Recht der Aufserkraftsetzung ungehöriger Satzungen⁶⁹. Sofern dagegen ein solches Recht nicht besonders begründet ist, bedarf es zur Aufhebung oder Abänderung von Statuten eines Rechtsetzungsaktes, den natürlich nicht blos die Körperschaft selbst durch Satzung, sondern jederzeit auch der Staat durch Gesetz vollziehen kann.

In zusammengesetzten Körperschaften ist mitunter die Autonomie der Gliedkörperschaften auch durch Bestätigungs- und Aufserkraftsetzungsrechte höherer Gliedkörperschaften oder der Gesamtkörperschaft gebunden. So z. B. in den Kirchen. Hier gelten dann analoge Regeln⁷⁰.

VI. Wirksamkeit. Hinsichtlich der Kraft, der Anwendung und der Auslegung von Satzungen sind dieselben Grundsätze, die bei Gesetzen Platz greifen, insoweit maßgebend, als sie nicht entweder auf spezieller Vorschrift beruhen oder mit der staatlichen Souveränität zusammenhängen. Aus dem letztgedachten Gesichtspunkte folgt, daß hier die richterliche Prüfung unbeschränkt ist und sich namentlich auch in vollem Umfange auf die körperschaftliche Zuständigkeit erstreckt. Der Richter hat daher jedes Statut, das vermöge seines Inhaltes die Grenzen der Autonomie des betreffenden Verbandes über-

⁶⁷ Mittelbar kann die Aufsichtsbehörde freilich auf eine Abänderung hinwirken, indem sie dieselbe zur Bedingung der Bestätigung macht. Noch stärkere Zwangsmittel besitzt sie, wenn sie für den Fall des Nichtzustandekommens einer autonomen Satzung ein staatlich gesetztes Statut oktroyiren kann (wie bei Berufsgenossenschaften nach R.Unfallversich.Ges. § 23, bei Knappschaften nach Preufs. Bergges. § 167 u. 169) oder für den Fall der Nichtabänderung eines Statuts zur Auflösung der Körperschaft befugt ist (wie bei Innungen u. Innungsverbänden nach R.Gew.O. § 103 Z. 1 u. 104g u. bei Hilfskassen nach Hilfskassenges. § 29).

⁶⁸ Dies kommt in verschiedenem Umfange vor; so bei Provinzialgesetzen zu Gunsten von Provinziallandtagen, bei staatlich errichteten Verbänden zu Gunsten der Beteiligten (vgl. Rosin a. a. O. S. 129 ff.) u. s. w. — Das neuere Recht kennt auch Fälle, in denen zur Erzeugung von Rechtssätzen die staatliche Gesetzgebungsgewalt und die autonome Satzungsgewalt zusammenwirken müssen; vgl. Rosin a. a. O. S. 185—187, Gierke a. a. O. S. 819 Anm. 1.

⁶⁹ Allgemein wird es durch die R.Gew.O. § 142 Abs. 2 der Centralbehörde hinsichtlich gewerberechtlicher Satzungen beigelegt.

⁷⁰ Vgl. Gierke, Genossenschaftstheorie S. 641 Anm. 1.

schreitet, als nichtig zu behandeln⁷¹. Im Uebrigen hat er das Satzungsrecht von Amtswegen zu erforschen und anzuwenden⁷².

§ 20. Das Gewohnheitsrecht¹.

I. Begriff. Gewohnheitsrecht ist ungesetztes Recht; somit Recht, das von einer Gemeinschaft unmittelbar durch Uebung erklärt ist. Das Gewohnheitsrecht kann Volksrecht oder Juristenrecht sein. Inwieweit es im zweiten Falle Besonderheiten aufweist, soll unten besprochen werden (§ 21).

II. Geschichte. Im deutschen Mittelalter herrschte das ungesetzte Recht weitaus vor; es hatte nicht nur unbezweifelt gleiche Kraft mit dem gesetzten Recht, sondern galt als ehrwürdiger und heiliger. Man berief sich allgemein, um Rechtssätze vor Anfechtung zu sichern, auf die Ueberlieferung der Vorfahren und suchte womöglich ihre Entstehung in graues Alterthum hinaufzurücken; und man trug Scheu, am Brauch der Väter willkürlich zu ändern, da man in ihm einen ererbten Schatz sah, den man für kommende Geschlechter treu zu hüten habe². Gewohnheitsrecht war es, das Schöffen und

⁷¹ Vgl. z. B. R.Ger. X Nr. 37, Berliner O.Trib. b. Seuff. XXXI Nr. 198.

⁷² C.Pr.O. § 265. Die „Statuten“ werden hier hinsichtlich des Beweises dem Gewohnheitsrecht und dem fremden Recht gleichgestellt; vgl. dazu unten § 20 VII.

¹ Vgl. aufer den in Anm. 1 zu § 17 angef. Schriften von Savigny, Puchta u. Beseler bes. noch: E. Meier, Die Rechtsbildung in Staat und Kirche, Berlin 1861; W. Lüders, Das Gewohnheitsrecht auf dem Gebiete der Verwaltung, Kiel 1863; F. Dahn, Z. f. deut. Gesetzg. VI 553 ff.; Fr. Adickes, Zur Lehre von den Rechtsquellen und insbesondere über das Gewohnheitsrecht, Kassel und Göttingen 1872; Zoll, Jahrb. f. Dogm. XIII 416 ff.; A. Sturm, Der Kampf des Gesetzes mit der Rechtsgewohnheit, Kassel 1877, Recht und Rechtsquellen, Kassel 1883; E. Zitelmann, Arch. f. civ. Pr. XLVI 324 ff.; G. Rümelin, Jahrb. f. Dogm. XXVII Nr. 3; W. Schuppe, Das Gewohnheitsrecht, Breslau 1890. — Savigny, Syst. I § 12 u. 18; Windscheid, Pand. I § 15—18; Dernburg, Pand. I § 26—28; Regelsberger, Pand. I § 19—23. — Maurenbrecher, D.P.R. I § 20 ff.; Thöl, Einl. § 51—53; Beseler, D.P.R. § 29—33; Gerber, D.P.R. § 28; Stobbe, D.P.R. § 21—23; Roth, D.P.R. § 44; Gengler, D.P.R. § 13; Franken, D.P.R. S. 42 ff. — Wächter, Württ. P.R. II 32 ff.; Böhlau, Meckl. L.R. I § 52—55; Unger, Oester. P.R. I § 5; Pfaff u. Hofmann, Komm. I 230 ff. — Laband, Z. f. d. g. H.R. XVII 466 ff.; Goldschmidt, H.R. I 316 ff.; Behrend, H.R. I § 18. — Schulte, Das katholische Kirchenrecht, Th. I (Gießen 1850) S. 199 ff.; Richter, Kirchenr. § 84; Kahl, Kirchenr. I 129 ff.; v. Scheurl, Zeitschr. f. Kirchenrecht II 184 ff., III 30 ff. u. 387 ff. — Binding, Strafr. I § 44—45.

² Vgl. J. Grimm, R.A. S. 772 ff.; die Rechtssprüchwörter b. Graf u. Dietherr I Nr. 115—120; die Stellen aus Weisthümern b. Gierke, Genossen-

Dingleute, indem sie seine Kenntniss unmittelbar aus ihrer Lebens- erfahrung und ihrem Rechtsbewusstsein schöpften, im Gericht über- wiegend anwandten³.

Engere Schranken zog dem Gewohnheitsrecht zuerst das kanonische Recht, um die partikuläre Rechtsbildung in der Kirche zurückzu- drängen⁴. Mit der hierauf gegründeten kanonistischen Theorie ver- schmolz die Theorie, die von den Legisten in Anlehnung an die viel umstrittenen Aussprüche der römischen Quellen über Gewohnheitsrecht entwickelt wurde⁵. Immerhin liess die mittelalterliche Doktrin dem Gewohnheitsrecht noch weiten Spielraum. Mit der Rezeption gelangte sie auch in Deutschland zur Herrschaft. Mehr und mehr aber trat sie nun, indem sie im Gewohnheitsrecht gleichzeitig das einheimische, das volksthümliche und das partikuläre Recht bekämpfte, dem Ge- wohnheitsrecht feindselig gegenüber⁶. Diese Feindseligkeit steigerte sich unter dem Einfluss der neuen Anschauungen vom Staat, die in der staatlichen Gesetzgebung die alleinige Quelle alles positiven Rechts erblicken wollten⁷. Vor Allem erklärte die siegreiche naturrechtliche Richtung dem Gewohnheitsrechte grundsätzlich den Krieg⁸.

In gleichem Schrittmaass gieng die Gesetzgebung gegen das Ge- wohnheitsrecht vor. Seit dem badischen Landrecht von 1511 schafften alle partikulären Gesetzbücher die ihnen widersprechenden Gewohn-

schaftsrecht II 462—464; auch die gereimte Vorrede zum Sachsenspiegel vers. 36 ff. u. 151 ff. — Die sagenhafte Zurückführung hoch gehaltener Rechtssätze auf die grossen Kaiser der Vorzeit, auf Karl d. Gr., Otto I., Friedrich I. — (vgl. Stobbe, Rechtsq. I 269 ff., 356 ff.) —, steht hiermit natürlich nicht in Widerspruch, sondern soll nur den Schimmer des Alterthümlichen vergolden.

³ Vgl. Grimm, W. II 140: was der schein wist, als ist von alders her- komen; Stellen b. Stobbe, D.P.R. § 21 Anm. 2. — Die Meinung von Schultze, Privatr. u. Proz. (oben § 15 Anm. 1) I 97 ff., die Schöffen hätten bei der Recht- sprechung nach dem Herkommen Normen nicht angewandt, sondern geschaffen, wird durch manche von ihm selbst angeführte Stellen (z. B. S. 101 Anm. 2) widerlegt.

⁴ Vgl. Puchta, Gewohnheitsrecht I 184 ff.; Gierke, Genossenschaftsr. III 307 Anm. 185.

⁵ Vgl. Puchta a. a. O. S. 192 ff.; Gierke a. a. O. S. 216—217 u. 456 ff.

⁶ Vgl. Puchta a. a. O. S. 201 ff. — Die einzelnen Lehrrsätze, mit denen sie zu diesem Zweck operirte, werden nachher vorkommen.

⁷ Vgl. Gierke, Althusius S. 266 ff. u. 279 ff.

⁸ Bezeichnend meint Scheidemann, Staatsr. (oben § 19 Anm. 19) I 225, das Gewohnheitsrecht sei oft nur willkürlicher Ungehorsam und entstehe meist durch „strafbare Unachtsamkeit oder Bosheit“. Freilich klingt, was Laband, Staatsr. I 580 Anm. 1 („gewöhnheitsmässiger Ungehorsam“) und andere Neuere sagen, nicht viel anders.

heiten, seit dem 17. Jahrhundert viele überhaupt alle von ihnen nicht aufgenommenen Gewohnheiten ab. Auch verbot man im Voraus jede künftige Gewohnheitsrechtsbildung. Die großen Gesetzbücher der neueren Zeit folgten mehr oder minder unbedingt diesen Vorbildern.

In der Theorie brachte die geschichtliche Rechtswissenschaft unseres Jahrhunderts einen völligen Umschwung hervor. Sie eröffnete neue Einblicke in das Wesen des Gewohnheitsrechts und deckte seine Ursprünglichkeit, seine schöpferische Kraft, seinen unvergleichlichen Werth unwiderleglich auf. Freilich aber trat sie in einseitiger Verherrlichung des unbewussten Werdeganges der Geschichte dem Beruf der bewussten gesetzgeberischen That vielfach so ablehnend gegenüber, daß Gegenströmungen nicht ausbleiben konnten.

Die Gesetzgebung ist im Wesentlichen der Theorie nicht gefolgt, setzt vielmehr bis heute den Vernichtungskampf gegen das Gewohnheitsrecht fort^o.

Ohne Erfolg! Der schöpferische Born des Gewohnheitsrechts kann erst versiegen, wenn das Leben des Rechtes selbst erloschen ist. Die herrschende Stellung freilich, die es noch heute im Gebiet des gemeinen Rechtes einnimmt, kann das Gewohnheitsrecht einer modernen Kodifikation gegenüber nicht behaupten. Allein auch wo das Gesetzesrecht am kraftvollsten waltet, verdeckt nur täuschender Schein die fort-dauernde Zeugungskraft des Gewohnheitsrechts. Der Gesetzgeber besitzt thatsächlich nicht die Allmacht, die er sich zuspricht. Nur in geringem Umfange vermag er lebensfähiges Recht wirklich neu zu „machen“: sein Bestes schöpft er stets aus einem schon ohne ihn gewordenen oder doch im Werden begriffenen Gewohnheitsrecht. Und mit so feierlicher Miene er alles künftige Gewohnheitsrecht verbieten, so eifrig er sich bemühen mag, durch prompte Arbeit der Gesetzgebungsmaschine bei jedem neu auftauchenden Bedürfnis dieses Verbot zu rechtfertigen: immer wird der Strom des Rechtslebens mächtiger sein als er und durch tausend verborgene Kanäle in irgend einer Form Gewohnheitsrecht der geltenden Rechtsordnung zuführen.

III. Geltungsgrund. Da das Gewohnheitsrecht die ursprüngliche Erscheinungsform des Rechtes ist, deckt sich die Frage nach seinem Geltungsgrunde mit der Frage nach dem Geltungsgrunde des Rechtes überhaupt. Diese Frage aber kann von der Jurisprudenz

^o Wider den jüngsten Unterdrückungsversuch in § 2 des Entw. I vgl. Gierke, Entw. S. 122 ff., nebst den dort S. 130 Anm. 1 u. Zusammenstellung I 36 ff. u. VI 25 ff. Angeführten, bes. auch Schuppe a. a. O. S. 150 ff. — In Entw. II ist der § 2 vorläufig gestrichen.

nicht beantwortet werden. Denn der Geltungsgrund des Rechtes kann nicht selbst wieder ein Rechtsgrund sein. Eine allgemeine geschichtliche und philosophische Betrachtung mag den Versuch unternehmen, die Verbindlichkeit des Gewohnheitsrechts aus dem natürlichen und geistigen Wesen des Menschen abzuleiten. Für die rechtliche Betrachtung dagegen ist dieselbe etwas schlechthin Gegebenes, eine fundamentale Thatsache, die der Begründung weder fähig noch bedürftig ist.

So haben denn auch die Völker anfänglich die Geltung des Gewohnheitsrechts als etwas Selbstverständliches hingenommen. Erst reflektirende Juristen späterer Zeitalter, in denen die Vorstellung mächtig wurde, daß eigentliche und primäre Rechtsquelle das Gesetz sei, fragten nach dem Grunde der bindenden Kraft von Gewohnheiten. Römische Juristen fanden ihn in einer stillschweigenden Willenserklärung des Volkes als des obersten Gesetzgebers: der in der Uebung sich offenbarende „tacitus consensus populi“ sei nicht minder wirksam, als der durch „suffragium“ erklärte Volkswille¹⁰. Die romanistische Jurisprudenz hielt an dieser Auffassung fest und entwickelte, indem sie freilich nur die partikuläre consuetudo beachtete, die ganze Lehre vom Gewohnheitsrecht aus dem Begriff des „statutum tacitum“¹¹. Mehr und mehr indess wurde in Folge der Erwägung, daß die Berufung auf den Volkswillen nur im demokratischen Staat ausreiche, noch ein „tacitus consensus Superioris“ hinzugedichtet und so die namentlich in Deutschland zu fast allgemeiner Herrschaft gelangte Ansicht ausgebildet, daß die Kraft des Gewohnheitsrechts auf der stillschweigenden Guttheilung des Gesetzgebers beruhe¹². Diese Theorie gieng sogar in Gesetzbücher über¹³. Auch in unseren Tagen

¹⁰ Vgl. l. 32 § 1, l. 35 D. de leg. 1, 3; § 9 u 11 Inst. 1, 4; Ulp. fr. § 4.

¹¹ Vgl. die Nachweise b. Puchta I 150, 207, II 38, 41, Gierke, Genossenschaftsr. III 216, 307 Anm. 184, 456 Anm. 196, 653 Anm. 16; Gaill II obs. 31 Nr. 9—10; Carpzov, Dec. 101. — Hier wie beim Statut drang dann natürlich der Begriff des Vertrages ein, wogegen schon Azo, Summa Cod. 8, 53 Nr. 6 u. Gl. magna zu l. 2 C. 8, 53 ankämpfen (vgl. Gierke a. a. O. S. 216 Anm. 91).

¹² Vgl. über die Anfänge dieser Lehre im Mittelalter Gierke a. a. O. S. 385 Anm. 188. Ferner Zasius, Lect. l. 32 D. de leg. 1, 3 Nr. 25—27; Mynsinger, Resp. 13 § 10; Ludwell, Inst. 1, 2 § 9; J. Voet, Comm. I, 3 § 27; Huber, Prael. Inst. 1, 2 § 12; Titius, Jus priv. I c. 7 § 16—19; Stryck, Us. mod. 1, 3 § 11; Leyser, spec. 9 suppl. de consensu Principis unico consuetudinis fundamento; Riccius zu Engau § 14; Selchow, El. j. G. § 64 u. 67; Danz, Handb. I 195 ff.; Curtius I § 30—31.

¹³ So in das Bayr. L.R. I, 2 § 15: Gewohnheitsrecht oder Herkommen (jus consuetudinarium) beruht 1^{mo} auf einem solchen Gebrauch, welcher nicht nur den

taucht sie immer wieder auf¹⁴. In der That ist die Zurückführung des Gewohnheitsrechtes auf den Willen des Gesetzgebers unvermeidlich, sobald das Recht nur als Geschöpf des Staates gedacht wird. Und doch ist sie unmöglich. Denn den Satz, daß Aussprüche der obersten Gemeinschaftsorgane als Gesetze binden, hat selbst einst das Gewohnheitsrecht hervorgebracht, wie es ja auch Eigenthum, Ehe, Vertrag, Erbrecht und alle anderen Grundeinrichtungen unseres Privatrechts längst erzeugt hatte, bevor sich das Gesetz mit ihnen befaßte. Seit aber der Staat Gesetze giebt, hat die menschliche Gesellschaft keineswegs an ihn ihre gesamte rechtsschöpferische Kraft veräußert; gleich Sitte, Sprache, Kunst und Wissenschaft ist auch das Recht eine im Leben des Staates nicht aufgehende besondere Funktion des Gemeinlebens geblieben.

Neben dieser Zurückführung des Gewohnheitsrechtes auf Gesetz oder Satzung lief seit dem Mittelalter eine namentlich im kanonischen Recht ausgebildete andere Erklärungsart her, die das Gewohnheitsrecht aus dem Begriff der Verjährung herleitete¹⁵. Hierbei wurde die Rolle, die auch beim Gewohnheitsrecht die Macht der Zeit spielt, richtig gewürdigt, jedoch die Grenzlinie zwischen objektivem und subjektivem Recht völlig verwischt.

Die historische Rechtsschule hat diese älteren Theorien mit ihren zahlreichen Folgesätzen gestürzt. Doch hat sich auf dem befreiten Boden ein neuer Streit über das Wesen des Vorganges, dem das Gewohnheitsrecht seine Geltung verdankt, entzündet.

Die Lehre Puchtas lenkte den Blick auf die innere Seite dieses Vorganges und enthüllte die schöpferische Macht des sich zur Rechtsüberzeugung emporringenden Gemeinbewußtseins. Sie betonte aber einseitig nur dieses innere Geschehen und ließ aus ihm den Rechtsatz fertig hervorspringen. In der Uebung erblickte sie nur die An-

Willen der Gemeinde, sondern auch die Landesherrschaftliche Miteinstimmung muthmaßlich anzeigt.

¹⁴ Daß die stillschweigende Genehmigung des Gesetzgebers erst dem Gewohnheitsrecht Kraft verleihe, lehren noch Maurenbrecher, D.P.R. I § 19, Kierulff S. 13, R. Schmid in Richters Jahrb. 1844 S. 395 ff., E. Meier a. a. O. S. 23 ff., Binding, Strafr. I 202 u. 211 ff., Rümelin a. a. O. S. 186 ff. u. in eigenthümlicher Fassung auch Bruns in Holtzendorffs Encykl. I 437 ff. — Daneben wird der Begriff der Autonomie, auf den Weifse, Einl. (2. Aufl.) S. 61 ff., Eichhorn, D.P.R. § 26, u. Reyscher, Württ. P.R. I § 65, das Gewohnheitsrecht gründen, bisweilen noch für gewisse Arten des Gewohnheitsrechtes verwerthet; vgl. oben § 19 Anm. 8.

¹⁵ Vgl. c. 11 X de consuet. 1, 4; Brünner Schöffenb. c. 623; Puchta II 97 ff. — Dagegen z. B. Brunneemann zu l. 33 D. de leg. 1, 3. Nr. 2.

wendung eines schon geltenden Rechts, so daß die Gewohnheit zwar als „unzertrennliche Begleiterin des Gewohnheitsrechtes“ den Werth eines Zeugnisses für dessen Vorhandensein behielt, jede konstitutive Bedeutung aber einbüßte¹⁶. Diese Ansicht wird mit mancherlei Abwandlungen noch heute vielfach vertheidigt¹⁷. Sie übersieht indess, daß eine Rechtsüberzeugung kein Rechtssatz sein kann, bevor sie in die äußere Erscheinung getreten ist. Auch widerspricht sie der Lebenserfahrung, nach der ja doch die Gewohnheit bei der Bildung des Gewohnheitsrechtes thatsächlich eine ganz andere als die ihr hier zuge dachte Rolle spielt.

So haben denn Andere wieder die äußere Seite des Vorganges nachdrücklich betont und die Geltung des Gewohnheitsrechtes aus der Gewohnheit abgeleitet¹⁸. Sie weisen darauf hin, wie die Gewohnheit schon an sich eine Macht ist und vermöge der menschlichen Tendenz des Beharrens und der Ehrfurcht vor der Ueberlieferung einen psychologischen Zwang ausübt. Auch berufen sie sich auf die unbestreitbare Thatsache, daß die Rechtsüberzeugung oft erst in Folge langer Uebung entsteht. Allein wenn sie nun alle Kraft der Rechtsbildung ausschliesslich in die Gewohnheit verlegen wollen, so verfallen sie in die entgegengesetzte Einseitigkeit, wie die Anhänger Puchta's. Denn ohne die Bildung einer inneren Rechtsüberzeugung wird keine noch so stetig befolgte Richtschnur des Handelns zum Rechtssatz. Und es ist praktisch schlechthin unmöglich, eine Gewohnheit als Rechtsgewohnheit zu erkennen und von bloßer Sitte zu unterscheiden, wenn nicht auf die dahinter sich abspielenden Bewusstseinsvorgänge zurückgegangen wird.

Der wirklichen Sachlage entspricht somit allein die vermittelnde Ansicht, die in der Bildung der Rechtsüberzeugung und ihrer Betätigung durch Uebung zwei gleich wesentliche Faktoren des Gewohnheitsrechtes erblickt¹⁹. Beide Vorgänge gehören als innere und

¹⁶ Puchta I 143 ff., 169 ff., II 5 ff., 151.

¹⁷ So von Savigny I 34 ff., Thöl, Einl. § 51, Handelsr. I § 12 Anm. 4, Gerber, D.P.R. § 28 Anm. 1, Böhlau a. a. O. S. 271 u. 324 ff., Dahn a. a. O. S. 565 ff., Adickes a. a. O. S. 42 ff. u. 59 ff., Stobbe I 167 ff., Gengler, D.P.R. S. 34.

¹⁸ So Walter, D.P.R. § 24–25, Bluntschli, D.P.R. § 5, besonders aber Zitelmann a. a. O. S. 412 ff. u. 446 ff.; auch Dernburg, Pand. I § 26–27.

¹⁹ Vgl. Stahl, Rechtsphilos. II, 1 S. 328 ff.; Wächter, a. a. O. S. 32 ff.; Beseler, D.P.R. § 29 Anm. 3; Unger, Oesterr. P.R. I 37 ff.; Windscheid, Pand. I § 15 Anm. 2; Goldschmidt, Handelsr. I § 35 Anm. 18; Sturm, Recht u. Rechtsqu. S. 156 ff.; Regelsberger § 19. — Uebereinstimmend R.Ger. XX Nr. 68 u. Seuff. XLVII Nr. 89.

äußere Seite desselben Werdeprozesses nothwendig zusammen. Eine nicht durch Uebung erklärte Rechtsüberzeugung ist gleich dem unausgesprochenen Gesetz ein innerer Zustand, der die Kraft einer äußerlich bindenden Norm nicht haben kann. Die Gewohnheit aber muß sich als Uebung eines Satzes, der hierbei als Rechtssatz empfunden und vorgestellt wird, erweisen, damit sie als Rechtsnorm gelte. Hierbei kann nun freilich zwischen beiden Faktoren ein sehr ungleiches Verhältniß walten. Möglich ist, daß von vornherein eine starke Ueberzeugung besteht, die sich mit unwiderstehlicher Gewalt im Leben Bahn bricht. Möglich ist, daß umgekehrt aus einer ursprünglich willkürlichen Uebung, gegen die sich das Rechtsbewußtsein gleichgültig oder gar ablehnend verhält, im Laufe der Zeit die allgemeine Ueberzeugung erwächst, es dürfe nur so und nicht anders gehandelt werden²⁰. Man hat sogar hierauf einen technischen Unterschied zwischen „Gewohnheitsrecht“ und „Gewöhnungsrecht“ zu gründen gesucht²¹. Allein die Grenzen sind flüchtig, und mancherlei mittlere Fälle kommen vor²². Und schließlich ist es für das fertige Gewohnheitsrecht überhaupt gleichgültig, ob und inwieweit es von innen nach außen oder von außen nach innen geworden ist, wenn nur beide Bedingungen seines Daseins erfüllt sind.

IV. Erfordernisse. Hiernach hat das Gewohnheitsrecht zwei Erfordernisse.

1. Bildung einer Rechtsüberzeugung.

a. Trägerin derselben kann jede organische Gemeinschaft sein. Eine solche ist vorhanden, wenn unter Menschen eine dauernde Lebensgemeinschaft besteht, aus der Verhältnisse entspringen, die sich zur Ordnung durch äußere Willensnormen eignen²³. Doch wird der Staat einer Gemeinschaft, die er als solche verwirft, natürlich auch

²⁰ Dies wird freilich von Puchta I 169 u. II 6 ff. bestritten, aber von Savigny I 35 ff. u. 82, Thöl, Einl. § 52 u. 54, Böhlau S. 326 ff., Adickes S. 51 ff. u. 63 ff., Stobbe S. 169 ff. zugegeben. Vgl. ferner bes. Beseler, Volksr. u. Juristenr. S. 63 u. 76 ff., D.P.R. § 29 u. 33.

²¹ So namentlich Beseler, D.P.R. a. a. O., der für das Gewöhnungsrecht den Namen „Herkommen“ gebrauchen will; zum Theil aber auch Thöl und Stobbe a. a. O.

²² Wenn z. B. gewohnheitsrechtlich eine feste Frist entsteht, so wird vielleicht die Ueberzeugung, daß der Zeitablauf auf das fragliche Verhältniß rechtlich einwirkt, primär sich bilden, dagegen die Zahlbestimmung erst aus der Gewöhnung in das Rechtsbewußtsein übergehen. Aehnlich verhält es sich bei der gewohnheitsrechtlichen Ausbildung von Formen.

²³ Die historische Schule operirte hier zu einseitig mit dem Begriff des „Volkes“.

die Fähigkeit zur Erzeugung eines Gewohnheitsrechtes nicht zugestehen²⁴. Die Gemeinschaft braucht nicht organisirt zu sein: ein Volk ohne Staat, eine Religionsgemeinschaft ohne Kirche, die internationale Gemeinschaft, ein Stand oder ein anderer durch keine Verfassung geeinter Bruchtheil des Volks kann Gewohnheitsrecht hervorbringen²⁵. Ist die Gemeinschaft organisirt, so bildet sie doch, falls sie Gewohnheitsrecht erzeugt, die erforderliche Ueberzeugung unabhängig von ihrer Organisation in ihrem durch diese nicht erschöpften Zusammenhange aus: das Staatsvolk unabhängig von seiner Organisation zur gesetzgebenden Allgemeinheit, die körperschaftlich verbundene Gesammtheit unabhängig von ihrer Organisation zur satzungsbefugten Gemeinheit.

b. Entscheidend ist die Bildung einer Ueberzeugung. Ein bewusster Willensentschluß pflegt damit überhaupt nicht verbunden zu sein; die unbewussten Willensvorgänge, die dabei stattfinden, haben nur mittelbare Bedeutung. Auf einer völligen Umkehrung dieses Verhältnisses beruhte die Theorie des *tacitus consensus*; auch bei den Neueren aber drängt sich immer wieder der „Volkswille“ oder ein sonstiger Gemeinwille ungehörig ein²⁶.

c. Die Ueberzeugung muß Gemeinüberzeugung sein. Sie kann nur im Bewußtsein der Einzelnen sich offenbaren. Aber der Einzelne muß sie als eine ihm mit den Anderen gemeinschaftliche Ueberzeugung empfinden; er muß davon durchdrungen sein, daß er hier nicht seine individuelle Meinung, sondern die in dem Lebenskreise, als dessen Glied er handelt, herrschende allgemeine Ansicht zur Geltung bringt²⁷. Es bedarf keineswegs der Uebereinstimmung

²⁴ Darum hat z. B. das unter Dieben und Hehlern hinsichtlich der Gewinnvertheilung oder das unter Spielern hinsichtlich der Spielregeln beobachtete Gewohnheitsrecht, das im Uebrigen alle Erfordernisse eines echten Gewohnheitsrechts aufweisen kann, keinerlei Kraft.

²⁵ In der Entsch. des R.Ger. XXVII Nr. 27 S. 100—109 wird ein Gewohnheitsrecht anerkannt, das sich unter den im türkischen Reich wohnenden christlichen Nichtunterthanen der Pforte (hinsichtlich der Eheschließungsform) gebildet hat.

²⁶ Vgl. den Nachweis b. Zitelmann a. a. O. S. 367 ff. Anm. 57 u. 59, S. 389 ff. Anm. 109—111; aus der Praxis R.Ger. I Nr. 120 S. 326, III Nr. 59 S. 212, Seuff. XV Nr. 217, XVII Nr. 212. — Einfache Rückkehr zum „Volkswillen“ b. Franken S. 43.

²⁷ Dies übersieht zum Theil Lüders a. a. O. S. 39 ff. — Neuerdings will Zitelmann a. a. O. S. 419 ff. den ganzen Begriff der Gemeinüberzeugung als Ausfluß der „mystischen“ Lehre vom „Volksgeist“ eliminiren; er hat aber keinen Ersatz zu bieten, als das gähnende Nichts.

aller Einzelnen oder irgend einer Mehrheit²⁸. Vielmehr kommt es auf die Ueberzeugung derjenigen Gemeinschaftsglieder an, die in den Lebensverhältnissen, deren Ordnung in Frage steht, zu handeln berufen sind²⁹. Abweichende Meinungen Einzelner sind unerheblich, soweit sie nur als individuelle Meinungen erscheinen. Ob sie aber diese Beschaffenheit haben oder vielmehr auf eine Spaltung hinweisen, an der die Bildung einer Gemeinüberzeugung scheitert, ist eine nur im Einzelfall auf Grund lebendiger Anschauung zu lösende Frage³⁰.

d. Endlich muß die Ueberzeugung Rechtsüberzeugung sein, somit zu ihrem Inhalt eine Willensnorm haben, die als äußerlich bindende und unbedingt maßgebende Richtschnur des Handelns vorgestellt wird³¹. Eine Ueberzeugung, die sich entweder nur auf eine innerlich bindende sittliche Verpflichtung oder aber auf eine nicht unbedingt maßgebende Forderung der Sitte richtet, bringt kein Gewohnheitsrecht hervor³². Man bezeichnet dies Erforderniß als das der „*opinio necessitatis*“ oder „*juris*“.

e. Gleichgültig dagegen sind die Beweggründe, die zu der Ueberzeugung geführt haben. Durchaus verfehlt daher ist die alte und weitverbreitete Lehre, daß ein Gewohnheitsrecht nicht aus

²⁸ Die ältere Theorie wandte die Lehre von den Korporationsschlüssen an und forderte daher Majorität; vgl. Gierke a. a. O. III 456 Anm. 196.

²⁹ Die ältere Theorie wollte folgerichtig nur die stimmberechtigten Männer beachten.

³⁰ Vgl. Puchta I 152 ff., 155; Stobbe I 166; Seuff. VII Nr. 279.

³¹ Die in der Theorie herrschenden ungleichen Auffassungen von der eigentlichen Beschaffenheit dieses Ueberzeugungsinhaltes hat Zitelmann a. a. O. S. 374—412 sorgfältig dargestellt und gruppiert. Man streitet namentlich, ob während der Bildung des Gewohnheitsrechts der geübte Satz nur als gerecht oder schon als Recht vorgestellt wird. Offenbar ist die erforderliche Rechtsüberzeugung erst vorhanden, wenn die Vorstellung herrscht, daß der Satz geltendes Recht sei; allein es kann ein Werdestadium vorangehen, in dem nur das Gefühl des Gerechten, Angemessenen, Billigen waltet; der Uebergang wird meist ein unmerklicher sein. Große praktische Bedeutung hat die ganze Frage nicht; die Praxis versteht übrigens das Erforderniß stets im Sinne der Ueberzeugung von einem bereits geltenden Recht; vgl. Seuff. I Nr. 308, VII Nr. 279, X Nr. 4, XXIX Nr. 106, XL Nr. 86 S. 132.

³² Vgl. Seuff. XX Nr. 155, XXXIII Nr. 183, XXXIV Nr. 1, Blätter f. Rechtsanw. XVII 328. — Die bloße Sitte kann indess als Auslegungsmittel für den Parteiwillen rechtliche Bedeutung haben; so insbesondere nach H.G.B. Art. 279 die Handelssitte (Geschäftsgebrauch), deren Unterscheidung vom Handelsgewohnheitsrecht (Handelsgebrauch) in der Theorie (Goldschmidt, H.R. I 329 ff.; Laband a. a. O. S. 507 ff., Behrend, H.R. I 80 ff.) u. Praxis (R.O.H.G. b. Behrend § 18 Anm. 1, R.Ger. b. Seuff. XXXVI Nr. 179, vgl. ib. XL Nr. 299) durchgedrungen ist.

Irrthum eingeführt sein dürfe⁸³. Unendlich vieles Gewohnheitsrecht, das in unbestrittener Geltung steht, ist aus Irrthum, aus Mißverständniß der Quellen, aus unrichtiger Analogie entstanden⁸⁴. Der Kraft des Gewohnheitsrechts thut solche Vorgeschichte so wenig Abbruch, wie der Irrthum des Gesetzgebers der Kraft des Gesetzes. Entschiedener Widerspruch muß daher erhoben werden gegen eine Reihe von Erkenntnissen des Reichsgerichts, die in Erneuerung der alten Doktrin theils volksthümliches Gewohnheitsrecht theils eingelebten Gerichtsgebrauch umgestoßen haben, weil ein Irrthum über den Inhalt der Gesetze zu Grunde liege⁸⁵. Folgerichtig durchgeführt, müßte diese verkehrte Theorie zum Umsturz des gesammten usus modernus führen, wenn man nicht etwa noch einen Schritt weiter gehen und das Corpus juris civilis erst recht für unanwendbar erklären wollte, da ja doch die Aufnahme des römischen Rechts nur einem auf groben Irrthümern beruhenden Gewohnheitsrecht verdankt wird! Solcher Folgerichtigkeit konnte sich nun freilich das Reichsgericht nicht schuldig machen. So hat es denn sein unhaltbares Axiom durch willkürliche und unsichere Einschränkungen abgestumpft. Insbesondere will es den Irrthum übersehen, wenn außer ihm noch ein anderer, von dem mißverstandenen Gesetz unabhängiger Beweggrund für die Bildung der Rechtsüberzeugung zu entdecken sei⁸⁶. Auch will es die irrthümliche Usualinterpretation sehr dunkler und zweideutiger Gesetze zulassen⁸⁷.

⁸³ Diese aus l. 39 D. de leg. 1, 3 abgeleitete Lehre begegnet in mancherlei verschiedener Gestalt schon in der mittelalterlichen Jurisprudenz; vgl. Puchta II 62 ff. Sie wurde in Deutschland fortgeführt; vgl. schon Laienspiegel I tit. „von gewonhaiten“ (b. Walter, D.P.R. § 30), Gaill II obs. 31 Nr. 11. In neuerer Zeit wurde sie sehr verschieden gewandt; vgl. Zitelmann a. a. O. S. 344 ff. Grundsätzlich halten sie z. B. Windscheid § 16 Anm. 3, Roth, D.P.R. § 35 Anm. 31, Gengler S. 34—35 aufrecht. Aus der Praxis vgl. Seuff. XII Nr. 91, XVII Nr. 112, XXXII Nr. 103.

⁸⁴ Vgl. Zitelmann a. a. O. S. 350 ff.; Böhlau I 330 ff.; Beseler § 34 Anm. 11; Stobbe I 176; Rümelin a. a. O. S. 196; Dernburg, Pand. § 27 Anm. 4; Regelsberger § 20 III; Seuff. I Nr. 309, XXXIV Nr. 20, XXXV Nr. 299.

⁸⁵ R.Ger. I Nr. 115 u. 120, II Nr. 49, III Nr. 59, VI Nr. 62, XII Nr. 71, XXVI Nr. 35 u. 62, Gruchot XXXI 887 ff.; vgl. Seuff. XLVII Nr. 120; Zusammenstellung u. Kritik der älteren Entsch. b. Zitelmann S. 324 ff.

⁸⁶ So z. B. die Erhaltung eines einheimischen Rechtssatzes, die Befriedigung eines modernen Bedürfnisses oder eine andere Triebfeder zur Abweichung auch vom richtig verstandenen Gesetz; R.Ger. II 185, III 210 ff., VII Nr. 67 S. 235 ff. — Aehnlich O.L.G. Jena b. Seuff. XL Nr. 86 S. 132. Vgl. auch R.Ger. XXXI Nr. 60.

⁸⁷ R.Ger. III Nr. 50 (Seuff. XXXVI Nr. 186). — Ein andres Mal heißt es auch, daß langjährige Uebung den anfänglichen Irrthum „abschwächen und selbst beseitigen“ könne; R.Ger. III Nr. 71 S. 295.

f. Gleichgültig ist auch der Inhalt der gehörig gebildeten Rechtsüberzeugung. Seit alter Zeit wird freilich gelehrt, der Inhalt eines Gewohnheitsrechtssatzes dürfe weder der Vernunft noch den guten Sitten widersprechen; nur die „gute“, „leidliche“, „ehrbare“ Gewohnheit gelte, die „schlechte“, „unvernünftige“, „unlautere“ sei kraftlos. Diese Lehre, die sich auf das römische und kanonische Recht stützt³⁸ und schon in deutsche Rechtsbücher des Mittelalters Eingang fand³⁹, wurde von der Jurisprudenz in verschiedenem Sinne aufgefaßt, mehr und mehr aber zu einer Handhabe wider alles den Juristen unsympathische Gewohnheitsrecht ausgebildet⁴⁰. In Deutschland schädigte sie vor Allem die einheimischen Gewohnheitsrechte, die ja gegen die im Corpus juris verkörperte Rechtsvernunft so mannichfach verstießen⁴¹. Auch heute wird in Theorie und Praxis das Erforderniß der „Rationabilität“, obschon mit wesentlichen Abschwächungen, meist grundsätzlich festgehalten⁴². Allein es ist vielmehr grundsätzlich zu verwerfen⁴³. Der Richter ist nicht zur souveränen Entscheidung über die Rechtsvernunft des Volkes, sondern zur Rechtsanwendung berufen. Er hat nur zu prüfen, ob eine Rechtsnorm gilt, nicht, ob sie gut ist. Hierin besteht kein Unterschied zwischen dem Gewohnheitsrecht und dem Gesetze. Wohl wird er, wo ihm ein Gewohnheitsrecht unvernünftig oder unlauter dünkt, sorgsam erwägen, ob denn wirklich eine rechtliche Gemeinüberzeugung gerade dieses Inhalts angenommen

³⁸ L. 2 C. quae sit long. cons. 8, 58, Nov. 134 c. 1; c. 11 X de cons. 1, 4, c. 9 de cons. in VI^o 1, 4, c. 9 de off. ord. in VI^o 1, 16.

³⁹ Schwabensp. (W.) c. 40: guotiu gewanheit u. rehtiu gewanheit daz ist diu diu wider geistlich reht nicht enist noch wider gotes hulde noch wider manlichen êren noch wider menschlicher gewizen noch wider die sâligkeit der sêlen. Rupr. v. Freis. Stadtr. c. 35. Brünner Schöffenb. c. 613. Vgl. auch die Rechtsprüchw. b. Graf u. Dietherr I Nr. 181—187, die aber auch andere Deutungen zulassen.

⁴⁰ Vgl. über die Geschichte der Lehre Puchta I 186 ff., II 49 ff., von deutschen Schriften z. B. Laiensp. a. a. O. (Walter § 27), Leyser sp. 9 m. 4, Selchow § 67.

⁴¹ Man berief sich auch auf R.K.G.O. v. 1495 § 3, wo nur „redliche, ehrbare und leidliche“ Gewohnheiten anerkannt seien, Reichshofrathsordn. I § 15 („gute Gewohnheiten“) und ähnliche Stellen anderer Reichsgesetze. — Ueber Einzelnes vgl. Stobbe, Rechtsqu. I 651, II 117 Anm. 17 u. 226 ff.

⁴² Vgl. Puchta II 51 ff.; Wächter, Württ. P.R. II § 9, Windscheid § 16 Anm. 5, Walter, D.P.R. § 25, Roth, D.P.R. § 45 Anm. 32, Böhlau I 333 ff., Gengler, D.P.R. S. 34, Dernburg, Pand. I 61, Regelsberger I § 20 IV; Entsch. b. Seuff. I Nr. 307, II Nr. 10.

⁴³ Vgl. Savigny I 176 ff., Beseler § 30 Anm. 7, Stobbe I 176. — Wenn Dernburg a. a. O. meint (Anm. 5), durch theoretische Gegenargumente seien die positiven Vorschriften der Quellen nicht zu brechen, so sind vielmehr die letzteren auch nur unverbindliche theoretische Aussprüche.

werden kann⁴⁴. So wird er auch vor der Anwendung einer zweckwidrigen oder ungerechten Gesetzesbestimmung sich zehnmal besinnen, ob nicht etwa der wahre Gedanke des Gesetzes eine andere Auslegung heischt. Wo aber thatsächlich ein mit geläuterten Anschauungen unverträgliches Gewohnheitsrecht besteht, kann nur der Gesetzgeber, der ja auch sonst dem Volksbewußtsein erziehend gegenübertritt, Abhilfe schaffen⁴⁵.

2. Uebung. Die Erklärung des Gewohnheitsrechtes erfolgt durch unmittelbare Anwendung des im Gemeinbewußtsein als Norm empfundenen Satzes auf die unter ihn fallenden Lebensverhältnisse. Das Gewohnheitsrecht erlangt also seine Kraft durch eine „Gewohnheit“, d. h. eine Uebung, kraft deren es längere Zeit hindurch in gleichförmiger Wiederholung als äußere Richtschnur des Handelns beobachtet wird. Welcher Beschaffenheit die einzelnen Handlungen sein müssen, um als gehörige Rechtserklärung zu erscheinen, läßt sich nur nach dem Inhalte des fraglichen Rechtssatzes bestimmen⁴⁶. Auch hinsichtlich der Zahl der erforderlichen Wiederholungen giebt es kein festes und für alle Fälle gleiches Maf⁴⁷. Ebenso wenig kann endlich die Dauer des erforderlichen Zeitraumes ein für alle Mal abgegrenzt werden⁴⁸. Doch sind zum Theil ältere Ansichten, die den Ablauf der Verjährungszeit für nothwendig erklärten⁴⁹, in das geltende Recht übergegangen⁵⁰.

⁴⁴ In vielen Fällen, auf die sich die Gegner berufen, kann von „Rechtsüberzeugung“ kaum die Rede sein; in anderen Fällen greift das oben Anm. 24 oder das unten Anm. 54 Gesagte durch.

⁴⁵ Das alte Reich erließ zahlreiche Gesetze zur Abschaffung wirklicher oder vermeintlicher „Mifsbräuche“ (z. B. R.A. 1498 § 37, R.A. 1521 § 19, R.P.O. 1548 Art. 37 § 1, R.Schl. v. 1731), erkannte aber doch gerade hiermit deren bisherige Geltung an.

⁴⁶ Auch Unterlassungen können hiernach ausreichen; Seuff. I Nr. 8, III Nr. 1 u. 255. — Früher forderte man „öffentliches“ Handeln; so noch Glück I 459 ff., Danz, Handb. I 200. Ja zum Theil „gerichtliches“ Handeln; Gaill II obs. 31 Nr. 7 sq., Schilter II § 21—22. Vgl. darüber und dagegen Puchta II S. 40 ff., Seuff. I Nr. 306.

⁴⁷ Vgl. Seuff. III Nr. 291, IV Nr. 94. Eine einzige Handlung reicht keinesfalls aus; „einmal ist keinmal“, „einmal ist keine Gewohnheit“. — Früher forderten Manche mindestens 8, andere nur 2 Handlungen; Gaill a. a. O., Mynsinger Resp. XIII § 20 ff., Schilter II § 17; Näheres bei Danz I 199, Puchta II 79 ff.

⁴⁸ Vgl. Seuff. III Nr. 256 u. XLVII Nr. 90 (R.Ger.); Brunnemann zu l. 33 D. 1, 3; Glück I 451; Danz I 200; Walter, D.P.R. § 25; Beseler, D.P.R. S. 86; Stobbe, D.P.R. I 171; Böhlau I 336.

⁴⁹ Vgl. Laiensp. a. a. O. (Walter § 28); Gaill II obs. 31 Nr. 3 sq., Mynsinger a. a. O., Schilter II § 19, Berger, Oecon. jur. I, 1 § 19; Näheres b. Puchta II 93 ff., 280 ff., Stobbe I 171 Anm. 9.

⁵⁰ Die Bestimmungen des kanonischen Rechts (c. 11 X de cons. 1, 4, c. 3

V. Umfang. Seinem Umfange nach kann das Gewohnheitsrecht gemeines oder partikuläres Recht sein⁵¹. Im deutschen Privatrecht besteht es in mancherlei Abstufungen vom gemeinen deutschen Gewohnheitsrecht herab bis zum Ortsgebrauch. Zur Bildung eines partikulären Gewohnheitsrechts genügt eine besondere Rechtsüberzeugung und deren Uebung innerhalb eines durch irgend eine Gemeinsamkeit des Rechtslebens verbundenen territorialen Kreises⁵².

Das Gewohnheitsrecht kann ferner generelles oder spezielles Recht sein. Spezielles Gewohnheitsrecht wird von einer besonderen Lebensgemeinschaft für die ihr eigenthümlichen Verhältnisse erzeugt. Dahin gehört z. B. das Gewohnheitsrecht einer Religionsgemeinschaft (wie das gemeine evangelische Kirchenrecht), eines Geburtsstandes (wie das gemeine deutsche Privatfürstenrecht), eines Berufsstandes (wie die Handelsgebräuche) u. s. w. Ebenso das als „Observanz“ bezeichnete Gewohnheitsrecht, das sich im Kreise einer Körperschaft bildet⁵³. Das

eod. in VI^o 1, 4, c. 9 de off. ord. in VI^o 1, 16, c. 50 X de elect. 1, 6), die gemeinrechtlich durch die Praxis beseitigt sind (Puchta II 101, Windscheid § 16 Anm. 1, Böhlau I 336 Anm. 27), werden von Manchen hinsichtlich des kirchlichen Gewohnheitsrechts noch für anwendbar gehalten (Richter K.R. § 84, Seuff. III Nr. 292). — Das gemeine Sachsenrecht forderte den Ablauf der Verjährungsfrist von 31 Jahren 6 Wochen 3 Tagen (Haubold § 37, Danz I 200 Anm. o, Stobbe I 171 Anm. 9); doch wurde diese Regel früh durch Ausnahmen durchbrochen und wird heute nicht mehr beobachtet (Heimbach § 66, Emminghaus, Pand. 28 Nr. 11, Roth, D.P.R. § 44 Anm. 22). — Nach Bayr. L.R. I, 2 § 15 Nr. 3 wird zur Einführung eines neuen Gewohnheitsrechts ein Zeitverlauf von 30 Jahren gefordert; Roth, Bayr. C.R. § 9 Anm. 34. — Das Bad. L.R. Art. 6 f fordert 10 Jahre. — Manche halten auch nach preuß. L.R. den Ablauf von 10 Jahren für erforderlich; Dernburg, Preuß. P.R. I § 21 Anm 4.

⁵¹ Die Meinung von Gerber, Prinzip S. 276 ff., Rückert, Begriff S. 43, Stobbe I 178, es könne nur „allgemeines“, nicht „gemeines“ Gewohnheitsrecht geben, widerspricht nicht nur der in der Theorie herrschenden Meinung, sondern wird auch durch die Praxis des Reichsgerichts widerlegt; vgl. oben § 6 Anm. 24.

⁵² Wenn ein Erk. des R.Ger. v. 20. Juni 1890 XXVI Nr. 35 (Seuff. XLVI Nr. 100) außerdem fordert, daß der Rechtssatz als ein gerade diesem Lande eigenthümlicher, dem gemeinen Recht widersprechender, nicht aber als ein gemeinrechtlicher Satz vorgestellt und geübt sei, so liegt darin eine geradezu unerträgliche Vergewaltigung des partikulären Rechts. Man setze den Fall, daß ein für uns unbrauchbarer Satz des römischen Rechtes x bisher in der süddeutschen Praxis durch den Satz y, in der norddeutschen Praxis durch den Satz z ersetzt wurde: dann gilt, seit das Reichsgericht das gemeine Recht hütet, der Satz x; denn y und z sind kein gemeines Gewohnheitsrecht, aber auch, weil sie irrthümlich als gemeines Recht angesehen wurden, kein partikuläres Gewohnheitsrecht!

⁵³ Daß die Observanz objektives Recht ist, wird vom R.Ger. XVII Nr. 43 S. 181 anerkannt; vgl. auch Preuß. O.Tr.Entsch. LXV 199, LXX 385. Ueber die Natur der Observanz vgl. Mühlenthal, Doctr. pand. I § 40, Beseler, D.P.R.

spezielle Gewohnheitsrecht kann natürlich immer nur in seinem Bereiche binden und daher niemals die außerhalb der es erzeugenden Gemeinschaft stehenden Personen und Verhältnisse beherrschen⁵⁴.

Möglich ist endlich, wie ein Gesetz, so ein Gewohnheitsrecht, das sich in der Normirung eines einzelnen Verhältnisses erschöpft⁵⁵. Dazu ist aber eine Uebung erforderlich, in der sich die Ueberzeugung kund gibt, daß ein Rechtssatz angewandt werde. Geht die Meinung nur dahin, daß ein besonderes Rechtsverhältniß bestehe, so kann nur irgend eine Art von Verjährung in Frage kommen. Beiderlei Vorstellungen liefen früher in dem Begriff des „Herkommens“ vielfach durch einander⁵⁶ und sind auch heute oft schwer zu sondern⁵⁷.

VI. Kraft. Die Kraft des Gewohnheitsrechtes ist an sich der Kraft des gesetzten Rechtes gleich. Gewohnheitsrecht kann daher Gesetze und Satzungen nicht bloß ergänzen, sondern auch mit bindender Kraft deuten („Usualinterpretation“) und abändern (desuetudo,

§ 33, Stobbe I 177, Bähr, Urtheile des Reichsger. S. 18 ff. (Anwendbarkeit bei Stiftungen). Daß hier auch neuere Schriftsteller immer wieder in die Theorie des *statutum tacitum* zurückfallen, ist schon oben § 19 Anm. 8 bemerkt; selbst Puchta I 160, II 105 ff., Thöl, Einl. § 49, Böhlau I § 65 halten sich hiervon nicht frei. — Uebrigens wird einerseits für „Observanz“ auch der Ausdruck „Herkommen“ gebraucht, andererseits das Wort „Observanz“ oft in weiterem Sinne genommen (Pr. L.R. Einl. § 3—4, Roth, Bayr. C.R. § 9 Anm. 21).

⁵⁴ Seuff. XXXVII Nr. 179; R.Ger. XXV Nr. 66 (wo indess eine Beschwerde aller Grundbesitzer eines Kirchspiels mit einer dinglichen Kirchhofsunterhaltungslast durch Observanz deshalb als auch für die Mennoniten verbindlich anerkannt wird, weil diese als Grundbesitzer in einer korporativen Beziehung zur kirchlichen Gemeinschaft stehen). — Nicht gehörig beachtet wird dieser Grundsatz oft bei Handelsgebräuchen. Ein unter Kaufleuten geübter Brauch kann im Verhältniß zu Nichtkaufleuten offenbar nur Recht setzen, wenn auch das betheiligte Publikum an der Bildung der Rechtsüberzeugung Theil genommen hat. Dagegen kann z. B. ein von den Bankiers hinsichtlich der Behandlung von Depots oder von den Kommissionären hinsichtlich der Ausführung von Aufträgen einseitig ausgebildetes Gewohnheitsrecht unmöglich die dessen unkundigen Kunden binden. Darum hätte es z. B. in der Entsch. des R.Ger. b. Seuff. XLVI Nr. 116 zur Verwerfung des angeblichen Gebrauchs der Frankfurter Kommissionäre gar nicht der Berufung auf dessen Unlauterkeit bedurft.

⁵⁵ Vgl. unten § 34 Anm. 10. — Unrichtig Obst. L.G. f. Bayern Seuff. XXXVI Nr. 172 u. zum Theil auch R.Ger. XI Nr 43.

⁵⁶ Gierke, Genossenschaftsr. II 462—464; unten § 35 Anm. 25.

⁵⁷ Vgl. Seuff. IX Nr. 116, XIX Nr. 104, XXVIII Nr. 98, XXIX Nr. 209; Pfeiffer, Prakt. Ausf. II 9 ff.; Roth, D.P.R § 44 Anm. 15—16. — Möglich ist, daß in Bezug auf den Bestand eines Rechtsverhältnisses gleichzeitig die Erfordernisse eines Gewohnheitsrechtssatzes und der Unvordenklichkeit erfüllt sind.

derogatorische Gewohnheit). Jüngeres Gewohnheitsrecht geht älterem Gesetzesrecht vor⁵⁸.

Diese Regel gilt überall, wo sie nicht ausdrücklich beseitigt ist. Im gemeinen Recht ist sie noch heute unbedingt maßgebend, da sie im mittelalterlichen deutschen Recht unbestritten herrschte⁵⁹, durch die Rezeption des römischen Rechtes aber nicht umgestoßen wurde⁶⁰. Theorie und Praxis sind hierüber einig⁶¹.

Viele Partikularrechte aber schränken die Kraft des Gewohnheitsrechtes ein und versagen ihm namentlich die derogatorische Wirkung⁶². Das preussische Landrecht hält zwar vorlandrechtliche Gewohnheitsrechte bis zu ihrer Einverleibung in die Provinzialgesetzbücher aufrecht, will aber für die Zukunft nur ergänzendes Gewohnheitsrecht dulden⁶³. Nach dem französischen und dem österreichischen Gesetzbuch soll auf Gewohnheiten nur in den Fällen Rücksicht genommen werden, in denen ein Gesetz sich darauf beruft⁶⁴. Das badische Landrecht erkennt Gewohnheiten überdies als Auslegungs-

⁵⁸ Grundsätzlich hiergegen haben sich neuerdings Adickes a. a. O. S. 71 ff. u. Laband, Staatsr. I 580, ausgesprochen.

⁵⁹ Schwabensp. (L.) c. 44: *quod in gewanheit ist als guot als geschriben reht*. Brünner Schöffenb. c. 613. Purgoldt IX 32.

⁶⁰ Ueber die mit der Gestattung der *desuetudo* in l. 32 § 1 D. de leg. I, 3 in Widerspruch stehende l. 2. C. 8, 53 kam schon seit der Glosse (vgl. Gierke, Genossenschaftsr. III 217 Anm. 92) die civilistische Jurisprudenz durch mannichfache Auslegungen hinweg; vgl. Puchta II 203 ff. In Deutschland konnte, da der ganze Begriff des *usus modernus* auf der Anerkennung derogatorischer Gewohnheiten beruhte, der Streit sich niemals um das Prinzip, sondern immer nur um die etwa geltenden Ausnahmen drehen. Auch sprachen ja die Reichsgesetze selbst dem Gewohnheitsrecht den Vorrang vor dem gemeinen geschriebenen Recht zu; R.K.G.O 1495 § 3, R.Hofr.O. I § 15 (Kraut, Grundr. § 13 Nr. 17—18).

⁶¹ Vgl. Mühlenbruch I § 39, Puchta II 203 ff., Kierulff I 12, Stobbe, D.P.R. § 23 Anm. 1, Beseler, D.P.R. § 32, Dernburg, Pand. § 28 Anm. 5, Regelsberger § 23; Seuff. IX Nr. 3, XXVII Nr. 86a, XXXVII Nr. 132, XL Nr. 269 (Obst. L.G. f. Bayern), R.Ger. V Nr. 34 S. 133—134 (wo angenommen wird, l. 2 C. 8, 53 sei durch c. 11 X de cons. I, 4 beseitigt). — Wenn Savigny I 196 ff., Vangerow I § 16, Windscheid I § 18 Anm. 2, Roth, Bayr. C.R. § 9 Anm. 28 u. D.P.R. I 280, u. A. noch eine Ausnahme bei „zwingenden“ oder „absoluten“ Gesetzen machen wollen, so ist dies prinzipwidrig. Richtig ist nur, daß, wenn ein Gesetz kein abweichendes Partikularrecht duldet, auch partikuläres Gewohnheitsrecht sich wider dasselbe nicht bilden kann; vgl. Seuff. XXXIII Nr. 92 u. unten § 22.

⁶² Eine Ausnahme bildet das Bayr. L.R. I, 2 § 15, das ausdrücklich die *desuetudo* anerkennt. — Ueber das Württ. L.R. vgl. Wächter II § 9 Anm. 17.

⁶³ Pr. L.R. Einl. § 3—4, 60, P.P. Art. VII. Näheres b. Dernburg I § 21.

⁶⁴ Zachariae, Handb. I § 23; C. Crome, Allgem. Theil der französ. Privatrechtswissenschaft. Mannheim 1892, S. 35 ff. Barazetti S. 70 ff. — Oesterr. Gb. § 10; Unger I § 5. Das Josephin. Gb. I § 9 u. 25 hatte sogar den Versuch neuer Gewohnheitsrechtsbildung für ein strafbares Beginnen erklärt; Unger S. 36.

mittel von Gesetzen und Verträgen an⁶⁵. Am schroffsten verhält sich das sächsische Gesetzbuch, das dem Gewohnheitsrecht schlechthin die Kraft entzieht, objektives Recht zu schaffen⁶⁶.

Diesen sämtlichen Partikularrechten gegenüber hat das deutsche Handelsgesetzbuch die volle Kraft des Gewohnheitsrechtes in Handels-sachen wiederhergestellt, während es seinen eignen Bestimmungen gegenüber gleichfalls jedes abändernde Gewohnheitsrecht ausschließt⁶⁷. Auch sonst sind alle landesrechtlichen Einschränkungen des Gewohnheitsrechtes dem Reichsrecht gegenüber hinfällig⁶⁸.

Die gesetzgeberischen Verbote des Gewohnheitsrechtes sind nicht minder eitel, wie die ehemaligen Versuche selbstbewufster Herrscher, die Abänderung ihrer Gesetze durch Gesetze der Nachfolger zu verpönen. Kein Gesetz vermag zu hindern, daß es in Vergessenheit verfällt und im Leben abstirbt⁶⁹. Gleichwohl ist die Meinung irrig, solche Verbote seien, weil sie Unmögliches heischen, wirkungslos⁷⁰. Das Verbot selbst kann freilich obsolet werden. So lange es aber besteht, wirkt es erfahrungsmäßig auf die Praxis ein. Es zwingt den einsichtsvollen Richter zur Umdeutung veralteter Gesetze mit Hilfe bedenklicher Auslegungskünste. Dem unverständigen Richter aber ermöglicht es, in unanfechtbarer Weise durch abgestorbene Rechtssätze das Leben zu meistern.

VII. Anwendung. Gewohnheitsrecht ist Recht⁷¹. Mithin muß es der Richter genau wie gesetztes Recht von Amts wegen anwenden und, soweit er es nicht kennt, erforschen.

⁶⁵ Bad. L.R. Art. 6d. Vgl. dazu Behagel I § 13, Barazetti S. 73 ff.

⁶⁶ Sächs. Gb. § 28. Nur als Auslegungsmittel für das von den Parteien Gewollte, — also als Verkehrssitte —, sollen Gewohnheiten beachtet werden.

⁶⁷ H.G.B. Art. 1. Seuff. XLV Nr. 200. R.Ger. XIV Nr. 34.

⁶⁸ Soweit daher eine Materie reichsgesetzlich geregelt ist, kann mangels einer abweichenden reichsgesetzlichen Bestimmung (wie sie z. B. Art. 1 des H.G.B. enthält) jedenfalls gemeindeutsches Gewohnheitsrecht nicht bloß ergänzend, sondern auch deutend und abändernd eingreifen. Ob auch partikuläres Gewohnheitsrecht, ist eine andere Frage; vgl. darüber § 22 Anm. 6.

⁶⁹ Viele Beispiele bietet die Geschichte des preussischen Landrechts. Wer wird heute Anh. § 2 u. Einl. § 50 (vgl. oben § 18 Anm. 48) anwenden? Oder II, 1 § 835—932 u. II, 2 § 555—591? Oder II, 2 § 67? Oder II, 1 § 276—309 u. 761—765, II, 2 § 294—299?

⁷⁰ So K. Maurer, Krit. V.Schr. XIV 49, früher auch Windscheid (vgl. aber jetzt Pand. § 18 Anm. 3).

⁷¹ Es gilt daher auch wie das Gesetzesrecht für Jedermann unabhängig von seiner Kenntniss; vgl. oben § 18 Anm. 31. — Verletzung von Gewohnheitsrecht ist Verletzung von Rechtsnormen und kann die Revision begründen; so auch in Strafsachen, R.Ger.Entsch. in Str.S. IX. Nr. 96.

Wenn dem gegenüber die ältere Theorie lehrte, die Gewohnheit sei als Thatsache von der Partei, die sich auf sie berufe, zu beweisen⁷², so ist diese Irrlehre, die unser einheimisches Recht unsäglich geschädigt hat, heute überwunden⁷³. Doch können nicht nur selbstverständlich die Parteien dem Richter ein von ihnen angerufenes Gewohnheitsrecht freiwillig nachweisen, sondern der Richter kann auch, wenn ihm ein behauptetes Gewohnheitsrecht unbekannt ist, der Partei einen solchen Nachweis auferlegen. Nur bleibt jeder derartige Parteibeweis ein bloßer wissenschaftlicher Nachweis und untersteht niemals den Regeln des Prozessbeweises. Er ist an keine gesetzlichen Beweismittel gebunden, kann vom Richter in beliebiger Weise durch selbständige Forschung ersetzt oder ergänzt werden und wird insoweit, als eine gesetzliche Beweistheorie gilt, von ihr nicht berührt⁷⁴.

Die Hilfsmittel für die Feststellung eines Gewohnheitsrechtes sind mannichfacher Art. Hervorzuheben sind: die Bezeugungen der Litteratur; die Konstatirungen in früheren Gerichtsentscheidungen⁷⁵; die Bescheinigungen von Behörden und Körperschaften⁷⁶; die Bekundung durch erfahrene Genossen der rechtbildenden Gemeinschaft⁷⁷;

⁷² Vgl. über diese schon von der Glosse aufgestellte Theorie Puchta II 154 ff., Stobbe, Rechtsq. II 118 ff. Anm. 20—21, 139 Anm. 91; Gaill I obs. 36 Nr. 13, II obs. 31 Nr. 14 sq; Runde § 56; Danz I 204 ff.; Preufs. A.G.O. I, 10 § 55. Vgl. auch noch Seuff. III Nr. 1.

⁷³ Puchta II 165 ff.; Kierulff I 14 ff.; Thöl, Einl. § 52—53; Windscheid, Pand. I § 17; Mittermaier, D.P.R. I § 27; Walter, D.P.R. § 31; Maurenbrecher, D.P.R. I § 21—27; Beseler, D.P.R. § 31; Stobbe, D.P.R. I 129 ff.; Böhlau, Meckl. L.R. I § 55; Goldschmidt, Handb. I § 35 Anm. 38 ff.; dazu Seuff. XV Nr. 1, XIX Nr. 2, XXV Nr. 113, R.O.H.G. XII Nr. 18, R.Ger. XXX Nr. 110 u. b. Seuff. XLVII Nr. 1, Obst.L.G. f. Bayern ib. Nr. 171 (daher Zulässigkeit der Geltendmachung noch in der Revisionsinstanz).

⁷⁴ Alle diese Sätze sind jetzt durch die C.Pr.O. § 265 sanktionirt. — Unzulässig ist der richtigen Meinung nach der Beweis durch Eideszuschreibung; vgl. Beseler § 31 Anm. 15, Böhlau § 55 Anm. 13, Seuff. VII Nr. 139, XVIII Nr. 102, XXVIII Nr. 167, XXIX Nr. 106. Doch lassen Manche die Eideszuschreibung über einzelne Thatsachen, aus denen das Gewohnheitsrecht geschlossen werden kann, inkonsequenter Weise zu; vgl. Puchta II 193, Goldschmidt § 35 Anm. 64, Stobbe § 23 Anm. 17, Seuff. X Nr. 4. Auch der Beweis durch Geständnis ist ausgeschlossen; Böhlau a. a. O.

⁷⁵ Sie sind aber, so lange kein Gerichtsgebrauch vorhanden ist, bloße Zeugnisse ohne bindende Kraft; Seuff. II Nr. 1, V Nr. 99.

⁷⁶ Vgl. Goldschmidt I 352 ff., Thöl, H.R. I § 13, Behrend, H.R. I 84.

⁷⁷ Vgl. Seuff. I Nr. 310, VII Nr. 345, IX Nr. 202, XVI Nr. 183, XIX Nr. 105, XL Nr. 269. — Ueber die zahlreichen Irrthümer, die in der älteren Theorie aus der Behandlung dieser Bekundung als eines prozessualen Zeugnisses entsprangen, vgl. Stobbe § 23 Anm. 15.

die im Munde des Volkes lebenden Rechtssprüchwörter (Paroemien)⁷⁸.

§ 21. Das Juristenrecht.

I. Im Allgemeinen¹. Dafs überall, wo ein besonderer Berufsstand von Rechtskundigen besteht, ihm ein mächtiger Einfluss auch auf die Rechtserzeugung zufällt; dafs in dem Mafse, in dem dieser Einfluss durchdringt, das Recht das Gepräge eines „Juristenrechts“ annimmt; dafs solches Juristenrecht, mag es nun volkstümliche Gedanken fortbilden oder eigne Gedanken aus volksfremder Quelle herausspinnen, dem „Volksrecht“ selbständig gegenübertritt: dies Alles sind unbestrittene Thatsachen der geschichtlichen Erfahrung. Unsere eigne Rechtsgeschichte lehrt uns insbesondere, wie in Deutschland während des Mittelalters nur die Anfänge eines Juristenrechts im Schöffenrecht vorhanden waren, wie dann aber nach der Rezeption ein dem einheimischen Volksrechte durchaus feindseliges Juristenrecht die Herrschaft eroberte, wie endlich das Juristenrecht, theils in langsamer Wiederannäherung an das Volksrecht, theils in unausgeglichenem Gegensatz zu ihm, bis heute das Uebergewicht wahrte.

Eine ganz andere Frage ist, ob und in welcher Weise der Juristenstand einen formellen Antheil an der Rechtserzeugung hat. Nur wenn und soweit dies der Fall ist, kann dem Begriffe des Juristenrechts eine technische Bedeutung zukommen.

Bei der Erzeugung des gesetzten Rechts ist heute der Juristenstand als solcher, so gros sein sachlicher Antheil an aller gesetzgeberischen Thätigkeit ist, mit irgend einer formellen Macht offenbar nicht betraut. Mag man daher auch im fertigen Gesetzesrecht nach der Herkunft seiner Bestandtheile und nach der Art seiner Prägung „Volksrecht“ und „Juristenrecht“ unterscheiden können, so ist doch solche Unterscheidung bei aller rechtspolitischen Wichtigkeit juristisch bedeutungslos.

Wie aber verhält es sich im Bereiche des ungesetzten Rechts? Hier bedarf die Frage, ob und inwieweit die Jurisprudenz Rechtsquelle

⁷⁸ Vollständigste Sammlung: Graf u. Dietherr, Deutsche Rechtssprüchwörter, Nördlingen 1864. Zusätze von R. Schröder, Z. f. R.G. V 28 ff. — Dazu Puchta II 148—150; Stobbe I 181.

¹ Vgl. Puchta, Gewohnheitsr. I 161 ff.; Beseler, Volksr. u. Juristenr. S. 297 ff., D.P.R. § 34 ff.; Maurenbrecher, D.P.R. I § 28 ff.; Renaud, D.P.R. I § 32 ff.; Walter, D.P.R. § 32; Gengler, Lehrb. I 52 ff.; Unger, Oest. P.R. I § 6; Regelsberger, Pand. I § 25.

ist, einer näheren Untersuchung, bei der die beiden Kapale, die das Juristenrecht dem Leben zuführen, — Praxis und Theorie —, zu sondern sind.

II. Praxis². Die rechtsgelehrte Praxis ist zunächst Rechtsanwendung, nicht Rechtserzeugung. Sie setzt das abstrakte Recht in eine den Einzelfall deckende, konkrete Norm um. Hierbei wird sie durch das Wesen alles Lebens, von dem das Rechtsleben ein Theil ist, über die rein logische Thätigkeit hinaus zu schöpferischer That gedrängt. Allein auch wo sie schöpferisch verfährt, bleibt sie bloße Rechtsanwendung. Denn immer schafft sie nur Recht für diesen Fall.

Darum hat keine gerichtliche Entscheidung jenseits ihres prozessualen Machtgebietes bindende Kraft. Jedes Gericht kann in einem anderen gleichartigen Falle von seiner früheren Ansicht abweichen, jedes niedere Gericht kann sich mit Entscheidungen des ihm übergeordneten Gerichts in Widerspruch setzen. Hiervon wurden zwar ehemals zu Gunsten der Plenarentscheidungen hoher Gerichte manche Ausnahmen gemacht, indem solchen Entscheidungen, falls sie in besonderer Form ergangen waren, vorläufige Gesetzeskraft beigelegt wurde³. Allein im heutigen deutschen Recht ist keine derartige Ausnahme mehr in Geltung. Nur für die einzelnen Senate des höchsten Gerichts besteht insofern eine äußere Gebundenheit, als in jedem Falle, in dem ein Senat des Reichsgerichts in einer Rechtsfrage von der Entscheidung eines andern Senats oder des Plenums abweichen

² Vgl. Puchta, *Gewohnheitsr.* II 14 ff.; Maurenbrecher I § 32, 34—35; Renaud a. a. O. § 34; Gengler a. a. O. S. 53 ff.; Wächter, *Arch. f. civ. Pr.* XXIII 432 ff., *Württ. P.R.* II § 10; Thöl, *Einl.* § 55 ff.; Roth, *D.P.R.* I § 45; Stobbe, *D.P.R.* I § 24; Dernburg, *Pand.* I § 29; Kohler, *Jahrb. f. Dogm.* XXV 262 ff.

³ Schon das Reichskammergericht wurde mehrfach angewiesen, sich an seine Präjudizien zu halten und in zweifelhaften Fällen gemeine Bescheide zu fassen und zu publiziren; vgl. bes. Speirer R.A. v. 1570 § 75—78, *Vis.Absch.* v. 1713 § 84, Strube, *Nebenst.* IV 277 ff., 515 ff., Maurenbrecher I § 31 Anm. 5, Gengler a. a. O. S. 56 ff. Aehnlich *Ordn. f. das O.A.G. Cassel* v. 1746; vgl. Roth, *Kurh. P.R.* I 99 ff. Andere Präjudiziengesetze giengen noch weiter und legten gehörig bekannt gemachten Plenarentscheidungen des höchsten Landesgerichts auch für die Untergerichte bindende Kraft bei; so *Ordn. f. das O.A.G. Jena* v. 1816 b. Heimbach § 67 Anm. 1, *Hannov. Ges.* v. 1838 b. Grefe I 22. Vgl. auch über das *Bayr. L.R.* I c. 2 § 14 u. *Ges.* v. 17. Nov. 1837 Roth I § 10 Anm. 7 ff.; über das *Braunschw. Ges.* v. 5. Juli 1853 Stobbe I § 24 Anm. 17. — In Oesterreich konnte nach dem *Pat.* v. 7. Aug. 1850 der Justizminister den obersten Gerichtshof zu bindenden Plenarentscheidungen ermächtigen, Unger I § 45 Anm. 13; die Präjudizienordnung v. 7. Aug. 1872 hat dies beseitigt, Pfaff u. Hofmann I 213 ff.

will, die Verhandlung und Entscheidung ins Plenum verlegt werden soll⁴. Dies ist indels eine innere Verfassungseinrichtung des höchsten Gerichts, die den Grundsatz der Praejudizienfreiheit überhaupt nicht berührt, sondern nur über der Spaltung in Senate die Einheit des Gerichts zu wahren sucht.

Gerichtliche Entscheidungen haben aber eine freie Autorität. Ein Blick auf die deutsche Rechtsgeschichte und auf die Praxis der Gegenwart belehrt uns, in welchem Mafse die Rechtsprechung sich durch das Beispiel angesehenen Gerichte stets hat leiten lassen und heute noch leiten läßt⁵! Vergeblich suchte das Preußische Landrecht, um dem mit Praejudizien oft getriebenen Mißbrauch vorzubeugen, diese freie Autorität der Gerichtsentscheidungen zu unterdrücken⁶. Dem Richter kann unmöglich verwehrt sein, sich durch die Gründe einer Vorentscheidung überzeugen zu lassen. Hierbei hängt das Gewicht jeder einzelnen früheren Entscheidung zunächst von ihrem inneren Werthe ab. Darüber hinaus aber wird sich eine äußere Beharrenstendenz geltend machen. Schon um der Rechtssicherheit willen wird ein Gericht nicht ohne triftige Gründe seine bisherige Praxis ändern; und nicht ohne dringenden Anlaß wird das niedere Gericht eine Entscheidung fällen, deren Umstofsung durch das höhere Gericht nach dessen bekannter Rechtsansicht zu erwarten ist⁷.

So ist die Bahn eröffnet, auf der sich ein Gerichtsgebrauch (usus fori) bilden und damit in der That die Rechtsanwendung in Rechtserzeugung wandeln kann. Denn vielfach wird die gerichtliche Praxis eines engeren oder weiteren Rechtsgebietes in gleichförmiger

⁴ D.G.V.G. § 137 u. R.Ges. v. 17. März 1886. Das Plenum wird, wenn zwei Civilsenate kollidiren, durch die vereinigten Civilsenate, wenn aber ein Civilsenat und ein Strafsenat anderer Ansicht sind, durch die vereinigten Civil- und Strafsenate gebildet; die Plenarentscheidung kann nur von demselben Plenum, das sie gefaßt hat, wieder umgestofsen werden. — Die gleiche Einrichtung bestand schon beim preussischen Obertribunal; Cab.O. v. 1. Aug. 1836, Ges. v. 7. Mai 1856.

⁵ Diese Erscheinung begegnet schon im deutschen Mittelalter, wie der Einfluß der Entscheidungen des Reichshofgerichts und berühmter Schöffenstühle beweist; vgl. Stobbe, D.P.R. I 184. Später war die Autorität des Reichskammergerichts von größter Bedeutung. Dann traten die Rechtssprüche der Fakultäten und der oberen Landesgerichte in den Vordergrund. Und auch in unserem Jahrhundert haben die Präjudizien eher zu viel als zu wenig Macht über das Rechtsleben behauptet.

⁶ Pr. L.R. Einl. § 6: „Auf Meinungen der Rechtslehrer oder ältere Aussprüche der Richter soll bei künftigen Entscheidungen keine Rücksicht genommen werden“.

⁷ Vgl. Thöl, H.R. I § 14; Adickes a. a. O. S. 54 ff.; Stobbe I 183 ff.; Regelsberger, Pand. I 108 ff.

und langjähriger Wiederholung von Rechtsprüchen sich dergestalt in einer bestimmten Richtung befestigen, daß sie als konstante Uebung eines Rechtssatzes auf Grund der Ueberzeugung von seiner rechtlichen Geltung erscheint. Sobald aber ein solcher Fall vorliegt, sind die Erfordernisse des ungesetzten Rechtes erfüllt. Der fertige Gerichtsgebrauch hat also die Kraft des Gewohnheitsrechts⁸. Er ist selbst nur eine Unterart des Gewohnheitsrechts. Allein er unterscheidet sich von allem übrigen Gewohnheitsrecht dadurch, daß er nicht von der Gemeinschaft, deren Lebensverhältnisse er ordnet, sondern von einem Organ der Gemeinschaft für die Gemeinschaft hervorgebracht wird. In ihm gelangt nicht die Volksüberzeugung durch Handlungen der Beteiligten, sondern die Gerichtsüberzeugung durch Handlungen der Gerichte zum Ausdruck⁹. Daß er gleichwohl die ganze Gemeinschaft verbindet, beruht auf der eigenartigen Stellung der Gerichte zum Recht, die in der Stellung irgend eines anderen Gemeinschaftsorganes ihresgleichen nicht hat¹⁰. Der Gerichtsgebrauch ist somit eine von allen anderen Rechtsquellen spezifisch verschiedene Rechtsquelle. Durch ihn übt der Juristenstand einen formellen Antheil an der Rechtserzeugung aus. Er ist „Juristenrecht“ im technischen Sinne, so daß in seiner Sonderung vom sonstigen Gewohnheitsrecht der Gegensatz zwischen

⁸ Mithin hat er nach gemeinem Recht gleiche Kraft wie das Gesetz; vgl. Thibaut, Pand. § 16, Glück, Komm. II 95, Göschen, Vorles. I 99 ff., Reyscher, Württ. P.R. § 37 u. 60, Falck, Schlesw.-Holst. P.R. § 39, Haubold § 38, Grefe § 5, Kierulff I 37 ff., Beseler, D.P.R. S. 102, Dernburg, Pand. § 29; Seuff. XLVI Nr. 104. Unrichtig Renaud I § 34, Franken, D.P.R. S. 36. — Dagegen treffen freilich alle partikularrechtlichen Einschränkungen der Kraft des Gewohnheitsrechts zugleich den Gerichtsgebrauch.

⁹ Unrichtig ist daher die Ansicht von Puchta II 19 ff., im Gerichtsgebrauch müsse, damit er als Gewohnheitsrecht binde, die Ueberzeugung des Juristenstandes als Vertreters der Volksüberzeugung und somit irgend eine „nationale“ oder „allgemeine“ Rechtsüberzeugung zum Ausdruck kommen. Aehnlich Stobbe I 190. Vgl. gegen diese Lehre, die das Reichsgericht zur willkürlichen Umstofsung von partikulärem Gerichtsgebrauch zu verwerthen sucht (z. B. I Nr. 115, II Nr. 62 u. III Nr. 59), Beseler § 34 Anm. 11, Windscheid § 16 Anm. 7, Dernburg § 29 Anm. 4, Seuff. XL Nr. 86.

¹⁰ Auch andere Gemeinschaftsorgane freilich, Verwaltungsbehörden, Kollegien, parlamentarische Versammlungen u. s. w., können durch ihre Praxis ein als Gewohnheitsrecht bindendes „Herkommen“ bilden; dasselbe wird aber nach Art einer Observanz nur das innere Leben dieser Organe ordnen. Solches Herkommen entspricht demjenigen Gerichtsgebrauch, der sich nur auf das gerichtliche Verfahren bezieht. Dagegen können natürlich nicht bloß die Civilgerichte, sondern alle Gerichte (mit Einschluß der Verwaltungsgerichte) ein materielles Gewohnheitsrecht erzeugen, das für den ganzen ihrer Rechtsprechung unterworfenen Kreis Geltung hat.

Volksrecht und Juristenrecht sich als fest begrenzter Rechtsbegriff ausprägt.

III. Theorie¹¹. Die juristische Theorie zielt weder auf Rechtsanwendung noch auf Rechtserzeugung, sondern auf Rechtserkenntnis. Sie ist berufen, das geltende Recht in abstrakter Fassung darzustellen. Zu diesem Behufe hat sie den inneren Zusammenhang der Rechtsätze zu erforschen; sie hat im Wege der Synthese aus den Rechtsätzen Prinzipien und im Wege der Analyse aus den Prinzipien Folgesätze zu gewinnen; sie hat alles Einzelne systematisch zu verknüpfen und wieder vom Ganzen her die Theile geistig zu durchdringen. Hierbei wird sie schöpferischer Kraft nicht entbehren dürfen. Allein sie schafft nicht Rechtssätze, sondern Lehrsätze. Rechtssätze kann sie nur entdecken, aber weder für alle Fälle, noch auch nur für einen einzelnen Fall mit formeller Geltung bekleiden.

Darum haben Aussagen der Wissenschaft niemals bindende Kraft. Im älteren gemeinen Recht herrschte freilich die Lehre, daß die „*communis opinio doctorum*“, über deren Ermittlung allerlei willkürliche Regeln aufgestellt wurden, den Richter binde¹². Allein diese Lehre, unter deren Druck die Wissenschaft in Veräußerlichung und die Praxis in Entgeistigung zu verfallen drohte, ist heute überwunden: eine noch so einstimmig von der Wissenschaft vorgetragene Ansicht legt dem Richter keinerlei äußere Verpflichtung auf¹³.

Dagegen haben die Aussprüche der Wissenschaft ein freies Ansehen. Sie üben auf die Praxis so viel Einfluß aus, als sie sich vermöge ihrer Ueberzeugungskraft verschaffen. Manche Gesetze suchten freilich, um dem mit der *communis opinio* getriebenen Mißbrauch zu steuern, auch die freie Autorität der Theorie zu verkümmern¹⁴. Solche

¹¹ Vgl. Maurenbrecher I § 33, 36—37; Walter § 33; Renaud I § 34; Gengler, Lehrb. I 58 ff.; Gerber § 30; Böhlau I 316 ff.; Stobbe I § 25.

¹² Vgl. über die ältere Lehre Schilter, Praxis exerc. II § 4, Puchta, Gewohnheitsr. I 162 ff., Wächter, Gem. R. S. 113 Anm. 48, Reyscher, Z. f. D. R. IX 373 ff. Der letzte Verfechter der bindenden Kraft der *communis opinio*, die er auf staatliche Autorisation der Juristen zurückführte und in äußerlichster Weise aus der Majorität der Schriften ermitteln wollte, war Maurenbrecher I § 28—31, 33, 36—40, 112.

¹³ Ein Beispiel für die richterliche Verwerfung eines in den Lehrbüchern des deutschen Privatrechts einstimmig vorgetragenen Rechtssatzes (daß die Einkindschaft durch Ehescheidung ende) bietet das Erk. des O.L.G. Hamb. v. 7. Nov. 1885 b. Seuff. XLI Nr. 194.

¹⁴ Bayr. L.R. I c. 2 § 14: Glossen und Meinungen deren Rechtsgelehrten, sie seyen gleich *communes* oder nicht, gehören weder unter geschrieben- noch unter ungeschriebenes Recht, und kommen nur in so weit in Consideration, als sie

Bestimmungen aber sind thöricht und eitel oder erzielen doch nur einen ungewollten Erfolg höchst unerfreulicher Art¹⁵. Eine Praxis, die auf der geistigen Höhe ihrer Zeit stehen will, darf sich den Lehren echter Wissenschaft niemals verschließen.

Das Ansehen der Wissenschaft kann dahin führen, daß ihre theoretischen Lehrsätze im Laufe der Zeit zu Rechtssätzen erhoben werden. Dies kann, wie im Wege der Gesetzgebung, so im Wege des Gewohnheitsrechts, und zwar sowohl des volksmäßigen Gewohnheitsrechts wie des Gerichtsgebrauchs, geschehen. Immer aber verdankt dann der Rechtssatz seine bindende Kraft nicht der Wissenschaft, die ihn zuerst gefunden hatte, sondern erst der Rechtsquelle, die ihn sich angeeignet hat. Die Wissenschaft selbst ist niemals Rechtsquelle¹⁶.

Auch giebt es nicht etwa eine von den bisher erwähnten Rechtsquellen verschiedene Rechtsquelle, zu deren Aufdeckung die Wissenschaft berufen wäre. Früher wurde freilich als eine derartige Rechtsquelle das Naturrecht angesehen, dem mehrere Gesetzbücher ausdrücklich eine subsidiäre Geltung beilegen¹⁷. Allein das Naturrecht kann keine Rechtsquelle sein, weil es überhaupt als objektives Recht nicht existirt; was sich so nennt, ist nicht ein Inbegriff durch die Vernunft geoffenbarter allgemeingültiger Rechtssätze, sondern ein aus den theoretischen Grundansichten eines bestimmten Zeitalters hergeleitetes System von Lehrsätzen¹⁸. Ebenso wenig darf, wie dies in

der Doktrinal-Auslegung gemäß seynd. Pr.L.R. Einl. § 6 (oben Anm. 6). Vgl. auch Kurköln. Revis.O. v. 1786 § 49, Hannov. Justizregl. v. 1713 § 6 u. O.A.G.O. v. 1817 II 12 § 12 b. Maurenbrecher § 31 Anm. 2. Man denke auch an den berüchtigten B.B. v. 11. Dez. 1832 (G. v. Meyer, Corp. Confod. Germ. S. 152).

¹⁵ Statt der Wissenschaft pflegt dann die Afterwissenschaft handwerksmäßiger Kommentare der Praxis als Leitstern zu dienen.

¹⁶ Zu einer dritten Rechtsquelle neben Gesetz und Gewohnheitsrecht wird die Wissenschaft von Puchta erhoben; Gewohnheitsr. I 146, 162 ff., II 15, Pand. § 16. Aehnlich Savigny, Syst. I § 14, 19, 20, Thöl, Einl. § 55, H.R. § 15; vgl. auch Stahl, Rechtsphil. II B. 2 § 22—23, Gerber, D.P.R. § 30, Regelsberger § 17 II B 3 (sie schaffe „Rechtssätze minderen Grades“). — Hiergegen vgl. Beseler, Volksr. u. Juristenr. S. 87, D.P.R. § 34 Anm. 4; Wächter, Württ. P.R. II 47 ff.; Rückert, Der Begriff des gem. D.P.R. S. 49 ff.; Renaud I § 34; Unger I 42 ff.; Böhlau § 52 S. 316 ff. u. 320 ff.; Windscheid, Pand. § 16 Anm. 8; Stobbe, D.P.R. § 25 Anm. 3; Behrend, H.R. § 19.

¹⁷ Oesterr. Gb. § 7; Bad. Landr. § 4^a. — Dazu Unger, Oesterr. P.R. I § 11; Pfaff u. Hofmann I 194 ff.; Barazetti a. a. O. S. 76 ff.; Bergbohm, Jurisprudenz und Rechtsphilosophie I, Leipzig 1892, S. 181 ff.

¹⁸ Vgl. Bergbohm a. a. O. S. 371 ff. — Darum haben auch die Bestimmungen des österr. Gb. u. des bad. L.R. kein Leben gewonnen; praktische Bedeutung

neuerer Zeit immer wieder geschieht, die Natur der Sache zur Rechtsquelle gestempelt werden¹⁹. Denn wie vorsichtig auch dieser Begriff gefasst und wie stark gegenüber dem absoluten Wesen des Naturrechts die Relativität eines den wechselnden Lebensverhältnissen entnommenen Maßstabes betont werden mag, so hält doch unter der Flagge der Natur der Sache stets von Neuem ein Stück Vernunftrechts seinen Einzug. Soll aus den Dingen ein ihnen immanenter Rechtssatz herausgeholt werden, der eine gleich unmittelbare Geltung wie Gesetzes- und Gewohnheitsrecht hat, so wird das positive Recht durch ein verkapptes Naturrecht überhöht. In Wahrheit kann aus vernünftigen Erwägungen über die Natur der Sache immer nur die Ueberzeugung von der Angemessenheit dieses oder jenes Rechtssatzes, niemals die Annahme seiner Geltung entspringen. Der Richter soll freilich bei der Rechtsanwendung nicht blind verfahren und vor Allem da, wo das geltende Recht zweifelhaft oder scheinbar unvollständig ist, den Zweckgedanken zu Rathe ziehen. Allein wer ihn hierauf hinweist, eröffnet ihm keine selbständige Rechtsquelle, sondern giebt ihm ein Richtmaß für die Deutung und Entfaltung des geltenden gesetzten und ungesetzten Rechts.

würde die gesetzliche Verweisung auf das Naturrecht nur haben, wenn ein bestimmtes System des Naturrechts mit Gesetzeskraft bekleidet würde.

¹⁹ So mit starken Anklängen an das Naturrecht Runde, D.P.R. § 80. Aehnlich Reyscher, Z. f. D. R. I 11 ff., X 153 ff., Württ. P.R. § 58—59. Neuerdings in eigenthümlicher Fassung Adickes a. a. O. S. 67 ff. (wo zuletzt die „subjektive Vernunft“ des Richters zur Rechtsquelle wird). Ferner in ziemlich deutlich naturrechtlicher Färbung Goldschmidt, H.R. I 302 ff. Aber auch Dernburg, Pand. I § 38 S. 87, Kohler, Z. f. d. P. u. ö. R. d. G. XIII 57, Regelsberger § 12. Theilweise auch Stobbe, D.P.R. § 25. — Vgl. dagegen Eichhorn, Einl. § 39—41; Beseler, D.P.R. § 14 u. § 30 S. 87—88; Gerber, Das wiss. Prinz. S. 311 ff.; Windscheid, Pand. I § 23 Anm. 1^a; Bierling, Kritik I 100 ff.; Sturm, Recht u. Rechtsquellen S. 57 ff.; Bähr, Urtheile des Reichsgerichts S. 9 ff.; Bergbohm a. a. O. S. 353.

Drittes Kapitel.

Verhältniß der Rechtsquellen zu einander.

§ 22. Der Zusammenstoß der Rechtsquellen.

Wenn mehrere Rechtsquellen sich auf dasselbe Lebensverhältniß beziehen, so kann nur Eine von ihnen es wirklich beherrschen. Es liegt daher ein Zusammenstoß (Kollision) vor, bei dem die eine Rechtsquelle sich behauptet, die andere oder die anderen vor ihr zurückweichen. Die Regeln, nach denen die Entscheidung fällt, werden durch das rechtlich geordnete Verhältniß der Rechtsquellen zu einander bestimmt.

Man unterscheidet drei Hauptfälle eines solchen Zusammenstoßes.

I. Zusammenstoß weiterer und engerer Quellen desselben Rechtsgebiets (generische Kollision). Da die Rechtsgebiete sich vielfach verschlingen und somit theilweise decken (oben § 6), treffen Rechtsquellen von ungleichem Herrschaftsbereich auf einem Boden zusammen, der für jede von ihnen Rechtsgebiet ist. In diesem Falle muß nothwendig die engere Quelle der weiteren vorgehen. Denn sobald das umgekehrte Verhältniß eintritt, wird die engere Quelle von der weiteren völlig aufgezehrt und ist also überhaupt keine Rechtsquelle mehr.

Darum hat das besondere (spezielle) Recht den Vorrang vor allem gemeinen Recht: das in einem Gebiete geltende Adelsrecht, Handelsrecht, Bergrecht u. s. w. bricht die in demselben Gebiete geltenden Sätze des bürgerlichen Rechts. Soweit es umgekehrt durch das gemeine Recht gebrochen wird, hat es zu bestehen aufgehört.

Ebenso aber geht das partikuläre Recht jedem gemeineren Recht vor: „Willkür bricht Stadtrecht, Stadtrecht bricht Landrecht, Landrecht bricht gemein Recht“¹. Gilt das Gegentheil, so ist damit eben die Existenz des Partikularrechts verneint. Das gemeine Recht kann für sein Gebiet nicht bloß ausdrücklich, sondern auch still-

¹ Graf u. Dietherr I Nr. 271, auch Nr. 269 u. 270; Bayr. L.R. I c. 2 § 17; Pr. L.R. Einl. § 21. — Wenn in den mittelalterlichen Quellen nur hervorgehoben wird, daß „Willkür“, „Gedinge“ oder „Gelübde“ das Recht (Stadtrecht, Landrecht und gemeines Recht) brechen (vgl. Graf u. Dietherr I Nr. 255—268, Kraut § 25 Nr. 1—2, Stobbe, D.P.R. § 26 Anm. 17), so galt doch selbstverständlich auch damals die allgemeine Regel.

schweigend, und nicht bloß in einzelnen Punkten, sondern ein für alle Mal ausschließliche Geltung fordern. Solchem „ausschließlichen“ oder „absoluten“ Recht gegenüber kann dann partikuläres Recht weder fortbestehen noch neu entstehen. So kann kein Satzungsrecht wider absolutes Gesetzesrecht aufkommen². So ist vieles Orts- und Provinzialrecht vor absolutem Landrecht verschwunden³. So ist endlich auch alles Landesrecht vor absolutem gemeindeutschem Recht hinfällig. Das gemeine deutsche Recht im älteren Sinne enthält freilich nur eine geringe Zahl absoluter Rechtssätze⁴, wird also regelmäÙig durch jedes partikuläre Gesetzes- oder Gewohnheitsrecht gebrochen⁵. Dagegen schließt das gemeine Recht des deutschen Reichsgebietes kraft des Satzes der Reichsverfassung, „daß die Reichsgesetze den Landesgesetzen vorgehen“, regelmäÙig jedes partikuläre Gesetzes- oder Gewohnheitsrecht aus⁶, so daß es nur in Ausnahmefällen, in denen es ausdrücklich Abweichungen gestattet, durch Landesrecht gebrochen werden kann⁷.

II. Zusammenstoß älterer und jüngerer Quellen

² Vgl. oben § 19 Anm. 71.

³ Vgl. oben § 9 I B Z. 5, 7, 14, 16, 19, II Z. 2—5.

⁴ Sie finden sich lediglich in älteren Reichsgesetzen; Sätze des Corpus juris civilis können bei richtiger Auffassung der Rezeption niemals für absolutes gemeines Recht erklärt werden.

⁵ Vgl. Seuff. XLII Nr. 122, XLVI Nr. 104. Diesen Satz hat auch das Reichsgericht im Prinzip nicht angetastet; es sucht ihn aber auf Umwegen zu Ungunsten des partikulären Gewohnheitsrechts abzuschwächen, vgl. oben § 20 Anm. 35 u. 52.

⁶ R.V.U. a. 2 (oben § 7 Anm. 11). Vgl. über die Tragweite hinsichtlich alles gesetzten Partikularrechts Hänel, Staatsr. I 248—253, sowie R.Ger. XIX Nr. 32 (auch ein mit dem Reichsgesetz sich deckendes Landesgesetz kann neben ihm weder fortbestehen noch entstehen). Bestritten ist, ob schon durch Art. 2 auch partikuläres Gewohnheitsrecht dem Reichsgesetzesrecht gegenüber im Zweifel ausgeschlossen ist. Dies wird von Hänel a. a. O. S. 250—251 verneint. Mit Recht dagegen nimmt die herrschende Meinung an, daß Art. 2 jede partikuläre Rechtsbildung dem Reichsgesetzesrecht gegenüber ausschließen wolle; vgl. Eisele, Arch. f. civ. Pr. LXIX 293 u. 295, Cosack, H.R. S. 13, Regelsberger I § 29 Anm. 5. Wenn freilich Laband, Staatsr. I 580, sich hierfür auf eine angebliche prinzipielle Unzulässigkeit derogatorischer Gewohnheiten und Thöl, H.R. I 86—87, auf einen angeblichen Ausschluss jedes dem Reichsgesetz widerstreitenden Rechts durch Art. 2 beruft, so sind ihre Argumente verfehlt. Gemeines Gewohnheitsrecht kann auch Reichsgesetze abändern, sofern nicht eine spezielle reichsgesetzliche Bestimmung entgegensteht; vgl. oben § 20 Anm. 68.

⁷ Beispiele bloß subsidiärer Reichsgesetze stellt Hänel a. a. O. S. 257—259 zusammen, der hierbei treffend verschiedene Abstufungen der Subsidiarität unterscheidet und beleuchtet.

desselben Rechtsgebiets (zeitliche Kollision). Aus dem Wesen der Rechtserzeugung folgt nothwendig der Satz, daß älteres Recht durch jüngeres Recht gebrochen wird (*lex posterior derogat legi priori*). Auch von diesem Satz kann es Ausnahmen nicht geben. Denn soweit der jüngeren Quelle schlechthin der Vorrang versagt, also z. B. dem Gewohnheitsrecht im Verhältniß zum Gesetzesrecht oder dem Landesgesetz im Verhältniß zum Reichsgesetz die derogatorische Kraft abgesprochen wird, erscheint sie eben überhaupt nicht als Rechtsquelle. Insoweit aber die ältere Quelle den Vorrang behauptet, weil in ihr ein besonderes oder partikuläres Recht enthalten ist, dem die jüngere Quelle nur ein nicht absolutes gemeines Recht entgegenstellt, besteht das ältere Recht lediglich in einem Bereiche fort, auf den sich die Herrschaft des jüngeren Rechtes nicht erstreckt⁸.

Das ältere Recht wird jedoch durch das jüngere Recht nur von dem Zeitpunkt seiner Geltung an ersetzt. Neues Recht wirkt nicht zurück. Wenn daher Rechtsverhältnisse gleichzeitig dem Zeitraum vor und nach dem Augenblick der Rechtswandlung angehören, so bedarf es einer Grenzziehung zwischen dem zeitlichen Herrschaftsbereich der alten und der neuen Rechtsquelle. Hiervon ist in § 23—24 zu handeln.

III. Zusammenstoß von Quellen verschiedener Rechtsgebiete (räumliche Kollision). Jede Rechtsquelle gilt in ihrem Rechtsgebiet. Da aber die Rechtsverhältnisse keine im Raum beschlossenen Körper sind, sondern nur Beziehungen zum Räumlichen haben, so kann dasselbe Rechtsverhältniß in verschiedene Rechtsgebiete hineinreichen. Somit bedarf es einer Grenzziehung zwischen den räumlichen Herrschaftsbereichen der Rechtsquellen. Hiervon ist in § 25—26 zu reden.

§ 23. Die Nichtrückwirkung der Rechtsquellen¹.

I. Prinzip. Wenn an die Stelle des bisherigen Rechtes ein anderes Recht tritt, so scheint uns die Rechtsvernunft zu fordern, daß

⁸ Der Satz, daß älteres engeres Recht durch jüngeres weiteres Recht nicht gebrochen wird, ist unbestritten. Zweifel entstehen nur dadurch, daß sich die jüngere Rechtsquelle nicht bloß ausdrücklich, sondern auch stillschweigend absolute Geltung beilegen kann, somit oft erst durch Auslegung die Tragweite eines Gesetzes dem bestehenden Spezial- und Partikularrecht gegenüber zu ermitteln ist. So ist es z. B. theilweise bestritten, inwieweit durch neuere Reichsgesetze das Recht des hohen Adels oder durch das Reichsgewerberecht das Handelsrecht abgeändert ist.

¹ F. Bergmann, Das Verbot der rückwirkenden Kraft neuer Gesetze im Privatrecht, Hannover 1818. Wächter, Württ. P.R. II 152 ff. Savigny, Syst.

das neue Recht nur für die Zukunft, nicht für die Vergangenheit gelte. Darum versagen wir dem neuen Recht die rückwirkende Kraft: wir erklären es auf früher vorgenommene Handlungen und früher begründete Rechtsverhältnisse für unanwendbar. Hiermit erkennen wir zugleich eine fortdauernde Anwendbarkeit des älteren Rechts auf die aus seiner Herrschaftszeit in die Gegenwart hineinwirkenden Rechtsverhältnisse an.

Dieses Prinzip gilt vor Allem für neue Gesetze. Bei der bewußten Aenderung des Rechts durch die Gesetzgebung wurde es zuerst als Gebot der Gerechtigkeit empfunden und ausgesprochen, bei ihr wird es auch heute täglich gehandhabt. Das Prinzip gilt aber in gleicher Weise nicht nur selbstverständlich für neue autonome Satzungen, sondern auch für neues Gewohnheitsrecht, ob schon es bei der unbewußten Rechtswandlung seltener zur Sprache kommt².

II. Geschichte. Der Grundsatz der Nichtrückwirkung konnte in den ältesten germanischen Rechtsquellen, die nicht neues Recht schaffen, sondern nur altes Recht sichern wollten, nicht zum Ausdruck kommen³. Er brach sich aber im germanischen Rechtsbewußtsein

VIII 368 ff. § 383 ff. Scheurl, Beitr. zur Bearbeitung des röm. Rechts, Bd. I (1853) S. 137 ff. F. Lassalle, Das System der erworbenen Rechte, 2 Bde., Leipzig 1861; 2. Aufl. v. L. Bucher 1880. R. Schmid, Die Herrschaft der Gesetze nach ihren räumlichen und zeitlichen Grenzen, Jena 1863. H. Göppert, Das Prinzip „Gesetze haben keine rückwirkende Kraft“ gesetzlich und dogmatisch entwickelt, aus dem Nachlaß des Verfassers herausg. v. E. Eck in Jahrb. f. Dogm. XXII 1 ff. Regelsberger in Holtzendorffs Rechtslexikon s. v. „Rückwirkung der Gesetze“. Pfaff u. Hofmann, Komm. I 156 ff. u. ausführlich Exkurse I 112—350 u. 361—377. — Beseler, D.P.R. § 21; Roth, D.P.R. I § 50; Stobbe, D.P.R. I § 27—28. — Kierulff I 63 ff.; Windscheid, Pand. I § 32—33; Dernburg, Pand. I § 43 ff.; Regelsberger, Pand. I § 47—48. — Unger, Oest. P.R. I 113 ff. — Bornemann, Erörterungen im Gebiete des preuß. Rechts, Berlin 1855, S. 1—64; Förster-Eccius I § 10. — Böhlau, Meckl. L.R. I § 67. — Zachariae, Handb. d. französ. Civilr. I § 30, 8. Aufl. von Crome (1894) § 29; Barazetti, Einf. in das französ. Civilr. S. 132 ff.; Crome, Allg. Th. S. 56 ff. — C. F. Gabba, Teoria della retroattività delle leggi, Pisa 1868 ff. — Sonstige (auch ältere) Litt. b. Göppert a. a. O. S. 5 ff. u. Pfaff u. Hofmann, Exkurse I 113—123.

² Ein Beispiel oben § 5 Anm. 5.

³ Wo das Gewohnheitsrecht ausschliesslich oder ganz überwiegend herrscht, waltet überhaupt die Vorstellung, daß sich das Recht nicht wandle; die gleichwohl eintretenden Veränderungen werden nicht bemerkt. Dieselbe Vorstellung hindert da, wo das Recht aus göttlicher Offenbarung abgeleitet wird, die Entfaltung des Prinzips der Nichtrückwirkung; vgl. Göppert a. a. O. S. 14 ff. Endlich muß auch die naturrechtliche Vorstellung eines durch die menschliche Vernunft geoffenbarten Rechts dem Prinzip der Nichtrückwirkung insoweit entgegenreten, als es

Bahn, seitdem die Gesetzgebung bewußt das Recht veränderte⁴. Da ihn das römische Recht gleichfalls enthielt und das kanonische Recht übereinstimmte⁵, erhob er sich zu europäischer Geltung. Seine Durchbildung im Einzelnen erfuhr er durch die civilistische Rechtswissenschaft, deren Aufstellungen sich theilweise zu Gewohnheitsrecht verdichteten⁶. Die neueren Gesetzbücher sprechen ihn in allgemeiner Fassung aus⁷. Besondere gesetzliche Bestimmungen über seine Anwendung auf einzelne neu eingeführte Rechtssätze pflegen beim Erlaß moderner Gesetzbücher und Spezialgesetze in Publikationspatenten, Einführungsgesetzen oder Uebergangsbestimmungen getroffen zu werden⁸. Sie gelten nur für diesen vorübergehenden Fall, haben aber insofern eine allgemeinere Bedeutung, als sie für ein zu Grunde liegendes Rechtsbewußtsein Zeugniß ablegen⁹.

III. Kraft. Das Prinzip der Nichtrückwirkung entfaltet sich in zwei Rechtssätzen, einem verbiethenden und einem deutenden. Jener lautet: Neues Recht soll nicht zurückwirken. Dieser lautet: Neues Recht wirkt nicht zurück.

Der verbiethende Rechtssatz richtet sich an das Subjekt der

sich um die Realisirung der unwandelbaren Sätze des Vernunftrechts handelt. Bezeichnend hierfür ist es, wenn Claproth seinem Gesetzbuch (oben § 19 Anm. 21) rückwirkende Kraft beilegen, für die Zukunft aber jedes rückwirkende Gesetz verbiethen will. So verfuhr ja auch die französische Revolution!

⁴ Zunächst bestimmen freilich mehrere Volksrechte nur, daß ihre Bestimmungen nicht auf schon entschiedene Rechtshändel angewandt werden sollen; l. Burg. t. 109, ed. Rothar. c. 388, ed. Liutpr. Epil. anni I, V u. XIV, l. Wisigoth. II, 1 c. 13 (Recesvind. b. Zeumer II, 1 c. 12). Doch findet sich auch schon der Satz, daß die unter dem älteren Gesetz entstandenen Rechtsverhältnisse noch nach diesem zu entscheiden sind; ed. Liutpr. Epil. anni IX u. XV; l. Wisigoth. II, 1 c. 10. Später wird dieser Satz als selbstverständlich angesehen und öfter ausgesprochen; vgl. Bayr. L.R. v. 1346 Art. 17 u. 249, Münchener Stadtr. c. 25. Aus der Zeit nach der Rezeption vgl. Publ. Pat. des Solmsen Landr.; Stat. v. Schmölln b. Walch VIII 179; Preufs. L.R. v. 1721, Publ. Pat. a. E. Ueber die Anerkennung des Prinzips in älteren Reichsgesetzen vgl. Göppert a. a. O. S. 30 Anm. 1.

⁵ L. 7 C. de legibus 1, 14; weitere Nachweise b. Göppert a. a. O. S. 21 ff., Windscheid § 32 Anm. 1—2. Ebenso c. 13 X de const. 1, 2.

⁶ Die ausführlichste Dogmengeschichte liefern Pfaff u. Hofmann, Exkurse I S. 296—350.

⁷ Bayr. L.R. I c. 1 § 8; Preufs. L.R. Einl. § 14; Code civ. Art. 2; Bad. L.R. Art. 2; Oesterr. Gb. § 5; Sächs. Gb. § 2; Schweizer. Gesetzb. b. Huber I 74; über andere ausländische Gesetzbücher Göppert a. a. O. S. 32 ff. — Der Entw. will den Satz als selbstverständlich nicht aufnehmen; vgl. Gierke, Entw. S. 134.

⁸ Derartige Uebergangsbestimmungen schlägt auch der Entw. des E.G. Art. 92—129 vor.

⁹ Unterschätzt wird diese Bedeutung von Göppert a. a. O. S. 44 ff.

Rechtserzeugung. Darum ist er zwar in Bezug auf autonomische Satzungen vollkommen erzwingbar¹⁰, in Bezug auf Gesetze dagegen nur insoweit äußerlich geschützt, als der gesetzgebende Staat einer Rechtskontrolle unterliegt. Auch in Bezug auf Gesetze ist er ein wahrer Rechtssatz. Er ist als solcher in manchen Verfassungsurkunden ausdrücklich formulirt¹¹. Soweit dies nicht der Fall ist, gilt er in allen Kulturstaaten kraft Gewohnheitsrechts und insbesondere in Deutschland kraft gemeinen deutschen Staatsrechts¹². Gilt er aber, so erfüllt er alle wesentlichen Merkmale eines Rechtssatzes, da er auf einer Aussage des allgemeinen Rechtsbewußtseins beruht und der Staatsgewalt eine als Rechtsschranke vorgestellte Willensgrenze zieht¹³. Allein nach deutschem Staatsrecht giebt es innerhalb des Staates kein Organ, das eine Ueberschreitung der Schranken der Staatsgewalt durch das souveräne Gesetzgebungsorgan zu rügen befugt wäre¹⁴. Somit ist bei uns für den Staat in seinem eignen Herrschaftsbereiche das Verbot der Rückwirkung nur eine materielle, keine formelle Rechtsschranke. Erläßt der Gesetzgeber ein rückwirkendes Gesetz, so ist dasselbe kraft der formellen Allmacht der souveränen Gewalt für alle Gesetzesunterthanen verbindlich¹⁵. Der Richter hat es, auch wenn er es als verfassungswidrig erkennt, gleich anderen verfassungs-

¹⁰ Diese wie jede andere Ueberschreitung der Schranken der Satzungsgewalt ist der Korrektur durch staatliche Rechtsprechung und Zwangsvollstreckung fähig; vgl. oben § 19 Anm. 71. Daher sind insbesondere die Sonderrechte der Verbandsmitglieder gegen Verletzung durch eine rückwirkende Verbandssatzung vollkommen geschützt.

¹¹ In Deutschland nur in der V.U. v. Sachsen-Altenburg § 47: Keinem neuen Gesetz darf rückwirkende Kraft beigelegt werden. Ueber ähnliche Verfassungsbestimmungen in Norwegen, Griechenland und Nordamerika vgl. Göppert a. a. O. S. 33—34.

¹² Wenn Göppert a. a. O. S. 49 ff. in dem Verbot der Rückwirkung nur da, wo es verfassungsmäßig ausgesprochen ist, eine „Gesetzgebungsschranke“ erblicken will, so übersieht er hierbei vollständig, daß es auch ein ungeschriebenes Verfassungsrecht giebt und daß auch dieses positives Recht ist. Man vgl. auch, was Göppert selbst S. 33. über England sagt.

¹³ Vgl. oben § 15, wo auch bereits gezeigt ist, daß Erzwingbarkeit zu den Wesensmerkmalen des Rechtssatzes nicht gehört. Vgl. auch Pfaff u. Hofmann, Exk. I 129.

¹⁴ Vgl. oben § 18. Anders in Nordamerika, wo die Gerichte verfassungswidrige Gesetze der Union wie der Einzelstaaten als nichtig zu behandeln haben; Göppert a. a. O. S. 49 ff.

¹⁵ Dagegen schuldet in Nordamerika einem solchen Gesetze Niemand Gehorsam; freilich nimmt der Einzelne die Prüfung des Gesetzes auf eigne Gefahr vor, da ihn, falls der Richter das Gesetz für gültig hält, der Rechtsirrtum nicht entschuldigt; Göppert S. 52.

widrigen Gesetzen anzuwenden¹⁶. Auch steht dem durch das ungerechte Gesetz geschädigten Einzelnen kein gerichtlich durchführbarer Entschädigungsanspruch gegen den Staat zu¹⁷. Dagegen vermag die formelle Allmacht des Gesetzgebers sein rückwirkendes Gesetz nicht zu decken, wenn und soweit dasselbe in Rechte eingreift, zu deren Schutz eine von dem gesetzgebenden Staat unabhängige Macht berufen ist¹⁸.

Der deutende Rechtssatz richtet sich an Jedermann. Denn er enthält eine allgemein verbindliche Aussage über die regelmässige Wirksamkeit neuer Rechtssätze¹⁹. Insoweit hat das Prinzip der Nichtrückwirkung bei Gesetzen und Satzungen gleiche Kraft. Für den Richter insbesondere stellt es eine Auslegungsregel auf, die er auch auf die Aussprüche des souveränen Staatsorganes anzuwenden hat. Dabei liegt die Vermuthung zu Grunde, daß der Gesetzgeber mit den

¹⁶ Vgl. oben § 18 Anm. 37—38; Entsch. des R.Ger. IX Nr. 62. Dagegen darf der nordamerikanische Richter ein solches Gesetz nicht anwenden; Göppert S. 50.

¹⁷ Entsch. des R.Ger. b. Seuff. XLVI Nr. 164. Eine andere Frage ist, ob der Entschädigungsanspruch in den Fällen, in denen er an sich als gerecht erscheint, schon durch bloßes Schweigen des Gesetzes ausgeschlossen wird; vgl. unten Anm. 51.

¹⁸ Der souveräne Staat, der in die Rechte eines anderen souveränen Staats oder seiner Angehörigen rechtswidrig eingreift, muß sich auch dann, wenn er hierzu die Form eines Gesetzes wählt, gefallen lassen, daß der verletzte Staat ein solches Gesetz nicht nur in seiner eignen Rechtsprechung als nichtig behandelt, sondern auch in den ihn schädigenden Wirkungen mit den Zwangsmitteln des Völkerrechts beseitigt. Der Gliedstaat eines Bundesstaates kann sich weder dann, wenn er die Rechte des Gesamtstaats oder die vom Gesamtstaat gewährleisteten Rechte seiner eignen Unterthanen verletzt, noch dann, wenn er in die wohlerworbenen Rechte eines anderen Gliedstaates oder der Angehörigen desselben eingreift, auf die formelle Allmacht des Gesetzgebers berufen; immer vielmehr wird die Gesamtstaatsgewalt berechtigt und verpflichtet sein, derartige rückwirkende Gesetze eines Gliedstaats für nichtig zu erklären und die Beseitigung ihrer Wirkungen zu erzwingen. Im Deutschen Reich besteht freilich in dieser Hinsicht, weil es an einem Bundesgericht fehlt, ein unvollkommener Rechtszustand. Die ordentlichen Gerichte haben das formell gehörig zu Stande gekommene Gesetz eines Einzelstaats nur dann als nichtig zu behandeln, wenn es einem Reichsgesetz widerspricht; sonst müssen sie es trotz offensichtlicher Rechtswidrigkeit anwenden. Allein wenn ein in seinen eignen oder seiner Angehörigen Rechten verletzter deutscher Staat gegen einen anderen deutschen Staat, gegen den ihm ja Selbsthilfe versagt ist, den Bundesrath anruft, so wird der Bundesrath auf Grund des Art. 76 der R.V.U. das rückwirkende Gesetz als formell rechtswidrig für nichtig zu erklären und seinen Spruch äußersten Falls durch Bundesexekution zu vollstrecken haben.

¹⁹ Vgl. Göppert a. a. O. S. 69 ff., wo die verschiedenen Auffassungen der Natur dieses Rechtssatzes beleuchtet sind.

Anforderungen der Gerechtigkeit in Einklang bleiben und somit die materiellen Schranken seiner Gewalt auch da beachten will, wo sie ihn formell nicht binden.

Hiernach ergibt sich für die Handhabung des Prinzips der Nichtrückwirkung durch den Richter Gesetzen gegenüber das Folgende. Der Richter hat jedem Gesetze diejenige rückwirkende Kraft beizumessen, die das Gesetz selbst sich unzweideutig beilegt. Dies gilt nicht bloß bei ausdrücklicher, sondern auch bei stillschweigender Aeußerung des auf Rückwirkung gerichteten Gesetzesgedankens²⁰. Allein zuvörderst spricht die Vermuthung gegen jede Absicht der Rückwirkung. Sodann ist, wenn die Absicht der Rückwirkung feststeht, für ein möglichst geringes Maß von Rückwirkung zu vermuthen. Darum ist im Zweifel nur eine Rückwirkung schwächeren Grades anzunehmen, die zwar neue Wirkungen älterer Rechtsverhältnisse abschneidet, jedoch die aus deren bisheriger Wirksamkeit bereits entsprungenen konkreten Rechte und Pflichten unberührt läßt²¹. Ist eine stärkere Rückwirkung gewollt, so ist doch im Zweifel das neue Gesetz auf ein Rechtsverhältniß nicht anzuwenden, das bereits durch ein auf Grund des älteren Rechts gefälltes Urtheil festgestellt ist, mag auch noch ein Berufungsverfahren schweben²². Auch die Rückwirkung stärksten Grades endlich macht im Zweifel nicht bloß vor einem rechtskräftigen Urtheil, sondern auch vor einer durch Erfüllung oder Vergleich erfolgten Erledigung älterer Rechtsverhältnisse Halt²³.

Nur bei einem Gesetz, das als authentische Interpretation gefaßt ist, spricht umgekehrt die Vermuthung für Rückwirkung. Dieser Satz steht für das gemeine Recht gewohnheitsrechtlich fest²⁴ und ist

²⁰ Vgl. Seuff. XII Nr. 119, XXX Nr. 108; Beseler § 21 Anm. 13; Stobbe § 27 Anm. 15; Roth § 50 Anm. 7; Windscheid § 22 Anm. 5; Sächs. Gb. § 2.

²¹ So wird ein Gesetz, das ein Zinsmaximum mit Rückwirkung auf früher begründete höhere Zinsforderungen einführt, doch im Zweifel nicht die schon fällig gewordenen Zinsen treffen; ebenso wird ein Gesetz, das die Kündigung bei bestimmten Rechtsverhältnissen mit Rückwirkung auf früher begründete Rechtsverhältnisse dieser Art einschränkt, doch im Zweifel einer schon erfolgten Kündigung die Wirksamkeit nicht entziehen. Vgl. Dernburg § 44.

²² Nov. 115 c. 1. Obst. L.G. f. Bayern b. Seuff. XLVII Nr. 91. Unger I 128 ff.; Windscheid § 33 Anm. 2; Beseler S. 62; Roth § 50 Anm. 9. A. M. Göppert a. a. O. S. 160 ff. — Im Uebrigen macht die Rechtshängigkeit keinen Unterschied (Seuff. XXX Nr. 108, XXXII Nr. 2, XXXIII Nr. 98), es müßte denn das Gegentheil als gewollt erhellen (vgl. unten § 24 Anm. 38).

²³ Windscheid § 33 Anm. 1; Beseler S. 62; Stobbe § 27 Anm. 17; Göppert S. 162 ff.

²⁴ Savigny VIII 511 ff.; Wächter II 150 ff.; Unger I 96 ff.; Beseler § 21 Anm. 16; Windscheid § 33 Anm. 3; Böhlau I 407 ff.; Roth § 50

in den meisten neueren Gesetzbüchern ausdrücklich ausgesprochen²⁶. Einzig das badische Landrecht verwirft ihn²⁶. Der Satz ist aber auch innerlich berechtigt. Denn hier erklärt ja der Gesetzgeber in formell verbindlicher Weise, daß der von ihm ausgesprochene Rechtsatz gar nicht neues Recht, sondern das richtig verstandene alte Recht sei. Er kann freilich diese Gesetzesform mißbrauchen, um in Wahrheit neues Recht mit dem Schein des alten zu umkleiden. Allein gegen den Gesetzgeber, der seine formelle Allmacht mißbraucht, versagt der Rechtsschutz in gleicher Weise, mag er nun mit offenem Visier oder hinter einer Maske vorgehen. Darum ist auch im Zweifel die Rückwirkung der authentischen Interpretation als eine Rückwirkung stärksten Grades zu behandeln²⁷.

IV. Inhalt. Das Prinzip der Nichtrückwirkung hat auf den verschiedenen Rechtsgebieten einen ungleichen Inhalt. Auf dem Gebiet des Privatrechts ist zwar nicht sein alleiniger, wohl aber sein hauptsächlichster Inhalt der Schutz der erworbenen Rechte²⁸.

Anm. 8; Stobbe § 27 Anm. 18; Pfaff u. Hofmann, Komm. I 211 ff., Exk. I 361 ff.; Dernburg § 37; Rügelsberger I 190. — A. M. Bremer, Jahrb. d. gem. R. II 241 ff., und grundsätzlich (obwohl unter Anerkennung eines heute bestehenden entgegengesetzten Gewohnheitsrechts) Göppert S. 187 ff. u. Pfaff u. Hofmann, Exk. I 377.

²⁵ Bayr. L.R. I c. 1 § 8; Preufs. L.R. Einl. § 15; Oesterr. Gb. § 8; Sächs. Gb. § 8.

²⁶ Bad. L.R. Art. 2 c. — Für das französische Recht nehmen Viele das Gleiche an; vgl. Zachariae I § 30 Anm. 8. Jedoch wohl mit Unrecht; vgl. Göppert S. 185—187, Barazetti S. 134, Crome in der 8. Aufl. v. Zachariaes Handb. I § 29 Anm. 8.

²⁷ Das Gesetz ist also auch in der Berufungsinstanz gegen ein schon gefälltes Urtheil maßgebend. Dagegen ist der oben ausgesprochene Satz, daß auch die Rückwirkung stärksten Grades im Zweifel die durch rechtskräftiges Urtheil, Vergleich oder Erfüllung erledigten Rechtsverhältnisse nicht ergreift, hier ebenfalls anzuerkennen; vgl. Beseler § 21 Anm. 27, Windscheid § 33 Anm. 4, Dernburg § 37 Anm. 7, Pfaff u. Hofmann, Komm. I 213; hinsichtlich des rechtskräftigen Urtheils auch Preufs. L.R. Einl. § 15, Sächs. Gb. § 2. Abweichender Ansicht hinsichtlich der rechtsgeschäftlichen Erledigung sind Wächter II 152 ff., Unger I 100 ff., Stobbe I 207.

²⁸ Die beiden Sätze, daß Gesetze nicht zurückwirken und daß sie erworbene Rechte unberührt lassen sollen, decken sich keineswegs, wie die Meisten mit Savigny S. 384 annehmen. Auch im Privatrecht wird das Prinzip der Nichtrückwirkung durch die Schonung erworbener Rechte nicht erschöpft, während andererseits ein gesetzgeberischer Eingriff in erworbene Rechte auch ohne eigentliche „Rückwirkung“ möglich ist. Allein man darf darum weder mit Scheurl a. a. O. S. 138 ff., R. Schmid a. a. O. S. 104 ff., Göppert S. 84 u. 107 ff. u. A. den Begriff der erworbenen Rechte aus dieser Lehre eliminieren, noch mit Pfaff u. Hofmann, Exk. S. 128 ff., das Prinzip der Nichtrückwirkung als Ausgangspunkt durch das Prinzip, daß „Niemand in seinem berechtigten Vertrauen auf die Rechts-

Es bedeutet hier vor Allem, daß subjektives Recht, das kraft des bisherigen objektiven Rechts geworden ist, trotz der Aenderung des objektiven Rechts subjektives Recht bleibt. Das Maß aber, in dem diese Regel durchgreift, wird durch den Begriff der „erworbenen“ oder „wohlerworbenen“ Rechte (*jura quaesita*) bestimmt. Denn hierunter versteht eben das geltende Recht solche Rechte, die dem gesetzgeberischen Eingriff grundsätzlich entzogen sind²⁹.

Die Frage indess, welche Rechte denn als „erworbene“ anzuerkennen sind, wird sehr verschieden beantwortet³⁰.

Wird die Antwort aus dem geltenden Gewohnheits- und Gesetzesrecht geschöpft, so müssen als erworbene Rechte diejenigen bezeichnet werden, die ihrem Subjekte kraft eines besonderen Erwerbsgrundes zustehen³¹. Man darf den Begriff nicht willkürlich auf die durch eigne Willensthat erworbenen Rechte einschränken³²: erworbene Rechte sind auch die ohne eignes Zuthun erworbenen Rechte, falls sie nur für ein bestimmtes Subjekt in individueller Weise begründet sind³³. Man darf ferner den Begriff nicht dadurch verengern, daß man aus ihm die künftigen Wirkungen des erworbenen Rechts entfernt³⁴: vielmehr ist jedes Recht, wenn es erworben ist, mit dem

ordnung getauscht werden soll“, ersetzen und hieraus dann die beiden selbständigen Maximen der „Schonung erworbener Rechte“ und der „Verläßlichkeit der Gesetze“ ableiten. Denn durch Gewohnheitsrecht und Gesetz ist positivrechtlich als oberste Richtschnur für die Begrenzung der zeitlichen Wirksamkeit der Rechtsquellen der Grundsatz der Nichtrückwirkung ausgeprägt (wobei auf die Genauigkeit des einmal eingebürgerten Ausdrucks nicht viel ankommt) und zugleich positivrechtlich als Hauptinhalt dieses Prinzips auf dem Privatrechtsgebiet der Schutz der erworbenen Rechte entfaltet. Es handelt sich hier also um ein von rechtsphilosophischen Spekulationen unabhängiges Stück der geltenden Rechtsordnung. Dies gilt auch gegen die Neufassung der Regel bei Regelsberger I 188.

²⁹ Dieser Begriff der erworbenen Rechte ist im gemeinen Recht gewohnheitsrechtlich anerkannt, wie jeder Blick in die Praxis, die an ihm täglich die Rückwirkung mißt, zeigt; vgl. z. B. Entsch. des R.Ger. VI Nr. 34, X Nr. 10, XXIV Nr. 53 S. 271, XXXII Nr. 13 S. 50, Obst.L.G. f. Bayern b. Senff. XXXVIII Nr. 162, XLIII Nr. 254. Auch erheben ihn Gesetzbücher ausdrücklich zum Maßstabe der Nichtrückwirkung; Oesterr. Gb. § 5, Sächs. Gb. § 2.

³⁰ Vgl. die Uebersicht der verschiedenen Ansichten b. Göppert S. 85 ff. u. Pfaff u. Hofmann, Exk. I 180 ff. u. 296 ff.

³¹ So Beseler, D.P.R. S. 60, Zachariae, Deut. Staatsr. II 111, Unger I 119 ff.; ähnlich auch Stobbe I 208 ff.

³² So Lassalle I 55 u. 61, ohne jedoch seinem Satze treu zu bleiben (vgl. I 85 ff.). Aehnlich Gabba I 173 ff. Vgl. die Kritik von Göppert I 95 ff.

³³ So z. B. Rechte aus Erbschaftsanfall, aus Delikt eines Dritten, aus richterlicher Verfügung, aus Privileg.

³⁴ Dies thut namentlich Savigny VIII 374 ff. mit seiner bekannten Unter-

ganzen ihm von der gegenwärtigen Rechtsordnung gewährten Inhalt und folgeweise mit aller ihm innewohnenden Kraft zur fortdauernden Entfaltung bestimmter Wirkungen erworben⁸⁵. Man darf endlich den Begriff nicht auf Vermögensrechte einschränken⁸⁶; auch Persönlichkeitsrechte und Familienrechte können erworbene Rechte sein⁸⁷. Doch darf man andererseits den Begriff nicht dergestalt erweitern, daß er alle irgendwie begründeten Rechte und sie alle in gleicher Weise umfaßt⁸⁸. Denn mögen auch an sich alle Rechte gleich gute Rechte sein, so ist doch die Unterscheidung der Rechte in mehrere Klassen, denen wegen ihres verschiedenen Grades von individualrechtlicher Zugehörigkeit eine ungleiche Stärke gegenüber gesetzgeberischen Eingriffen zuerkannt wird, ein positivrechtliches Ergebnis der geschichtlichen Entwicklung⁸⁹. Die Unterscheidung ist aber auch innerlich gerechtfertigt, da sie dem Rechtsbewußtsein entspricht. Ueberdies verliert, sobald sie aufgegeben wird, das Prinzip der Nichtrückwirkung alle praktische Brauchbarkeit, da es entweder die Gesetzgebung zum ewigen Stillstand verdammen müßte oder nur dazu da wäre, um unaufhörlich gebrochen zu werden.

Keine erworbenen Rechte sind hiernach die erst werdenden Rechte: wo das bisherige Recht nur die Möglichkeit oder Wahrscheinlichkeit eines künftigen Rechtserwerbes eröffnet, liegt eine bloße Rechtshoffnung vor, die durch eine Aenderung der Rechtsordnung abgeschnitten wird⁴⁰. Anders verhält es sich, wenn die Aussicht auf

scheidung der auf den Erwerb und Verlust und der auf das Dasein der Rechte bezüglichen Rechtssätze. Aehnlich R. Schmid a. a. O. S. 104 ff. mit Modifikationen.

⁸⁵ Vgl. Unger I 119 ff.; Dernburg, Pand. I § 43 Anm. 8. Gegen Savigny auch Windscheid I § 32 Anm. 6, Stobbe § 27 Anm. 23, Göppert S. 91 ff.

⁸⁶ So Pfaff u. Hofmann, Exk. I 135.

⁸⁷ Ein Unterschied besteht jedoch insofern, als im Falle der gesetzlichen Aufhebung nur bei Vermögensrechten von einer Entschädigung die Rede sein kann.

⁸⁸ Darauf laufen Göpperts Ausführungen S. 143 ff. hinaus. Ebenso Dernburg I § 43 Anm. 7.

⁸⁹ Vgl. oben Anm. 29.

⁴⁰ So verhält es sich mit dem gesetzlichen Erbrecht vor dem Erbanfall (R. Ger. II Nr. 92), dem Anspruch auf eine künftige Sterbefallsabgabe (Seuff. IV Nr. 200, XV Nr. 275), dem Recht auf Erwirkung eines Moratoriums (Seuff. IV Nr. 199), der Aussicht aus begonnener Ersitzung oder Verjährung; vgl. Savigny VIII 387 ff., Wächter II § 31 Anm. 19, Beseler S. 60—61, Böhlau I 404 ff., Stobbe § 27 Anm. 24, Roth § 50 Anm. 12, Dernburg I § 43 Anm. 10—11, Pfaff u. Hofmann, Exk. I 133.

künftigen Rechtserwerb zu einem selbständigen Anwartschaftsrecht vordichtet ist⁴¹.

Keine erworbenen Rechte sind aber ferner die allgemeinen und besonderen gesetzlichen Rechte, die für alle Personen oder für alle Angehörigen einer bestimmten Personenklasse unmittelbar durch Rechtssatz begründet sind⁴². Denn bei ihnen fehlt eben ein individueller Erwerbsgrund. Anders verhält es sich bei einem durch Rechtssatz individuell begründeten Recht, also bei einem Privileg im engeren Sinne⁴³.

Schließlich wird auch jedes erworbene Recht hinfällig, wenn ihm durch Aufhebung oder Umwandlung eines Rechtsinstituts die rechtliche Möglichkeit des Bestandes abgeschnitten wird. Im Zweifel ist freilich die Aufhebung eines Rechtsinstitutes so zu deuten, daß Rechtsverhältnisse dieser Art nur nicht neu begründet werden können⁴⁴. Und ebenso ist bei der Umwandlung eines Rechtsinstituts zu vermuthen, daß nur die neu entstehenden Rechtsverhältnisse dieser Art gewisse Wirkungen haben oder nicht mehr haben sollen⁴⁵. Allein in vielen Fällen ist der Zweck einer gesetzlichen Reform des Rechtszustandes nur zu erreichen, wenn Rechtsverhältnisse einer bestimmten Art von nun an nicht bloß nicht entstehen, sondern überhaupt nicht mehr bestehen können. In solchen Fällen verstößt daher ein neues Gesetz, das sich eine derartige Tragweite ausdrücklich beilegt, nicht wider die Anforderungen der Gerechtigkeit. Hier muß vielmehr selbst dann, wenn das Gesetz schweigt, der Gesetzesgedanke in diesem Sinne entfaltet werden. Sobald aber ein Rechtsinstitut dergestalt völlig zerstört wird, haben damit zugleich sämtliche erworbene Rechte der nunmehr unzulässigen Gattung ihr Ende erreicht⁴⁶. Und

⁴¹ So bei Fideikommissanwartschaften, Lehnfolgerechten, Rechten aus Erbverbrüderung, Näherrechten, allen bedingten Rechten u. s. w.

⁴² Savigny VIII 385, Beseler S. 60, Stobbe I 185, Pfaff u. Hofmann, Exk. I 132 ff.; Seuff. IX Nr. 244 (kein erworbenes Recht ist das Recht auf Gewerbefreiheit); R.Ger. VI Nr. 34 (kein erworbenes Recht ist ein Statusrecht).

⁴³ Vgl. unten § 34 Anm. 24, auch § 86 Anm. 90—92.

⁴⁴ Man denke z. B. an Abschaffung der Erbverträge oder wechselseitigen Testamente, an das Verbot der Neuerrichtung von Lehen, Familienfideikommissen, gewissen Servituten oder Reallasten, an die Aufhebung der Einkindschaft u. s. w.

⁴⁵ So wenn z. B. mit der väterlichen Gewalt ein Nießbrauch am Vermögen des Hauskindes verbunden oder umgekehrt der väterliche Nießbrauch abgeschafft wird; so bei der Aenderung des ehelichen Güterrechts; so bei der Umwandlung von Miethe oder Pacht aus einem persönlichen Recht in ein dingliches oder umgekehrt (vgl. Entw. des E.G. Art. 104).

⁴⁶ Man denke z. B. an die Abschaffung des Obereigenthums, der Patrimonial-

sobald ein Rechtsinstitut dergestalt völlig umgewandelt wird, können auch die erworbenen Rechte dieser Gattung den nunmehr ausgeschlossenen Inhalt nicht mehr haben⁴⁷. Hierin ist, soweit nicht etwa in die Vergangenheit zurückgegriffen wird⁴⁸, eine echte „Rückwirkung“ des neuen Rechtes nicht zu finden⁴⁹. Vielmehr handelt es sich um die gesetzliche Aufhebung erworbener Rechte, deren Fortbestand dem Rechtsbewußtsein der Gegenwart widerstreitet. Darum aber ist in allen Fällen, in denen kraft eines solchen Reformgesetzes erworbene Privatrechte von Vermögenswerth wegfallen oder eine Einbuße an Vermögenswerth erleiden, die Gewährung einer Entschädigung durch die Gerechtigkeit geboten. Denn wo immer ein Vermögensrecht des Einzelnen dem höheren Rechte der Gesamtheit zum Opfer fallen muß, entspricht es der Gerechtigkeit, daß die Gesamtheit einen Ausgleich herbeiführe⁵⁰. So hat denn auch in Deutschland die Reformgesetzgebung unseres Jahrhunderts bei ihren Eingriffen in erworbene Rechte mit seltenen Ausnahmen ausdrücklich eine Entschädigung angeordnet. Man wird aber auch dann, wenn das Gesetz schweigt, zunächst für die gesetzliche Anerkennung von Entschädigungs-

gerichtsbarkeit, des Zunftzwanges, der Jagdgerechtigkeiten auf fremdem Boden, der Leibeigenschaft, der Geschlechtsvormundschaft u. s. w.

⁴⁷ So bei Einführung oder Aufhebung gesetzlicher Beschränkungen des Grundeigenthums, bei Umwandlung des Inhaltes von Weidgerechtigkeiten oder Frohndiensten, bei Kraftloserklärung gewisser Vertragsklauseln als „unsittlich“ u. s. w.

⁴⁸ Wie dies in der französischen Revolution bei Aufhebung der Feudallasten dadurch geschah, daß auch die Einforderung schon fällig gewordener Feudalzinse abgeschnitten wurde.

⁴⁹ So mit Recht Beseler S. 61. Dies ist auch der richtige Kern der Lehre Savignys.

⁵⁰ Die Gesamtheit wird natürlich die Entschädigungspflicht zunächst den durch die Aufhebung der erworbenen Rechte etwa unmittelbar Begünstigten aufzuerlegen, im Uebrigen auf sich selbst zu nehmen haben. Ihrer Natur nach ist die Entschädigungspflicht des Staates selbstverständlich keine Deliktsobligation, sondern eine aus rechtmäßiger Schadensverursachung entspringende Ausgleichsverbindlichkeit (ähnlich wie bei der Zwangsenteignung); vgl. R.Ger. XII Nr. 1 S. 4—5, Gierke, Genossenschaftstheorie S. 808, auch Göppert S. 154 ff. — Wo ein Recht nur dadurch an Vermögenswerth einbüßt, daß eine bestehende Schranke seines freien Gebrauchs (oder Mißbrauchs) enger gezogen wird, ist eine Entschädigung nicht gerechtfertigt. So bei der Werthminderung von Waldeigenthum durch ein Forstschutzgesetz, von Jagd- oder Fischereirechten durch ein Schongesetz, von Eigenthum an Bauplätzen durch eine neue Bauordnung. Solche Einschränkungsmöglichkeiten sind von Hause aus im Inhalte des Rechts gegeben; insbesondere ist nach deutscher Auffassung das Grundeigenthum nur als ein hinsichtlich der Benutzung öffentlichrechtlich gebundenes Privatrecht erworben.

ansprüchen vermuthen müssen⁵¹. Doch kann der Gesetzgeber nicht bloß ausdrücklich, sondern auch stillschweigend jeden Entschädigungsanspruch versagen. In revolutionären Zeiten ist dies oft genug geschehen. Das Rechtsbewußtsein wird sich damit am ehesten dann versöhnen, wenn die ersatzlos aufgehobenen erworbenen Rechte sich dergestalt überlebt hatten, daß sie nicht mehr als veraltetes Recht, sondern als ererbtes Unrecht empfunden wurden⁵².

§ 24. Die Einzelanwendung des Prinzips der Nichtrückwirkung.

Wenn so die Grenzziehung zwischen alten und neuen Privatrechtsquellen vor Allem durch den Begriff der erworbenen Rechte bestimmt wird, so können die bei der Anwendung des Prinzips der Nichtrückwirkung auftauchenden Zweifel nur aus der Natur der einzelnen Privatrechtsverhältnisse gelöst werden.

I. Personenrecht. Ueber die unmittelbar kraft Gesetzes begründeten Persönlichkeitsrechte muß, da sie keine erworbenen Rechte sind, das gegenwärtige Recht entscheiden. Mithin sind neue Gesetze über die Zustandsrechte aller Personen oder der Personen einer gewissen Klasse sofort auf jede vorhandene Person anwendbar¹. Eine Ausnahme hiervon haben manche Gesetze bei Hinausschiebung des bisherigen Termins der Volljährigkeit durch Aufrechthaltung einer

⁵¹ Von diesem Gesichtspunkt aus gelangt das Reichsgericht zu dem Satz, daß nach gemeinem Recht „im Falle der Aufhebung eines wohl erworbenen Rechts durch die Gesetzgebung ohne Weiteres ein privatrechtlicher Anspruch gegen den Staat auf volle Entschädigung stattfindet, soweit nicht dieser Anspruch durch die Gesetzgebung besonders ausgeschlossen ist“; R.Ger. XII Nr. 1 S. 3. Ebenso O.A.G. Lübeck bei Seuff. XXXV Nr. 146.

⁵² So wenn bei der Abschaffung der Sklaverei die Vorstellung waltet, ein Eigenthum am Menschen habe nie Recht sein können; oder bei der Abschaffung von ausschließlichen Gewerbeberechtigungen die Vorstellung, es habe nie ein Privatrecht auf Ausschließung Anderer von einer bestimmten Erwerbsthätigkeit geben können. Freilich würde auch einer siegreichen sozialen Revolution bei ersatzloser Abschaffung des Privateigenthums der Vorwand nicht fehlen, daß das Eigenthum stets Diebstahl gewesen sei.

¹ So die Gesetze, welche die Rechts- oder Handlungsfähigkeit überhaupt oder nach Alter, Geschlecht, geistiger Gesundheit, Stand, Ehre, Religion, Indigenat einschränken oder erweitern. Vgl. auch Entw. des E.G. Art. 97—99. Natürlich bleiben aber die kraft bisheriger Handlungsfähigkeit erworbenen Rechte im Falle der Wiederentziehung der Erwerbsfähigkeit bestehen; R.Ger. VI Nr. 6.

einmal begründeten Handlungsfähigkeit gemacht². Diese Ausnahme läßt sich indess grundsätzlich nicht rechtfertigen³. In Ermangelung eines gesetzlichen Vorbehaltes geht also auch eine schon bestehende Handlungsfähigkeit wieder unter, wenn sie nach dem neuen Recht nicht besteht⁴.

Dagegen sind individuell begründete Persönlichkeitsrechte, da sie erworbene Rechte sind, im Allgemeinen nach dem zur Zeit ihrer Entstehung geltenden Recht zu beurtheilen⁵. Nur pflegt gerade bei ihnen häufig ein neues Gesetz mit einer sofort wirksamen zerstörenden oder umgestaltenden Maßregel durchzugreifen⁶. Auch wird mitunter zur Erhaltung älterer Rechte dieser Art die Nachholung der vom neuen Recht geforderten Förmlichkeiten in bestimmter Frist verlangt⁷. Als individuell erworbene Persönlichkeitsrechte unterstehen insbesondere auch die Rechte aus geistiger Schöpfung dem zur Zeit ihrer Entstehung geltenden Recht⁸. Indess haben die neueren Ur-

² So preufs. u. österr. Gesetze; Savigny VIII 416, Unger I 131 ff., Pfaff u. Hofmann, Komm. I 159 ff. Ebenso Entw. des E.G. Art. 95, vgl. auch Art. 96.

³ Dies versuchen Savigny S. 415, Schmid S. 119 ff., Stobbe § 28 Anm. 4, Roth, D.P.R. § 50 Anm. 14, Dernburg I § 43 Anm. 7, Gabba II 77, mit anderer Begründung auch Pfaff u. Hofmann I 149 ff., Regelsberger § 49 I. Es ist aber nicht einzusehen, warum Savigny S. 417 und Stobbe S. 414 bei Einführung der Geschlechtsvormundschaft die handlungsfähigen Frauen nicht ebenfalls schützen wollen. Auch liesse sich mit denselben Gründen bei Verkürzung des Alters der Minderjährigen ein erworbenes Recht auf längeren vormundschaftlichen Schutz konstruiren.

⁴ Vgl. Unger I 130, Walter, D.P.R. § 45 Anm. 4, Windscheid § 32 Anm. 4, Pfaff u. Hofmann, Exk. I 150 ff. So auch die französ. Gerichtspraxis (Savigny a. a. O. S. 416), eine kurhess. V. v. 1814 (Roth, Kurh. P.R. I 127), ein Hamburger Ges. v. 3. Juni 1870.

⁵ So das Recht auf Führung eines Namens (vgl. Entw. des E.G. Art. 126 u. Motive S. 297), einer Firma (Preufs. E.G. zum H.G.B. v. 24. Juni 1861 Art. 65 Abs. 2), eines Zeichens oder einer kaufmännischen Marke (R.Ges. v. 30. Nov. 1871 § 9 u. 21 Abs. 2 u. v. 12. Mai 1894 § 9 u. 24); so das Recht auf Adel; so die Gewerberechte und andere Monopolrechte; so die von einem bestimmten Verbands erworbenen Körperschaftsrechte (Preufs. E.G. zum H.G.B. Art. 66).

⁶ Man denke z. B. an Abschaffung des Adels oder der Adelsvorrechte, der ausschließlichen Gewerberechte u. s. w., hinsichtlich der Wirkungen älterer Rechte aber auch an die Neuordnung des Firmen- oder Markenschutzes.

⁷ Vgl. z. B. die Vorschriften über ältere Firmenrechte im Preufs. E.G. zum H.G.B. Art. 62—65 u. über ältere Markenrechte in den R.Ges. v. 30. Nov. 1871 § 9 u. 21 u. v. 12. Mai 1894 § 9 u. 24; dazu unten § 84 Anm. 56—57.

⁸ Urheber- und Erfinderrechte bleiben also, falls sie gehörig begründet sind, auch unter der Herrschaft eines neuen Gesetzes, nach dem sie nicht entstanden

heberrechtsgesetze meist ihren dem Urheber günstigen Bestimmungen rückwirkende Kraft beigelegt, so daß sowohl die Neueinführung eines Urheberrechtsschutzes wie die Verlängerung einer Schutzfrist auch älteren Geisteswerken zu Gute kommt⁹.

II. Sachenrecht. Besitz, Eigenthum und dingliche Rechte an körperlichen und unkörperlichen Sachen werden, weil sie erworbene Rechte sind, an sich von dem zur Zeit ihrer Begründung geltenden Recht beherrscht. Sie bleiben daher bestehen, wenn auch ein neues Gesetz andere Erfordernisse für ihren Erwerb aufstellt¹⁰.

wären, bestehen; auch behalten sie bei Verkürzung der Schutzfrist ihre längere Lebensdauer. Vgl. R.Ges. v. 11. Jan. 1870 § 60 u. 9. Jan. 1876 § 19 über Aufrechterhaltung älterer Urheberrechtsprivilegien, R.Ges. v. 25. Mai 1877 § 41 über ältere Erfindungspatente, R.Ges. v. 11. Jan. 1876 § 17 Abs. 3 über den Fortbestand des landesgesetzlichen Schutzes älterer Muster und Modelle. Abweichend R.Ges. v. 11. Jan. 1870 § 58 u. 9. Jan. 1876 § 18 insofern, als kürzere Schutzfristen auch auf früher erschienene Werke angewandt werden (vgl. unten § 90 Anm. 18); anders der unten § 85 Anm. 21 angef. Oesterr. Entw. II § 67 Abs. 1.

⁹ So R.Ges. v. 11. Juni 1870 § 58 u. 9. Jan. 1876 § 18 mit Vorbehalten, die sich daraus ergeben, daß ein früherer Eingriff in das ungeschützte Geisteswerk nicht nachträglich als Rechtsverletzung behandelt werden kann. Vgl. dazu Oesterr. Pat. v. 19. Okt. 1846 § 37 und den unten § 85 Anm. 21 angef. neuen Oesterr. Entw. II § 67—69, Schweiz. Ges. v. 23. April 1883 Art. 19, andere ausländ. Ges. b. Schuster, Urheberr. der Tonkunst S. 318 ff., u. ältere deut. Ges. b. Klostermann in Endemanns Handb. des H.R. II 274 ff. — Mit Unrecht bestreiten Manche (z. B. Wächter, Autorr. S. 155, Schuster a. a. O. S. 312 ff.), daß hier eine Rückwirkung vorliege. Eine solche ist zweifellos vorhanden; R.O.H.G. X 113 ff., XXIII 397 ff., Klostermann, a. a. O. S. 275 ff. Ihr innerer Grund liegt in der Anschauung, daß ein Rechtsschutz in dem nunmehr anerkannten Umfange schon früher dem Rechtsbewußtsein entsprochen hätte. Das neue Gesetz erhebt also nur ein von der Idee schon postulirtes Recht zum wirklichen Rechte. Darum hat aber auch ein Urheber, der vorher sein gesamtes Recht an einem Geisteswerke abgetreten hat, diesen gesetzlichen Zuwachs im Voraus mit abgetreten, so daß mangels einer entgegengesetzten Gesetzesbestimmung die Erweiterung oder Verlängerung des Schutzes nicht mehr ihm oder seinen Erben, sondern seinem Rechtsnachfolger zu Gute kommt. So die Entsch. des R.O.H.G. X 114, XII 341, XV 193, XXIII 359 ff. u. 397 u. des R.Ger. III Nr. 45 in den bekannten Theaterprozessen; vgl. Wächter, Autorr. S. 156, Urheberr. S. 146 ff., Goldschmidt, Z. f. H.R. XXIII 115 ff. Anm., Daude, Urheberr. S. 92. A. M. Thöl, Theaterprozesse, Göttingen 1880 (der annimmt, der Gesetzgeber habe zu Gunsten der Urheber ganz neue Rechte geschaffen), Reuling, Z. f. H. R. XXIII 110 ff., Klostermann a. a. O. S. 278 ff. u. schon Urheberrecht S. 180 ff., Kohler, Autorrecht S. 314 ff., Schuster a. a. O. S. 313 ff.

¹⁰ So schon nach der Praxis des Magdeb. Schöffenstuhls; Böhlau, Z. f. R.G. IX 29. Vgl. Savigny VIII 420; Unger I § 21 Anm. 24; Roth I § 50 Anm. 26; Stobbe I § 28 Anm. 7; Pfaff u. Hofmann, Exk. I 154 ff.; Sächs. Publ.P. § 7. — Ebenso nach dem Entw. des E.G., das überdies im Immobiliarsachenrecht bis zur

Doch wird in diesem Falle zu ihrer Erhaltung oft die Wahrung einer dem neuen Recht entsprechenden Form, insbesondere bei Rechten an Liegenschaften die in bestimmter Frist zu erwirkende Eintragung in das Grundbuch gefordert¹¹. Ebenso bleiben sie bestehen, wenn das neue Gesetz die Neuentstehung von Rechten ihrer Gattung ausschließt¹². Auch über den Inhalt der Sachenrechte entscheidet mangels anderer Bestimmung das zur Zeit ihrer Begründung geltende Recht¹³. Allein regelmässig und beim Eigenthum sogar nothwendig erscheint die gesetzliche Aenderung des Inhaltes des Sachenrechts als eine auch die erworbenen Rechte ergreifende Umgestaltung des ganzen Rechtsinstituts¹⁴.

vollendeten Anlegung des Grundbuchs auch für ferneren Erwerb und Verlust des Eigenthums und für fernere Begründung, Uebertragung, Belastung und Aufhebung von begrenzten dinglichen Rechten das bisherige Recht fortgelten lassen will; Art. 110.

¹¹ So bisher regelmässig bei Einführung des Eintragungszwanges für Pfandrechte und andere dingliche Rechte an Grundstücken; vgl. z. B. Preuss. Grundbuchordn. v. 5. Mai 1872 § 3. Dagegen begnügt sich der Entw. des E.G., den nichteingetragenen Rechten die aus dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs folgenden Gefahren anzudrohen und dem Berechtigten ein Recht auf nachträgliche Berichtigung des Grundbuchs zu gewähren (Art. 114). Auch will er landesherrlicher Verordnung vorbehalten, gewissen älteren dinglichen Rechten auf 10 Jahre, den mit einer dauernden Anlage verbundenen Grunddienstbarkeiten sogar für immer die volle dingliche Wirkung ohne Eintragung zu wahren (Art. 109). Ueber die Behandlung in Oesterreich vgl. Pfaff u. Hofmann, Exk. I 160 ff.

¹² So z. B. Generalpfandrechte, Vertragspfandrechte; vgl. gegen Savigny § 390 u. Unger I 136 bes. Gabba III 72 ff. u. Pfaff u. Hofmann, Exk. I 157 ff.; auch E.G. zur Konk.O. § 12—13 u. dazu R.Ger. X Nr. 10. In umfassendem Masse will der Entw. des E.G. dingliche Rechte bestehen lassen, deren Neubegründung unzulässig werden soll; Art. 106 Abs. 2, Art. 110 Abs. 2. — Anders bei gesetzlicher Aufhebung auch der bestehenden Rechte einer bestimmten Gattung; vgl. oben § 23 Anm. 46.

¹³ Meist wird ganz allgemein das Gegentheil behauptet; vgl. Unger I § 21, 26 u. 27, Stobbe I 213, Roth § 50 Anm. 27, Pfaff u. Hofmann, Exk. I 154 (jedoch mit Modifikationen S. 157 u. 159). So auch Sächs. Publ.Pat. § 7. Allein sicherlich mit Unrecht; vgl. oben § 23 Anm. 35 u. 43. Nach dem Entw. des E.G. sollen nur Besitz und Eigenthum ganz unter das neue Recht treten (Art. 106 Abs. 1, der Besitz übrigens mit der Modifikation des Art. 111), dagegen alle anderen dinglichen Rechte grundsätzlich mit ihrem bisherigen Inhalt fortbestehen (Art. 106 Abs. 2), was dann nur bei Hypotheken- und Grundschulden abgeschwächt wird (Art. 112—113).

¹⁴ Hinsichtlich des Eigenthums wäre sonst jede Aenderung des Rechtszustandes fast undurchführbar. Somit ergreift die Einführung oder Aufhebung von Beschränkungen der Benutzung, der Veräußerung, der Theilung u. s. w. sofort alles bestehende Eigenthum; R.Ger. XXXI Nr. 76. Gleiches gilt von Rechtssätzen

III. **Obligationenrecht.** Schuldverhältnisse werden von dem zur Zeit ihrer Entstehung geltenden Recht beherrscht¹⁵.

Obligationen aus Rechtsgeschäften sind daher nach dem zur Zeit ihrer Eingehung geltenden Recht zu beurtheilen. Dieses Recht entscheidet zunächst über ihren Bestand. Insbesondere ist gleich anderen Erfordernissen der Gültigkeit das Erforderniß einer bestimmten Form nach dem damaligen Recht zu bemessen¹⁶; doch wird bisweilen einerseits bei gesetzlicher Einführung einer neuen Form deren Nachholung in angemessener Frist verlangt¹⁷, andererseits bei gesetzlicher Minderung der Förmlichkeiten ein der neuen Formvorschrift genügendes älteres Rechtsgeschäft aufrecht erhalten¹⁸. Das zur Zeit der Eingehung eines Schuldverhältnisses geltende Recht muß aber auch für den gesamten Inhalt desselben grundsätzlich maßgebend bleiben¹⁹. Auch zwingende neue Rechtssätze, die der

über die Eigenthumsverfolgung und den Verlust des Eigenthums. Doch kann sich auf ein neues Gesetz zum Schutz des redlichen Erwerbes nicht berufen, wer noch vor dem Inkrafttreten des Gesetzes den Besitz erworben hatte; vgl. Seuff. XXXIX Nr. 332 (Anwendung auf H.G.B. Art. 306 u. 307). Dagegen wird die Anwendung eines solchen Gesetzes dadurch nicht ausgeschlossen, daß die Thatsache, die den Nichteigenthümer zur Uebertragung des fremden Eigenthums an den redlichen Erwerber befähigte, in eine frühere Zeit fällt; vgl. gegen die Entsch. des Preufs. O.Tr. LXXV S. 15, die im Falle der Eintragung des auflassenden Nichteigenthümers vor dem Inkrafttreten des preussischen Gesetzes v. 5. Mai 1872 das Gegentheil angenommen hatte, R.Ger. II Nr. 84 u. XVI Nr. 53.

¹⁵ Entw. des E.G. Art. 103.

¹⁶ Dieses Prinzip (*tempus regit actum*) gilt übrigens für alle Rechtsgeschäfte; vgl. Preufs. L.R. I, 3 § 42, Oesterr. Publ.P. v. 1852 XII Nr. 2 Al. 2, Sächs. Publ.P. § 6; dazu Savigny VIII 408 ff., Unger I 145 ff., Stobbe I 211, Pfaff u. Hofmann, Exk. I 144 ff.

¹⁷ Vgl. Preufs. L.R. Einl. § 16; Savigny VIII 477 ff., Pfaff u. Hofmann, Exk. I 145.

¹⁸ Allgemein nach Preufs. L.R. Einl. § 17 (über den Widerspruch mit § 42 I, 3 vgl. R.O.H.G. V 255); für Wechsel manche E.G. zur W.O. (vgl. Goldschmidt, Handelsr. I § 39 S. 389).

¹⁹ Preufs. Publ.P. Art. XI, Sächs. Publ.P. § 18; Seuff. XIX Nr. 3, XLIII Nr. 254; Savigny VIII 435 ff., Unger I 137 ff., Stobbe I 216, Pfaff u. Hofmann, Exk. I 173 ff. Dies gilt auch für bedingte und befristete Rechtsgeschäfte. Nach dem alten Gesetz richten sich also bei früher geschlossenen Verträgen alle Rechte und Verbindlichkeiten der Kontrahenten, die Gewährleistungspflicht, die Klagbarkeit, die Anfechtbarkeit, die Kündbarkeit und die sonstigen Aufhebungsgründe, der Eintritt und die Folgen des Verzuges u. s. w. — Abweichender Ansicht ist Schmid a. a. O. S. 132. Bei einzelnen Punkten herrscht auch sonst Streit. So will Stobbe § 28 Anm. 21 (anders in der 1. Aufl.) den Eintritt und die Folgen des Verzuges nach dem neuen Gesetz beurtheilen, weil es sich hierbei um die Entstehung einer selbständigen Obligation handle; vgl. hiergegen Unger

Vertragsfreiheit für die Zukunft eine unübersteigliche Schranke ziehen, greifen im Zweifel in bestehende Schuldverhältnisse nicht ein; nicht selten aber werden sie aus Gründen des öffentlichen Wohls mit einer so unbedingten Kraft ausgerüstet, daß ihnen auch erworbene Rechte weichen müssen²⁰.

Ueber Obligationen aus unerlaubten Handlungen entscheidet in entsprechender Weise das zur Zeit ihrer Begehung geltende Recht²¹.

IV. Familienrecht.

1. Eherecht. Ueber den Bestand einer Ehe entscheidet unbedingt das zur Zeit der Eheschließung geltende Recht²². Dagegen wird der rechtliche Inhalt der Ehe grundsätzlich durch das Recht der Gegenwart bestimmt. Denn hier handelt es sich nicht um erworbene Rechte, sondern um die allgemeinen Wirkungen eines personenrechtlichen Zustandes, die das jeweilige Gesetz nach der zur Zeit waltenden Auffassung des sittlichen Wesens der Ehe ordnet. Unbestritten ergreift daher ein neuer Rechtssatz über die persön-

§ 21 Anm. 43. Das Sächs. Publ.P. § 19–20 unterstellt alle Aufhebungsgründe dem zur Zeit ihres Eintritts geltenden Gesetz.

²⁰ So bisweilen Gesetze über Einführung von Zinsbeschränkungen; vgl. preufs. Ges. b. Savigny VIII 437 Anm. g, Württ. Ges. v. 1814 bei Wächter I 806 Anm. 36. An sich gilt das Gegentheil, vgl. Savigny S. 434, Wächter II 173 Anm. 10, Unger § 21 Anm. 39, Pfaff u. Hofmann, Komm. I 175 ff.; a. M. Schmid S. 114 u. 134 ff. Auch das R.Ges. v. 24. Mai 1880 hatte keine rückwirkende Kraft. — Ferner Gesetze über Anfechtung wegen *laesio enormis*; vgl. Bad. Publ.P. Art. 13. An sich gilt auch hier das Gegentheil; Savigny S. 440 ff., Unger § 21 Anm. 36, Pfaff u. Hofmann, Komm. I 164, Stobbe I 218. — So wirkt auch das unbedingte Verbot des Art. 215d des H.G.B., nach dem eine Aktiengesellschaft Aktien nicht anders als aus dem Gewinn amortisiren „darf“, nach der Ansicht des R.Ger. XXII Nr. 1 auf ältere Vertragspflichten zurück. Dagegen berührt das Verbot der Konstituierung von Bezugsrechten in Art. 215a des H.G.B. ältere Bezugsrechte nicht; R.Ger. XXVII Nr. 1, XXVIII Nr. 14.

²¹ Preufs. L.R. Einl. § 19; Savigny VIII 445; Unger I 138; Pfaff u. Hofmann, Exk. I 168 ff. Es gilt also ein anderes Prinzip, als hinsichtlich der Straffolgen.

²² Preufs. Publ.P. Art. 14; Oesterr. Publ.P. v. 1852 Art. XII Nr. 1; Entw. des E.G. Art. 117; vgl. Unger § 21 Anm. 48 u. 53, Stobbe § 28 Anm. 40, Pfaff u. Hofmann, Exk. I 197 ff. Dies gilt sowohl für die formellen wie für die materiellen Erfordernisse einer gültigen Ehe. Doch wird bisweilen bei der gesetzlichen Aufhebung eines trennenden Ehehindernisses dessen Geltendmachung auch bei früher geschlossenen Ehen abgeschnitten; Sächs. Ges. v. 5. Nov. 1875 § 8. Unrichtig verallgemeinert wird dies b. Seuff. XXXII Nr. 2 u. v. Stobbe § 28 Anm. 42; vgl. dagegen Sicherer, Personenstand u. Eheschließung, Erlangen 1869, S. 145 ff.

lichen Rechte und Pflichten von Ehegatten sofort auch die bestehenden Ehen²³. Unbestritten ist ferner die Zulässigkeit wie die Wirkung der Ehescheidung oder der Trennung von Tisch und Bett nach dem augenblicklich geltenden Recht zu beurtheilen²⁴. Sehr bestritten dagegen ist die Frage, ob auch ein Gesetz über das eheliche Güterrecht auf die bestehenden Ehen anzuwenden ist. Wird die deutschrechtliche Auffassung, daß das eheliche Güterrecht die vermögensrechtliche Wirkung des personenrechtlichen Ehebandes ist, folgerichtig durchgeführt, so muß sich der gesetzliche eheliche Güterstand im Augenblicke seiner gesetzlichen Umgestaltung allgemein wandeln²⁵. Eine derartige Wirkung haben sich in der That neue Gesetze über das eheliche Güterrecht öfter beigelegt²⁶, bisweilen indess mit der Abschwächung, daß innerhalb einer bestimmten Frist durch Vertrag oder auch durch einseitige Erklärung eines Ehegatten der bisherige Güterstand gewahrt werden konnte²⁷. Allein im Laufe der geschichtlichen Entwicklung ist die Verselbständigung des ehelichen Güterrechts so weit vorgeschritten und in Folge hiervon die Vorstellung eines erworbenen Rechts jedes Ehegatten auf den einmal begründeten Güterstand so allgemein durchgedrungen, daß dem heutigen Rechtsbewußtsein vielmehr die Fortgeltung des alten Rechts für die unter

²³ Unger I 140; Stobbe I 220; Entw. des E.G. Art. 118. Dies gilt auch für die ehemännliche Gewalt, insoweit sie nicht bloß als Bestandteil des ehelichen Güterrechts in Betracht kommt. Es gilt ebenso für die gegenseitige Unterhaltspflicht.

²⁴ Oest. Ges. b. Unger § 21 Anm. 52; Sächs. Publ.P. § 27; Entw. des E.G. Art. 120. Savigny S. 524 ff. Obst.L.G. f. Bayern b. Seuff. XLVI Nr. 24. — Doch wird bisweilen bestimmt, daß ein neu eingeführter Scheidungsgrund nicht geltend gemacht werden kann, wenn die ihn konstituierende Thatsache sich vorher ereignet hat; Preuß. Ges. b. Savigny S. 525 ff., Entw. des E.G. Art. 120. An sich ist diese Ausnahme nicht begründet, es giebt weder auf Nichttrennung noch auf Trennung der Ehe ein erworbenes Recht; Unger § 21 Anm. 51, Schmid S. 138, Pfaff u. Hofmann, Exk. I 199. — Eine wirkliche Rückwirkung legt sich das R.Ges. v. 6. Febr. 1875 § 77 Abs. 2 insoweit bei, als es in den bereits durch rechtskräftiges Urtheil geordneten Rechtszustand eingreift; diese Bestimmung ist daher als Ausnahmegesetz strikt zu interpretiren; R.Ger. XXXII Nr. 8.

²⁵ Hierfür tritt z. B. Schmid S. 138 ff. ein.

²⁶ So Württ. L.R. IV, 1 § 3—4 u. schon die früheren Landrechte, Wächter I 251 ff., 270, 277, 352 Anm. 15, 802. Bad. Publ.Pat. Art. XII. Hannov. Ver. v. 23. Aug. 1814 § 45—47. Sächs. Publ.P. § 25. Oldenb. Ges. v. 24. Apr. 1873 Art. 3—9. Baseler Ges. v. 1884 § 108 b. Huber I 75.

²⁷ Vgl. Bad. Publ.P. a. a. O. Nr. 2—4 (Vertrag, nach Rechtsbelehrung v. 21. Juli 1810 auch einseitige Erklärung). Hannov. Ver. a. a. O. Oldenb. Ges. a. a. O. Art. 6 § 2 (einseitige gerichtliche Erklärung).

seiner Herrschaft geschlossenen Ehen entspricht²⁸. Hierfür hat sich demgemäß die neuere Gesetzgebung meist entschieden²⁹. Dabei muß dann mit dem bisherigen ehelichen Güterstande zugleich das eheliche Erbrecht insoweit erhalten bleiben, als es nur eine Wirkung jenes Güterstandes ist³⁰. Unter allen Umständen übrigens wird, selbst wenn das gesetzliche eheliche Güterrecht der bestehenden Ehen sich wandelt, hiervon das vertragsmäßig begründete eheliche Güterrecht nicht berührt³¹.

2. Elternrecht. Die Rechtsverhältnisse zwischen Eltern und Kindern werden gleichfalls hinsichtlich ihres Bestandes nach dem zur Zeit ihrer Begründung geltenden Recht beurtheilt³², dagegen

²⁸ Hierfür Hagemann, Prakt. Erört. VI Nr. 24, Pfeiffer, Prakt. Ausf. II 270 ff., Schüler, Abh. I 463 ff., Wächter, Württ. P.R. I 801 ff., Savigny S. 495 ff., Gerber, D.P.R. § 229 Anm. 5, Unger I 141, Pfaff u. Hofmann, Komm. I 161, Exk. I 202 ff., Roth, D.P.R. § 50 Anm. 20, Stobbe § 28 Anm. 46, Regelsberger I 194. Ganz unzulässig ist freilich die Begründung der Unwandelbarkeit durch die Fiktion einer stillschweigenden vertragsmäßigen Unterwerfung unter das gesetzliche Güterrecht. Richtig ist nur, daß die Zulässigkeit abweichender vertragsmäßiger Güterstände (neben der gleichzeitigen Anerkennung verschiedener gesetzlicher Güterstände) dahin gewirkt hat, die Ausprägung der vermögensrechtlichen Ehwirkungen zu relativ selbständigen Vermögensrechten zu fördern. Nichts sagend ist Stobbes Berufung auf „das Wesen der Ehe“.

²⁹ Preufs. Publ.P. Art. XIV Abs. 1, Preufs. Pat. v. 9. Sept. 1814 § 9, v. 9. u. 15. Nov. 1816 § 11, v. 19. Apr. 1844 § 7, Preufs. Ges. v. 11. Juli 1845 § 8, v. 16. Febr. 1857 Art. 5, v. 16. Apr. 1860 § 22, v. 5. Juni 1863 Art. 4, v. 4. Aug. 1865, v. 5. Febr. 1869 Art. 3; Württ. Reskr. v. 17. Jan. 1809 (Wächter I 803, II 173 ff., 177); Hanseat. Organisationsdekr. v. 4. Juli 1811 § 150 (Runde, Ehel. Güterr. S. 221 Anm. 6); Oldenb. Ver. v. 22. Dez. 1833 § 4 (Runde S. 493); Hannov. Ver. v. 14. Apr. 1815 § 56 u. v. 13. Sept. 1815 § 53; Oesterr. Pat. v. 1852 Art. III u. andere österr. Ges. b. Unger § 21 Anm. 53. So auch Entw. des E.G. Art. 119; dazu Motive S. 280 ff.

³⁰ Savigny S. 497 ff., Stobbe § 28 Anm. 43, Pfaff u. Hofmann, Komm. I 161 ff.; Entw. des E.G. Art. 119 u. Motive S. 287. Doch gewähren die in Anm. 29 angef. preufs. Gesetze dem überlebenden Ehegatten ein Wahlrecht zwischen der Erbfolge nach altem und der nach neuem Recht; ähnlich das Oldenb. Ges. v. 1873 Art. 7. — Ebenso bleiben mit einem gesetzlichen Güterstande die für ihn geltenden Normen über die Vermögensauseinandersetzung im Falle der Ehescheidung in Kraft; Preufs. Publ.P. Art. XIV u. die ferneren preufs. Ges., Motive zum Entw. des E.G. S. 290. — Vgl. auch oben Anm. 23.

³¹ Oldenburg. Ges. v. 1873 Art. 6; Savigny S. 497; Stobbe I 221; Gabba IV 312; Motive zum Entw. des E.G. S. 280.

³² Daher entscheidet über das Vorhandensein oder Nichtvorhandensein von ehelicher Kindschaft das zur Zeit der Geburt des Kindes, bei einer Legitimation oder Annahme an Kindes Statt das zur Zeit der Vornahme dieser Rechtshandlung geltende Recht; Entw. des E.G. Art. 125 u. 127, Motive S. 291, 295 u. 302.

³³ Entw. des E.G. Art. 121, Motive S. 291 ff.

hinsichtlich ihres Inhaltes vom gegenwärtigen Recht bestimmt⁸³. Doch wird auch hier die Anwendung eines neuen Gesetzes auf bestehende Rechtsverhältnisse nur in den personenrechtlichen Beziehungen allgemein durchgeführt⁸⁴, während für die vermögensrechtlichen Wirkungen des personenrechtlichen Bandes der gleiche Grundsatz zwar an sich nicht abzuweisen ist⁸⁵, jedoch im Zweifel zu Gunsten des Fortbestandes einmal begründeter elterlicher Nutzungsrechte, weil sie dem heutigen Rechtsbewußtsein als erworbene Rechte erscheinen, durchbrochen werden muß⁸⁶.

Ebenso müssen die Rechte unehelicher Kinder, während die Frage nach dem Bestande ehelicher oder unehelicher Kindschaft aus dem zur Zeit der Geburt des Kindes geltenden Recht zu beantworten ist⁸⁷, grundsätzlich durch das jeweilige Recht bestimmt werden⁸⁸. Doch wird in neuen Gesetzen nicht selten verfügt, daß

⁸⁴ So bezüglich des Umfanges und der Beendigung der väterlichen oder elterlichen Gewalt, der elterlichen Rechte auf Gehorsam und Dienstleistung, des Ehekonsenses, der gegenseitigen Unterhaltspflicht u. s. w. — Abweichend bestimmte ein Württ. Erlaß v. 1810, daß das Recht der religiösen Erziehung sich nach dem Gesetz der Eheschließungszeit richte; Wächter I 803 Anm. 29. Einige Modifikationen schlägt auch der Entw. des E.G. Art. 122—124 vor.

⁸⁵ Savigny S. 500 ff.; Schmid S. 141; Unger I 141; Pfaff u. Hofmann, Komm. I 162, Exk. I 215 ff.; Regelsberger I 194. Für sofortige Anwendung des neuen Rechts in Ansehung aller vermögensrechtlichen Ausflüsse des Elternrechts entschieden sich die Preuß. Pat. v. 9. Sept. 1814 § 10 u. 9. Nov. 1816 § 13. Ebenso will der Entw. des E.G. Art. 121 verfahren; vgl. Motive S. 292.

⁸⁶ Stobbe I 222; Roth, D.P.R. I 277. So auch Bad. Publ.P. Art. 8 Nr. 1—2, Oesterr. Ges. b. Unger I 142 Anm. 58, Braunsch. Ges. v. 19. Mai 1876 § 3. — Unter allen Umständen muß, wenn ein älteres eheliches Güterrecht erhalten bleibt, auch das ihm entspringende Recht der fortgesetzten Hausgemeinschaft mit den darin enthaltenen Rechten des überlebenden Ehegatten am Kindesvermögen (Besitz, Leibzucht u. s. w.) fortbestehen.

⁸⁷ Vgl. oben Anm. 32; Motive zum Entw. des E.G. S. 295 u. 300.

⁸⁸ Savigny S. 527 ff., Unger I 142 ff., Schmid S. 140, Pfaff u. Hofmann, Komm. I 162, Roth § 50 Anm. 25, Stobbe I 223; Entw. des E.G. Art. 126 Abs. 1. Somit können also einen neu eingeführten Unterhaltsanspruch gegen den außerehelichen Vater auch früher geborne Kinder für die Zukunft geltend machen; Preuß. Pat. v. 9. Sept. 1814 § 11 u. 9. Nov. 1816 § 14 (nach Hannov. Ver. v. 1814 u. 1816 sogar für die Vergangenheit). Umgekehrt können bei einer Einschränkung des Unterhaltsanspruches auch früher geborne Kinder nur nach Maßgabe des neuen Gesetzes Unterhalt fordern; Preuß. Ges. v. 24. Apr. 1854 § 23, Hess. Ges. v. 30. März 1821 Art. 2, Sächs. Publ.Pat. § 21, Ges. f. Schwarzb.-Rudolst. v. 31. Mai 1850 § 37, Sachsen-Kob. v. 28. Juli 1858 Art. 44, Sachsen-Gotha v. 1. Juli 1869 Art. 16, Reufs. ä. L. 4. Jan. 1854 § 14. Doch bleibt das alte Recht maßgebend, insoweit unter dessen Herrschaft eine Sache rechtskräftig entschieden oder durch Vergleich oder sonst erledigt ist. (Nach den

hinsichtlich der Unterhaltsansprüche das alte Recht für die unter seiner Herrschaft geboren oder sogar für die unter seiner Herrschaft empfangenen Kinder fortgelten soll³⁹.

3. Vormundschaftsrecht. Neue Gesetze über die Vormundschaft ergreifen sofort auch die bestehenden Rechtsverhältnisse⁴⁰.

V. Erbrecht. Das Erbrecht wird, soweit nicht die als erworbene Rechte anerkannten Erbanwartschaftsrechte des deutschen Rechts oder die erbrechtlichen Wirkungen eines ehelichen Güterstandes in Frage stehen⁴¹, grundsätzlich von dem zur Zeit des Erbfallendes geltenden Recht beherrscht⁴². Das im Augenblick des Todes des Erblassers herrschende Gesetz entscheidet somit über den Bestand wie über den Inhalt des Erbrechts: nach ihm richtet sich die gesetzliche Erbfolge⁴³; nach ihm der Erwerb aus einer Verfügung von Todes wegen⁴⁴; nach ihm die gesammte Rechtsstellung des Erben oder Vermächtnisnehmers⁴⁵. Doch entscheidet über den Be-

angef. Preufs., Hess. u. Schwarzburg-Rudolst. Ges. werden auch rechtshängige Sachen nicht berührt.)

³⁹ So nach Bad. Publ.P. Art. VII u. X u. Ges. v. 21. Febr. 1851 § 7 für früher geborne, nach Ges. f. Sachs.-Mein. v. 9. Sept. 1844 Art. 43 u. Schwarzb.-Sondersh. v. 12. Aug. 1844 § 42 u. nach Kurhess. Praxis (Roth, Kurh. P.R. I 603 Anm. 36) für früher empfangene Kinder. Auch der Entw. des E.G. Art. 126 will für die Unterhaltspflicht des Vaters das Recht der Empfängniszeit entscheiden lassen (Motive S. 298 ff.). — Die Entschädigungsansprüche der Mutter aus außer-ehelicher Schwängerung richten sich als Deliktsansprüche nach dem zur Zeit des Beischlafs geltenden Recht; Motive zum Entw. des E.G. S. 301; abweichend Preufs. Ges. v. 24. Apr. 1854 § 23.

⁴⁰ Vgl. Savigny VIII 504 ff., Stobbe I 223, Gabba II 80 ff., Pfaff u. Hofmann, Exk. I 220 ff.; Oest. Publ.P. Art. XII Nr. 4; Preufs. Vorm.O. § 92; Entw. des E.G. Art. 128. Doch bleiben die früher bestellten Vormünder im Amt, bis ihre Stellung kraft des nunmehrigen Rechts erlischt. Eine weitergehende Modifikation hat die Preufs. Vorm.O. § 94 (Aufrechthaltung der nach bisherigem Recht durch Verfügung der Eltern oder des Erblassers einem Vormund oder Pfleger eingeräumten Befugnisse, wenn sie auch das jetzt zulässige Maß überschreiten).

⁴¹ Vgl. oben § 23 Anm. 41 u. zu diesem § Anm. 30.

⁴² Entw. des E.G. Art. 129 (über den Grund oben § 23 Anm. 40). — Vgl. überhaupt Savigny S. 447 ff., Lassalle I 396 ff., Gabba III 202 ff., Pfaff u. Hofmann, Exk. I 222 ff.

⁴³ Preufs. Publ.P. Art. X Nr. 1, Oest. Pat. Art. 7 Nr. 2, Bad. Publ.P. Art. X Nr. 1, Sächs. Publ.P. § 22; R.Ger. II Nr. 93; Stobbe § 28 Anm. 33; Pfaff u. Hofmann, Exk. I 225 ff. — Andere sehen auf den Zeitpunkt der Delation (Savigny S. 489, Schmid S. 145 ff., Unger I 144 ff.) oder gar erst des Erbschaftserwerbes (Heise u. Cropp, Jur. Abh. II 123 ff., Lassalle S. 506 ff.).

⁴⁴ Somit auch die testamenti factio passiva; Savigny S. 464 ff., Sächs. Publ.P. § 23.

⁴⁵ So die Art des Erbschafts- und Vermächtniserwerbes (Pfaff u. Hof-

stand einer Verfügung von Todes wegen sowohl hinsichtlich der Form wie hinsichtlich der materiellen Erfordernisse das Gesetz der Errichtungszeit⁴⁶. Und bei Erbverträgen muß insoweit, als Vertragsrecht zur Anwendung kommt, auch für den Inhalt das zur Zeit des Vertragsschlusses geltende Recht maßgebend bleiben⁴⁷, während der Inhalt von letztwilligen Verfügungen ausschließlich nach dem zur Zeit des Todes geltenden Recht zu beurtheilen ist⁴⁸.

VI. Prozeßrecht. Neues Prozeßrecht ist sofort anwendbar⁴⁹.

mann, Exk. I 245 ff.); die Schuldenhaftung des Erben (Seuff. IV Nr. 93, XXXIX Nr. 82 [hinsichtlich der Haftung für Bürgschaftsschulden], Motive zum Entw. des E.G. S. 307); das Rechtsverhältniß unter Miterben, namentlich auch die Kollationspflicht (Seuff. XXVI Nr. 216, a. M. Pfaff u. Hofmann, Exk. I 246 ff.).

⁴⁶ Entw. des E.G. Art. 129 Abs. 2 u. Motive S. 307 ff. — Doch haben die Gesetze bezüglich der Testamentsform bisweilen einerseits die frühere Wahrung der neu eingeführten geringeren Form für ausreichend erklärt (Bad. Publ.P. Art. XI Nr. 3, Zürch. Ges. v. 1855 b. Huber I 75), andererseits die Nachholung einer erschwerteren Form gefordert (Preufs. Pat. v. 9. Sept. 1814 § 7 u. 9. Nov. 1816 § 9, Baseler Ges. v. 1884 b. Huber I 76). Ferner wird von der Theorie überwiegend Vorhandensein der Testirfähigkeit nicht bloß im Augenblick der Errichtung, sondern auch im Augenblick des Todes verlangt (Savigny S. 451 ff., Schmid S. 142 ff., Pfaff u. Hofmann, Exk. I 231, Regelsberger I 144), während die Gesetze auch hierbei nur auf die Errichtungszeit sehen (Sächs. Publ.P. § 23, nach einer verbreiteten Auslegung auch Oesterr. Publ.P. v. 1852 Art. XII Nr. 2 u. Preufs. L.R. I, 12 § 11). — Auch Aufhebungsakte sind nach dem zur Zeit ihrer Vornahme geltenden Recht zu beurteilen.

⁴⁷ Vgl. Pfaff u. Hofmann, Exk. I 243 ff. Zu weit geht die Behauptung von Savigny VIII 492, Unger I 145, Roth I 280 u. A., Erbverträge seien durchweg noch dem Gesetz der Errichtungszeit zu beurtheilen. Zu enge Grenzen dagegen steckt der Anwendung des alten Rechts nicht nur das Sächs. Publ.P. § 24 (nur für die Entstehung der Rechte des Vertragserben, ebenso Schmid S. 144 ff.), sondern auch der Entw. des E.G. Art. 128 (nur hinsichtlich der „Bindung des Erblassers“, gar nicht bei Erbverzichten, vgl. Motive S. 313). Für Erbverzichte läßt auch das R.Ger. VIII 148 das Gesetz zur Zeit des Erbfalles entscheiden.

⁴⁸ Savigny VIII 447 ff., 463 ff. (weil es sich eben um den „letzten“ Willen handle), Schmid S. 143 ff., Stobbe § 28 Anm. 35, Pfaff u. Hofmann, Exk. I 326 ff. (jedoch mit anderer Begründung als Savigny); Bad. Publ.P. Art. XI Nr. 4, Sächs. Publ.P. § 23. (Nur muß bei wechselseitigen Testamenten die Gebundenheit der Testatoren, weil sie ein vertragsmäßiges Element ist, nach dem Gesetz der Errichtungszeit beurtheilt werden; so auch Entw. des E.G. Art. 129). — Umgekehrt soll nach Preufs. Publ.P. § XII (u. zum Theil auch späteren preufs. Ges.) und allen österr. Gesetzen (Unger I 143 ff., Pfaff u. Hofmann, Exk. I 253 ff.) über den Inhalt der Testamente grundsätzlich das Gesetz der Errichtungszeit entscheiden. Ebenso nach mehreren Schweiz. Ges. b. Huber I 75—76.

⁴⁹ Vgl. Wach, Civilproz. I 211 ff., Gabba IV 359 ff., Pfaff u. Hofmann, Exk. I 286 ff.; R.Ger. XVI Nr. 99. — Ueber die Behandlung schwebender Prozesse Wach S. 213—218.

Mithin bestimmt sich auch bei früher entstandenen Rechtsverhältnissen die Form und der Inhalt des Rechtsschutzes nach dem Rechte der Gegenwart; soweit indess die privatrechtlichen Voraussetzungen und Wirkungen des Prozesses in Frage stehen, bleiben die unter der Herrschaft des bisherigen Rechts erworbenen Rechte im Zweifel unberührt⁵⁰.

Neue Gesetze über Verjährung aber sind sofort allgemein anzuwenden, weil weder aus einer begonnenen Verjährung ein erworbenes Recht auf deren Vollendung entspringt noch ein erworbenes Recht auf Nichtverlust eines Rechtes oder einer Klage durch Versäumnis der Geltendmachung besteht⁵¹. Wird daher eine Unverjährbarkeit oder eine Verjährbarkeit neu eingeführt, so hört im ersteren Falle sofort jede noch nicht vollendete Verjährung zu laufen auf⁵²,

⁵⁰ So entscheidet das neue Gesetz über die Zulässigkeit des Rechtsweges, die Möglichkeit einer Feststellungsklage, die Anwendbarkeit einer bestimmten Prozessart, dagegen das alte Recht über Klagbarkeit oder Unklagbarkeit einer vorher entstandenen Forderung (oben Anm. 19); so das neue Recht über Zulässigkeit und Kraft der Beweismittel, dagegen das alte Recht über die Erfordernisse früherer Beurkundung oder früherer Sollenitätsbezeugung; so das neue Recht über die formelle, das alte Recht über die materielle Rechtskraft eines vorher gefällten Urtheils; so das neue Recht über die Zulässigkeit und den Umfang der Zwangsvollstreckung, dagegen das alte Recht über die Wirkung eines früher erworbenen *beneficium competentiae* (Kohler, Z. f. d. P. u. ö. R. d. G. XIV 22 ff., Obst.L.G. f. Bayern b. Seuff. XXXVIII Nr. 162). — Besondere Schwierigkeiten bereitet auch hier die Sonderung der prozessrechtlichen und der materiellrechtlichen Verhältnisse im Konkurse; vgl. darüber Kohler, Konkursrecht § 124—128. Insbesondere entscheidet, während doch ältere dingliche Rechte (einschließlich von Generalpfandrechten, gesetzlichen Pfandrechten und privilegierten Pfandrechten), Zurückbehaltungsrechte, Aufrechnungsrechte und materielle Vorzugsrechte als erworbene Rechte fortbestehen, über die Art ihrer Geltendmachung und über die Rangordnung im Konkurse das jeweilige Konkursgesetz; vgl. Unger I 139; Stobbe I 218, Kohler S. 681 ff., Pfaff u. Hofmann, Exk. I 195 ff. u. 292 ff. Die Gesetze suchen hier öfter durch Uebergangsbestimmungen einen gewissen Ausgleich herbeizuführen; E.G. zur Konk.O. § 10—13. Ueber die Anwendbarkeit neuer Rechtssätze hinsichtlich der Anfechtung von Rechtshandlungen zur Verkürzung von Gläubigern vgl. E.G. zur Konk.O. § 9, Kohler S. 685.

⁵¹ Preuss. Publ.P. § XVII Abs. 1; Freib. Gesetzb. Art. 2169 b. Huber I 77; Seuff. XLVIII Nr. 53; Entw. des E.G. Art. 102 u. 107. Dagegen soll nach Code Civ. a. 2281, Oesterr. Pat. v. 1811 Abs. IV u. 1852 Art. XII Nr. 6 (vgl. Unger I 148, Pfaff u. Hofmann, Exk. I 281 ff.), Hess. Ges. v. 19. März 1853 Art 34 Abs. 1 u. Berner Ges. v. 1830 (Huber I 77) grundsätzlich für eine laufende Verjährung das alte Recht maßgebend bleiben. — Eine bereits vollendete Verjährung oder Ersitzung bleibt selbstverständlich unberührt; Preuss. Publ.P. a. a. O., Sächs. Publ.P. § 8.

⁵² Sächs. Publ.P. § 10; Savigny VIII 429; Unger I 147; Stobbe I 214; Pfaff u. Hofmann, Exk. I 272.

während im zweiten Falle sofort auch bei früher begründeten Rechtsverhältnissen eine Verjährung zu laufen beginnt⁵³. In entsprechender Weise wird durch eine Vermehrung oder Verminderung der Erfordernisse der Verjährung sofort eine Verjährung außer Lauf oder in Lauf gesetzt⁵⁴. Ebenso richten sich die Wirkungen einer Verjährung lediglich nach dem zur Zeit ihrer Vollendung geltenden Recht⁵⁵. Was endlich insbesondere eine gesetzliche Abänderung der Verjährungsfrist betrifft, so wird zwar eine Verlängerung der bisherigen Frist sofort wirksam⁵⁶; im Falle der Verkürzung aber ist das neue Recht nur anwendbar, wenn die volle kürzere Frist unter dessen Herrschaft abgelaufen ist, während das alte Recht maßgebend bleibt, falls dessen längere Frist vor Ablauf der neuen Frist abläuft⁵⁷.

⁵³ Oesterr. Pat. v. 1852 Art. XII Nr. 6 Abs. 2; Sächs. Publ.P. § 9; Unger a. a. O. Anm. 80; Motive zum Entw. des E.G. S. 254.

⁵⁴ Im ersteren Falle hört also eine Verjährung, bei der das neue Erforderniß nicht vorliegt, sofort zu laufen auf (Sächs. Publ.P. § 14), im zweiten Falle beginnt auch bei früher begründeten Rechtsverhältnissen, bei denen bisher eine Verjährung nicht laufen konnte, sofort eine Verjährung zu laufen (Wächter II § 30 Anm. 29, Unger § 21 Anm. 79). Dagegen ist eine Rückwirkung auf die Vergangenheit auch hier ausgeschlossen; soweit also nach bisherigem Recht eine Verjährung nicht lief, kann die nunmehr laufende Verjährung nicht zurückdatirt, — soweit die bisher laufende Verjährung nach dem neuen Gesetz fortgesetzt wird, muß ihr bisheriger Lauf hinsichtlich des Beginnes und der Unterbrechung nach dem alten Recht beurtheilt werden; Preufs. Pat. v. 19. Apr. 1844 § 8, Ges. v. 16. Febr. 1857 Art. 6, 5. Juni 1863 Art. 5 u. 4. Aug. 1865 Art. 6, Sächs. Publ.P. § 9 u. 15, Entw. des E.G. Art. 102 u. Motive S. 251 u. 254. Ungenau Stobbe I 214. Vgl. im Einzelnen Pfaff u. Hofmann, Exk. I 277 ff.

⁵⁵ Stobbe I 214; Motive zum Entw. des E.G. S. 252. Abweichend das österr. R. (Unger § 21 Anm. 85), bei einer Vermehrung der Wirkungen auch das Sächs. Publ.P. § 11—12 u. Pfaff u. Hofmann, Exk. I 279.

⁵⁶ Sächs. Publ.P. § 16; Savigny VIII 431; Pfaff u. Hofmann, Exk. I 276. — Anders nach österr. R. (Unger I 148) u. Bayr. Ges. v. 26. März 1859 Art. 8, sowie nach der Praxis des Preufs. O.Trib. (XIX 260, LXV 189, vgl. aber gegen dieselbe R.Ger. XXIV Nr. 53 S. 272). Vgl. auch Zürich. E.G. v. 1854 § 2 b. Huber I 77.

⁵⁷ So das Preufs. Ges. v. 31. März 1838 § 7 und andere preufs. Ges., Bayr. Ges. v. 26. März 1859 Art. 8, Württ. Ges. v. 6. Mai 1852 Art. 14 u. zahlreiche Gesetze anderer deutscher Staaten (aufgezählt in den Motiven zum Entw. des E.G. S. 253); ebenso Entw. des E.G. Art. 102 Abs. 2. Andere Gesetze erreichen dadurch im Wesentlichen den gleichen Erfolg, daß sie dem Verjährenden die Wahl zwischen der Berufung auf das alte oder neue Recht lassen; so Preufs. Publ.P. § XVII Abs. 2 u. andere preufs. Ges. (Motive a. a. O.), Sächs. Publ.P. § 17, Oesterr. Pat. v. 1811 Abs. IV, v. 1852 Art. XII Nr. 6, Schweiz. Ges. b. Huber I 77. Allgemein wird diese Lösung der Streitfrage von Savigny VIII 431,

§ 25. Die Geltung fremder Rechtsquellen¹.

I. Prinzip. Im heutigen Recht gilt das Prinzip, daß in jedem Rechtsgebiet auch fremdes Recht als Recht anzuerkennen und daher von den Gerichten insoweit anzuwenden ist, als sie sich mit einem

Scheurl a. a. O. S. 144 ff., Unger I 147, Stobbe I 215, Pfaff u. Hofmann, Exk. I 278 ff., Regelsberger I 198 verfochten. Auch in der Praxis des Reichsgerichts ist sie durchgedrungen; I Nr. 19, XXIV Nr. 53. — Andere Ansichten sind: es entscheide lediglich das alte Recht (Code civ. a. 2281); es entscheide lediglich das neue Recht (so Kierulff I 70 ff.); es müsse eine proportionale Berechnung stattfinden (Bergmann a. a. O. S. 36 ff., Wächter II § 30 Anm. 36, Windscheid § 32 Anm. 10, Schmid I 122 ff., Böhlau § 67 Anm. 30).

¹ Wächter, Arch. f. civ. Pr. XXIV 230 ff., XXV 1 ff., 161 ff., 361 ff. Schöffner, Entwicklung des internationalen Privatrechts, Frankf. a. M. 1841. Savigny VIII 8 ff. R. Schmid in dem § 23 Anm. 1 angef. Werk. v. Bar, Das internationale Privat- und Strafrecht, Hannov. 1862; Theorie und Praxis des internationalen Privatrechts, 2 Bde., Hannov. 1889; Lehrbuch des internationalen Privat- und Strafrechts, Stuttg. 1892. F. Mommsen, Arch. f. civ. Pr. LXI 149 ff. Asser, Das internationale Privatrecht, ein Leitfaden, bearbeitet aus dem Holländischen v. M. Cohn, Berlin 1880. Kahn, Jahrb. f. Dogm. XXX (1890) S. 1 ff. F. Böhm, Die räumliche Herrschaft der Rechtsnormen (örtliche Statutenkollision) auf dem Gebiete des Privatrechts, Erlangen 1890. F. Meili, Geschichte und System des internationalen Privatrechts, Leipzig 1892. Th. Niemeyer, Das in Deutschland geltende internationale Privatrecht, Leipzig 1894; Zur Methodik des internationalen Privatrechts, Leipzig 1894. — v. Bulmerincq, Völkerrecht (in Marquardsens Handb. des öff. R. I 2) 1884 S. 207 ff. — Von den Werken über Deut. P.R. bes. Maurenbrecher I § 143—144, Renand I § 41—42, Thöl § 71—85, Walter § 40—51, Beseler § 38—39, Gerber § 82, Bluntschli § 11—12, Roth § 51, Stobbe § 29—34, Franken § 7, Gengler § 15—16. — Kierulff I 78 ff., Windscheid § 34—35, Dernburg, Pand. § 45—48, Regelsberger, Pand. § 39—46. — Goldschmidt, Handb. I § 38. — Für Landesrechte: Unger, Oesterr. P.R. I 149 ff.; Vesque v. Püttingen, Handbuch des in Oesterreich-Ungarn geltenden internationalen Privatrechts, 2. Aufl., Wien 1878; Jettel, Handbuch des internationalen Privat- und Strafrechts mit Rücksicht auf die Gesetzgebungen Oesterreichs, Ungarns, Croatiens und Bosniens, Wien u. Leipzig 1893; Dernburg, Preufs. P.R. I § 26—28, Förster-Eccius I § 11; Wächter, Württ. P.R. II 79 ff.; Roth, Bayr. C.R. I § 16; Böhlau, Meckl. L.R. I § 71—76; Barazetti S. 154 ff., Crome, Allg. Th. S. 70 ff.; F. Wyss, Z. f. schweiz. R. II 85 ff.; Huber, Schweiz. P.R. I 78 ff. — Zeitschrift für internationales Privat- und Strafrecht, herausg. v. F. Böhm, Erlangen seit 1890.

Von der ausländischen Litt.: Foelix, Traité du droit international privé, 4. éd. Paris 1866. Laurent, Le droit civil international, 8 Vol., Bruxelles 1880 ff. Revue de droit international et de législation comparée, Gent seit 1869. Journal du droit international privé et de la jurisprudence comparée, Paris seit 1874. — Phillimore, Commentaries upon international law, 3. Aufl., London 1879 ff. Story, Commentaries on the conflict of laws, 8. Aufl., Boston 1883 (zuerst 1834).

vom fremden Recht beherrschten Rechtsverhältniß zu befassen haben. Es bedarf daher besonderer Rechtssätze über die Grenzen des räumlichen Herrschaftsbereiches der Rechtsquellen.

Diese Rechtssätze lauten, insoweit sie das Privatrecht betreffen, heute im Wesentlichen identisch, wenn verschiedene Rechtsquellen desselben Staatsgebietes und wenn die Rechtsquellen verschiedener Staatsgebiete zusammenstoßen². Man braucht daher auch für den Inbegriff dieser Rechtssätze sowohl den Ausdruck „Lehre von der Statutenkollision“, wie den Ausdruck „internationales Privatrecht“, obschon jener zunächst nur auf den Zusammenstoß von Partikularrechten, dieser zunächst nur auf den Zusammenstoß von Nationalrechten hinweist.

II. Geschichte. Unser heutiges internationales Privatrecht ist seit dem Mittelalter aus germanischer Wurzel erwachsen. Dem Alterthum sind seine Grundgedanken fremd. Auch aus dem römischen Recht konnte hier die moderne Welt nicht schöpfen: das Corpus juris kennt innerhalb des Staatsgebietes nur ein gleichförmiges Recht und keinerlei Geltung des ausländischen Rechts³.

Die germanischen Völker gaben die ursprüngliche Anschauung, daß fremdes Recht kein Recht sei, schon bei der Gründung ihrer national gemischten Reiche auf. Vor Allem im fränkischen Reich traten die verschiedenen germanischen Stammesrechte und das als Stammesrecht der romanischen Reichsgenossen fortgeltende römische Recht einander ebenbürtig zur Seite. Mit der Idee des christlichen Weltreichs wurde die gegenseitige Anerkennung der Rechtsquellen auf den ganzen Bereich der Christenheit erstreckt. Sie wurde sodann, als die mittelalterliche Vorstellung der geistlich-weltlichen Universalmonarchie verblasste, von der aus ihr entwickelten völkerrechtlichen

Wharton, a treatise on the conflict of laws or private international law, 2. Aufl., Philadelphia 1881. Westlake, Treatise on private international law, 2. Aufl., London 1880, Deut. Uebersetzung v. Holtzendorff, Berlin 1884. — Pasquale Fiore, Elementi di diritto internazionale privato, 3. Aufl., Turin 1889.

Weitere (insbes. auch ältere u. sonstige ausländische Litt.) b. v. Bar, Theorie I S. XXIX ff., Lehrb. S. XII ff., Meili S. 13 ff., Jettel S. XII ff.

² Bar, Theorie I 119 ff., wo die Gegenmeinung von Puchta, Pand. § 113, Wächter a. a. O. XXIV 270 u. XXV 3 ff. u. A. treffend widerlegt ist; R.Ger. b. Seuff. XLVI Nr. 267 S. 420. — Ausnahmen kommen vor, aber vereinzelt; Bar a. a. O. S. 126, Lehrb. § 5.

³ Mitteis, Reichsrecht u. Volksrecht, Leipzig 1891, S. 122 ff.; Bar, Theorie I 17 ff.; Meili § 5—8. Wenn die mittelalterliche Jurisprudenz auch hier an römische Stellen (besonders L. 1 C. 1, 1) anknüpfte, so war dies eine rein äußerliche Anlehnung.

Gemeinschaft fortgetragen. Und sie wuchs endlich mit der Fortbildung des Völkerrechts an Kraft und Umfang, um heute — eine weltgeschichtliche Errungenschaft der Menschheit — alle Kulturvölker einigend zu verknüpfen.

Im Verlaufe dieser Entwicklung aber wechselte das Prinzip, durch das die von ihr erforderte Abgrenzung des Herrschaftsbereiches der Rechtsquellen bestimmt wurde. In der fränkischen Zeit entschied das Prinzip der Personalität alles Rechts, so daß jede Person in allen Rechtsverhältnissen nach ihrem angeborenem Stammesrecht beurtheilt wurde⁴. Daneben brach sich jedoch für die mit dem Grundbesitz verknüpften Verhältnisse das Prinzip der Dinglichkeit Bahn, das eine immer größere Tragweite gewann, je weiter die Verdinglichung der Rechtsverhältnisse fortschritt⁵. Im späteren Mittelalter vollzog sich der Uebergang zu dem Prinzip der Territorialität des Rechts, wobei als Herrschaftsbereich jeder Rechtsquelle ein räumlich begrenztes Gebiet erscheint, das Land und Leute zu einer organischen Einheit zusammenfaßt⁶. Seit dem Siege des Territorialitätsprinzips gilt der Satz, daß alle Verhältnisse, die einem Gebiet angehören, auch dem Rechte dieses Gebiets unterworfen sind (*quicquid est in territorio, est de territorio*). Die Anerkennung des fremden Rechts aber äußert sich nun in dem weiteren Satze, daß das Recht des Gebietes, dem ein Verhältniß angehört, auch in jedem anderen Gebiete anzuwenden ist, in dem jenes Verhältniß einer rechtlichen Beurtheilung unterliegt. Auf dieser Grundlage entwickelte schon die mittelalterliche Jurisprudenz eine umfassende Doktrin über die einzelnen Fälle der Statutenkollision⁷. In den folgenden Jahrhunderten wurde diese Doktrin unter eifriger Mitarbeit der Rechtsgelehrten aller Länder fort und fort erweitert und

⁴ Stobbe, Jahrb. des gem. R. VI 21 ff.; Bethmann-Hollweg, Civilproz. V 79 ff. u. 286 ff.; Brunner, R.G. I § 84; Schröder, R.G. S. 225 ff., 259 ff.

⁵ Gierke, Genossenschaftsr. II 92 ff., 115, 130, 457; auch Bar, Theorie I 32 ff. Das Uebergewicht des Rechts der Grundstücke hat das Territorialitätsprinzip vorbereitet, aber nicht konstituiert. Meist werden Dinglichkeit und Territorialität nicht gehörig geschieden; so bei Stobbe a. a. O. S. 84 ff. u. Schröder S. 624 ff., die deshalb das Territorialitätsprinzip verfrühen. Der Sachsenspiegel weiß nur von Dinglichkeit (I Art. 30) und Personalität (III Art. 33 § 2); auch Schwabensp. Cap. 32 spricht nur von Dinglichkeit.

⁶ Das Territorialitätsprinzip ist Ausdruck des aufkeimenden modernen Staatsgedankens, begegnet daher zuerst in den mittelalterlichen Städten; Gierke a. a. O. S. 636 ff.

⁷ Grundlegend wurde nach den Anfängen der Glosse hier wie so oft die Lehre des Bartolus (bes. zu l. 1 C. 1, 1); vgl. im Uebrigen Bar, Theorie I. 35 ff., Meili § 13—15.

vertieft⁸. Ihre Lehrsätze verdichteten sich in den einzelnen Ländern größtentheils zu Gewohnheitsrecht und wurden zum Theil gesetzlich fixirt⁹. Neue Anregungen erfuhr die Lehre durch die vom Völkerrechte her eingeleiteten Bestrebungen, den gemeinsamen Besitzstand der Kulturvölker im internationalen Privatrecht festzustellen und ihre auseinandergehenden Rechtssätze und Rechtsansichten womöglich in einem einheitlichen internationalen Weltrecht auszugleichen¹⁰.

III. Die Grundsätze des geltenden Rechts.

1. Das fremde Recht ist Recht. Es ist so gut Recht wie einheimisches Recht und darum auch von unseren Gerichten anzuwenden, sobald sie ein ihm unterworfenen Verhältniß zu beurtheilen haben. Dies ist der oberste Grundsatz des heutigen internationalen Privatrechts. Somit liegt der innere Grund für die Anwendung des fremden Rechts in einem Gebot der Gerechtigkeit, das jeder Staat um seines eignen Rechtsberufes willen erfüllen muß, nicht aber in einer bloßen gegenseitigen Gefälligkeit der Völker (*comitas gentium*), wie eine noch heute nicht überwundene ältere Theorie lehrte¹¹. Die Anwendung des fremden Rechts erfolgt da, wo es hingehört, kraft einer allgemeinen Regel, nicht aber, wie Manche meinen, kraft einer Aus-

⁸ Dogmengeschichte der neueren Zeit b. Bar, Theorie I 40—105; im Abrifs mit Auszügen aus den wichtigsten Schriften b. Meili § 16—38, auch in der Z. f. int. P. u. Str.R. I 133 ff.

⁹ Bayr. L.R. I c. 2 § 17; Preufs. L.R. Einl. § 22—42; Code civ. Art. 3, 11 u. sonst; Oest. Gb. § 4, 38—38 u. sonst; Sächs. Gb. § 6—20. Weitere gesetzliche Bestimmungen b. Niemeyer, Das in Deut. gelt. intern. P.R. S. 80 ff. u. 75 ff. Die nicht zur Erledigung gekommenen Vorschläge für den Entw. b. Meili S. 198 ff. Ausländische Gesetze (am wichtigsten Cod. civ. Ital. Art. 6—12) b. Meili, Die Kodifikation des internationalen Civil- u. Handelsrechts, Leipzig 1891; dazu Meili, Grundrifs S. 19.

¹⁰ Vgl. über die hierfür wirkenden Vereinigungen Bar, Theorie I 105; über die Vorschläge der italienischen Regierung v. 1885 Neubauer, Z. f. d. g. H.R. XXXVI 397 ff.; über Kodifikationsversuche in amerikanischen Vertragsentwürfen Meili, Kodif. S. 91 ff., Grundr. S. 9—10, Heck, Z. f. int. P. u. Str.R. I 324 ff., 477 ff., 592 ff.; über private Kodifikationsvorschläge Meili, Grundr. S. 8 u. 19. — Zu Stande gekommen sind bisher nur völkerrechtliche Verträge über einzelne Fragen des internationalen Privatrechts (Meili, Kodif. S. 141 ff., die Verträge des Deutschen Reiches b. Niemeyer a. a. O. S. 29 ff., die der deutschen Staaten unter einander ib. S. 69 ff.) und größere internationale Vereinigungen auf einzelnen Gebieten (bes. Urheber- und Erfinderrecht).

¹¹ So z. B. Huber, Prael. juris P. II zu Dig. 1, 3 de conflictu legum Nr. 2. Neuerdings noch Foelix I 22, Story Nr. 35 sq., Böhlau I § 72 u. 76, Stobbe I 226. Vgl. gegen die Lehre von der *comitas* Asser a. a. O. S. 16 ff., Laurent I Nr. 402, Bar, Theorie I 42, 53, II 464, Meili, Z. f. int. P. u. Str.R. I 164 ff.

nahme von der Regel¹². Verwerflich ist insbesondere die Ansicht, daß eine Vermuthung für die ausschließliche Geltung des einheimischen Rechtes spreche¹³.

2. Die Geltung des fremden Rechts beruht in jedem Rechtsgebiet auf Rechtssätzen des einheimischen Rechts. Sie beruht also in Deutschland auf Sätzen des gemeinen und partikulären deutschen Rechts, die insoweit, als sie die Geltungsbereiche der deutschen Privatrechtsquellen gegen einander und gegen ausländische Privatrechtsquellen abgrenzen, dem deutschen Privatrechte angehören¹⁴.

Das einheimische Recht wird hier allerdings durch das Völkerrecht bestimmt. Denn durch das Völkerrecht sind die Staaten einander zu gegenseitiger Anerkennung ihres Rechtes als Recht und in denjenigen Fragen, in denen sie durch internationale Verträge oder Gewohnheiten besonders gebunden sind, zur Befolgung gewisser spezieller Normen bei der Grenzziehung zwischen einheimischem und fremdem Recht verpflichtet. Allein die Staaten erfüllen diese völkerrechtliche Pflicht durch eine entsprechende Handhabung ihrer eignen Staatsgewalt, so daß über das Ob und Wie der Erfüllung ihr souveräner Entschluß in einer für alle Staatsangehörigen formell verbindlichen Weise entscheidet. Die Gerichte haben daher die Regeln des internationalen Privatrechts nicht, wie vielfach angenommen wird, aus dem Völkerrecht, sondern lediglich aus dem einheimischen Recht zu schöpfen¹⁵. Sie haben, da sie nicht Organe einer internationalen Gemeinschaft, sondern Organe der staatlichen Gemeinschaft sind, die Uebereinstimmung des einheimischen Rechts mit dem Völkerrecht nicht zu prüfen. Auch offenbar völkerrechtswidriges Gesetzes- und Gewohnheitsrecht ihres Gebietes müssen sie anwenden.

Das einheimische Recht ist ferner zwar hier in erheblichem Umfange ein nicht dem einzelnen Rechtsgebiet eigenthümliches, sondern bei allen Kulturvölkern geltendes allgemeines Recht. Eine durch

¹² So Wächter a. a. O. XXIV 261 ff., Walter § 40, Bluntschli § 11, auch Sächs. Gb. § 6 u. mehrere Schweiz. Gesetzb. b. Huber I 78.

¹³ Eine solche Vermuthung stellte noch Wächter a. a. O. auf; vgl. dagegen Böhlau I 428 ff., R.Ger. XXXI 198.

¹⁴ Nur die einschlägigen Sätze des deutschen Rechts sind hier darzustellen; was im Auslande gilt, kommt für uns nur als Verständnismittel des deutschen Rechts in Betracht.

¹⁵ Ein völkerrechtlicher Vertrag ist für den Civilrichter nie als solcher, sondern als gehörig zu Stande gekommenes und verkündigtes Gesetz Rechtsquelle; Bar, Theorie I 144 ff., oben § 18 Anm 40. Aber auch völkerrechtliches Gewohnheitsrecht wendet er nie unmittelbar an.

gemeinsame rechtswissenschaftliche Arbeit der Kulturvölker ausgebildete internationale Theorie giebt über den Inhalt dieses allgemeinen Rechtes Auskunft, deckt die unter dem Antriebe der Verkehrs- und Kulturbedürfnisse darin sich verwirklichenden Gebote der Gerechtigkeit auf und mißt an ihnen die Handhabung des internationalen Privatrechts in den einzelnen Rechtsgebieten. Allein eine selbständige einheitliche Rechtsquelle, ein formell gemeines Weltrecht ist hiermit nicht gegeben. Das internationale Privatrecht ist nicht, wie Manche meinen, ein dem Völkerrecht nebengeordnetes System positiver Rechtssätze für das Weltgebiet¹⁶.

Wenn aber so der Richter die Regeln des internationalen Privatrechts lediglich aus dem einheimischen Recht zu schöpfen hat, so wird er doch bei dessen Auslegung sowohl das Völkerrecht wie die Theorie des allgemeinen internationalen Privatrechts als wichtige und theilweise unentbehrliche Hilfsmittel heranziehen müssen. Denn im Zweifel ist anzunehmen, daß das Recht jedes Staats mit den positiven Sätzen des Völkerrechts und daß jedes positive Recht mit den Geboten der Gerechtigkeit übereinstimmt. Nur bleibt, so viel Stoff auch bei der Entfaltung eines lückenhaften Landesrechts von außen entlehnt werden mag, jeder vom Richter gefundene und angewandte Satz über die Geltung von fremdem oder einheimischem Recht ein Satz des einheimischen Rechts¹⁷.

3. Das einheimische Recht zieht der Geltung des fremden Rechts Schranken. Es kann daher fremden Rechtssätzen ausdrücklich oder stillschweigend die Anerkennung versagen. Eine stillschweigende Versagung liegt vor, wo ein einheimischer Rechtssatz seinem Gedanken nach ausschließlich ist, indem er aus sittlichen, politischen, sozialen oder wirthschaftlichen Gründen keine Abweichung duldet¹⁸. In solchen Fällen darf der Richter das vom

¹⁶ In Deutschland vertritt namentlich von Bar diese Ansicht; Theorie I 5 ff. Neben einem an Umfang nicht bedeutenden Weltgewohnheitsrecht (a. a. O. S. 9) ist für ihn Hauptquelle des überall unmittelbar geltenden internationalen Privatrechts die „Natur der Sache“; a. a. O. S. 106, Lehrb. S. 19. Die Natur der Sache ist aber keine Rechtsquelle, vgl. oben § 21 a. E. — Vgl. dagegen Kahn a. a. O. S. 4 ff., Niemeyer a. a. O. S. 5 ff., Zur Methodik S. 26 ff.

¹⁷ Selbst wenn der Richter in seinem einheimischen Recht nichts als den Satz fände, daß fremdes Recht auf die ihm unterworfenen Verhältnisse anzuwenden ist, würden sich für ihn alle einzelnen Regeln des internationalen Privatrechts nur als Folgesätze aus diesem Einen Rechtssatz darstellen! Vgl. auch Niemeyer a. a. O. S. 7, zur Methodik S. 28 ff.

¹⁸ Savigny VIII § 349; Unger I 163; Böhlau I 490 ff.; Dernburg, Pand. I 102; Bar, Theorie I 127 ff., Lehrb. § 6; Meili, Grundriß § 48. Sachs. Gb. § 19;

einheimischen Recht schlechthin verworfene Recht nicht anwenden. Doch wird er bei der Auslegung derartiger Rechtssätze stets zu beachten haben, daß sie Ausnahmen vom Prinzip sind, bei deren Festsetzung das einheimische Recht zwar formell souverän, materiell aber an das Völkerrecht und an die internationale Gerechtigkeit gebunden ist. Insbesondere werden im Zweifel, wenn ein von unserem Recht ausgeschlossenes Rechtsverhältniß nach dem Rechte seines Gebietes gehörig begründet ist, bei uns nur dessen nach unserer Rechtsordnung unerträgliche Wirkungen nicht zu dulden, dagegen die auch mit unserer Rechtsordnung vereinbaren Wirkungen anzuerkennen sein¹⁹.

4. Das einheimische Recht regelt die Geltung des fremden Rechts. Es hat das Prinzip der Anerkennung des fremden Rechts in formell souveräner Weise zu entfalten. Mithin ist die Frage, ob einheimisches oder fremdes Recht und in letzterem Falle welches fremde Recht anzuwenden ist, in jedem Falle vom Richter aus seinem einheimischen Recht zu entscheiden²⁰. Auch wenn fremdes Recht zur Anwendung kommt, beruht die Vorentscheidung, daß es anzuwenden sei, auf einheimischem Recht. Wo daher die in verschiedenen Rechtsgebieten geltenden Regeln über internationales Privatrecht nicht übereinstimmen, kann die Frage, welchem Recht ein Rechtsverhältniß unterworfen ist, ungleich beantwortet werden müssen, jenachdem der

Code civ. Art. 3; Cod. civ. Ital. Art. 14. Seuff. VIII Nr. 1, XVI Nr. 1, XXXI Nr. 194, R.O.H.G. XXV 53 ff., R.Ger. XIX Nr. 3, XXI Nr. 24. — Irreführend ist die Bezeichnung solcher Gesetze als „zwingender“ oder „Prohibitivgesetze“, da keineswegs alles jus cogens im Gegensatz zum nachgiebigen Recht hierher gehört; vgl. z. B. R.Ger. XXX Nr. 38. Zu weit geht auch die Meinung Savignys, daß für die Anwendung fremden Rechts kein Platz sei, wenn das ganze betreffende Rechtsinstitut unserem Recht fremd ist; vgl. dagegen Bar, Theorie I 130 Anm. 7. Undurchführbar ist endlich die von der neueren italienisch-französischen Schule aufgestellte Formel, daß alle die öffentliche Ordnung oder den ordre social (Laurent) oder den ordre public interne (Brocher) betreffenden Gesetze ausschließlich seien; vgl. Bar a. a. O. S. 95 ff.

¹⁹ So richtig Bar, Theorie I 128 ff., Kahn a. a. O. S. 137 ff., Regelsberger I 166. Obwohl also z. B. bei uns Polygamie schlechthin verworfen und deshalb die aus dem Harem eines Muhamedaners entflozene Nebenfrau nicht als verheirathet betrachtet wird, muß doch bei uns die Ehelichkeit und das Erbrecht der Kinder aus einer ausländischen Vielehe anerkannt werden. Ebenso wird trotz der Verwerfung der Sklaverei die von einem Sklaven in seinem Heimathlande vorgenommene Handlung nach Sklavenrecht zu beurtheilen sein (Story § 96 a). Aehnlich verhält es sich bei der Nichtanerkennung des Einflusses der Religion auf die Rechtsfähigkeit, bei der Verwerfung von Vertragspfändern an beweglichen Sachen, bei Wuchergesetzen u. s. w.

²⁰ R.Ger. XXIV Nr. 66, XXIX Nr. 71 S. 289—291. Unrichtig R.Ger. XX Nr. 79, bad. Entsch. b. Niemeyer § 128, Obst.L.G. f. Bayern Seuff. XLI Nr. 259.

Rechtsstreit vor das eine oder andere Gericht gelangt²¹. Insoweit wird die Frage nach dem zuständigen Gericht zugleich für die Frage nach der zuständigen Rechtsordnung erheblich; an sich aber sind beide Fragen scharf zu sondern²².

5. Im Bereich des nachgiebigen Rechts können die Betheiligten das für sie maßgebende Recht kürren. Sie können daher ausdrücklich oder stillschweigend sich einem anderen als dem an sich zur Ordnung des fraglichen Rechtsverhältnisses berufenen Recht unterwerfen²³.

6. Die Anwendung von fremdem Recht durch den Richter erfolgt nach den Regeln über die Anwendung von Rechtsnormen²⁴. Der Richter hat daher das fremde Recht da, wo es hingehört von Amts wegen anzuwenden, selbst wenn keine Partei sich darauf beruft²⁵. Auch hat er das fremde Recht, falls er es nicht kennt, von Amts wegen zu erforschen, während der Parteibeweis hier nur die gleiche Rolle wie beim Gewohnheitsrecht spielt²⁶. Endlich verletzt er, wenn er das fremde Recht mißverstehet, eine Rechtsnorm, so daß in diesem Fall die Rechtsmittel wegen Verletzung von Rechtsnormen insoweit begründet sind, als sie nicht ein einheimischer Rechtssatz ausdrücklich ausschließt²⁷.

²¹ Dabei kann kraft der *lex fori* möglicher Weise jedes Gericht sein eignes Recht, möglicher Weise aber auch jedes Gericht oder doch eines von ihnen das fremde Recht anzuwenden haben. So muß z. B. einem in Baden wohnhaften Preußen nach dem Tode seiner Ehefrau das badische Gericht fortdauernd väterliche Gewalt über seine Kinder nach preussischem Recht zusprechen, während ihn das preussische Gericht als gesetzlichen Vormund seiner Kinder nach badischem Recht behandeln muß (R.Ger. XXIV Nr. 66); denn das badische Gericht muß die *lex originis*, das preussische die *lex domicilii* anwenden. — Anders will Bar, Theorie I 278 ff. u. Lehrb. § 10 Anm. 5, einen derartigen Konflikt behandeln. Vgl. aber Kahn a. a. O. S. 1 ff., 56 ff.

²² Dies wird nicht selten versäumt; vgl. Meili, Grundr. § 47.

²³ Wächter XXV 35 ff.; Savigny S. 110; Beseler § 39 V; Stobbe I 233—234; Sächs. Gb. § 18; R.Ger. XXIII Nr. 6 S. 84. Vgl. auch Zürch. Gesetz. § 7d (jetzt § 6d). — A. M. Unger § 23 Anm. 79, Bar, Theorie I 95, II 3 ff., Regelsberger § 40 VIII.

²⁴ Beseler I 117, Stobbe § 29 V, Asser § 6, Bar, Theorie I 132 ff., Lehrb. § 7, Jettel § 2. — Dagegen wollte die ältere Theorie das fremde Recht im Prozeß als Thatsache behandelt wissen; vgl. Bar, Theorie I 132 Anm. 2.

²⁵ Seuff. II Nr. 318 u. 322, IX Nr. 248; R.O.H.G. VIII 12, XXIV 15 ff., XXV 53; R.Ger. XXIII Nr. 6. — Anders noch Seuff. VIII Nr. 85 u. IX Nr. 210.

²⁶ C.Pr.O. § 265 u. dazu oben § 20 VII; R.Ger. X Nr. 46; auch schon Seuff. VIII Nr. 226, XI Nr. 208, XII Nr. 79, XIII Nr. 178, XVIII Nr. 101, XXV Nr. 1. — Anders noch Preufs. O.Tr. Striethorst XXVI 49, auch Seuff. IV Nr. 92, X Nr. 95 u. 123.

²⁷ Bar, Theorie I 143 ff. — Der durch C.Pr.O. § 511 erfolgte Ausschluss

7. Im Zweifel ist das Recht desjenigen Gebietes anzuwenden, in das der Schwerpunkt der räumlichen Beziehungen des zu beurtheilenden Rechtsverhältnisses fällt. Denn da nach dem Territorialitätsprinzip der Geltungsbereich jeder Rechtsquelle durch ein räumlich begrenztes Gebiet bestimmt wird, kann für die Unterwerfung eines Rechtsverhältnisses unter diese oder jene Rechtsquelle nur seine räumliche Zugehörigkeit entscheiden. Da aber die Rechtsverhältnisse nichts Räumliches sind, sondern nur räumliche Beziehungen haben, die sich in verschiedene Gebiete erstrecken können, muß die Gebietsangehörigkeit jedes Rechtsverhältnisses davon abhängen, mit welchem Orte es seiner besonderen Natur nach durch solche räumlichen Beziehungen überwiegend verknüpft ist.

Auf diesem Grundgedanken beruhte die von der älteren Doktrin ausgebildete sogenannte „Statutentheorie“²⁸. Sie theilte alle Rechtsverhältnisse nach dem Institutionenschema in solche von *personae*, *res* und *actiones* ein, unterstellte die Personen der *lex domicilii*, die Sachen der *lex rei sitae* und die Handlungen der *lex actus* und unterschied hiernach *Statuta personalia*, *realia* und *mixta*²⁹. Die Statutentheorie gelangte zu fast allgemeiner Anerkennung und gieng in die neueren Gesetzbücher über³⁰.

der Revision in Civilsachen ist daher als Ausnahmebestimmung auf Strafsachen nicht übertragbar; R.Ger. in Str.S. X Nr. 86.

²⁸ Die Statutentheorie wurde in engem Zusammenhange mit der Lehre von der Autonomie und ihren Grenzen durch die Postglossatoren (besonders Bartolus, Baldus und Albericus de Rosciate, vgl. oben § 19 Anm. 10) ausgebildet und erst allmählich der Lehre von der souveränen Gesetzgebung angepaßt. Ihre maßgebende Gestalt empfing sie im 16. Jahrh. durch die französische Jurisprudenz (vgl. Bar I 47 ff. u. Meili, Grundr. § 16—19, bes. die hier abgedruckten Stellen aus Argentraeus, Molinaeus und Coquille). Für Deutschland wurden überdies die Schriften niederländischer Juristen, die sich an Argentraeus anlehnten, wichtig; so P. Voet, *De statutis eorumque concursu* (oben § 19 Anm. 11), J. Voet, *Comm. ad Pand. I, 4 p. 2 § 2—4*, u. U. Huber (oben Anm. 11). Von deutschen Schriftstellern tragen die Statutentheorie z. B. Hommel, *Rhapsodia* obs. 409, Riccius, *Zuverlässiger Entwurf von Stadtrechten oder Statutis* (1740), Thibaut I § 38 u. Kierulff, *Theorie I* 73 ff. vor. Ihr folgen aber auch trotz angeblicher Opposition Hert, *Comment. s. IV de collisu legum positiviarum inter se* (1688), H. de Cocceji, *Diss. de fundata in territorio et plurium locorum concurrente potestate* (1684), u. Hofacker, *Princ. jur. I* § 137—143; vgl. Bar I 44 ff., Meili a. a. O. § 25—26.

²⁹ Ueber den Inhalt der Lehre, die freilich zahlreiche Variationen aufwies, vgl. Bar I 37 ff.

³⁰ Bayr. L.R. I c. 2 § 17; Preuss. L.R. Einl. § 23 ff.; Oesterr. Gb. § 4, 34—37, 300. Auch dem Code civ. liegt die Statutentheorie zu Grunde, weshalb z. B.

Sie ist schablonenhaft und unzureichend⁸¹, hat daher vor der modernen Rechtswissenschaft nicht Stand gehalten⁸². Allein der ihr zu Grunde liegende Gedanke ist richtig. Aus der freieren und vollständigeren Erfassung dieses Gedankens schöpfte Savigny seine Lehre, die bis heute, wenschon sie durch die spätere Doktrin und Praxis mannigfach fortgebildet wurde, in ihrem Kern nicht überholt ist⁸³. Savigny geht von dem allgemeinen Satze aus, daß jedes Rechtsverhältniß nach dem Recht des Ortes zu beurtheilen sei, an dem es kraft seiner besonderen Natur seinen „Sitz“ habe. Wird das hierbei verwandte Bild eben nur als Bild genommen⁸⁴, so ist hiermit in der That der richtige Gedanke durch eine hinreichend elastische und erschöpfende Formel ausgedrückt.

Allerdings hat es nicht an Versuchen gefehlt, ein minder dehnbares und unbestimmtes Entscheidungsprinzip aufzufinden, das eine

Aubry et Rau I § 30—31 u. Foelix I Nr. 22 sie als Legaltheorie festhalten; vgl. Barazetti S. 158 ff., Crome S. 72.

⁸¹ Bei einem Rechtsgeschäft, das sich auf eine Sache bezieht, ist jede der drei Rubriken passend.

⁸² Ihre Widerlegung erfolgte namentlich durch Wächter a. a. O.

⁸³ Das von Savigny VIII 23 u. 108 aufgestellte Prinzip haben mehr oder minder unverändert angenommen: Walter § 40, Bluntschli § 11, Beseler § 38, Gerber § 32, Stobbe I 231, Roth I 283, Franken S. 55; Windscheid I § 34, Regelsberger § 40; Böhlau I 430; Bornemann, Erört. S. 70, Förster-Eccius I § 11; Unger I 168, Jettel S. 4; Mommsen a. a. O. S. 149 ff.; von Ausländern z. B. Brocher (vgl. Bar, Theorie I 82 ff.), Phillimore, Westlake, Wharton, Asser a. a. O., v. Martens (Bar I 84), Brusa u. Torres Campos (Bar I 85 Anm. 1). Aber auch Dernburg § 45 Anm. 8 stimmt trotz seines lebhaften Widerspruchs gegen Savignys bildlichen Ausdruck sachlich überein. Ebenso steht Meili trotz mancher Abweichungen auf demselben Boden; vgl. Z. f. int. P. u. Str.R. I 158 ff. u. 166. Erheblicher weicht Bar ab; vgl. bes. Theorie I 107 ff. u. Lehrb. § 4. Nach seiner Meinung darf man nur von den Thatsachen des Aufenthalts einer Person oder Sache in einem Lande (jedoch trotzdem auch von Staatsangehörigkeit und Prozeßführung), dagegen nicht von den Begriffen des „Rechtsverhältnisses“ und der „Handlung“ ausgehen, weil diese Begriffe erst durch das zu suchende herrschende Gesetz bestimmt würden. Doch vermag Bar diesen Standpunkt selbst nicht festzuhalten. Wie sollte es auch möglich sein, das rein Faktische unter Abstraktion von seiner rechtlichen Qualifikation einer Rechtsquelle unterzuordnen! Der von Bar getadelte *circulus vitiosus* aber ist in Savignys Lehre deshalb nicht enthalten, weil Zweifel über die Bestimmung der allgemeinen Kategorien „Rechtsverhältniß“ und „Handlung“ nach dem oben Gesagten aus dem einheimischen Recht zu lösen sind.

⁸⁴ Andere sprechen bildlich von einer „Heimath“ des Rechtsverhältnisses. Noch besser ist vielleicht das von Bar öfter (z. B. Theorie I 129) gebrauchte Bild, das den „Stamm“ eines Rechtsverhältnisses in einem bestimmten Territorium stehen, die „Zweige und Schößlinge“ aber auch anderswo hervortreten läßt.

einheitliche, von der besonderen Natur der einzelnen Rechtsverhältnisse unabhängige Lösung der Frage ermöglichen sollte⁸⁵. Alle diese Versuche aber sind gescheitert und mußten scheitern. Die räumliche Zuständigkeit der Rechtsquellen kann eben für jedes Rechtsverhältnis nur aus dessen räumlichen Beziehungen abgeleitet werden: die verschiedenen Rechtsverhältnisse aber sind in sehr ungleichartiger Weise mit dem Raum verknüpft. Aus dem allgemeinen Grundsatz lassen sich also praktisch anwendbare Regeln erst gewinnen, wenn in den von ihm aufgestellten Rahmen eine Untersuchung über die innere Beschaffenheit und äußere Abgrenzung der einzelnen Rechtsverhältnisse eingeführt wird⁸⁶.

§ 26. Die Einzelanwendung des Prinzips der Geltung fremder Rechtsquellen.

Hängt so die Entscheidung der Einzelfragen des internationalen Privatrechts von der Eigenart der einzelnen Rechtsverhältnisse ab, so

⁸⁵ So wollen Manche die Anerkennung der unter der Herrschaft des fremden Rechts „erworbenen Rechte“ zum obersten Prinzip erheben; Titius, *Jus priv. Rom.-Germ.* XII, 1 t. 4 p. 2, Eichhorn § 36, Glück I 400 ff., Maurenbrecher I § 144. Nach Anderen entscheidet das Gesetz des Ortes, wo das Rechtsverhältnis „existent geworden ist“; Schöffner a. a. O. S. 40. Wieder Andere lassen unter voller Verleugnung der Errungenschaften des internationalen Rechts grundsätzlich die *lex fori* entscheiden; K. Th. Pütter, *Das praktische europäische Fremdenrecht*, Leipzig 1845, auch *Arch. f. civ. Pr.* XXXVII 384 ff.; L. Pfeiffer, *Das Prinzip des internationalen Privatrechts*, Tübingen 1851. Andere erheben den Willen des einheimischen Rechts zum materiellen Entscheidungsprinzip; Wächter a. a. O. XXIV 236 ff. u. 261 ff.; eigentümlich modifiziert Schmid a. a. O. S. 28 (vgl. Bar I 80 ff.). Oder es soll darauf ankommen, welches Gesetz entscheiden will; Thöl § 72. Endlich will eine verbreitete Ansicht, indem sie gewissermaßen zum Personalitätsprinzip zurückkehrt, in erster Linie das heimathliche Recht der Person anwenden. Also im Sinne der älteren Theorie die *lex domicilii*; Eichhorn § 27, Thibaut § 38, Reyscher § 82, neuestens Gengler S. 43. Dagegen im Sinne der neueren Theorie das Gesetz der Staatsangehörigkeit; so insbesondere die von Mancini begründete neuere italienische Schule (der sich auch Laurent und einzelne Franzosen angeschlossen haben), die das ganze internationale Privatrecht auf die beiden Sätze gründet, daß das eigentliche Privatrecht der Nationalität folgt und daß nur für Gesetze der öffentlichen Ordnung Territorialität gilt; Näheres b. Bar I 85 ff., Meili, *Grundr.* § 36—37.

⁸⁶ Schwierigkeiten erwachsen hier nicht bloß aus der räumlichen, sondern auch aus der zeitlichen Entfaltung der Rechtsverhältnisse. Denn oft wird es fraglich, ob in einem Gebiete ein früher anderswo begründetes Rechtsverhältnis nur fortwirkt oder durch neu entstehende Rechtsverhältnisse abgelöst wird. In dieser Hinsicht wird dann in der That der Begriff der erworbenen Rechte wichtig, so daß die oben Anm. 35 erwähnte Theorie zum Theil zutrifft; vgl. auch Bar I 109.

können diese Fragen zum Theil nur bei der Behandlung der besonderen Privatrechte erörtert werden. Doch sind die leitenden Grundsätze des heutigen deutschen Privatrechts für die verschiedenen Privatrechtsgebiete hier darzustellen.

I. Personenrecht. Im Personenrecht entscheidet grundsätzlich das Recht des Gebietes, mit dem die Persönlichkeit dauernd verknüpft ist. Man bezeichnet dieses Recht noch heute als Personalstatut.

1. Bei der Bestimmung des Personalstatuts spaltet sich das moderne Recht.

Nach gemeinem deutschem Recht gilt als Personalstatut das Recht des bürgerlichen Wohnsitzes¹. Ebenso nach preussischem Landrecht und anderen Gesetzbüchern², sowie nach englisch-amerikanischem Recht³. Hier erscheint also für das Privatrecht im Gegensatz zum öffentlichen Recht die durch das Domizil bewirkte räumliche Verknüpfung als ausreichend, um die ganze Persönlichkeit der Rechtsordnung eines Gebietes zu unterstellen⁴.

Dagegen führen die meisten neueren Gesetzbücher mehr oder minder unbedingt das Nationalitätsprinzip durch, kraft dessen als Personalstatut vielmehr das Recht der Staatsangehörigkeit gilt. So das französische⁵,

¹ R.Ger. VIII Nr. 37 (unabhängig vom „Wohnrecht“); Savigny VIII 95 ff., Beseler § 39 Anm. 4, Böhlau § 75, Stobbe I 234. — Ueber das Geschichtliche Bar I 31 ff.

² Pr. L.R. Einl. § 23 ff.; Bayr. L.R. I, 2 § 17; Schweiz. Gesetzb. b. Huber I 78 ff.

³ Vgl. Westlake S. 51, Wharton § 20.

⁴ In Ermangelung eines Domizils entscheidet das bisherige oder das erste Domizil (Stobbe § 30 Anm. 17, R.Ger. XXXI Nr. 40), bei mehrfachem Domizil das erste (Savigny VIII 101 ff., Roth § 51 Anm. 21, Bar I 161; anders Pr. L.R. Einl. § 27). — Ueber die in manchen Militärkonventionen zu Gunsten der Fortdauer des Heimathsrechtes von Militärpersonen vereinbarten Bestimmungen vgl. Niemeyer a. a. O. S. 70 ff.

⁵ Code civ. Art. 3, 13 u. 17. Freilich sieht der Code auch auf das Domizil, indem Franzosen im Auslande durch Niederlassung „sans esprit de retour“ das französische Recht einbüßen, Fremde in Frankreich durch Verleihung des Wohnrechts oder doch durch eine unvollkommene Naturalisation das französische Recht erwerben sollen; allein im ersten Falle geht eben zugleich die Eigenschaft eines Franzosen unter, im zweiten Falle findet eine gewisse Aufnahme in den Staatsverband statt. Vgl. Aubry et Rau I § 31, Barazetti S. 181 ff., Crome S. 73 ff., Roth I 285, Bar I 264. A. M. Stobbe § 30 Anm. 7 und hinsichtlich der Fremden auch manche französische Schriftsteller; vgl. Bar a. a. O. Anm. 2. — Das französische Prinzip gilt (ohne die Besonderheiten des französischen Staatsrechts) auch im rheinischen Recht und in Baden. Ebenso in mehreren Schweizer Kantonen; Huber I 86 ff.

das österreichische⁶, das sächsische⁷ und zahlreiche ausländische Gesetzbücher⁸. Auch das deutsche Reichsrecht neigt im Verhältnis zum Reichsauslande diesem Prinzip zu⁹, dem daher auch bei uns die Zukunft gehören dürfte¹⁰. Hier wird also die privatrechtliche wie die öffentlichrechtliche Stellung der Person grundsätzlich durch die Rechtsordnung ihres Heimathsstaates bestimmt, bis sie einem anderen Staatsverbande einverleibt ist¹¹. Doch muß auch hier das Recht des Wohnsitzes aushilfsweise entscheiden¹². Und soweit verschiedene Rechtsgebiete desselben Staates in Frage stehen, kann überhaupt nur auf den Wohnsitz gesehen werden¹³.

2. Das Personalstatut ist grundsätzlich für alle Persönlichkeitsrechte maßgebend. Nach ihm richtet sich die Rechtsfähigkeit¹⁴; mithin sowohl der Erwerb und Verlust wie der Inhalt

⁶ Das österr. Gb. § 4 spricht das Nationalitätsprinzip für Oesterreicher aus. Für die in Oesterreich lebenden Fremden verweist § 34 dem Wortlaut nach zunächst auf den Wohnsitz. Allein in Theorie und Praxis überwiegt jetzt die Meinung, daß auch bei Ausländern als Personalstatut zunächst das Gesetz der Staatsangehörigkeit gelte; Jettel S. 24 ff.; a. M. Unger I 164 ff., Pfaff u. Hofmann, Exk. I 107.

⁷ Sächs. Gb. § 7.

⁸ Cod. civ. Ital. Art. 6. Belg. u. Niederländ. R. b. Asser-Cohn S. 29. Ebenso in der Schweiz viele kantonale Gesetzbücher und überwiegend auch das eidgenössische Recht; Wyfs a. a. O. S. 40, 54 ff., 59 ff., Huber I 86 ff. Bemerkenswerth ist, daß nach dem Zürch. Gb. § 2—3 u. 164 (jetzt § 3—4 u. 615), dem Bündner Gb. § 1 und anderen schweiz. Gesetzbüchern für die im Kanton wohnenden Fremden das Nationalitätsprinzip nur gilt, wenn das Gesetz ihres Heimathsstaats dies vorschreibt (abweichend von dem oben § 22 Anm. 21 entwickelten Grundsatz).

⁹ So gilt es nach der D.W.O. Art. 84 hinsichtlich der Wechselfähigkeit von Ausländern (dagegen entscheidet bei Deutschen das Domizil, R.O.H.G. VI 358 ff.); ebenso nach neueren internationalen Verträgen hinsichtlich der Erbfolge (unten Anm. 131); nach überwiegender Praxis auch hinsichtlich der Fähigkeit zur Eheschließung (Sicherer, Personenstand S. 134 ff.).

¹⁰ So auch der Entw. § 7 b. Meili, Grundr. S. 198. — Vgl. Verh. des XVIII. deut. Juristentags I 82 ff., 95 ff., II 106 ff.; Bar I 271 ff.

¹¹ Ist die bisherige Staatsangehörigkeit verloren, eine neue noch nicht erworben, so muß das Gesetz der bisherigen Staatsangehörigkeit, nicht das des Wohnsitzes entscheiden; Bar, Lehrb. S. 49, Deut. Entw. § 32.

¹² So bei nicht nachweisbarer Staatsangehörigkeit und bei mehrfacher Staatsangehörigkeit; Bar, Theorie I 274 ff.

¹³ Bar a. a. O. S. 275; R.Ger. XXV Nr. 74 S. 345. Das Personalstatut des Wohnsitzes dürfte aber auch innerhalb eines Bundesstaates und somit im deutschen Reich für alle Deutschen vorzuziehen sein; vgl. Stobbe I 237 ff.

¹⁴ Preufs. L.R. Einl. § 23; Code civ. Art. 3 S. 3; Sächs. Gb. § 7; Zürch. Gb. § 2 (jetzt gestrichen); Bündn. Gb. § 1; Cod. civ. Ital. Art. 6; R.Ger. XXXII Nr. 46 S. 175. Vgl. Savigny VIII 140 ff., Beseler § 39, Böhlau I 473 ff., Roth § 51 Anm. 18

der Rechtssubjektivität bei einzelnen Menschen¹⁵ und bei menschlichen Verbänden¹⁶. Nach ihm richtet sich die Handlungsfähigkeit¹⁷. Nach ihm bestimmen sich die besonderen Per-

u. 30, Barazetti S. 181 ff., Dernburg I 106. — Dagegen wollen Bar, Theorie I 379 ff. u. 390 ff., Lehrb. § 14—15, Stobbe § 30 II, Jettel § 4 u. Andere (vgl. Bar, Theorie I 392 Anm. 24), zum Theil auch Regelsberger § 41 I hinsichtlich der Rechtsfähigkeit nicht das Personalstatut, sondern dasjenige Recht, dem das in Frage stehende Rechtsverhältniß überhaupt unterworfen ist, entscheiden lassen; ebenso Deut. Entw. § 5. Allein obschon es richtig ist, daß die Anwendung des Personalstatuts hier viele Ausnahmen erleidet, so gehört doch der Grundsatz selbst dem positiven Gewohnheits- und Gesetzesrecht an. Und Ausnahmen von ihrem gegentheiligen Grundsatz müssen auch die Vertreter der neuen Theorie statuiren!

¹⁵ Das Personalstatut entscheidet daher über die Frage, ob ein Kind (z. B. trotz Mangels der Lebensfähigkeit) Person geworden ist; vgl. Barazetti S. 183; a. M. Bar I 373. Ebenso über die Frage, ob ein Verschollener für lebend oder todt zu erachten ist; Seuff. XV Nr. 199; anders hinsichtlich der Lebensvermuthung R.Ger. XXV Nr. 30 u. Bar I 374. Desgleichen über die Voraussetzungen einer Todeserklärung; Roth I 285, Stobbe I 243, Fiore § 72 ff.; a. M. Bar I 374 ff. Nicht minder über die Wirkungen einer auswärtigen Todeserklärung, sofern dieselbe, was an sich zu fordern ist (Bar I 376 ff., a. M. Heffter § 37 Anm. 5), aber nicht allgemein geschieht, überhaupt anerkannt wird. Endlich aber an sich auch über den Umfang der Rechtsfähigkeit, also z. B. über die Einschränkungen derselben (in Bezug auf Erbfähigkeit, Ehefähigkeit u. s. w.) durch Zugehörigkeit zu einem geistlichen Orden; Seuff. XLVIII Nr. 167, R.Ger. XXXII Nr. 46; so auch Bar I 412 ff. u. Stobbe § 30 Anm. 22, die aber hierin eine Ausnahme, die sie künstlich auf einen „Verzicht“ gründen, erblicken.

¹⁶ Das Gesetz des Sitzes eines Verbandes entscheidet daher, ob er Person ist oder nicht; R.Ger. VI Nr. 34 S. 134 ff. Ist ein fremder Verband nach seinem Personalstatut rechtsfähig, so ist er grundsätzlich auch bei uns als rechtsfähig (parteifähig, vertragsfähig, erwerbsfähig u. s. w.) anzuerkennen; Berl. O.Tr. XX 326, Wächter XXV 181 ff. u. bes. Bar I 303 ff. (wo Laurent IV Nr. 72 ff. u. andere Gegner widerlegt sind); dazu Meili, Grundr. S. 69 u. 94 ff., völkerrechtl. Verträge b. Niemeyer § 56, 65, 70, 74, 78. Folgerichtig müssen auch Beschränkungen seiner Rechtsfähigkeit (z. B. Mangel der Erbfähigkeit) bei uns wirksam sein; a. M. Stobbe I 243. Dagegen werden allgemein Beschränkungen der Rechtsfähigkeit, die das einheimische Recht für juristische Personen festsetzt, auch auf auswärtige juristische Personen bei uns angewandt; so z. B. Amortisationsgesetze und die Einschränkungen des Erwerbes aus Schenkungen und Verfügungen von Todes wegen, vgl. Savigny VIII 161, Bar I 313 ff. Darüber hinaus kann das positive Recht ausländische Verbandspersonen in ihrer Rechtsfähigkeit (z. B. hinsichtlich der Fähigkeit zum Erwerbe von Grundeigenthum oder der Erbfähigkeit) in höherem Mafse als inländische beschränken; Bar I 312.

¹⁷ Vgl. die oben in Anm. 14 angef. Gesetze und über das europäische Gewohnheitsrecht Bar I 393 ff. mit den Citaten S. 396 Anm. 31 u. 32 (abweichend die amerikanische Jurisprudenz, ib. S. 397). Das Personalstatut entscheidet daher über Dasein und Wirkungen der Minderjährigkeit und ihrer Abstufungen, sowie über *venia aetatis* (Stobbe I 245 ff., Bar I 417 ff.); über die Handlungsfähigkeit

sönlichkeitsrechte, wie Stand, Name, bürgerliche Ehre u. s. w.¹⁸.

Allein die Geltung des Personalstatuts erfährt mancherlei Durchbrechungen.

a. Viele Rechtssätze über die Rechtsfähigkeit sind ausschließlicher Natur und dulden daher keine Anwendung abweichender fremder Rechtssätze. Dies gilt im Zweifel namentlich von den Bestimmungen, die den Grundsatz der Freiheit und Gleichheit aller menschlichen Individuen durchführen¹⁹.

Darum erkennt das deutsche Recht gewisse Versagungen oder Einschränkungen der Rechtsfähigkeit, die es schlechthin verwirft, auch bei Fremden auf deutschem Boden nicht an. So

der Frauen (Stobbe I 247, Bar I 421 ff., Seuff. XXVIII Nr. 188, R.Ger. VI Nr. 123), sofern es sich nicht bei den Resten der Geschlechtsvormundschaft nur noch um ein Formerforderniß (Seuff. XVII Nr. 1) oder bei der ehemännlichen Gewalt nur um die Folge eines bestimmten ehelichen Güterrechts handelt (R.Ger. a. a. O. S. 395); über die Handlungsfähigkeit von Geisteskranken und Verschwendern (Bar S. 424 ff., Deut. Entw. § 28); über die Einschränkungen der Handlungsfähigkeit des Gemeinschuldners durch Konkurseröffnung (Seuff. XIV Nr. 194, XXXI Nr. 2). Ebenso aber über die Fähigkeit zu einzelnen Rechtsgeschäften, wie z. B. über die Interzessionsfähigkeit der Weiber (Savigny VIII 148, Böhlau § 73 Anm. 13, R.O.H.G. XXII 67 ff., R.Ger. XXXII Nr. 45), es müßte denn eine bloße Formvorschrift in Frage stehen (R.Ger. IX Nr. 43), über die Darlehnsfähigkeit der Haussöhne, über die Wechselfähigkeit u. s. w.; a. M. Bar I 402 ff., 429 ff. Vgl. auch R.Ger. XXVIII Nr. 42 S. 187.

¹⁸ So muß z. B. über die Frage, ob eine Person zum Adel gehört, ihr Personalstatut entscheiden, so daß bei uns auch auswärtiger Adel hinsichtlich des Rechts zur Führung von Adelsprädikaten oder hinsichtlich der nach einem Stiftungsstatut oder einer Fideikommissanordnung erforderlichen Ahnenprobe anerkannt wird; vgl. jedoch über die hier weit auseinandergelassenen Ansichten Bar I 414 ff. Ebenso entscheidet das Personalstatut über die Eigenschaft als Kaufmann, insbesondere auch als Handelsfrau; vgl. Bar II 130 ff. (theilweise abweichend). Desgleichen über das Namenrecht; Bar I 290, R.Ger. XXIX Nr. 32 S. 127. Mithin auch über das Firmenrecht, wobei aber das Handelsdomizil maßgebend ist; R.Ger. b. Seuff. XLV Nr. 264, vgl. R.Ges. v. 30. Nov. 1874 § 20 u. 12. Mai 1894 § 23. Auch besondere Ehrenrechte und Ehrenminderungen sind, sofern sie das einheimische Recht überhaupt anerkennt, nach dem Personalstatut zu beurtheilen; a. M. Bar I 409 ff. Das Deut. R.Str.Gb. § 37 sieht freilich bei Deutschen, die im Auslande bestraft sind, ein besonderes Verfahren behufs Aberkennung der Ehrenrechte in Deutschland vor; hiermit aber ist nicht gesagt, daß ehrlose Ausländer bei uns als Leute von ungeschmälerter Ehre zu behandeln wären.

¹⁹ Hierzu gehören nun freilich die meisten, aber keineswegs (wie Bar annimmt) alle Rechtssätze über den Umfang der Rechtsfähigkeit der Individuen; vgl. oben Anm. 15 a. E. Und die Rechtssätze über den Umfang der Rechtsfähigkeit der Verbandspersonen fallen überhaupt nicht unter diesen Gesichtspunkt; vgl. oben Anm. 16.

Sklaverei oder Hörigkeit²⁰; so den bürgerlichen Tod und andere bei uns unbekannte Ehrminderungen²¹; so die Einschränkungen der Rechtsfähigkeit auf Grund des religiösen Bekenntnisses²².

Ebenso gesteht das einheimische Recht gewisse Vorrechte und Privilegien, die es überhaupt beseitigt hat, auch Fremden nicht zu. So die Standesvorrechte; so, wo sie abgeschafft sind, die *privilegia minorum*²³; so manche Privilegien von Verbandspersonen²⁴.

b. Hinsichtlich der Handlungsfähigkeit werden in manchen Rechten aus Zweckmäßigkeitserwägungen Ausnahmen von der Geltung des Personalstatuts durchgeführt. Hierher gehört es, wenn die bereits erworbene Volljährigkeit mit der Aenderung des Personalstatuts nicht wieder untergehen soll, obgleich sie nach dem nunmehrigen Personalstatut nicht begründet wäre²⁵. Ebenso gehört es hierher, wenn die Handlungsunfähigkeit eines Ausländers, der im Inlande Verpflichtungen übernimmt, insoweit nicht beachtet werden soll, als er nach inländischem Recht handlungsfähig wäre²⁶. Uebrigens

²⁰ Wächter XXV 172, Savigny VIII 163 ff., Bar I 406 ff.

²¹ Wächter a. a. O. S. 182 ff., Stobbe I 242, Bar I 409.

²² Savigny VIII 161 ff., Stobbe I 242, Bar I 412.

²³ Beseler I 119. — Savigny S. 164 ff. will hinsichtlich der Restitution überhaupt nicht das Personalstatut, sondern das über das Rechtsgeschäft herrschende Gesetz anwenden. Ebenso Bar I 434 ff., aber mit durchgreifenden Ausnahmen zu Gunsten des Personalstatuts. Wächter XXV 179 ff., Walter § 44 Anm. 7, Stobbe § 30 Anm. 44 lassen unbedingt die *lex fori* entscheiden, so daß z. B. der Richter die Restitution auch dem Minderjährigen, dessen Personalstatut sie nicht kennt, gewähren müßte; hiergegen Bar I 436.

²⁴ Beseler I 119. — Privilegien (z. B. von *piae causae*), die auch das einheimische Recht kennt, stehen im Zweifel auch fremden juristischen Personen zu, falls sie ihnen nach ihrem Personalstatut gebühren (a. M. Unger § 23 Anm. 5 u. Stobbe § 30 Anm. 30, die hier vom Personalstatut ganz absehen). Anders, wenn das einheimische Recht nur inländische juristische Personen privilegiren will, was z. B. stets bei den *privilegia fisci* anzunehmen ist; Wächter XXV 181, Bar I 314. Vgl. oben Anm. 16.

²⁵ So nach der Praxis in Preußen (Förster I § 11 Anm. 17), Bayern (Seuff. XVI Nr. 185) und sonst; Deut. Entw. § 7 Abs. 2. Grundsätzlich vertheidigen dies Savigny VIII 166 ff. (weil ein erworbenes Recht vorliege), Schmid S. 51 ff., Stobbe I 244, Bar I 418 ff. (weil stillschweigende Anerkennung der Volljährigkeit des Einwanderers anzunehmen sei). Vgl. aber Unger § 23 Anm. 6, Walter § 45 Anm. 4, hannov. Praxis b. Bar I 418 Anm. 6.

²⁶ So bei Eingehung von Wechselverbindlichkeiten nach D.W.O. Art. 84 und vielfach sonst (Bar II 151 ff.); allgemein nach Preufs. L.R. Einl. § 35, Zürch. Gb. § 2 Abs. 2, Deut. Entw. § 7 Abs. 3. Grund ist die Verkehrssicherheit. An sich gilt diese Ausnahme keineswegs; Bar I 398 ff.; a. M. Schmid S. 43. Ueber einen in der französ. Praxis eingeschlagenen Mittelweg vgl. Bar I 399 ff. — Vereinzelt steht die Bestimmung des Sächs. Gb. § 8, wonach die Handlungsfähigkeit des Ausländers, soweit eine Verpflichtung aus einer im Inlande vorgenommenen

giebt es auch Rechtssätze über die Handlungsfähigkeit, die um ihrer zwingenden Natur willen in ihrem Gebiet ausschließlich gelten²⁷.

c. Unter den besonderen Persönlichkeitsrechten sind manche theils wegen ihres Zusammenhanges mit dem öffentlichen Recht, theils wegen ihrer geschichtlich entwickelten Eigenart nach Ursprung und Wirkung im inländischen Recht beschlossen. So kommen, obwohl ausländischer Adel als solcher anerkannt wird, doch etwaige Adelsvorrechte nur inländischem Adel zu Gute²⁸. So können Monopolrechte, ausschließliche Aneignungsrechte, Gewerbeberechtigungen u. s. w. in jedem Gebiete nur nach inländischem Recht erworben und ausgeübt werden. So richtet sich die Anerkennung und der Schutz der Erfinderrechte²⁹, der Markenrechte³⁰ und der gewerblichen Urheberrechte³¹ nach inländischem Recht; auch insoweit sich die Staaten durch internationale Verträge die gegenseitige Anerkennung derartiger Rechte zugesagt haben, muß das fremde Recht durch die Erfüllung der vom inländischen Gesetz vorgeschriebenen Förmlichkeiten gewissermaßen erst einheimisch gemacht werden, um im Inlande Schutz zu genießen³²; ist dies aber geschehen, so sind seine materiellen Voraussetzungen nach seinem Heimathsrecht zu beurtheilen³³.

Handlung in Frage steht, überhaupt nach inländischem Recht beurtheilt werden soll; vgl. Stobbe § 30 Anm. 35. — Die Ansicht von Wächter XXV 162 ff., daß über alle Wirkungen der Minderjährigkeit oder eines sonstigen Zustandes der Person die lex fori entscheide (angenommen b. Seuff. XIII Nr. 79), ist schon von Savigny VIII 135 ff. widerlegt.

²⁷ So wird z. B. in England u. Amerika keine Entmündigung wegen Verschwendung anerkannt; Bar I 427 ff.

²⁸ Vgl. Savigny VIII 163 ff., Beseler I 119, Bar I 415.

²⁹ Kohler, Patentrecht S. 109 ff.; Bar II 263 ff.; dazu unten § 94 ff.

³⁰ Kohler, Das Recht des Markenschutzes S. 414 ff.; Bar II 272 ff.; dazu unten § 84 IV 6.

³¹ Bar II 268 ff.; dazu unten § 91 II 2, § 92 II 2c, § 93 II 2.

³² Vgl. z. B. den Vertrag zwischen dem Deutschen Reich u. Oesterreich-Ungarn über den gegenseitigen Patent-, Muster- und Markenschutz v. 6. Dez. 1891 Art. 3—4, 7 u. 9, zwischen dem Deutschen Reich u. Italien v. 18. Januar 1892 Art. 1 Abs. 2, Art. 3—4; hinsichtlich der Marken auch R.Ges. v. 30. Nov. 1874 § 20 u. v. 12. Mai 1894 § 23. (Ähnlich die Pariser Konvention v. 20. März 1883, der Deutschland bisher nicht beigetreten ist, Art. 2, 4 u. 5; vgl. Bar I 267 ff.). Hierbei sind den „Staatsangehörigen“ alle Personen gleichgestellt, die in einem der Staatsgebiete „ihren Wohnsitz oder ihre Hauptniederlassung“ haben. Auf Erwerbung des Schutzes in dem fremden Gebiet ist den Angehörigen der Vertragsstaaten ein dreimonatliches Prioritätsrecht eingeräumt; Bar II 268, 272.

³³ So hinsichtlich der Marken R.Ger. XXI Nr. 1, Str. S. XIV Nr. 17 u. Nr. 59; vgl. auch deut.-österr. Vertr. Art. 6, deut.-ital. Vertr. Art. 6. — A. M. Bar, Lehrb. S. 154—155.

Dagegen sind die aus geistiger Schöpfung unmittelbar entspringenden litterarischen und künstlerischen Urheberrechte bereits in höherem Maße, obschon keineswegs vollständig, über die territoriale Beschränktheit hinausgehoben. Demgemäß werden fremde Urheberrechte, insoweit sie bei uns überhaupt anerkannt sind, hinsichtlich der Begründung wie hinsichtlich der Lebensdauer nach dem Gesetze ihres Ursprungslandes beurtheilt⁸⁴. Doch wird fremden Geisteswerken niemals ein weitergehender Schutz gewährt, als er ihnen nach einheimischem Recht zustände⁸⁵.

d. Rechtsverhältnisse aus einem personenrechtlichen Verbande bleiben überall dem sei es gesetzlichen sei es autonomischen Sonderrecht dieses Verbandes unterworfen. Somit richten sich die aus der Mitgliedschaft in einer Körperschaft fließenden Rechte und Pflichten nicht nach dem Personalstatut des Mitgliedes, sondern nach dem Personalstatut der Körperschaft⁸⁶. Darum unterstehen auch die Mitglieder eines deutschen hochadligen Hauses in Ansehung aller aus ihrem Familienverbande entspringenden Rechtsverhältnisse trotz Verlegung ihres Wohnsitzes in das Ausland ihrem Hausrecht⁸⁷. Das gleiche Prinzip muß für personenrechtliche Gemeinschaften mit anerkannter Personeneinheit gelten⁸⁸.

II. Sachenrecht. Im Sachenrecht herrscht grundsätzlich das als Realstatut bezeichnete Recht des Ortes der belegenen Sache (*lex rei sitae*)⁸⁹.

⁸⁴ Vgl. Berner Konvention v. 9. Sept. 1886 Art. 2; Orelli, Der internationale Schutz des Urheberrechts, Hamburg 1887, S. 22 ff. — Grundsätzlich a. M. Bar, Theorie II 242 ff., Lehrb. S. 145 ff.

⁸⁵ Berner Konv. Art. 2. Also auch keine längere Schutzfrist. — Näheres unten § 86 ff.

⁸⁶ Jedoch mit Vorbehalt der ausschließlichen Rechtssätze des einheimischen Rechts.

⁸⁷ R.Ger. II S. 145 ff.

⁸⁸ So für offene Handelsgesellschaften; vgl. R.Ger. XXIII Nr. 6: die Haftung des deutschen Theilhabers einer in Hayti domizilirten Handelsgesellschaft richtet sich nach dortigem, nicht nach deutschem Recht.

⁸⁹ Nach ihm bestimmen sich zunächst die rechtlichen Eigenschaften der Sache. So die Herrenlosigkeit oder Verkehrsunfähigkeit; Savigny VIII 188, Unger I 175, Roth I 292, Bar I 627. So die Pertinenzqualität, wobei es auf den Ort ankommt, an dem sich die angebliche Pertinenz befindet; Bar I 628, Obst.L.G. f. Bayern b. Seuff. XXXVIII Nr. 161. So die Beweglichkeit oder Unbeweglichkeit; Unger a. a. O., Roth a. a. O., Asser-Cohn S. 58 ff., R.Konk.O. § 39 Abs. 2. A. M. Stobbe I 252, Bar I 621 ff. u. Crome S. 88, denen aber nur zuzugeben ist, daß da, wo die Mobilien- oder Immobilienqualität einer Sache lediglich für die Bestimmung der Rechtsverhältnisse an einem Vermögen im Ganzen in Betracht kommt (wie im ehelichen Güterrecht oder Erbrecht), das über dieses Rechtsverhältniß herrschende Gesetz entscheidet.

1. **Liegenschaften.** Für das Liegenschaftsrecht ist die Herrschaft des Realstatuts seit alter Zeit anerkannt und mindestens in Deutschland unbestritten⁴⁰. Das Recht der belegenen Sache entscheidet hier also über den Besitz, seine Voraussetzungen und Wirkungen⁴¹; über das Eigenthum, seinen Inhalt und seine Beschränkungen (z. B. durch Regalien, durch Nachbarrecht), die Möglichkeit und Wirksamkeit von getheiltem Eigenthum oder gebundenem Eigenthum (z. B. Familienfideikommissen), den Erwerb (z. B. durch Ersitzung), den Verlust (z. B. durch Zwangsenteignung) und die Form der Uebertragung (ob durch Uebergabe, Auflassung oder Vertrag), die Voraussetzungen und Wirkungen der Eigenthumsklage⁴²; über die begrenzten dinglichen Rechte (Emphyteuse, Superfizies, deutschrechtliche bäuerliche Besitzrechte, Servituten, Reallasten, Nacherrechte, Pfandrechte), ihre Möglichkeit und ihren Inhalt, ihre Begründung und Aufhebung (z. B. auch ihre Ablösbarkeit), ihre Uebertragung, ihren Schutz durch dingliche Klage⁴³. Doch bleibt hinsichtlich der persönlichen Fähigkeit zum Erwerbe und zur Veräußerung von Rechten an Liegenschaften das Personalstatut maßgebend⁴⁴.

⁴⁰ Bayr. L.R. I c. 2 § 17; Preufs. L.R. Einl. § 32; Oest. Gb. § 300; Code civ. Art. 3; Sächs. Gb. § 10; Deut. Entw. § 10; Schweiz. Gb. b. Huber I 92 ff.; Cod. civ. Ital. Art. 7 Abs. 2; Bar I 593 ff. u. die Litteraturangaben in Anm. 1. — Ueber die grundsätzliche, aber im Ergebniss doch nur scheinbare Abweichung der neuen ital.-französ. Schule vgl. Bar a. a. O. Anm. 2.

⁴¹ Savigny VIII 199 ff., Unger I 175, Bar I 624; Sächs. Gb. § 10.

⁴² Savigny VIII 188 ff., Stobbe I 252 ff., Bar I 626 ff. — Bezüglich der Eigenthumsklage will Savigny VIII 187 ff. die *lex fori* entscheiden lassen, die sich übrigens jetzt nach C.P.O. § 25 stets mit der *lex rei sitae* deckt; vgl. aber Bar I 640 ff.

⁴³ Savigny VIII 188 ff., Stobbe I 258; Bar I 640 ff. — Indefs kommt beim Pfandrecht, soweit es seine accessorische Natur gewahrt hat, auch das die Forderung beherrschende Gesetz in Betracht; Bar I 644. Ebenso muß ein gesetzliches Pfandrecht nicht bloß nach der *lex rei sitae*, sondern auch nach dem für das zu Grunde liegende Rechtsverhältniß maßgebenden Gesetz begründet sein; Bar I 648 ff. (Die in Frankreich befolgte Praxis, die ausländischen Ehefrauen und Mündeln die *hypothèque légale* des Code civ. Art. 2121 überhaupt versagt, ist in den deutschen Gebieten des französischen Rechts nicht anzuerkennen; vgl. Barazetti S. 198 Anm. 83).

⁴⁴ Savigny VIII 181 ff., Dernburg, Pand. I 107, Barazetti S. 197, Seuff. V Nr. 1. — A. M. bezüglich der Erwerbsfähigkeit natürlich Bar I 623 ff. u. Alle, die bei der Rechtsfähigkeit das Personalstatut überhaupt nicht beachten wollen (oben Anm. 14); hier auch Roth I 292. Indefs wird hier wie sonst das Personalstatut nur durch ausschließliche Sätze des einheimischen Rechts (z. B. Unabhängigkeit der Grundeigenthumsfähigkeit vom religiösen Bekenntniß, Einschränkungen des Erwerbes der tothen Hand) außer Kraft gesetzt. — Eine ältere

2. Fahrnißs. Während die ältere Doktrin fast einstimmig die Rechtsverhältnisse an beweglichen Sachen dem Personalstatut des Eigenthümers unterwarf⁴⁵ und mehrere Gesetzbücher diesen Grundsatz aufnahmen⁴⁶, ist neuerdings auch für das Fahrnißsrecht die Herrschaft des Rechtes der belegenen Sache durchgedrungen⁴⁷. Hieraus folgt zugleich, daß mit einer Veränderung des Aufenthaltsortes der Sache das für sie maßgebende Recht wechselt. Doch bleiben in einem solchen Falle die nach dem bisherigen Realstatut gehörig erworbenen Rechte an der Sache bestehen, insoweit sie nicht das neue Realstatut durch einen zwingenden Rechtssatz ausschließt⁴⁸. Ueberdies gilt bei manchen zu beständigem Wechsel des Aufenthalts bestimmten Sachen ein fester Ort rechtlich als Heimathsort, dessen

Meinung, die auch bezüglich der Fähigkeit zur Verfügung über unbewegliche Sachen lediglich auf die *lex rei sitae* sehen wollte, wird in der englisch-amerikanischen Praxis festgehalten (auch von Stobbe I 252 wiederholt); vgl. hiegegen Bar I 626 ff.

⁴⁵ Nach der Regel „*mobilia ossibus inhaerent*“ oder „*mobilia personam sequuntur*“; vgl. Bar I 600 ff., bes. Anm. 1. Manche substituiren das Personalstatut des Besitzers.

⁴⁶ So Preufs. L.R. Einl. § 28 (vgl. indeß Förster-Eccius § 11) u. Oest. Gb. § 300 (vgl. indeß über Ausnahmen Unger I 177 ff. u. Jettel S. 100 u. 102). Ueber die Frage, ob auch der Code indirekt dies Prinzip ausspricht, herrscht Streit, vgl. Barazetti S. 199 ff., Crome S. 81 ff.; die rheinische Praxis hält sich aber an die *lex rei sitae*, R.Ger. VIII S. 110 u. andere Erk. b. Barazetti Anm. 90.

⁴⁷ So in der gemeinrechtlichen Praxis; R.Ger. XI Nr. 4. Ebenso Bayr. LR. I c. 2 § 17, Sächs. Gb. § 10, Deut. Entw. § 10. Auch Zürcher Gb. § 4 (jetzt § 2), Bündner Gb. § 1 Z. 2. Dazu Wächter XXV 385 ff., Savigny VIII 189 ff., Wyßs a. a. O. S. 88 ff., Bar I 599 ff. u. die von ihm S. 603 Angeführten.

⁴⁸ Sachlich übereinstimmend, aber mit anderer Begründung und Formulirung Bar I 613—614. Vgl. auch Deut. Entw. § 10 Abs. 2. Somit besteht z. B. das an einer in Frankreich befindlichen Sache durch bloßen Vertrag von einem im Gebiet des gemeinen Rechts lebenden Deutschen erlangte Eigenthum fort, wenn die Sache in dessen Heimath gelangt, ohne tradirt zu sein. Dagegen kann ein durch bloßen Vertrag auswärts begründetes Pfandrecht nicht fortbestehen, wenn die Pfandsache an einen Ort gelangt, wo nur Faustpfandrechte gelten und deshalb Vertragspfandrechte an Fahrnißs verworfen werden; vgl. Seuff. XVI Nr. 1, XXXI Nr. 194, Wächter XXV 389, Savigny VIII 196 ff., Unger I 179, Asser-Cohn S. 57, Stobbe § 32 Anm. 19, Bar I 655 ff., Regelsberger I 172. — Was die Ersitzung angeht, so muß sie, da aus dem Beginne einer Ersitzung kein erworbenes Recht entsteht, nach dem letzten Realstatut (natürlich unter Anrechnung ihres früheren Laufes an anderen Orten) vollendet sein; Savigny VIII 186 ff., Stobbe I 256; a. M. Bar I 609 ff. (*lex domicilii* des Besitzers) u. Deut. Entw. § 10 (das Recht des Ortes, an dem die Ersitzung begonnen ist, soll für deren Vollendung und Wirkung maßgebend bleiben).

Recht auch auswärts über sie herrscht⁴⁰. Mit diesen Maßgaben entscheidet auch bei beweglichen Sachen das Gesetz des Ortes, an dem sie sich befinden, über Besitz⁵⁰, Eigenthum⁵¹ und begrenzte dingliche Rechte⁵². Dieser Grundsatz ist auch hinsichtlich der Verfolgbarkeit des dinglichen Rechtes gegen Dritte durchzuführen⁵³.

3. Unkörperliche Sachen. Insoweit unkörperliche Sachen als Gegenstände von Sachenrechten in Betracht kommen, muß als Realstatut das Recht desjenigen Gebietes gelten, dem die unkörper-

⁴⁰ So (wenigstens in der Hauptsache) das Gesetz des Heimathshafens bei Seeschiffen; Bar II 189 ff. Ebenso nach der Praxis bei Flußschiffen; Seuff. XXIV Nr. 102, XXVIII Nr. 2 (R.O.H.G.). — Gegen die weitergehenden Ausnahmen, die Savigny VIII 178 ff., Böhlau § 74, Stobbe I 255 ff. bei allen ihren Aufenthaltsort schnell wechselnden und insbesondere bei den auf dem Transport befindlichen Sachen von der Herrschaft der *lex rei sitae* machen wollen, vgl. Bar I 605 ff.

⁵⁰ Sächs. Gb. § 10; R.Ger. XI Nr. 14 S. 55; Bar I 624 ff.

⁵¹ Also über Erwerb des Eigenthums durch Bemächtigung, Spezifikation u. s. w., über die Uebertragung (durch Vertrag oder nur durch Uebergabe), über den Verlust, über den Inhalt; Savigny VIII 183 ff., Stobbe I 255 ff., Bar I 630, Seuff. XLIX Nr. 118; unrichtig Seuff. VI Nr. 128.

⁵² So namentlich über das Pfandrecht; Stobbe I 256 ff., Bar I 654 ff., Seuff. XXIII Nr. 103, R.Ger. VIII Nr. 28. Daher ergreift ein Generalpfandrecht nicht die zu dem verpfändeten Vermögen gehörigen Sachen, die sich an einem Orte befinden, an dem generelle Pfandrechte nicht gelten; diese Sachen fallen aber unter das Generalpfandrecht, wenn sie unter ein dasselbe anerkennendes Realstatut gelangen. Dagegen kann ein Spezialpfandrecht, das an einer Sache, die nach ihrem Realstatut nur durch Besitzeinräumung verpfändet werden konnte, vertragsmäßig ohne Uebergabe eingeräumt worden war, durch bloßen Ortswechsel nicht wirksam werden; Wächter XXV 8 ff.; a. M. Schmid S. 61. Ueber den umgekehrten Fall oben Anm. 48. — Hinsichtlich der Abhängigkeit des Pfandrechtes von der Forderung und hinsichtlich der gesetzlichen Pfandrechte gilt das oben Anm. 43 Gesagte.

⁵³ Da die deutschrechtlichen Einschränkungen der Fahrnißklage in ihrer heutigen Gestalt eine Steigerung des Besitzrechtes auf Kosten des Eigenthums oder sonstigen dinglichen Rechtes enthalten, muß über ihre Anwendbarkeit das Recht des Ortes entscheiden, an dem sich die Sache im Augenblick der Begründung des Schutz heischenden Besitzes befunden hat. Unzweifelhaft gilt dies für die Art. 306—308 des H.G.B., nach deren Fassung ja eben Fälle des Erwerbes und Verlustes dinglicher Rechte vorliegen. Ebenso würde nach dem Deut. Entw. § 10 Abs. 2 zweifellos in diesem Sinne zu entscheiden sein. — Dagegen wollen Savigny VIII 187, Unger I 178, Beseler § 39 Anm. 21, Böhlau § 74 Anm. 65, Roth I 294 für die dingliche Klage lediglich auf die *lex fori* sehen. Ebenso Stobbe I 257, der jedoch dem Besitzer das Recht zugesteht, sich auch auf ein ihm günstigeres Recht des Erwerbortes zu berufen; übereinstimmend Crome S. 84. Bar I 633 ff. u. Lehrb. S. 101 will nach der Wahl des Besitzers die *lex domicilii* desselben oder die *lex rei sitae* zur Zeit des Besitzerwerbes anwenden, Barazetti S. 201 die *lex rei sitae* zur Zeit der Erhebung des Klageanspruchs.

liche Sache nach der Natur des sie konstituierenden Rechtsverhältnisses angehört⁵⁴.

4. Vermögensinbegriffe. Das Vermögen als Ganzes steht, da es nur durch sein Subjekt zur Einheit wird, unter dem Personalstatut⁵⁵. Insoweit dagegen innerhalb eines Gesamtvermögens ein Sondervermögen als solches in Betracht kommt, wird es von dem Recht beherrscht, an dem es seinen Mittelpunkt hat⁵⁶.

III. Obligationenrecht.

1. Geschäftsobligationen.

a. Form der Rechtsgeschäfte. Ein bereits seit dem Mittelalter ausgebildetes Gewohnheitsrecht erkennt jedes Rechtsgeschäft als gültig an, wenn die vom Gesetz des Errichtungsortes geforderte Form gewahrt ist (*locus regit actum*)⁵⁷. Das Rechtsgeschäft besteht aber gleichfalls zu Recht, wenn die Formerfordernisse des Gesetzes, dem das Rechtsgeschäft materiell unterworfen ist, erfüllt sind⁵⁸. Die

⁵⁴ So entscheidet das Gesetz, dem ein Recht überhaupt unterworfen ist, über dessen Immobilier- oder Mobilierqualität (Bar I 622), über den Rechtsbesitz, über den Eigentumsübergang im Falle der Rechtsübertragung (vgl. hinsichtlich des Patenteigentums R.Ger. XXXI Nr. 11 S. 56 ff.), über Nießbrauch oder Pfandrecht am Recht (Bar I 658).

⁵⁵ So als Ehevermögen, als Nachlaß, als Konkursmasse; Eichhorn § 35, Wächter XXV 188 ff., Savigny VIII 282 ff., 295 ff., Beseler S. 121, Gengler S. 47; Seuff. II Nr. 354, IV Nr. 92, VI Nr. 307, 308, XIV Nr. 107, R.O.H.G. IX Nr. 3.

⁵⁶ So das Lehnsvermögen und das Fideikommissvermögen von der *lex rei sitae*, das Handelsvermögen vom Gesetz des Ortes der Handelsniederlassung, das Schiffsvermögen vom Gesetz des Heimathshafens. — Auf der älteren Betrachtung der Grundstücke als Sondervermögen beruht die noch heute in manchen Staaten festgehaltene Unterwerfung der einem Ausländer gehörigen Grundstücke unter das einheimische eheliche Güterrecht, Vormundschaftsrecht, Erbrecht u. s. w. („*quot sunt bona diversis territoriis obnoxia, totidem patrimonia intelliguntur*“); vgl. unten Anm. 96, 125 u. 134 ff. — Hierher gehört auch der Separatkonkurs über das im Inland belegene Vermögen eines Ausländers in den Fällen des § 208 der R.Konk.O.

⁵⁷ Vgl. für das gemeine Recht R.Ger. I Nr. 119, XVIII Nr. 8, XXVIII Nr. 42 S. 184. Ferner Preufs. L.R. I, 5 § 111, Code civ. Art. 47, Bad. L.R. Art. 3 a, Sächs. Gb. § 9, Rechtshülfeverträge b. Niemeyer S. 73 ff., Deut. Entw. § 9; Schweiz. Gb. b. Huber I 95 ff. Dazu Wächter XXV 368 ff., Beseler S. 125, Stobbe § 31, Bar I 337 ff. (mit weiteren Nachweisen S. 341 u. 345 Anm. 30). Unrichtig Thöl § 83 (nur bei den vor auswärtigen Behörden aufgenommenen Rechtsgeschäften).

⁵⁸ Seuff. XVI Nr. 89, XIX Nr. 4, XX Nr. 1, XXIV Nr. 185, XXXV Nr. 89, XXXVII Nr. 1 (R.Ger.), R.Ger. XVIII Nr. 8; Code civ. Art. 999, Sächs. Gb. § 9, W.O. Art. 85, Deut. Entw. § 9; Zürch. Gb. § 6 (jetzt § 5), Bündner Gb. § 2 Z. 3; Bar I 353 (mit weiteren Nachweisen Anm. 44, wo auch die abweichenden Meinungen von

Wahrung der Form des Errichtungsortes genügt selbst dann, wenn die Beteiligten sich behufs Umgehung der heimischen Formvorschrift ins Ausland begeben haben⁶⁰. Sie genügt aber nicht, wenn das einheimische Recht seine Formvorschrift mit Ausschließlichkeit bekleidet⁶⁰.

Die Regel „locus regit actum“ gilt nicht bloß für obligationenrechtliche, sondern auch für personenrechtliche, familienrechtliche und erbrechtliche Rechtsgeschäfte. Dagegen findet sie auf sachenrechtliche Rechtsgeschäfte schlechthin keine Anwendung⁶¹. Im Obligationenrecht greift sie sowohl bei einseitigen Rechtsgeschäften wie bei Verträgen Platz⁶², ist aber bei einem Vertragsschluss unter Abwesenden unanwendbar⁶³.

b. Wirkungen der Rechtsgeschäfte. Ueber den gesamten Inhalt der rechtsgeschäftlichen Obligationen entscheidet in erster Linie das von den Beteiligten ausdrücklich oder stillschweigend gekörnte Recht⁶⁴. In zweiter Linie aber ist, da die Obligation ihren Schwerpunkt in der Erfüllung hat, das Recht des Erfüllungsortes

Laurent, Asser u. A. angeführt sind). — Nur müssen natürlich im Fall der Aufnahme vor einer auswärtigen Behörde die dort vorgeschriebenen Formen beobachtet sein; Bar I 358 Anm. 53, Stobbe I 253, Franken S. 61.

⁵⁹ Savigny VIII 358, Wächter XXV 413, Bar I 350 ff.; Seuff. XIX Nr. 6. Anders Zürich. Gb. § 6 (jetzt § 5) Abs. 2.

⁶⁰ So das Preufs. L.R. I, 5 § 115 bei allen Verträgen über unbewegliche Sachen. Von selbst versteht sich die Ausschließlichkeit, wenn eine gerichtliche Prüfung oder Bestätigung gefordert wird.

⁶¹ Vgl. oben Anm. 42—43, 51—52; Bar I 343 ff. u. 615 ff. mit den Nachweisen Anm. 2, 4, 5; Regelsberger § 42; Seuff. XIV Nr. 207, XXIII N. 103; Rechtshülfeverträge b. Niemeyer S. 73 ff.; Deut. Entw. § 10 Abs. 4. Wohl aber auf obligationenrechtliche Verträge, die eine Verpflichtung zur Uebertragung oder Begründung von Sachenrecht konstituieren; R.Ger. XVIII Nr. 8. Deshalb in Ermangelung einer gegentheiligen Vorschrift (oben Anm. 60) auch auf Veräußerungsverträge über Liegenschaften; a. M. Seuff. XXII Nr. 204.

⁶² Vgl. über Verträge Preufs. L.R. I, 5 § 111 ff.; insbesondere über Wechselverbindlichkeiten D.W.O. Art. 85. — Wird statt der lex actus das Personalstatut der Beteiligten zu Grunde gelegt, so muß bei Verträgen der Formvorschrift jedes Theiles genügt sein; nur wenn der Vertrag (wie die Schenkung) bloß einseitig verpflichtet, genügt die Wahrung der für den Verpflichteten maßgebenden Formvorschrift; Bar I 354 ff., Stobbe § 33 Anm. 10, Seuff. XXV Nr. 89.

⁶³ Bar I 316 ff., Stobbe I 261, Regelsberger I 171. Dagegen behandeln Savigny VIII 235, Gengler S. 48 u. A. das Gesetz des Perfektionsortes als lex actus. Nach Preufs. L.R. I, 5 § 113 entscheidet das Gesetz, nach dem das Geschäft am besten bestehen kann.

⁶⁴ R.O.H.G. XII S. 55, R.Ger. IV Nr. 68, IX Nr. 60, XIV Nr. 58, XX Nr. 74, XXIV Nr. 21, Seuff. XLVIII Nr. 1; Deut. Entw. § 11. Vgl. Savigny VIII 249, Beseler S. 123, Dernburg I 109. — Nur theilweise zustimmend Bar II 1 ff.

maßgebend⁶⁵. Für diese Bedeutung des Rechtes des Erfüllungsortes hat sich die deutsche Praxis überwiegend erklärt⁶⁶. Doch fand in der älteren deutschen Praxis auch die der Statutentheorie entsprechende, in Frankreich noch heute herrschende und in manche Gesetzbücher übergegangene Meinung Anklang, dals im Zweifel vielmehr das Recht des Entstehungsortes der Obligation anzuwenden sei⁶⁷. Die *lex actus* ist aber der *lex solutionis* nur insoweit vorzuziehen, als eine Unterwerfung unter das am Orte des Geschäftsabschlusses geltende Recht anzunehmen ist⁶⁸. Neuerdings vertheidigen Viele mehr oder minder unbedingt den Vorrang des Personalstatuts (und zwar regelmälsig der *lex domicilii*) des Schuldners⁶⁹. Allein wenn der Schuldner auswärts

⁶⁵ Savigny VII 203 ff., 246 ff., Gerber § 32 Anm. 12 ff., Walter § 48, Unger I 179 ff., Böhlau I 456 ff., Dernburg I 108, Roth I 297, Böhm S. 109 ff., Gengler S. 47. Uebereinstimmend Sächs. Gb. § 11. — Dafs es sich hierbei nicht um die Annahme stillschweigender Unterwerfung, sondern um eine subsidiäre Rechtsregel handelt, führt richtig das R.Ger. XII Nr. 8 S. 37 aus.

⁶⁶ Seuff. VII Nr. 136, VIII Nr. 3, XV Nr. 183, XIX Nr. 5, XXI Nr. 2, XXIV Nr. 268, XXXV Nr. 88, XXXVII Nr. 3, XLVII Nr. 2; R.O.H.G. II 270 ff., IX 7 ff., XII 56, 286, XV 9, 134, 212, XVI 16, XXI 289, XXIII 208, XXV 194 ff.; R.Ger. VI Nr. 33, IX Nr. 2, Nr. 60, XII Nr. 1, XXIX Nr. 34, XXX Nr. 35; Bayr. Praxis b. Roth, Bayr. C.R. I § 17 Anm. 109; Schweiz. b. Huber I 95. Eine Anwendung hiervon machten die deutschen Gerichte in den österreichischen Kuponprozessen; sie haben daran festgehalten trotz des Widerspruchs von E. I. Bekker, Die Couponsprozesse der österr. Eisenbahngesellschaften, Weimar 1881, bes. S. 51 ff.; vgl. auch G. Hartmann, Internationale Geldschulden, Freiburg u. Tübingen 1882, u. Bar II 48 ff., die aber im Ergebnifs den deutschen Gerichten zustimmen. — Anders, wo nur einzelne zur Erfüllung gehörige Handlungen auswärts erfolgen sollen; R.Ger. XIV Nr. 26, Seuff. XLIV Nr. 240.

⁶⁷ Seuff. II Nr. 120, 253, IV Nr. 3, VI Nr. 1; R.O.H.G. XII 414; dafür Wächter XXV 44 ff. u. 396, Bescler § 39 Anm. 25. Ueber die französische Theorie und Praxis vgl. Zachariae I § 31 (8. Aufl. § 30) a. E., Aubry et Rau I § 31 Anm. 63 ff., Bar II 8 ff., Barazetti S. 205 ff. (anders die rheinische, ib. S. 208). Ebenso mit gewissen Ausnahmen das Oesterr. Gb. § 34—37, vgl. Jettel S. 104 ff.; das badische Recht, Barazetti S. 207; auch schweiz. Gb., Huber I 94 ff.

⁶⁸ So z. B. bei Mefs- und Marktgeschäften; dagegen gewifs nicht, wenn zwei Inländer bei einem zufälligen Zusammentreffen im Auslande kontrahiren. Vgl. Bad. Konst. Ed. v. 1808 § 13 b. Niemeyer § 123.

⁶⁹ So namentlich Thöl, Einl. § 85, Bar II 13 ff., Windscheid § 35, Mommsen S. 174 ff., Regelsberger § 44 I, zum Theil auch Stobbe § 33; (nicht aber, wie Bar II 13 u. Lehrb. § 31 Anm. 5 meint, Roth, der nur in Ermangelung eines Erfüllungsortes die *lex actus* und die *lex domicilii* beachten will). Ebenso Deut. Entw. § 11. — Dafs hier jedenfalls, auch wenn sonst die *lex originis* als Personalstatut gilt, die *lex domicilii* an die Stelle treten muß, führt Bar II 24 ff. richtig aus; anders Cod. civ. Ital. Art. 9 al. 2. — Bei zweiseitigen Geschäften müssen die Anhänger dieser Ansicht die Verpflichtungen jedes Theiles nach verschiedenem Recht beurtheilen; Bar II 15 ff., Lehrb. S. 109, Seuff. XIX Nr. 5.

zu erfüllen hat, wird sein Personalstatut nur dann maßgebend sein können, wenn ein hierauf gerichteter Vertragswille erhellt⁷⁰. Für einzelne Verhältnisse wollen Manche auch auf das Personalstatut des Gläubigers sehen⁷¹. Das Personalstatut des Gläubigers aber wird, wenn es sich nicht mit dem Gesetz des Erfüllungsortes deckt, diesem am wenigsten vorgezogen werden dürfen, falls nicht der Wille des Schuldners, sich ihm zu unterwerfen, aus besonderen Umständen ersichtlich ist⁷². Völlig unhaltbar endlich ist die Ansicht, daß im Zweifel die *lex fori* gelte⁷³. Nur darf freilich auch im Obligationenrecht der Richter das fremde Recht niemals anwenden, insoweit es durch einen zwingenden Satz des einheimischen Rechts ausgeschlossen wird⁷⁴.

Das Gesetz, das hiernach eine Geschäftsobligation materiell beherrscht, entscheidet über ihre Gültigkeit oder Ungültigkeit, ihre Klagbarkeit, ihre Anfechtbarkeit, ihre Aufhebung⁷⁵; desgleichen über Inhalt und Umfang der Verbindlichkeiten der Beteiligten mit Einschluß aller Nebenverbindlichkeiten⁷⁶; nicht minder über die Sonder-

⁷⁰ Vgl. z. B. R.Ger. XIV Nr. 12. Am ehesten wird dies anzunehmen sein, wenn beide Kontrahenten zur Zeit des Vertragsschlusses dasselbe Personalstatut haben; vgl. Barazetti S. 205 Anm. 99 u. 207.

⁷¹ Vgl. Bar II 8, 16, 56 ff.

⁷² Wie in dem vom O.L.G. Hamb. Seuff. XLIV Nr. 240 entschiedenen Falle.

⁷³ So Schmid S. 66.

⁷⁴ Er darf daher ein Rechtsgeschäft, das vom einheimischen Recht als unsittlich verworfen wird, nicht als gültig behandeln, aus einem vom einheimischen Recht aus sittlichen Gründen für klaglos erklärten Geschäft (z. B. Spiel oder Differenzgeschäft) keine Klage zulassen (R.O.H.G. XIV Nr. 89, R.Ger. in Jurist. Wochenschr. XIV 280), auf Zinsen, die das einheimische Recht für wucherisch erklärt, nicht erkennen (auch nicht auf verbotenen Zinseszins, R.Ger. I Nr. 30), u. s. w. Andererseits darf er aber auch ein nach dem Recht des Erfüllungsortes (oder dem sonst für das Geschäft maßgebenden Recht) ungültiges oder klagloses Geschäft nicht als gültig oder klagbar anerkennen oder die nach diesem Recht wucherischen Zinsen zusprechen, wenn auch die *lex fori* dies zuliesse; Seuff. XIV Nr. 195. Vgl. Stobbe I 260, Bar II 6—7, 38 ff., 59 ff. (wo aber hinsichtlich der Zinsmaxima die exklusive Natur der *lex fori* geleugnet wird); Barazetti S. 204 u. 207. — Savigny VIII 276 will bei den Zinsbeschränkungen allein auf die *lex fori* sehen.

⁷⁵ Vgl. Savigny VIII 269 ff.; Unger I 184 ff.; Bar II 38, 43 Anm. 20—23, 92, auch über Abschluß durch Stellvertreter S. 66 ff.

⁷⁶ Vgl. Bar II 43 ff.; hinsichtlich des Gegenstandes der Leistung auch Pr.L.R. I, 5 § 526—527, Oest. Gb. § 905, H.G.B. Art. 366; hinsichtlich der Verzugszinsen und der Konventionalstrafe Seuff. VI Nr. 1, R.O.H.G. XVI S. 16, XXIV S. 389, R.Ger. I Nr. 30, XV Nr. 131; hinsichtlich des kontraktlichen Verschuldens Bar II 77 ff.; hinsichtlich der Kompensationseinrede R.Ger. XXVI Nr. 15, Barazetti S. 209 ff.

nachfolge in Forderung oder Schuld⁷⁷. Doch kann nach den Umständen dasselbe Schuldverhältniß in verschiedenen Richtungen verschiedenen Ortsrechten unterliegen⁷⁸. Insbesondere ist der Umfang der Verpflichtung des Bürgen nach dem Gesetz des Ortes, an dem er zu erfüllen hat, nicht nach dem Gesetz des Erfüllungsortes der Hauptschuld zu bemessen⁷⁹.

2. Deliktsobligationen. Ueber die privatrechtlichen Folgen einer unerlaubten Handlung entscheidet das Gesetz des Ortes der Handlung⁸⁰. Irrig ist die Meinung, daß es vielmehr auf die *lex fori* ankomme⁸¹. Hierher gehören auch die Entschädigungsansprüche einer aufserhehlich Geschwächten⁸².

3. Gesetzliche Verbindlichkeiten beherrscht das Gesetz des Ortes, an dem das dauernde Verhältniß, dem sie entspringen, besteht, oder aber der Thatbestand, an den sie geknüpft sind, sich verwirklicht hat⁸³. Dies gilt namentlich auch für Verpflichtungen aus vertragsähnlichen Vorgängen⁸⁴ und aus deliktsähnlichen Thatbeständen⁸⁵.

⁷⁷ Bar II 79 ff.; Deut. Entw. § 14. (Anders Seuff. X Nr. 220.) Auch über die Zulässigkeit der Einrede der *lex Anastasiana*; R.Ger. XIV Nr. 58, Stobbe I 262, Bar II 86 ff. (A. M. Savigny VIII 277: *lex fori*.) — Soweit jedoch die Cession als selbständiges Rechtsgeschäft zwischen dem Cedenten u. dem Cessionar in Frage steht, unterliegt sie ihrem eigenen örtlichen Recht; R.Ger. Seuff. XLVIII Nr. 175.

⁷⁸ Vgl. z. B. R.Ger. IX Nr. 8 S. 52—53 u. Nr. 123 S. 438, XXVIII Nr. 11 S. 66; O.L.G. Hamb. b. Seuff. XLV Nr. 161; Obst.L.G. f. Bayern ib. XLVIII Nr. 1.

⁷⁹ R.Ger. IX Nr. 46; Bar II 110 Anm. 11; Dernburg § 48 Anm. 6.

⁸⁰ Seuff. III Nr. 295, IX Nr. 247, XL Nr. 20, XLVII Nr. 3; R.O.H.G. XXIII 174 ff., R.Ger. VII Nr. 116 S. 378; Unger I 188; Beseler S. 124; Stobbe § 33 Anm. 34; Bar II 115 ff.; Böhm S. 139 ff.; Regelsberger § 44 II 2. — Bei einer unerlaubten Handlung, deren Erfolg in einem anderen Rechtsgebiet eintritt, nimmt das R.Ger. XXIII Nr. 65 mehrere Begehungsorte an; vgl. aber Bar II 120 ff.; Kahn a. a. O. S. 118 ff.

⁸¹ Wächter XXV 392 ff.; Savigny VIII 278 ff.; Wyfs S. 95; Schmid S. 76 ff.; Seuff. IX Nr. 1, XI Nr. 3, XXV Nr. 115. Richtig ist auch hier nur, daß der Richter durch ausschließliche Sätze seines Rechts gebunden ist; daher darf er z. B. eine nach seinem Recht unzulässige Privatstrafe nicht zuerkennen; Bar II 118, Deut. Entw. § 13 Abs. 2.

⁸² Seuff. I Nr. 153, II Nr. 118, XXXI Nr. 196; Beseler a. a. O.; Stobbe I 267; Bar II 126.

⁸³ Bar II 114 ff., Lehrb. § 34; Barazetti S. 212 ff. Anders Deut. Entw. § 12 (*lex domicilii* des Schuldners bei Eintritt der verpflichtenden Thatsache).

⁸⁴ Bar II 123 ff.; Obst.L.G. f. Bayern Seuff. XXXVIII Nr. 201 (Bereicherungsanspruch); vgl. auch Bar II 215 ff. über die Ansprüche auf Berge- und Hilfslohn. Hinsichtlich der erforderlichen Einschränkungen vgl. Seuff. XXVI Nr. 217, Bar II 125, Regelsberger I 175.

⁸⁵ R.Ger. XIX Nr. 73, R.Ger. b. Seuff. XLIV Nr. 16 (Haftung für Berg-

IV. Familienrecht. Im Familienrecht entscheidet grundsätzlich das Personalstatut.

1. Eherecht.

a. Eheliches Personenrecht. Die Formen des Verlöbnisses und der Eheschließung werden nach der für die Formen der Rechtsgeschäfte maßgebenden allgemeinen Regel beurtheilt⁸⁶. Im Uebrigen untersteht, während beim Verlöbniß das Personalstatut beider Verlobten in Betracht kommt⁸⁷, die Ehe dem Personalstatut des Mannes,

schäden). Hierher gehört auch die Haftung für fremdes Verschulden; R.Ger. XIX Nr. 73 (Code civ. Art. 1384), Bar II 206 ff. (Haftung des Rheders). Ebenso die Haftung für Thiere; Barazetti S. 214; a. M. zum Theil Bar II 122. Auch die Haftung aus Zusammenstoß von Schiffen; Bar II 208 ff. Doch wenden die deutschen Gerichte hier das deutsche Recht nicht nur bei dem Zusammenstoß in deutschen Gewässern (R.Ger. XXI Nr. 24) und auf offener See (O.L.G. Hamb. Seuff. XLV Nr. 35), sondern auch bei dem Zusammenstoß deutscher Schiffe in fremden Gewässern (R.Ger. XIX Nr. 3) und sogar bei dem Zusammenstoß fremder Schiffe in fremden Gewässern (R.Ger. XXIX Nr. 25, hiergegen Niemeyer § 96 als *lex fori an*, weil es sich um zwingendes Recht handle.

⁸⁶ Die Beteiligten haben also die Wahl zwischen der Form der *lex loci actus* und der heimischen Form. Vgl. für das Verlöbniß Stobbe I 267, Bar I 479; abweichend wegen zwingender Natur der heimischen Formvorschrift Seuff. V Nr. 136, XIX Nr. 180, Bayr. Praxis b. Böhm S. 37 ff. Für die Eheschließung Böhlau § 73; Stobbe § 31 Anm. 6 u. 12 u. § 34 Anm. 9—10; Bar I 460 ff. u. Lehrb. § 18; O.Tr. Berlin Entsch. XXIX 380 (Seuff. X Nr. 122) u. Striethorst XLIX 248; Seuff. XX Nr. 1; R.Ger. XXIV Nr. 24 S. 101—105; R.Ger. b. Seuff. XLII Nr. 214; Code civ. Art. 170; Bad. Ges. v. 9. Dez. 1875 § 23; Sächs. Ges. v. 5. Nov. 1875 § 10. — Weder der kirchlichen noch der bürgerlichen Eheschließungsform kommt im Zweifel Ausschließlichkeit zu. Für die kirchliche Eheschließungsform behaupteten früher Savigny VIII 357, Thöl § 80, Gerber § 36 Anm. 6, Unger I 210 das Gegentheil; die Gerichte haben aber, wo nicht eine ausdrückliche partikuläre Gesetzesbestimmung entgegenstand (vgl. z. B. Württ. b. Wächter I 835 Anm. 24 u. Kurhess. b. Roth I 341), stets auch Ehen als gültig anerkannt, wenn sich die Verlobten behufs Umgehung der kirchlichen Trauung ins Ausland begeben und in der dort anerkannten Form die Ehe geschlossen hatten. Die Eheschließung vor dem Standesbeamten erhebt jetzt das R.Ges. v. 6. Febr. 1875 § 41 innerhalb des Reichsgebiets zur ausschließlichen (also auch für Ausländer maßgebenden) Form; im Auslande dagegen können auch Deutsche eine Ehe in einer anderen dort gültigen Form schließen (und zwar auch dann, wenn ihnen dort die bürgerliche Eheschließung vor einem diplomatischen Vertreter des Deutschen Reichs ermöglicht ist). — Gegen die von Laurent IV Nr. 230 ff. verteidigte irriige Meinung, daß bei der Eheschließung die Regel „*locus regit actum*“ nicht bloß fakultativ, sondern absolut gelte, vgl. Bar I 461 ff.; doch folgt dieser Meinung der Deut. Entw. § 16 Abs. 2.

⁸⁷ Stobbe I 238; Bar I 479; Regelsberger § 45 I. Bei einer Kollision der Personalstatute geht das des Beklagten vor; Seuff. VI Nr. 306. — Dagegen will das R.Ger. XX Nr. 74, weil das heutige Verlöbniß dem Obligationenrecht an-

das auch die Frau ergreift und daher als Personalstatut des Ehepaars erscheint⁸⁸. Das Personalstatut des Mannes im Augenblick der Eheschließung entscheidet somit über den Bestand der Ehe und insbesondere über das Dasein und die Wirkung von Ehehindernissen⁸⁹. Das jeweilige Personalstatut des Mannes aber bestimmt den personenrechtlichen Inhalt der Ehe, die beiderseitigen Rechte und Pflichten, die ehemännliche Gewalt und die Handlungsfähigkeit der Frau⁹⁰. Demgemäß entscheidet über die Zulässigkeit und die Wirkungen der Ehescheidung das Personalstatut des Mannes zur Zeit der

gehöre, über die Wirkungen die *lex solutionis* entscheiden lassen, die aber nicht das Gesetz des Ortes der Eheschließung, sondern das des beabsichtigten Ehedomicils sei. -- Als ausschließlicher Rechtssatz gilt die Versagung der Klage aus dem Verlöbniß; vgl. Unger I 192 u. Jettel S. 29, die aber unrichtig das Verlöbniß überhaupt der *lex fori* unterstellen.

⁸⁸ Und zwar gemeinrechtlich (R.Ger. b. Seuff. XLII Nr. 214) und nach preuss. R. (R.Ger. XXVII Nr. 54) die *lex domicilii*, nach französ. Recht, österreichischem Recht, sächs. Gb. § 13, Deut. Entw. § 16 ff. das Gesetz der Staatsangehörigkeit des Mannes.

⁸⁹ O.Trib. Berl. b. Striethorst XLIX 248; R.Ger. XXVII Nr. 54; Sächs. Gb. § 13; Savigny VIII 326; Unger I 190 ff.; Roth § 51 Anm. 53; Böhlau § 75 S. 480 ff.; Böhm S. 41. Andere wollen die Erfordernisse der Eheschließung in Ansehung jedes Ehegatten nach seinem Personalstatut beurtheilen; Wächter XXV 186; Sicherer, Personenstand S. 130 ff.; Hinschius, Komm. S. 168; Stobbe § 34 Anm. 3; Dernburg I 106; ausländische Schriftsteller b. Bar I 452 Anm. 25; Deut. Entw. § 16 Abs. 1. Bar I 451 ff. u. Lehrb. § 17 läßt hinsichtlich der öffentlichen Ehehindernisse allein das Personalstatut des Mannes entscheiden (so daß also die Ehe des deutschen Witwers mit der englischen Schwägerin gültig ist), sieht dagegen bei privaten Ehehindernissen auch auf das Recht der Braut; ähnlich Jettel S. 30 ff. u. Regelsberger I 177. Allein jede Heranziehung verschiedener Personalstatute widerspricht der Einheit der Ehe. — Nach der nordamerikan. Praxis und dem Schweiz. Ges. v. 24. Dez. 1874 Art. 54 entscheidet zu Gunsten des Bestandes der Ehe auch die *lex loci actus*; vgl. Bar I 440 ff.; anders nach deut. R., R.Ger. XXIII Nr. 74. — Die gültig eingegangene Ehe wird natürlich durch Aenderung ihres Personalstatuts nicht ungültig; Stobbe I 269, Bar I 476 ff.; über und gegen die zum Theil abweichende österr. Praxis vgl. Jettel S. 35 ff.

⁹⁰ Unger I 192 ff.; Stobbe I 289; Bar I 480 ff.; Barazetti S. 191; Seuff. XIV Nr. 4, R.Ger. VI Nr. 123; Deut. Entw. § 17. Hierher gehören auch Verbote der Schenkung unter Ehegatten (Sächs. Gb. § 14, Deut. Entw. § 19 Abs. 3, Savigny VIII 335, Schmid S. 83, Stobbe I 278, a. M. Roth § 51 Anm. 63), Einschränkungen der Zulässigkeit von Eheverträgen während der Ehe und sonstige Beschränkungen der Vertragsfreiheit unter Ehegatten; Bar I 521 ff. — Nur insoweit eine Beschränkung der Handlungsfähigkeit lediglich Ausfluß eines bestimmten ehelichen Güterstandes ist, richtet sie sich nach dem für diesen maßgebenden Gesetz; R.Ger. VI Nr. 123 (unrichtig Roth § 51 Anm. 62).

Scheidungsklage⁹¹. Ueberall aber wird auch hier der Richter durch ausschließliche Sätze des einheimischen Rechts gebunden⁹².

b. Eheliches Güterrecht. Soweit das eheliche Güterrecht durch Vertrag geordnet ist, wird es durch den Vertrag bestimmt, bis dessen Aufhebung erfolgt⁹³. Im Uebrigen tritt das gesetzliche eheliche Güterrecht des ehemännlichen Personalstatuts im Augenblicke der Eheschließung ein⁹⁴. Dieses eheliche Güterrecht ergreift auch aus-

⁹¹ Seuff. XXIX Nr. 2, XXXII Nr. 203, XXXIII Nr. 96, XLII Nr. 7, XLVII Nr. 259; R.Ger. III Nr. 4, XXIII Nr. 74, XXVII Nr. 54; Stobbe I 270 ff.; Roth I 288; Bar I 482 ff.; Böhm S. 43 ff.; Jettel S. 54; Regelsberger § 45 II C. Hiermit stimmt regelmässig die Meinung überein, daß ausschließlich die lex fori anzuwenden sei; Savigny VIII 337; Schäffner § 124; Unger I 193; Asser-Cohn S. 67 ff.; Seuff. XLI Nr. 1; R.Ger. IX Nr. 48. Aber nicht immer (so nicht, wenn das Ehedomizil den Gerichtsstand der Scheidungsklage für Ausländer, deren Ehe von dem Gesetz ihrer Staatsangehörigkeit beherrscht wird, begründet; R.Ger. III Nr. 14). Auch auf eine Thatsache, die nach dem zur Zeit ihres Eintritts die Ehe beherrschenden Personalstatut kein Ehescheidungsgrund war, kann bei Veränderung des Personalstatuts die Scheidung begründet werden; R.Ger. XVI Nr. 28, Seuff. XLVI Nr. 27 S. 44; a. M. Bar I 487, Stobbe § 34 Anm. 11a, Deut. Entw. § 18 Abs. 2. Ueber die in fraudem legis durch scheinbare Veränderung des Wohnsitzes oder der Staatsangehörigkeit erwirkte Ehescheidung vgl. die Litt. über die sog. Siebenbürgischen Ehen (Bar I 490 ff., Jettel S. 51 Anm. 5) und über den Fall Beaufremont-Bibesco (Bar I 212 ff., Meili, Grundr. § 66). — Nach dem für die Ehescheidung maßgebenden Recht richtet sich auch das Recht der Kindererziehung; Seuff. XXXII Nr. 203, XXXIII Nr. 97, XXXVIII Nr. 1, XL Nr. 293. Ebenso die Fähigkeit zur Wiederverheirathung, die aber auch durch ein späteres Personalstatut erlangt werden kann; Bar I 494; a. M. Sicherer S. 139 ff. u. die österr. Praxis, die nur auf das jeweilige Personalstatut sehen, u. Stobbe I 269, der Fähigkeit nach beiden Gesetzen verlangt (anders 2. Aufl. I 239).

⁹² So erkennt das deutsche Recht die Polygamie nicht an (oben § 22 Anm. 19); so gewährt es keinem Ehemann ein Züchtigungsrecht und andere persönliche Zwangsrechte gegen die Frau, Bar I 481; so schreibt es die Scheidung vom Bande statt der beständigen Trennung von Tisch und Bett durch den deutschen Richter zwingend vor, R.Ger. III Nr. 14, Seuff. XLII Nr. 1 (a. M. Bähr in Jahrb. f. Dogm. XXI 388 ff., Friedberg, Kirchenr. § 159 Anm. 43, Stobbe § 34 Anm. 11d, Regelsberger, Pand. I 179, O.L.G. Dresden in Annalen VI 263 ff.).

⁹³ Für die Form des Ehevertrages gilt die Regel „locus regit actum“; über Bestand und Inhalt entscheidet, soweit nicht hinsichtlich der dem nachgiebigen Recht angehörigen Sätze der Parteiwille etwas Anderes ergiebt, das Personalstatut des Mannes zur Zeit des Abschlusses; vgl. Bar I 525 ff.

⁹⁴ Bar I 505 ff.; Böhm S. 48 ff. Vielfach aber wird auch da, wo sonst als Personalstatut die lex originis gilt, hinsichtlich der ehelichen Vermögensverhältnisse die lex domicilii als solches behandelt; so das Sächs. Gb. § 14; die französ. u. rhein. Praxis, Barazetti S. 227 ff. u. 234; vgl. Stobbe § 34 Anm. 11a. Dagegen sieht das badische Recht auch hier auf das Gesetz der Staatsangehörigkeit, Barazetti S. 231 ff., R.Ger. XXV Nr. 74; ebenso Zürich. Gb. § 3 u. 164 (jetzt § 615); Deut. Entw. § 19 Abs. 1.

würtige Grundstücke⁹⁶, auf die man früher die *lex rei sitae* anwenden wollte⁹⁸. Nach ihm richten sich auch die vermögensrechtlichen Folgen der Lösung der Ehe durch Tod oder Scheidung, soweit nicht im ersten Falle selbständige Erbrechte, im zweiten selbständige Ehescheidungsstrafen in Frage stehen⁹⁷.

Eine alte Streitfrage aber ist, ob mit der Wandlung des Personalstatuts das gesetzliche eheliche Güterrecht sich wandelt oder beharrt⁹⁸. Die Wandelbarkeit des ehelichen Güterrechts wird noch immer von angesehenen Schriftstellern verfochten⁹⁹, ist in manchen Gesetzen angeordnet¹⁰⁰ und wurde bisher in einem Theile Deutschlands von einer festen Praxis angenommen¹⁰¹. Sie entspricht in der That dem Grundgedanken des germanischen ehelichen Güterrechts. Denn wenn eine bestimmte Gestaltung der Vermögensverhältnisse als die im Wesen der Ehe begründete Folge des personenrechtlichen Ehebandes aufgefaßt wird, so muß das Gesetz, das in das eheliche Personenrecht umgestaltend eingreift, auch dessen vermögensrechtliche Wirkungen ebenmäßig umgestalten. Nur wird den Ehegatten niemals die Befugniß zur vertragsmäßigen Festhaltung des bisherigen Güterstandes versagt werden dürfen¹⁰². Auch wird der Ehefrau sowohl wie den

⁹⁶ Wächter XXV 48; Unger I 194; Stobbe I 274; Bar I 507 (mit weiteren Nachweisen Anm. 9); Preufs. L.R. II, 1 § 365–369. Modifikationen ergeben sich aus dem Vorrang der Sätze der *lex rei sitae* über den Eigenthums-erwerb (Stobbe a. a. O.) und für die von der Vermögenseinheit nicht ergriffenen Liegenschaften (Bar I 510 ff.).

⁹⁸ Gaill II obs. 124; Hommel, Rhaps. 175; Andere b. Bar I 506. So noch die englisch-nordamerikanische Praxis (Wharton § 191), überwiegend auch die französische (nicht aber die badische und rheinische, Barazetti S. 225 ff., 230, 233).

⁹⁷ Savigny VIII 336 ff.; Stobbe I 278 ff.; Bar I 528 ff.; R.Ger. XVIII Nr. 58; Seuff. XLIII Nr. 196.

⁹⁸ Vgl. über Geschichte und Litteratur dieser Streitfrage Teichmann, Ueber die Wandelbarkeit oder Unwandelbarkeit des gesetzlichen ehelichen Güterrechts bei Wohnsitzwechsel, Basel 1879; auch Bar I 515 ff.; Böhm S. 50 ff.

⁹⁹ So Strube, Rechtl. Bed. IV Nr. 70; Hommel, Rhaps. 409 § 13; Eichhorn § 35 Anm. g; Kierulff I 78; Bremer, Z. f. D. R. XVIII 200 ff.; Beseler § 39 Anm. 9 ff.; Böhlau § 75 S. 481; Mommsen S. 183 ff.; andere b. Stobbe § 84 Anm. 18 Angeführte.

¹⁰⁰ So im revid. lüb. R. II, 2 § 10; theilweise im badischen Recht, Barazetti S. 232; in gewissem Umfange auch im Preufs. L.R. II, 1 § 352. Vgl. ferner die partikularrechtl. Bestimm. b. Niemeyer § 148, 149, 158, 171–175.

¹⁰¹ So in Schleswig-Holstein (Paulsen § 139, Falck I § 53 S. 150, Seuff. VII Nr. 137), Lübeck (Seuff. XIV Nr. 106), Oldenburg (ib. XVIII Nr. 1), Mecklenburg (ib. XXVI Nr. 288, Buchka u. Budde, Entsch. III 168 ff., VII 237 u. 238). Ebenso in Nordamerika; Wharton § 196.

¹⁰² Strube a. a. O. will sogar der Frau einen einseitigen Anspruch auf Abschluß eines solchen Vertrages geben.

Gläubigern, falls sie durch die Wandlung gefährdet werden, ein Anspruch auf Sicherung zu gewähren sein¹⁰³. Die Wandelbarkeitstheorie ist indess mehr und mehr der Unwandelbarkeitstheorie erlegen, die in der Wissenschaft vorherrscht¹⁰⁴, in vielen Gesetzen ausdrücklich sanktionirt ist¹⁰⁵ und in der gemeinrechtlichen Praxis nicht nur stets überwogen hat¹⁰⁶, sondern jetzt auch vom Reichsgericht ohne Achtung eines gegentheiligen bisherigen örtlichen Gerichtsgebrauches durchgeführt wird¹⁰⁷. Offenbar entspricht auch der Fortbestand des einmal begründeten ehelichen Güterrechts beim Wechsel des Personalstatuts dem gegenwärtigen Rechtsbewußtsein. Denn das eheliche Vermögensrecht ist so weit verselbständigt, daß ein bei Eingehung der Ehe eingetretener Güterstand als ein unter den Ehegatten entstandenes konkretes Rechtsverhältniß erscheint, dem ein Anspruch auf Unverbrüchlichkeit gebührt. Diese Auffassung wird dadurch bestärkt, daß unsere Rechtsordnung die Ehegatten ermächtigt, statt des gesetzlichen Güterstandes ein anderes Güterrecht als das für den konkreten Fall angemessenere Rechtsverhältniß vertragsmäßig festzusetzen¹⁰⁸. Doch können sich Ehegatten auf einen von dem gesetzlichen ehelichen

¹⁰³ Eine vermittelnde Ansicht will überhaupt nur das nach der Wohnsitzverlegung erworbene Vermögen dem neuen Recht unterwerfen; so Schmid S. 82 ff. u. die bei Bar I 518 Anm. 46 Angeführten.

¹⁰⁴ Pfeiffer, Prakt. Ausf. II 263 ff., Hagemann, Prakt. Erört. VI 142 ff., Schüler, Jur. Abh. I 464 ff., Wächter XXV 49 ff., Savigny VIII 328 ff., Unger I 194, Gerber § 229, Wyfs S. 85 ff., Roth, D.P.R. I § 51 Anm. 66 ff., Teichmann S. 24 ff., Asser-Cohn S. 46 ff., Stobbe I 274 ff., Bar I 516 ff., Dernburg § 46 Anm. 12, Gengler S. 50, Regelsberger I 178, andere Schriftsteller b. Stobbe § 34 Anm. 18 u. Bar I 515 Anm. 37.

¹⁰⁵ Preufs. L.R. II, 1 § 350 ff.; Hannov. Präjud. mit Gesetzeskraft v. 1845 (dazu Grefe II § 20); Lippesche V. v. 1786 § 32 u. Oldenburg. V. v. 1833 § 4 (b. Runde, Ehel. Güterr. S. 538 u. 493); Sächs. Gb. § 14; Deut. Entw. § 19.

¹⁰⁶ Seuff. I Nr. 152, X Nr. 221, XIV Nr. 4 u. 106, XVIII Nr. 1, XX Nr. 2, XXIV Nr. 104, XXVIII Nr. 187, XXXII Nr. 103, 104 u. 123; kurhess. Pr. b. Pfeiffer a. a. O. u. Roth § 102 Anm. 7; bayr. b. Roth I § 16 Anm. 36—37; württemb. b. Reyscher I § 82. So auch in der französ. u. rheinischen Praxis, Barazetti S. 228 Anm. 155 u. S. 234 Anm. 162; in Oesterreich, Jettel S. 46; in der Schweiz, Huber I 82.

¹⁰⁷ R.Ger. VI Nr. 62 (unter Verneinung eines abweichenden Gewohnheitsrechts in Holstein, das übrigens schon das O.Trib. Berl. b. Seuff. XXXII Nr. 103 nicht beachtet hatte) u. Nr. 123.

¹⁰⁸ Unrichtig ist dagegen die früher allgemein übliche Herleitung der Unwandelbarkeitstheorie aus der Fiktion eines stillschweigenden Vertrages über Annahme des gesetzlichen Güterstandes. Auch die Zweckmäßigkeitserwägungen, die für diese Theorie angeführt werden, sind nicht durchschlagend, da es an praktischen Vorzügen der gegentheiligen Theorie auch nicht fehlt.

Güterrecht ihres jeweiligen Wohnsitzes abweichenden gesetzlichen Güterstand Dritten gegenüber nur unter denselben Voraussetzungen berufen, unter denen hier die Berufung auf vertragsmäßige Abweichungen vom gesetzlichen Güterrecht statthaft ist¹⁰⁹.

2. Eltern- und Kinderrecht. Das Rechtsverhältniß zwischen Eltern und ehelichen Kindern wird vom Personalstatut des Vaters beherrscht¹¹⁰. Somit entscheidet über das Dasein und die Wirkungen ehelicher Kindschaft das Personalstatut des Vaters in dem Augenblicke der Geburt, der Legitimation oder der Adoption des Kindes¹¹¹. Mit einer Veränderung des Personalstatuts aber wandelt sich das den Inhalt des Verhältnisses bestimmende Recht¹¹², wie dies hier auch für die vermögensrechtlichen Ausflüsse der elterlichen Gewalt anerkannt ist¹¹³.

¹⁰⁹ Bar I 519, Lehrb. S. 83; Deut. Entw. § 20. Insbesondere muß der Nichtbestand einer Gütergemeinschaft da, wo der vertragsmäßige Ausschluss der Gütergemeinschaft einer Bekanntmachung bedarf, in gleicher Weise von einem neu anziehenden Ehepaar bekannt gemacht werden, wenn nicht Dritten gegenüber eine Gütergemeinschaft als bestehend angenommen werden soll; Seuff. XIV Nr. 198; Preuss. L.R. II, 1 § 426; Lippesche V. v. 1786 § 32 u. Oldenh. V. v. 1833 § 7 (b. Runde a. a. O. S. 539 u. 494). Auch im Uebrigen gehen hier wie überall ausschließliche Sätze des einheimischen Rechts jedem fremden Recht vor; so z. B. das zwingende Verbot einer bestimmten Güterordnung (Lippesche V. a. a. O.) oder die in Code civ. Art. 443 enthaltene Bestimmung über die Nothwendigkeit gerichtlicher Aufhebung der Gütergemeinschaft (R.Ger. XII S. 309).

¹¹⁰ Nach dem Tode des Vaters tritt das Personalstatut der Mutter an die Stelle; bei Verschiedenheit der Personalstatute geht das elterliche (zunächst väterliche) Personalstatut vor, kann jedoch Rechte, die den Kindern nach ihrem Personalstatut zustehen, nicht verkürzen; Bar I 533; Böhm S. 57; Seuff. XXIV Nr. 2; vgl. auch Deut. Entw. § 24.

¹¹¹ Savigny VIII 338 ff., Unger I 195 ff., Roth I 290 ff., Stobbe I 279 ff., Bar I 534 ff. (der jedoch hinsichtlich der Adoption das Personalstatut des Kindes entscheiden läßt, ebenso Regelsberger I 179—180), Böhm S. 56 ff.; Deut. Entw. § 21 u. 22 (wo jedoch bestimmt wird, daß die Erfordernisse der Legitimation und der Annahme an Kindesstatt bei verschiedenem Personalstatut nach dem Recht jedes der beiden Beteiligten beurtheilt werden sollen); Seuff. VII Nr. 332. — Für die Form der Anerkennung eines Kindes, der Legitimation und der Adoption gilt die Regel „locus regit actum“ (anders Deut. Entw. § 22).

¹¹² Doch müssen die auf Grund des bisherigen Personalstatuts bereits getroffenen dauernden Bestimmungen (z. B. über die Religion eines Kindes) aufrecht erhalten bleiben; Bar I 533 Anm. 4. Ebenso die Anordnungen eines Scheidungsurtheils über die Kindererziehung; vgl. oben Anm. 91. — Das jeweilige Personalstatut entscheidet auch über die Aufhebung der väterlichen Gewalt; Wächter XXV 186 ff., Unger I 196, Bar I 551; Seuff. XVI Nr. 56.

¹¹³ Savigny VIII 338; Unger I 195; Stobbe I 280; Regelsberger I 180; Deut. Entw. § 23. Doch wollen Manche für das bereits erworbene Vermögen nach-

Das Rechtsverhältniß eines unehelichen Kindes zu seiner Mutter richtet sich nach dem Personalstatut der Mutter¹¹⁴. Ueberaus bestritten aber ist, welches Recht über den Anspruch des unehelichen Kindes gegen seinen Erzeuger auf Unterhalt entscheidet¹¹⁵. Da hier in erster Linie das Personenrecht des Kindes in Frage steht, muß der richtigen Meinung nach das Personalstatut des Kindes im Augenblicke seiner Geburt, das sich mit dem Personalstatut der Mutter in diesem Zeitpunkt deckt, angewandt werden¹¹⁶. Nicht dagegen das Personalstatut der Mutter im Augenblick der Empfängniß¹¹⁷. Auch nicht das Personalstatut des Erzeugers¹¹⁸. Noch weniger das am Orte der

wie vor das bisherige Personalstatut entscheiden lassen; so namentlich Bar I 533 u. Lehrb. S. 89.

¹¹⁴ Roth I § 51 Anm. 81, Stobbe I 280.

¹¹⁵ Vgl. Stobbe I 280 ff.; Bar I 556 ff.; v. Kujawa in Gruchots Beitr. XXII 516 ff., 881 ff.; Böhm S. 63 ff.; Voigt, Z. f. i. P. u. Str.R. I 304 ff., 461 ff. — Unzweifelhaft ist, daß das Erbrecht unehelicher Kinder durch das die Beerbung überhaupt regelnde Gesetz (also durch das letzte Personalstatut des Erblassers) bestimmt wird; Seuff. XXXIX Nr. 84; Voigt S. 469 u. 477.

¹¹⁶ O.Tr. Berl. Seuff. III Nr. 254; Stobbe I 280; Dernburg, Preuss. P.R. III § 68 Anm. 10; Barazetti S. 194 ff. (für Baden). Ebenso Deut. Entw. § 25 in der ersten Fassung (jedoch mit dem Zusatz, daß Deutsche nicht zu Mehrerem angehalten werden können, als wozu sie nach deutschem Recht verpflichtet sind).

¹¹⁷ Auf dieses sah das O.Tr. Berl. in späteren Entsch. b. Seuff. XII Nr. 333 u. XXXII Nr. 3; dafür Roth § 51 Anm. 84, Regelsberger I 180; ebenso Bar I 557 ff. u. Lehrb. § 27, der aber außerdem verlangt, daß auch das Gesetz des Schwängerungsortes den geltend gemachten Anspruch anerkenne. Indefs handelt es sich hier einerseits um kein bereits der Leibesfrucht vorbehaltenes Recht, das durch Ereignisse bis zur Geburt nicht mehr verkürzt werden könnte; dieser Gesichtspunkt würde ja auch vielmehr dazu führen, daß das Kind sich auf ein ihm günstigeres Personalstatut der Geburtszeit ebenfalls berufen könnte. Andererseits kann, wenn die Mutter durch willkürliche Wohnsitzverlegung während der Schwangerschaft ihrem Kinde ein günstigeres Recht verschafft, der Erzeuger sich nicht über Verletzung eines erworbenen Rechts auf Nichtfürsorge für sein Kind beklagen.

¹¹⁸ So Seuff. III Nr. 135, XIV Nr. 196, Hamb. Pr. b. Baumeister I 482, für das bad. R. auch R.Ger. XXIX Nr. 71 (Gesetz der Staatsangehörigkeit des Vaters zur Zeit der Geburt); Wächter, Württ. P.R. II 111; Gengler, Lehrb. S. 1227 (unentschieden jetzt D.P.R. S. 51); Unger I 194. Ebenso hinsichtlich des Anspruches auf Alimente Voigt a. a. O. S. 469, der aber S. 468 hinsichtlich des Anspruches auf Anerkennung der Vaterschaft das Personalstatut des Kindes entscheiden läßt. Vgl. auch Deut. Entw. § 25 nach dem Gegenvorschlage des Ref. (lex domicilii des Vaters zur Zeit der Geburt, jedoch bei Wohnsitzveränderung während der Schwangerschaft die dem Kinde etwa günstigere frühere lex domicilii). — Für diese Ansicht läßt sich anführen, daß in anderen Fällen die verwandtschaftliche Unterhaltspflicht nach dem Personalstatut des Verpflichteten beurtheilt wird; indes läßt sich hier die Unterhaltspflicht von der natürlichen Verwandtschaft, über die jedenfalls das Personalstatut des Kindes entscheiden

Schwängerung geltende Recht¹¹⁹. Endlich auch nicht die *lex fori*¹²⁰. Nur wird allerdings hier wie überall der Richter durch einen ausschließlichen Rechtssatz des einheimischen Rechts, wie z. B. durch das französischrechtliche Verbot der Nachforschung nach der Vaterschaft, gebunden¹²¹.

3. **Vormundschaftsrecht.** Die Vormundschaft wird hinsichtlich ihrer Errichtung und Beendigung wie hinsichtlich ihrer Wirkungen vom Personalstatut des Mündels beherrscht¹²². Soweit aber eine staatliche Vormundschaftsbehörde thätig wird, hat sie nach ihrem Recht zu verfahren¹²³. Da das Vermögen des Mündels hierbei als Einheit erscheint, ergreift das für ihn maßgebende Vormundschaftsrecht auch die auswärts belegenen Sachen¹²⁴. Doch haben sich noch Reste des mittelalterlichen Rechts erhalten, nach dem für die Liegenschaften auswärtiger Mündel eine besondere Vormundschaft unter der Herrschaft des Rechts der belegenen Sache errichtet wurde¹²⁵.

muß, nicht losreißen, da das gesetzliche Maß der Unterhaltsansprüche gewissermaßen nur als Ausdruck des gesetzlichen Maßes der Anerkennung der natürlichen Kindschaft erscheint.

¹¹⁹ So unter dem durchaus unzutreffenden Gesichtspunkte einer deliktischen oder quasideliktischen Obligation vielfach die ältere gemeinrechtliche Praxis; z. B. die bayr. (Seuff. IX Nr. 247, Roth, Bayr. C.R. § 17 Anm. 71), thüring. (Seuff. II Nr. 118, XXIV Nr. 108), braunschw. (Seuff. XIX Nr. 212), kurhess. (Roth, Kurh. P.R. I 603 Anm. 35). Dafür Phillips, D.P.R. I 208, Windscheid II § 475 Anm. 25 Nr. 3. Zum Theil auch Bar, vgl. oben Anm. 117. Bei mehreren Thatorten läßt man dann das dem Kinde günstigste Recht entscheiden; Stobbe § 34 Anm. 36, Bar I 558 Anm. 9; anders Seuff. XXII Nr. 1.

¹²⁰ So sächs. Gb. § 12 u. schon frühere Dresdner Praxis (Seuff. XIV Nr. 196); zum Theil auch die österr. Praxis (Jettel S. 57—58) und für den Fall, daß das Gesetz des Schwängerungsortes keinen Anspruch gewährt, die kurhess. (Roth I 603 Anm. 37). Dafür Mittermaier I § 30, Savigny VIII 279 ff., Schmid S. 86, Vesque v. Püttlingen S. 252.

¹²¹ Seuff. XII Nr. 333, XXXII Nr. 3; Unger I 197; Bar I 559 ff.

¹²² Savigny VIII 340 ff., Unger I 198, Stobbe I 282 ff., Bar I 564 ff., Böhm S. 70 ff., Jettel S. 58 ff.; R.Ger. XXIV Nr. 66; Sächs. Gb. § 16; Deut. Entw. § 26. Das Personalstatut des Mündels entscheidet auch über die Veräußerung von Mündelgütern; Bar I 572 ff. Desgleichen über Fähigkeit und Berechtigung zur Vormundschaft (soweit es sich nicht überhaupt um die Handlungsfähigkeit handelt); Bar I 582 ff. Dagegen richtet sich die Verpflichtung zur Vormundschaft nach dem Personalstatut des Berufenen; Bar I 584 ff. — Ueber Aenderung des Personalstatuts vgl. Bar I 581. — Ueber Pflegschaft Bar I 587 ff., Deut. Entw. (2. Fassung) § 27 a.

¹²³ Böhm S. 71 ff., Gengler S. 52; Deut. Entw. § 27.

¹²⁴ Stobbe I 283, Bar I 565 ff. (mit Nachweisen in Anm. 3); Deut. Entw. § 27.

¹²⁵ So nach Oesterr. Gb. § 225, vgl. Unger I 198, Jettel S. 60 ff.; retorsions-

4. Weitere Verwandtschaft. Ueber die Rechtsverhältnisse aus weiterer Verwandtschaft muß, da die Familie im weiteren Sinn keine rechtliche Einheit mehr bildet, vielmehr nur noch in einzelnen Beziehungen zwischen verwandten Individuen Rechtswirkungen äußert, hinsichtlich jedes Beteiligten sein Personalstatut entscheiden¹²⁶. Bei einer Kollision der hiernach maßgebenden Gesetze kommt es auf das Personalstatut dessen an, dem eine Verpflichtung (z. B. zur Zahlung von Unterhaltsgeldern) zugemuthet wird¹²⁷.

V. Erbrecht. Das Erbrecht wird vom letzten Personalstatut des Erblassers beherrscht¹²⁸. Als solches gilt nicht nur nach gemeinem und preussischem, sondern auch nach französischem und sächsischem Recht das Gesetz des letzten Wohnsitzes¹²⁹, während das badische und österreichische Recht und andere neuere Gesetzbücher hier wie sonst auf die Staatsangehörigkeit sehen¹³⁰ und im Verhältniß des Deutschen Reiches zu einzelnen fremden Staaten durch neuere Verträge gleichfalls das Gesetz der letzten Staatsangehörigkeit zur entscheidenden Norm erhoben ist¹³¹.

weise auch nach braunschw. R., Steinacker S. 67 Anm. 6. Durchweg nach englisch-amerikanischem Recht, Bar I 568 ff.

¹²⁶ Anders bei der hochadligen Familie, weil sie eine körperschaftliche Einheit bildet; oben Anm. 37.

¹²⁷ R.Ger. XVII Nr. 53 (die Alimentationsklage eines im Gebiet des preussischen Landrechts wohnhaften Verarmten dringt gegen die in Berlin wohnhaften Geschwister durch, nicht aber gegen eine in Dresden wohnhafte Schwester); vgl. Bar I 555 ff., Böhm S. 60 ff. Abweichend wollen Manche das Personalstatut des Berechtigten anwenden; so z. B. Preufs. O.Tr. Entsch. LVI 8, französ. Erk. b. Bar I 555 Anm. 2—3. Andere das Gesetz, unter dem die Verwandtschaft entstanden ist; dagegen Bar, Lehrb. § 27 Anm. 2. — Darum entscheidet auch über den Anspruch eines unehelichen Kindes gegen den Vater oder einen anderen Verwandten seines Erzeugers das Personalstatut des in Anspruch Genommenen; Seuff. XXX Nr. 222, XXXI Nr. 1, O.Tr. Berl. Entsch. XX 300 ff., Stobbe § 34 Anm. 34 a. E., Bar I 562, Regelsberger I 181.

¹²⁸ Savigny VIII 295 ff., Roth I 294 ff., Stobbe I 283 ff., Bar II 295 ff. u. Lehrb. S. 157 ff., Böhm S. 174 ff., Regelsberger § 46.

¹²⁹ Vgl. für das gem. R. Seuff. II Nr. 354, XXXIX Nr. 179, R.Ger. VIII Nr. 37, XIV Nr. 43, XXVI Nr. 79, XXXI Nr. 40; für das preuss. R. R.Ger. XX Nr. 79; für das französ. u. rhein. R. Barazetti S. 219 ff. u. 225 (a. M. Crome S. 77 Anm. 27); Sächs. Gb. § 17.

¹³⁰ Vgl. für das bad. R. Seuff. XVIII Nr. 204 u. Barazetti S. 220 ff.; für das österr. R. Unger I 199 ff. u. Jettel S. 63 ff. — Ebenso Deut. Entw. § 29. — Ferner Zürich. Gb. § 3; Bündner § 1; Cod. civ. Ital. Art. 8.

¹³¹ So in den Verträgen mit Rußland v. 12. Nov./13. Okt. 1874 (R.G.Bl. 1875 S. 136 ff.), Griechenland v. 26. Nov. 1881, Brasilien v. 10. Jan. 1882, Serbien v. 6. Jan. 1883, Südafrikan. Republik v. 22. Jan. 1885. Insoweit sind die Landes-

Da das heutige Erbrecht auf dem Prinzip der *Universalsuccession* beruht, so ist dem Personalstatut des Erblassers das von ihm hinterlassene Vermögen als Einheit unterworfen¹³². Nur insoweit sich eine deutschrechtliche Sondernachfolge in einzelne Güter, wie z. B. in Lehen, Stammgüter, Familienfideikomnisse oder Bauergüter, erhalten hat, greift das Recht der belegenen Sache durch¹³³. Dagegen liefs die ältere Theorie und Praxis im Anschluß an das mittelalterliche Recht alle Liegenschaften nach der *lex rei sitae* vererben¹³⁴. An diesem Grundsatz hält bis heute die englisch-amerikanische, die russische und überwiegend auch die französische Praxis fest¹³⁵. In Oesterreich ist er für inländische Grundstücke gesetzlich sanktionirt¹³⁶. Auch ist er im Verhältniß des Deutschen Reiches zu Rußland neuerdings vertragsmäfsig eingeführt worden¹³⁷.

Nach dem für die Beerbung maßgebenden Recht bestimmt sich die gesetzliche Erbfolge¹³⁸, das Notherben- und Pflichttheilsrecht¹³⁹, das Heimfallsrecht an erblosen Verlassenschaften¹⁴⁰; desgleichen der

gesetze, die den letzten Wohnsitz entscheiden lassen, durch Reichsrecht gebrochen; R.Ger. XXVI Nr. 24.

¹³² Vgl. die bei Bar II 304 Anm. 21 angef. Litteratur, auch die Nachweisungen aus der deut. Praxis u. deut. Gesetzen b. Stobbe § 34 Anm. 40; Seuff. IV Nr. 92, XXIII Nr. 4; Preufs. Praxis b. Förster-Eccius I § 11, Dernburg I § 46 Anm. 14; Sächs. Gb. § 17.

¹³³ Seuff. XXIII Nr. 4; Savigny VIII 305 ff.; Renaud I § 42; Stobbe I 285; Bar I 306 ff.; Deut. Entw. § 30.

¹³⁴ Vgl. die Nachweise b. Bar II 303 ff. (bes. Anm. 20) u. Stobbe § 34 Anm. 43. Bis in die neuere Zeit hielt hieran die sächsische Praxis fest, Haubold § 306^a Anm. c, Emminghaus S. 55 Anm. 15; ebenso die braunschweigische, Steinacker S. 640, u. württembergische, Wächter II 99 Anm. 24 u. 101 Anm. 27. Ueber die Schwankungen in Preussen vgl. Dernburg, Preufs. P.R. I § 27 Anm. 9.

¹³⁵ Vgl. Story § 483 ff., Wharton § 557 ff., Westlake § 54 ff.; v. Martens, Völkerrecht, deut. Ausg. v. Bergbohm, II (Berlin 1885) § 76 Anm. 4; Foelix I 143 ff., Barazetti S. 220, Crome S. 81 ff., Bar I 305 Anm. 24, auch Seuff. XIV Nr. 107.

¹³⁶ Unger I 102, Vesque v. Püttlingen S. 279 ff., Jettel S. 64.

¹³⁷ Durch den in Anm. 131 genannten Vertrag Art. XII; dagegen kennen die andern dort genannten Verträge diese Ausnahme von der Geltung des nationalen Rechtes nicht.

¹³⁸ Seuff. VI Nr. 307, 308, VII Nr. 232, XXXVIII Nr. 203, XXXIX Nr. 179, R.Ger. XXXI Nr. 40; Böhm S. 174 ff.; oben Anm. 97 u. 115.

¹³⁹ Seuff. XXXII Nr. 105; R.Ger. VIII Nr. 37; Bar II 334 ff.

¹⁴⁰ Savigny VIII 312 ff., Roth, D.P.R. I 295 ff., Bar II 351 ff., Jettel S. 67 ff., Böhm S. 197 ff.; Entw. I § 1974. Doch nimmt vielfach im Auslande der Staat alles (oder doch das unbewegliche) in seinem Gebiet belegene erblose Gut für den eignen Fiskus in Anspruch.

Bestand und die Wirkung einer letztwilligen Verfügung¹⁴¹ oder eines Erbvertrages¹⁴², sowie die Testamentsvollstreckung¹⁴³; nicht minder der Erwerb der Erbschaft und der Vermächtnisse, die Schuldenhaftung des Erben, das Rechtsverhältniß unter Miterben und die Erbschaftstheilung¹⁴⁴.

Doch kommt das Personalstatut des Erben insoweit in Betracht, als dessen allgemeine Rechtsfähigkeit in ihrer Entfaltung zur Erbfähigkeit in Frage steht¹⁴⁵ oder dessen Handlungsfähigkeit bei dem Erbschaftserwerbe eine Rolle spielt¹⁴⁶ oder ihm eine persönliche Verbindlichkeit erwachsen soll¹⁴⁷.

¹⁴¹ Seuff. I Nr. 92, XIV Nr. 107; Stobbe I 286, Bar II 317 ff., Böhm S. 191 ff. Daher ist selbst ein Testament, das nach dem Personalstatut des Erblassers zur Zeit der Errichtung gültig wäre, ungültig, wenn nach dem letzten Personalstatut der Erblasser nicht testirfähig oder der Testamentsinhalt unzulässig ist; R.Ger. b. Seuff. XLVI Nr. 267. Anders, wie es scheint, Deut. Entw. § 29 Abs. 2.

¹⁴² Savigny VIII 314 ff., Unger I 205, Schmid S. 100, Stobbe I 287, Bar I 340 ff. Bei wechselseitigen Erbverträgen entscheidet das letzte Personalstatut des Erstversterbenden. Auch Erbverzichte beherrscht das letzte Personalstatut des Erblassers, so daß sogar, wenn dieses Erbverzichte nicht anerkennt, ein nach dem Personalstatut des Erblassers zur Zeit der Verzichtleistung zulässiger Verzicht unwirksam ist; R.Ger. VIII Nr. 37.

¹⁴³ R.Ger. XXVI Nr. 79; Bar II 338 ff.

¹⁴⁴ Bar II 341 ff.; Seuff. XXXIII Nr. 88, XL Nr. 172. Auch die Uebertragung der Erbschaft oder eines Erbschaftsantheiles als eines Ganzen ist nach dem Gesetz der Erbschaft zu beurtheilen; R.Ger. XX Nr. 58. — Ueber die behördliche Mitwirkung bei der Nachlaßregulirung vgl. F. Böhm, Handbuch der internationalen Nachlaßregulirung, Augsburg 1881, Ergänzungsband 1885; Jettel S. 69—97.

¹⁴⁵ Savigny VIII 313, Unger I 200 Anm. 181, Stobbe I 286; oben Anm. 15—16. A. M. Schmid S. 390, Roth I § 51 Anm. 107, Bar II 312 ff. — Die Frage jedoch, ob eine Person gegenüber einer bestimmten anderen Person „erbfähig“ ist, ist gar keine Frage der Rechtsfähigkeit, sondern eine Frage der Erbfolgeordnung; somit entscheidet das Personalstatut des Erblassers über das Erbrecht unehelicher Kinder (oben Anm. 115) oder der durch Reskript legitimirten Kinder (Seuff. VI Nr. 308).

¹⁴⁶ So bei der Frage, ob für den wahnsinnigen Erben sein Kurator endgültig antreten kann (anders Seuff. VI Nr. 307) oder ob für den in Konkurs gefallenen Erben der Konkursverwalter antreten kann (R.O.H.G. XIV 346, anders Seuff. XXXIII Nr. 88, XXXV Nr. 90).

¹⁴⁷ Darum kann der auswärtige Erbe, der nach dem Satz „Der Todte erbt den Lebendigen“ ohne Antretung Erbe geworden ist, nicht durch Versäumung der Ausschlagung in bestimmter Frist persönlich für die Erbschaftsschulden haftbar werden, wenn er nach seinem Personalstatut nicht verpflichtet wird; Seuff. XL Nr. 172, XLV Nr. 160; Bar II 348, Lehrb. S. 165. Dagegen ist die Ausschlagung wirksam, sobald sie dem Gesetz der Erbschaft entspricht.

Allgemein gilt ferner auch hier für rechtsgeschäftliche Handlungen die Regel „*locus regit actum*“, so daß bei der Errichtung und dem Widerruf von Testamenten oder Erbverträgen und bei der Antritts- oder Ausschlagungserklärung des Erben die Wahrung der am Orte der Handlung geforderten Form genügt¹⁴⁸.

Sodann muß neben dem letzten Personalstatut ein früheres Personalstatut des Erblassers jedenfalls insoweit beachtet werden, als eine nach dem für sie zur Zeit der Vornahme maßgebenden Gesetz ungültige Verfügung durch bloße Veränderung des Wohnsitzes oder der Staatsangehörigkeit nicht gültig werden kann¹⁴⁹. Erbverträge aber sind in ihren vertragsmäßigen Bestandtheilen überhaupt dauernd nach dem Gesetz, unter dessen Herrschaft sie errichtet sind, zu beurtheilen¹⁵⁰.

Endlich kann auch im Erbrecht ein einheimischer Rechtssatz für sein Gebiet sich ausschließliche Geltung beilegen¹⁵¹.

VI. Prozeßrecht. Das gesammte Prozeßrecht richtet sich

¹⁴⁸ Vgl. hinsichtlich der Form der Verfügungen von Todeswegen Seuff. XVIII Nr. 204, XIX Nr. 6; Code civ. Art. 999 (mit einer zweideutigen Einschränkung); Wächter XXV 368 ff., Savigny VIII 365 ff., Unger I 207 ff., Barazetti S. 239 ff., Jettel S. 66, Bar II 321 ff., Böhm S. 188 ff. Neben der Form der *lex actus* ist auch hier die heimathliche Form zulässig. Ist sie beobachtet, so wird das formgerechte Testament durch Veränderung des Personalstatuts nicht, wie Wächter a. a. O. S. 382, Unger a. a. O. Anm. 190 u. Bar II 324 meinen, hinfällig, wenn es der Formvorschrift des letzten Personalstatuts nicht entspricht; vgl. Beseler § 39 Anm. 37, Stobbe § 31 Anm. 11. Vielmehr deckt in einem solchen Falle die Testamentsform sogar die Form der im Testament im Voraus bestätigten Kodizille; Obst.L.G. f. Bayern b. Seuff. XXXIX Nr. 180 (gebilligt von Bar, Lehrb. S. 162, der hiermit in Widerspruch mit seiner oben angeführten Meinung tritt). — Hinsichtlich der Form des Widerrufs eines Testaments vgl. R.Ger. XIV Nr. 43, auch O.L.G. Hamburg bei Seuff. XXXVIII Nr. 202. — Hinsichtlich der Form der Antritts- und Ausschlagungserklärung vgl. Bar II 341 ff.

¹⁴⁹ Wächter XXV 365, Savigny VIII 311, Stobbe I 287, Bar II 320, Regelsberger I 183; R.Ger. XXXI Nr. 29. Abweichend nimmt das R.Ger. XIX Nr. 59 an, das Testament einer Verschwenderin, die zur Zeit der Errichtung in Hannover gewohnt hatte und somit testirunfähig gewesen war, sei gültig, wenn sie zur Zeit ihres Todes im Gebiet des preussischen Landrechts (nach dem Verschwender über die Hälfte testiren können) wohnte. Unrichtig auch Schmid S. 99 ff.

¹⁵⁰ Vgl. Thöl, Einl. § 79, auch Deut. Entw. (1. Fassung) § 29 Abs. 3. A. M. Bar II 340 (vgl. jedoch Lehrb. S. 164, wo er die Frage unentschieden läßt).

¹⁵¹ So hindert z. B. das französische Verbot fideikommissarischer Substitutionen jede fideikommissarische Bindung eines in Frankreich befindlichen Vermögensgegenstandes; Bar II 332 ff. Vgl. auch Code civ. Art. 909 u. dazu Bar II 329 ff.

nach der *lex fori*¹⁵². Allein die privatrechtlichen Voraussetzungen und Wirkungen des Prozesses sind, soweit nicht die *lex fori* mit zwingenden Rechtssätzen durchgreift, nach dem am Sitze des materiellen Rechtsverhältnisses geltenden Recht zu beurtheilen.

So entscheidet über die Partei- und Prozeßfähigkeit, weil sie Ausfluß der Rechts- und Handlungsfähigkeit ist, das Personalstatut¹⁵³. Das Maß des Schutzes, der einem Privatrecht durch Klage oder Einrede gewährt wird, hängt von dem dieses Recht beherrschenden Gesetz ab¹⁵⁴. Die privatrechtlichen Wirkungen der Rechtshängigkeit bestimmen sich grundsätzlich nach dem für das streitige Rechtsverhältnis maßgebenden Recht¹⁵⁵. Im Beweisrecht entscheidet zwar über Zulässigkeit und Kraft der Beweismittel allein die *lex fori*¹⁵⁶, dagegen über die Beweislast das Gesetz, dem das materielle Rechtsverhältnis unterworfen ist¹⁵⁷, und über die

¹⁵² Vgl. bes. Wach, Civilproz. I 219 ff., Bar II 357 ff. u. Lehrb. S. 168 ff. — Aus diesem Satz folgt nicht etwa, daß der Prozeßrichter nur einheimisches Prozeßrecht anzuwenden hat, sondern vielmehr umgekehrt, daß er zwar inländische Prozeßhandlungen nach inländischem, ausländische aber nach ausländischem Prozeßrecht beurtheilen muß. Insoweit daher eine von oder bei einem auswärtigen Gericht vollzogene Prozeßhandlung für ein Verfahren des einheimischen Richters unterstützend oder grundlegend wirkt, gewinnt auch die fremde *lex fori* Bedeutung; Wach S. 222 ff., Bar II 364 ff. Nur gehen freilich die ausschließlichen Rechtssätze der einheimischen *lex fori* vor, die einer ausländischen Prozeßhandlung bestimmte Wirkungen im Inlande versagen oder nur bei Erfüllung gewisser Voraussetzungen des einheimischen Rechts zuerkennen; Bar II 403 ff.

¹⁵³ Seuff. XIII Nr. 181, XV Nr. 94, XXIX Nr. 210; R.Ger. VI Nr. 84 (auch bei juristischen Personen), XXXII Nr. 46; Bar II 386 ff. Eine Ausnahme im Sinne der oben Anm. 26 angeführten Rechtssätze macht C.Pr.O. § 53 (der nach seinem Recht prozeßunfähige Ausländer gilt vor dem deutschen Gericht als prozeßfähig, wenn er nach dessen *lex fori* prozeßfähig wäre). — Dagegen entscheidet über Anwaltszwang und Prozeßvollmacht die *lex fori*; Jettel S. 121 ff.

¹⁵⁴ Vgl. oben Anm. 42, 43, 53 u. 75; sofern nicht die *lex fori* aus Gründen der Sittlichkeit oder des Anstandes die Klage versagt, oben Anm. 74, 87 u. 121. — Dagegen entscheidet über die Zulässigkeit des Rechtsweges die *lex fori*; R.Ger. XXXVIII Nr. 85 S. 157, XXIX 125 (a. M. Bar II 397 ff.).

¹⁵⁵ Bar, Lehrb. S. 195; Dent. Ent. § 36 (jedoch vorbehaltlich der Ausnahmefälle, in denen dem ausländischen Prozeßbeginn die Wirkung im Inlande versagt wird; vgl. Seuff. XLVII Nr. 296).

¹⁵⁶ Dies gilt auch für die Beweiskraft der Handelsbücher; Seuff. XI Nr. 194 u. 308; O.Tr. Berl. Entsch. XI 375 ff.; Unger I 209, Walter § 44, Beseler S. 124. — A. M. (für die *lex loci actus*) Foelix I Nr. 238, Savigny VIII 355, Phillimore § 662; Seuff. I Nr. 132. Vermittelnd Bar II 382.

¹⁵⁷ R.Ger. VI Nr. 127, Bar II 383 ff.; abweichend Seuff. XIV Nr. 148, Wach I 125 ff. Dem materiellen Recht gehören daher auch die gesetzlichen Vermuthungen an; O.Tr. Berlin Striethorst XV 123, R.Ger. XXV Nr. 30, Bar II 384; a. M. (für die *lex fori*) Wharton § 782.

Formfordernisse von Beweisurkunden und Sollemnitätszeugnissen das Gesetz des Ortes, wo sie aufgenommen sind¹⁵⁸. Die Wirkungen eines Urtheils können sich nur nach dem Gesetz des urtheilenden Gerichts bemessen¹⁵⁹. Die Zwangsvollstreckung richtet sich nach dem Gesetz des vollstreckenden Gerichts¹⁶⁰; ihre privatrechtlichen Vorfragen aber, wie z. B. die Uebertragbarkeit eines Rechts oder die Mobilienqualität einer Sache, sind aus dem Gesetz des materiellen Rechtsverhältnisses zu beantworten; ebenso wird die Frage, ob durch richterliche Pfändung ein Pfandrecht begründet ist, von der *lex rei sitae* gelöst¹⁶¹.

Auch beim Konkurse bedarf es einer scharfen Unterscheidung zwischen dem Konkursprozeßrecht, das dem Gesetz des Konkursgerichts unterworfen ist¹⁶², und den privatrechtlichen Voraussetzungen und Wirkungen des Konkursrechtsverhältnisses, auf die die Regeln des internationalen Privatrechts Anwendung finden¹⁶³.

¹⁵⁸ Vgl. über ausländische öffentliche Urkunden Bar II 379 ff., über Sollemnitätszeugen S. 381 ff.; ebenso entscheidet über die ordnungsmäßige Beschaffenheit von Handelsbüchern das Gesetz des Ortes der Führung, Beseler S. 127.

¹⁵⁹ Wach I 223 ff., Bar II 409 ff., Deut. Entw. § 37 Abs. 1. Doch gebührt bei uns ausländischen Urtheilen nicht ohne Weiteres formelle Rechtskraft, vielmehr wird ihnen Vollstreckbarkeit erst durch ein deutsches Vollstreckungsurtheil verliehen, das nicht erlassen werden darf, wenn einer der gesetzlichen Gründe für die Nichtanerkennung des fremden Urtheils vorliegt; C.Pr.O. § 660—661. Dagegen tritt bei uns die materielle Rechtskraft ausländischer Urtheile von selbst ein; sie tritt jedoch in denselben Fällen nicht ein, in denen kein Vollstreckungsurtheil erlassen werden kann; R.Ger. VIII Nr. 115, Wach S. 226 ff. A. M. Bar a. a. O. u. Lehrb. S. 179 ff., der auch hinsichtlich des Umfanges der Anerkennung fremder Urtheile überall die Fragen der *res judicata* und der Vollstreckbarkeit trennen will. — Vgl. auch Jettel S. 164—198. — Ueber ausländische Schiedssprüche R.Ger. XXX Nr. 111, Seuff. XLIX Nr. 92.

¹⁶⁰ Obst.L.G. f. Bayern b. Seuff. XXXVIII Nr. 161; Bar II 497 ff.

¹⁶¹ R.Ger. VIII Nr. 28.

¹⁶² Stobbe I 264 ff., Bar II 553 ff. u. Lehrb. S. 195 ff., Kohler, Lehrb. des Konkursrechts S. 601 ff. — Lediglich eine Frage des internationalen Konkursprozeßrechts ist die Frage nach der Territorialität oder Universalität des Konkurses. Die deut. Konk.O. führt den Grundsatz der Territorialität durch, läßt aber Ausnahmen zu (§ 207). Insoweit hiernach ein im Auslande eröffnetes Konkursverfahren bei uns überhaupt anerkannt wird, ist es nach der ausländischen *lex fori* zu beurtheilen; dagegen untersteht ein Spezialkonkurs, der über das im Inlande befindliche Vermögen eines Ausländers eröffnet wird (Konk.O. § 208), der inländischen *lex fori*.

¹⁶³ So hängt der Eintritt der allgemeinen Minderung der Handlungsfähigkeit oder der Auflösung einer Verbandsperson in Folge der Konkursöffnung davon ab, ob der Gemeinschuldner nach seinem Personalstatut als eine mit dieser

Was endlich die Verjährung betrifft¹⁶⁴, so will zwar eine verbreitete Meinung über die Klagenverjährung, weil sie ein Institut des Prozeßrechts sei, die *lex fori* entscheiden lassen¹⁶⁵. In Wahrheit aber ist die Verjährung, da sie die Rechte in ihrer Wirksamkeit begrenzt, durchweg als Institut des materiellen Rechts nach demjenigen Gesetz zu beurtheilen, dem das fragliche Rechtsverhältnis untersteht¹⁶⁶.

Wirkung in Konkurs verfallene Person erscheint; vgl. oben Anm. 17, Kohler § 120; a. M. Bar II 555 ff., 563, 593. Ferner entscheidet, während die Art der Geltendmachung und die Reihenfolge der Befriedigung aller Gläubigerrechte durch das Gesetz des Konkursgerichtes bestimmt wird (Seuff. VI Nr. 1, XLI Nr. 322, R.Ger. I Nr. 119), über Bestand und Umfang der zu Grunde liegenden Privatrechte das am Orte ihres Sitzes geltende Recht (somit über Eigenthum und dingliche Rechte, insbesondere auch vorbehaltlich der oben Anm. 48 erwähnten Einschränkung über Gültigkeit und Rangordnung der Pfandrechte die *lex rei sitae*, über Entstehung, Inhalt und Aufhebung von Obligationen im Zweifel die *lex solutionis*, über familienrechtliche Ansprüche das Personalstatut, über die Frage, ob ein Urheberrecht, ein Gehaltsanspruch u. s. w. als höchst persönliches Recht dem Zugriff der Gläubiger entzogen ist, das Heimathsgesetz dieses Rechts); Näheres b. Kohler § 118, Bar Lehrb. S. 201 ff., vgl. auch Seuff. XIV Nr. 271, Rechtshülfeverträge b. Niemeyer S. 75. Endlich ist die Anfechtbarkeit von Rechtshandlungen wegen Gläubigerverkürzung im Konkurse wie außerhalb des Konkurses regelmäfsig dadurch bedingt, dafs sie sowohl nach der *lex fori* zulässig ist (Seuff. XXV Nr. 115, R.Ger. XVI Nr. 13, XXI Nr. 5) als auch dem Recht des Ortes der Handlung entspricht (Kohler § 119); doch will die herrschende Meinung vielmehr neben der *lex fori* die *lex domicilii* des Empfängers (und unter Umständen die *lex rei sitae*) anwenden (Seuff. XXVII Nr. 1, XLV Nr. 92, R.O.H.G. XVII 294 ff., Stobbe § 33 Anm. 33, Bar II 581 ff. u. Lehrb. S. 203, Petersen, Z. f. deut. Civilproz. X 66 ff.); eine andere Meinung sieht auf die *lex domicilii* des Veräußerers (West, Arch. f. civ. Pr. LX 358 ff.).

¹⁶⁴ Vgl. über diese sehr streitige Materie Grawein, Verjährung und gesetzliche Befristung, Leipzig 1880, S. 195 ff.; Bar II 92 ff., auch I 637 ff. u. II 171 ff., Lehrb. S. 119 ff.

¹⁶⁵ So Huber a. a. O. Nr. 7, Hommel, Rhaps. II o. 409 Nr. 16, Mittermaier § 31, Beseler S. 127, Schmid S. 74; Seuff. VIII Nr. 7, IX Nr. 246, XII Nr. 334, XVI Nr. 90 u. 184, XIX Nr. 106, XXIII Nr. 102, XXVIII Nr. 186; O.Trib. Berl. Entsch. X 102, XI 232, Strieth. XXXVI 90, L 258. Ebenso die englisch-amerikanische Praxis, Story § 576 ff., Wharton § 534 ff. — Weitere Nachweise b. Beseler a. a. O. Anm. 38, Bar I 93 Anm. 1 a.

¹⁶⁶ Wächter XXV 409 ff., Heffter § 39 Anm. 7, Savigny VIII 273, Grawein S. 198 Anm. 136, Bar II 95 ff.; Seuff. II Nr. 120, VIII Nr. 7 zu II, XII Nr. 334 zu II, XIII Nr. 5, XXV Nr. 2 u. 114, XXIII Nr. 95, XXXIV Nr. 87 u. 88; R.O.H.G. XIV 258 ff., XVIII 187 ff., XXII 88 ff.; R.Ger. I Nr. 51, II Nr. 6, VI Nr. 5, VII Nr. 7, IX Nr. 60. — Daher entscheidet, wie über die Ersitzung (oben Anm. 42—43 u. 48), so auch über die Verjährung der dinglichen Klage die *lex rei sitae*; Bar I 639.

Somit richtet sich insbesondere die Klagenverjährung bei Forderungsrechten nach dem Gesetz des Sitzes der Obligation¹⁸⁷.

¹⁸⁷ Im Zweifel also nach der *lex solutionis*; R.Ger. b. Seuff. XLV Nr. 1, Savigny a. a. O., Böhlau § 74 S. 462, Roth § 51 Anm. 188, sächs. Pr. b. Stobbe § 33 Anm. 20. Andere sehen auf die *lex loci contractus* (Renaud I § 42 a. E.), die *lex domicilii* des Gläubigers (Pothier b. Bar II 98 Anm. 9) oder die *lex domicilii* des Schuldners (Thöl § 85 Anm. 9, Grawein S. 200 ff., französ. Schriftsteller b. Bar II 100 Anm. 11). Zu der letztgedachten Ansicht neigt auch Stobbe I 263; ebenso Bar, der aber II 101 ff. Einschränkungen zu Gunsten der *lex loci contractus* hinzufügt und Lehrb. S. 120 Anm. 20 eine allgemeine Entscheidung überhaupt für unmöglich erklärt. Wird die *lex domicilii* zu Grunde gelegt, so soll bei einer Veränderung des Wohnsitzes nach Manchen das alte Domizil maßgebend bleiben (Stobbe § 33 Anm. 23), nach Anderen eine verhältnismäßige Berechnung eintreten (so Bar I. Aufl. S. 289), nach wieder Anderen der Schuldner sich auf das ihm günstigere Recht (jedoch auf das neue Recht nur, wenn unter ihm die Verjährungszeit abgelaufen ist) berufen können (so Grawein S. 202 u. jetzt Bar II 103). — Bei Deliktsobligationen entscheidet übrigens auch hier das Recht des Thatortes (Bar II 125 Anm. 22), bei gesetzlichen Verbindlichkeiten das den verpflichtenden Thatbestand beherrschende Gesetz (R.Ger. XII Nr. 1).

Dritter Abschnitt.

Das subjektive Recht.

Erstes Kapitel.

Das subjektive Recht überhaupt.

§ 27. Begriff und Wesen des subjektiven Rechts¹.

I. Begriff. Subjektives Recht ist der Inbegriff der Rechtsverhältnisse oder, da die Rechtsverhältnisse aus Befugnissen und Pflichten bestehen, der Befugnisse und Pflichten. Sind die Rechtssätze Willensbestimmungen, so sind die Rechtsverhältnisse Willensbestimmtheiten. Das subjektive Recht ist also der Inbegriff äußerer Willensbestimmtheiten, die durch Rechtsnormen gesetzt sind.

II. Wesen. Das Wesen des subjektiven Rechts ergibt sich aus seinem Verhältniß zum objektiven Recht.

1. Subjektives und objektives Recht ergänzen einander. Sie sind nur zwei Seiten derselben Gesamterscheinung und bleiben auch nach ihrer Entgegensetzung durch einander bedingt und bestimmt².

¹ Vgl. die § 15 Anm. 1 angeführten Schriften. Außerdem Neuner, Wesen und Arten der Privatrechtsverhältnisse, Kiel 1866; E. Pfersche, Methodik der Privatrechtswissenschaft, Graz 1881; Schuppe, der Begriff des subjektiven Rechts, Breslau 1887; J. Clausius, das Merkmal der Macht im Begriff des subjektiven Rechts, Bonn 1890; Jeilinek, das System der subjektiven öffentlichen Rechte, Freiburg 1892. Ferner Schey, Z. f. d. P. u. ö. R. d. G. VII 756 ff.; Leonhard ib. XI 1 ff.; L. Seuffert ib. XII 617 ff.; Kohler ib. XIV 1 ff.; Bernatzik, Arch. f. öff. R. V 193 ff.

² Ueber ihre ursprüngliche Ungeschiedenheit vgl. oben § 15 Anm. 2. — Viel Treffendes b. Bierling, Prinzipienlehre I 145 ff. (vgl. auch schon Kritik II 49 ff.), der jedoch den Gegensatz ganz verwischt.

Subjektives und objektives Recht sind gleich ursprünglich. Die Vorstellung von eignen und fremden Rechten und Pflichten ist nicht erst ein Erzeugniß der Einsicht, daß es einer Friedensordnung unter den Menschen bedarf, sondern sie entspringt unmittelbar im ältesten Rechtsgefühl. Allein sie kann nicht entstehen, ohne daß zugleich die Vorstellung einer die Willensinhalte anerkennenden und begrenzenden Norm vorhanden wäre. Das subjektive Recht darf auch heute weder, wie eine verbreitete moderne Ansicht meint, als bloße Schöpfung des objektiven Rechts aufgefaßt, noch umgekehrt, wie dies gewissen naturrechtlichen und radikalen Anschauungen entspricht, vor und über das Gesetz gestellt werden³.

Subjektives und objektives Recht sind Korrelatbegriffe. Rechte und Pflichten, die kein Rechtssatz bejaht, sind kein wirkliches Recht. Unser Rechtsbewußtsein kann freilich Rechte und Pflichten postulieren, die das bestehende objektive Recht ignorirt oder verneint: allein dann handelt es sich eben nur um Rechtsideale, die erst durch eine Aenderung der Rechtsordnung Realität erlangen. Andererseits wäre objektives Recht, das nicht Befugnisse und Pflichten setzte, ein leeres Spiel. Die einzelne Rechtsnorm kann freilich zunächst einen anderen Inhalt haben: immer aber ist sie wenigstens mittelbar auf die Determination von Rechtsverhältnissen gerichtet⁴.

Subjektives und objektives Recht sind von einander abhängig. Das objektive Recht ist, obschon nicht der Schöpfer, doch der Gestaltgeber und zwar der formell allmächtige Gestaltgeber des subjektiven Rechts. Die naturrechtliche Lehre von den unzerstörbaren Menschenrechten und Menschenpflichten verwechselt Rechtsidee und Recht. Materiell aber ist das objektive Recht an den Stoff, den es formt, gebunden; es findet die Willensinhalte vor und kann keine Rechtsverhältnisse hervorzaubern, die nicht in ihnen angelegt wären⁵.

³ Die Anhänger der reinen Befehlsnatur des objektiven Rechts erklären folgerichtig das subjektive Recht für eine reine Schöpfung des objektiven Rechts; vgl. z. B. Thon S. 147 ff., Merkel, Elem. S. 37 ff., Windscheid, Pand. § 37, Roguin S. 41 ff., Clausius S. 7. Folgerichtig müßten sie das subjektive Recht überhaupt verneinen, wie dies z. B. Pfersche a. a. O. gewagt hat. Vgl. gegen diese Einseitigkeit Dernburg, Pand. I § 39, Bekker, Pand. I § 18 Anm. c. Andererseits ist es verfehlt, das Dasein subjektiver Rechte vor dem Dasein einer Rechtsordnung anzunehmen; eine Rechtsordnung hat es von je gegeben, wenn sie auch vom ursprünglichen Bewußtsein nicht den Rechtsverhältnissen gegenübergestellt, sondern nur in und mit ihnen empfunden wurde.

⁴ Dies gilt von allen Rechtssätzen, die oben § 16 Anm. 5 als „deutende“ bezeichnet sind.

⁵ Auch in dieser Hinsicht werden von den Naturrechtstheorien einerseits

2. Das subjektive Recht kann gleich dem objektiven Recht abstrakt oder konkret gefasst werden. Je mehr aber die ursprüngliche Ungeschiedenheit schwindet, desto deutlicher tritt in dieser Hinsicht ein Gegensatz zu Tage. Das objektive Recht wird immer entschiedener als abstraktes Recht ausgestaltet, so daß wir, indem wir Gesetzesparagraphen lesen oder hören, es zunächst von der abstrakten Seite her kennen lernen. Dagegen begegnet das subjektive Recht uns im Leben stets als konkretes Recht, das wir an konkreten Zuständen oder Vorgängen erleben oder beobachten. Wie aber die Praxis das objektive Recht konkret machen muß, um es auf das als Rechtsfall vor sie tretende konkrete Rechtsverhältniß anzuwenden, so muß die Wissenschaft die bunten Erscheinungen des Rechtslebens in die Sphäre der Abstraktion erheben, um das der abstrakten Norm entsprechende abstrakte subjektive Recht zu finden. Für die Praxis ist das Recht in abstracto, für die Wissenschaft das Recht in concreto nur Hilfsmittel, — dort als Urtheilsmotiv, hier als Beispiel.

3. Das subjektive Recht ist äußere Willensmacht oder Willensgebundenheit, Herrschen oder Beherrschtsein. Ist das objektive Recht Willensabgrenzung, so kann die Substanz des subjektiven Rechts nur determinirter Wille sein. Allein nicht leerer und zielloser Wille, sondern Wille, der von einem bestimmten Inhalt erfüllt und auf ein bestimmtes Ziel gerichtet ist! Den Inhalt jedes als Rechtsverhältniß anerkannten Willensverhältnisses bildet ein äußeres Lebensinteresse, ein ideelles oder materielles Gut, ein Antheil am menschlichen Kulturerwerb. Das Ziel aber aller dieser Willensverhältnisse ist Befriedigung geistiger und leiblicher Bedürfnisse, gesicherter Genuß von Lebensgütern, Theilnahme am menschlichen Kulturleben. Das Wesen des subjektiven Rechts wird gröblich verkannt, wenn es in die nackte Willensbestimmtheit verlegt wird, als seien deren Inhalt und Ziel außerhalb des Rechtsbegriffes stehende Dinge⁶. Die Rechte und Pflichten sind nicht bloße Schalen, die eine fremde Frucht bergen. Allein man wird dem Wesen des subjektiven

und den modernen Machttheorien andererseits die entgegengesetzten Extreme vertreten.

⁶ Zu dieser Einseitigkeit neigen Thon, Windscheid u. A., die den Charakter der Rechte und Pflichten als Willensmacht und Willensgebundenheit richtig bestimmen. Am schroffsten Roguin S. 112, dem das Recht eine bloße „enveloppe“ ist. Dagegen sucht Merkel a. a. O. S. 98 ff. diese Einseitigkeit zu vermeiden. In ihrer energischen Bekämpfung liegt ein Hauptverdienst von Jhering. Ebenso haben Dernburg und Kohler sie schlagend zurückgewiesen. Vgl. auch Regelsberger, Pand. § 14.

Rechts ebensowenig gerecht, wenn man es als „geschütztes Interesse“ definiert oder seinen Begriff auf den „Genuss“ abstellt⁷. Denn immer ist das Primäre in ihm Willensmacht und Willensgebundenheit. Hiermit steht es keineswegs im Widerspruch, daß Rechte und Pflichten Subjekten zugeschrieben werden, die zur Zeit eines rechtlichen Wollens nicht fähig sind. Denn immer handelt es sich um Willensmacht oder Willensgebundenheit, die für sie verwirklicht werden soll. Das Kind ist noch nicht Rechtssubjekt, weil sein Interesse gewahrt oder ihm Genuss verschafft wird: es ist erst deshalb und nur insoweit Rechtssubjekt, weil und inwieweit in seinem Namen Herrschaft zu üben oder zu erdulden ist⁸.

§ 28. Die Elemente des subjektiven Rechts.

I. Befugnisse und Pflichten. Die Grundbestandtheile des subjektiven Rechts sind einzelne Befugnisse und Pflichten.

⁷ So Jhering, Geist III § 61: Rechte sind rechtlich geschützte Interessen, Recht ist die Sicherheit des Genusses. Dernburg § 39: Recht im subjektiven Sinn ist der einer Person durch die Rechtsordnung gewährleistete Antheil an den Lebensgütern. Bernatzik S. 282 ff. u. 260 ff. erblickt zwar den Kern des Rechtes in einem Zweck, erklärt aber das Willensmoment für wesentlich, indem er nur einen Zweck, dessen Verwirklichung durch ein Wollendürfen sicher gestellt ist, als Recht gelten läßt.

⁸ Wenn immer wieder die Rechtsfähigkeit von Kindern und Wahnsinnigen für unvereinbar mit der Willensnatur des subjektiven Rechts erklärt wird, so wird dabei verkannt, daß die Rechtsordnung ihnen niemals Rechte und Pflichten zuschreiben würde, wenn sie nicht in ihnen Träger menschlicher Willenspotenz erblickte und achtete. In der That ist jedes menschliche Wesen, so bald und so lange es athmet, im natürlichen Sinne willensfähig. Indem das Recht mit der einen Hand dieser natürlichen Willensfähigkeit die Geltung in seinem Reiche entzieht, gewährt es mit der anderen Hand die Zuständigkeit einer durch rechtliche Mittel zu verwirklichenden Willenssphäre. Gerade weil das subjektive Recht Willensmacht und Willensgebundenheit ist, wird da, wo es an einem hinreichend entwickelten Willen fehlt, das Rechtssubjekt einerseits durch Versagung der Handlungsfähigkeit eingeschränkt und andererseits durch Einsetzung einer Willensvertretung ergänzt. Wendet man hiergegen ein, daß doch auch der unvertretene Willensunfähige Rechtssubjekt ist, so übersieht man, daß es niemals ganz an einer Vertretung fehlt, da die Gemeinschaft selbst kraft ihrer obervormundschaftlichen Funktion ihre hilflosen Glieder vertritt. Im Uebrigen ist ja freilich in einem solchen Falle der Zustand des subjektiven Rechts ein unvollkommener. Aber darum sucht auch die Rechtsordnung ihn zu beseitigen. Alle diese aus der Anerkennung willensunfähiger Subjekte hergeleiteten Skrupel würden die ungebührliche Rolle, die ihnen neuerdings eingeräumt wird, kaum spielen können, wenn die moderne Doktrin der ideellen Natur des Rechtes eingedenk bliebe und nicht immer bemüht wäre, die Geistesgebilde, die wir Rechte und Pflichten nennen, zu materialisiren.

Befugniss (Recht) ist Willensmacht, die durch eine gewährende Rechtsnorm gesetzt ist. Ihr Inhalt ist ein Dürfen.

Pflicht (Verbindlichkeit) ist Willensgebundenheit, die durch eine verpflichtende Rechtsnorm gesetzt ist. Ihr Inhalt ist entweder, falls die Norm gebietet, ein Sollen (positive Verbindlichkeit) oder, falls die Norm verbietet, ein Nichtdürfen (negative Verbindlichkeit).

Befugnisse und Pflichten stehen in untrennbarem äusserem Zusammenhang: jeder Befugniss des Einen entspricht eine Pflicht eines Anderen oder Anderer und umgekehrt¹. Nach unserer nationalen Auffassung fordert die Gerechtigkeit, dass auch ein innerer Zusammenhang bestehe, dass womöglich kein Recht ohne Pflicht und keine Pflicht ohne Recht sei, dass in jeder Rechtsbeziehung Gegenseitigkeit walte. Hierbei handelt es sich freilich nur um eine Maxime, die nicht in jedem Einzelfalle und stets nur annähernd durchführbar ist. Allein dem kraftvollen Streben nach ihrer Verwirklichung verdanken zahlreiche deutsche Rechtsinstitute ihr eigenartiges Gepräge².

Die Betrachtung des Rechtes im Ganzen darf nicht, wie dies zum Theil die Römer thaten, einseitig von den Befugnissen ausgehen. Die Pflichten sind keineswegs blos Ausflüsse, sondern Korrelate der Befugnisse und haben ihre selbständige Herkunft und Bedeutung. Dies gilt auch für das Privatrecht, wenschon, wie im öffentlichen Recht die Pflichten, so hier die Befugnisse in den Vordergrund treten.

Doch ist für die Gliederung des Rechtssystemes seit langer Zeit der Standpunkt der Befugniss gewählt worden. Hieran ist jedenfalls im Privatrecht festzuhalten. Nur darf nie vergessen werden, dass in der Systematik unserer Privatrechte eben nur die eine Seite des subjektiven Rechts zum Ausdruck gelangt.

II. Rechtsverhältniss. Ein zusammenhängender Inbegriff von Befugnissen und Pflichten, der einem Lebensverhältniss entspricht, bildet ein Rechtsverhältniss. Die Wirklichkeit bietet eine unendliche Fülle konkreter Rechtsverhältnisse, deren jedes seine Individualität hat. Wird von einer Summe verwandter Rechtsverhältnisse das Typische abgehoben, so ergibt sich der Begriff eines abstrakten Rechtsverhältnisses, dessen Gegenbild im objektiven Recht der Begriff eines Rechtsinstitutes ist³.

¹ Richtig Merkel, Elem. S. 38. Vgl. auch Bierling, Prinzipienlehre I 169 ff. — A. M. Regelsberger § 16.

² Man denke z. B. an die deutschrechtliche Munt, an das Lehnrecht, an das Bergwerkseigenthum, an das Erfinderrecht u. s. w.

³ Ein Rechtsverhältniss in concreto ist z. B. die Ehe zwischen A und B, die Handelsgesellschaft C, D u. Co, das Pachtverhältniss zwischen E und F am

Die Rechtsverhältnisse sind einfach oder zusammengesetzt. Zusammengesetzte Rechtsverhältnisse bestehen aus mehreren Rechtsverhältnissen, die in irgend einer Weise von einander gesondert und zugleich zu einem einheitlichen Gesamtrechtsverhältniß verbunden sind⁴. Eine vom deutschen Recht eigenartig ausgeprägte und vom modernen Recht festgehaltene Bildungsart zusammengesetzter Rechtsverhältnisse ist die Unterscheidung zwischen der inneren und äußeren Seite eines Verhältnisses, wobei die Beziehungen, die aus einer rechtlichen Verknüpfung von Subjekten unter ihnen entspringen, und die Beziehungen, die aus solcher Verknüpfung zwischen diesen Subjekten und Dritten erwachsen, mehr oder minder unabhängig von einander normirt sind, zuletzt aber gleichwohl Komponenten eines einheitlich angelegten Rechtsverhältnisses bleiben⁵.

III. In dem Inbegriff der Rechtsverhältnisse offenbart sich das Rechtsleben.

§ 29. Die Rechte.

I. Struktur der Rechte. Jede Befugniß fordert ihrem Begriff nach gewisse Bestandtheile, die jedoch auf verschiedene Weise zusammengefügt werden können. Von dem Verfahren, das hierbei eingeschlagen wird, hängt die Struktur der Rechte ab.

1. Damit ein Recht da sei, muß zunächst ein Subjekt gesetzt werden, von dem ausgesagt wird, daß ihm eine Willensmacht

Landgut X, — ein Rechtsverhältniß in abstracto die Ehe, die offene Handelsgesellschaft, die Landgüterpacht. Vgl. Thöl, Einl. § 41, Beseler, D.P.R. § 5, Unger, Syst. I 2 Anm. 4, Stobbe, D.P.R. I § 35, Regelsberger § 13. — Mit diesem Gegensatz hängt die alte Unterscheidung der *essentialia*, *naturalia* und *accidentalia* des Rechtsverhältnisses zusammen: Bestandtheile, die dem konkreten Rechtsverhältniß nicht fehlen dürfen, wenn es unter das abstrakte fallen soll, sind *essentialia*; Bestandtheile, die auch fehlen können, aber mit dem abstrakten Typus übereinstimmen, sind *naturalia*; Bestandtheile, die vom Typus abweichen und also die individuellen Züge des konkreten Rechtsverhältnisses bilden, sind *accidentalia*.

⁴ Vgl. Bierling, Kritik II 140 ff., Prinzipienlehre I 309 ff.

⁵ Vgl. Brunner in v. Holtzendorff's Encykl. I 270, Gierke, Genossenschaftstheorie S. 446. Diese Erscheinung begegnet namentlich bei Genossenschaften und bei Gemeinschaften zur gesamten Hand, bei Vertretungsverhältnissen (nach innen vom Auftrag abhängige, nach außen von ihm unabhängige Vollmacht), bei Haftungsverhältnissen (z. B. nach innen antheilmäßige, nach außen solidarische Haftung), aber auch bei der Lehnsträgerschaft, den Salmannen, den Werthpapieren u. s. w. Am kräftigsten hat sie das Handelsrecht ausgebildet.

eigne. Die Annahme subjektloser Rechte ist ein Widerspruch in sich selbst¹. Zum Rechtssubjekt aber eignet sich nur ein durch Rechtssatz als Träger eines freien Willens anerkanntes Wesen.

2. Mit diesem Subjekt wird, sobald ihm ein Recht zugeschrieben wird, ein Prädikat verbunden, das unendlich mannichfach lauten kann, immer aber in ein Machthaben ausmünden muß. Geeignet hierzu ist jedes Machthaben, das eine Herrschaft im Bereiche der äußeren Freiheit begründet.

3. Ein solches Machthaben fordert nothwendig ein von seinem Subjekte verschiedenes Objekt², das zunächst nichts Anderes sein kann, als beherrscher freier Wille³. Zu einem Rechtsobjekt in diesem Sinne eignet sich nur ein durch Rechtssatz als Träger eines freien Willens anerkanntes Wesen, mithin ein Wesen, das auch Rechtssubjekt sein kann und in dem Augenblick, in dem es als Objekt einer Befugnis gesetzt wird, zugleich als Subjekt der entsprechenden Pflicht erscheint⁴.

¹ A. M. Bekker, Pand. I 58, Regelsberger, Pand. § 15, Windscheid, Pand. I § 49 Anm. 3 u. die dort Genannten; vgl. aber Jhering, Jahrb. f. Dogm. X 390 ff., Dernburg, Pand. I § 49. Insofern die Lehre von den subjektlosen Rechten sich auf die Unwirklichkeit der Verbandspersonen stützt, ist sie später zu widerlegen. Im Uebrigen ist zweierlei richtig. Erstens, daß die Anknüpfung von Rechten und Pflichten an ein Subjekt den Wegfall dieses Subjektes überdauern und umgekehrt eine Vorausverknüpfung von Rechten und Pflichten mit einem künftigen Subjekt stattfinden kann; allein hier fehlt es keineswegs an einem Subjekt, vielmehr wird nur eine Nachwirkung oder eine Vorwirkung der Persönlichkeit anerkannt, wobei dann die Rechtsverhältnisse während der Uebergangszeit in verschiedener Weise konstruirt werden können; vgl. unten § 41 I, 63 I 2, 70 III. Zweitens, daß es vom Dasein eines Subjektes unabhängige rechtliche Beschaffenheiten und Verknüpfungen von Objekten giebt; allein das sind keine Rechte und Pflichten, sondern von der Rechtsordnung zubereitete Unterlagen von Rechten und Pflichten.

² Dagegen nimmt Bekker, Pand. I 50 ff., objektlose Rechte an. Wenn er aber als Beispiele das Bürgerrecht und die Testirfähigkeit anführt, so ist dort der Staat das Objekt, während es sich hier, falls überhaupt um ein Recht, um ein gegen Jedermann gerichtetes Recht an der eignen Person handelt. Vgl. Bierling, Prinzipienlehre I 239 ff.

³ So mit Recht Merkel, Elem. S. 39; vgl. auch Thon S. 161 ff., Windscheid I § 38 ff., Bierling, Kritik II 177 ff., Prinzipienlehre I 239 ff. Dagegen hält die herrschende Lehre an der Auffassung des dinglichen Rechts als einer vom Dasein eines Verpflichteten unabhängigen Beziehung zwischen Person und Sache fest; vgl. z. B. Dernburg, Pand. I § 22 Anm. 5, Bekker I § 20. Ebenso der Entwurf; vgl. über die verfehlten praktischen Folgerungen aus dieser Auffassung Gierke, Entw. S. 282.

⁴ Roguin S. 76 ff. will die verpflichteten Personen überhaupt nicht als Objekte, sondern als „passive Subjekte“ denken. Allein nun gelangt er zu

Das verpflichtete Subjekt kann auf doppelte Weise bestimmt werden. Entweder richtet sich das Recht gegen Jedermann, so daß an sich das verpflichtete Subjekt unbestimmt ist, jedes vom Berechtigten verschiedene Rechtssubjekt aber verpflichtet wird, sobald es in den für den Berechtigten abgegrenzten Machtbereich geräth⁵. Oder das verpflichtete Subjekt ist von vornherein bestimmt, indem dem Berechtigten ein einziger Verpflichteter oder eine fest bestimmte Mehrheit von Verpflichteten gegenübersteht. Hieraus ergibt sich der Unterschied absoluter und relativer Rechte. Dieser Unterschied ist jedoch kein unvermittelter Gegensatz, läßt vielmehr mancherlei Kombinationen von Elementen der einen und der anderen Art offen⁶.

4. Zu diesen drei Grundbestandtheilen muß bei jedem Recht mindestens noch ein vierter Bestandtheil hinzutreten, der sich als Beziehungsgegenstand des Rechtes bezeichnen läßt. Bei den absoluten Rechten bedarf es, damit der leere Rahmen eines Rechtes gegen Jedermann mit einem bestimmten Inhalte erfüllt werde, der Einfügung eines Gegenstandes, in Bezug auf welchen der Berechtigte über andere Willen herrschen soll. Bei den relativen Rechten muß die Herrschaft des Berechtigten durch Abgrenzung der Beziehungen, in denen der Verpflichtete beherrscht werden soll, näher bestimmt werden, weil ein schlechthin beherrschter Wille nicht mehr freier Wille und sein Träger nicht mehr Subjekt einer Pflicht wäre. Möglicherweise schieben sich noch weitere Bestandtheile ein. Insbesondere kann bei den relativen Rechten die Bestimmung des Herrschafts-

einer sehr willkürlichen Bestimmung des „Objekts“ (S. 49 ff.). Und bei den Gewaltrechten an der Person verläßt er seinen Standpunkt und verwandelt die unterworfenen Person aus einem passiven Subjekt in ein bloßes Objekt, so daß in unerträglicher Weise alle Gegenseitigkeit verschwindet (S. 258 ff.).

⁵ Die nicht unberechtigten Einwürfe gegen die Vorstellbarkeit eines Rechtes „gegen jeden Weltbürger“, „gegen eine ungezählte Menge, die nichts von uns und unserem Recht wissen kann und niemals etwas davon wissen wird“ (vgl. z. B. Dernburg I § 39 Anm. 9), erledigen sich durch diese den wirklichen Sachverhalt ausdrückende Fassung.

⁶ Absolute Rechte können sich in intensiverer Weise, als gegen andere Verpflichtete, gegen einen bestimmten Verpflichteten richten, wie z. B. begrenzte dingliche Rechte gegen den jeweiligen Eigentümer der Sache. Sie können auch in der Richtung gegen manche Dritte (z. B. gegen den redlichen Erwerber) versagen. Relative Rechte können zugleich in gewissem Umfange absolute Rechte sein, wie z. B. das Recht des Vaters am Kinde neben den Kindespflichten eine Pflicht jedes Dritten, das Kind dem Vater nicht zu entziehen, begründet. Ja zuletzt haben alle relativen Rechte in irgend einem Grade absolute Geltung; auch das Forderungsrecht muß, wie z. B. das Anfechtungsrecht verkürzter Gläubiger zeigt, von Dritten respektirt werden.

bereiches über fremden Willen wieder mit Hilfe der Einschaltung eines entfernteren Beziehungsgegenstandes (z. B. des Leistungsgegenstandes einer Obligation) erfolgen.

Diese zur Bestimmung des Rechtsinhaltes unentbehrlichen Bestandtheile lassen sich in verschiedener Weise vorstellen. Sie können namentlich entweder als mittelbare Objekte hinter oder als unmittelbare Objekte vor die Verpflichteten gerückt werden. So ist z. B. für das Eigenthum die doppelte Denkform einer Herrschaft über Jedermann in Bezug auf eine Sache oder einer Herrschaft über eine Sache gegenüber Jedermann möglich. Und eine Forderung auf Herausgabe einer Sache kann als Herrschaft über eine Person in Bezug auf eine Handlung oder als Herrschaft über eine fremde Leistung gegenüber einer Person oder etwa auch als Herrschaft über eine Sache gegenüber einer zu ihrer Leistung verpflichteten Person gedacht werden. Bei der Auswahl unter den möglichen Denkformen ist der rechtbildende Menscheng Geist nicht immer gleichmäßig verfahren, hat aber stets die anschaulichere und lebendigere Betrachtungsweise vorgezogen. Uebereinstimmend ist namentlich im Rechtsbewusstsein aller Völker der Begriff der absoluten Rechte dergestalt ausgeprägt worden, daß die unbestimmte Menge der Verpflichteten in den Hintergrund geschoben und der Beziehungsgegenstand als unmittelbares Objekt des Rechts gefaßt ist. Die Rechtswissenschaft hat nicht die Aufgabe, einer einheitlichen logischen Schablone zuliebe die lebensvollen Gedankengebilde, die das Gemeinbewusstsein in der Arbeit von Jahrtausenden gestaltet hat, zu zersetzen⁷. Sie hat ihre Begriffe aus dem Vorstellungsinhalte des geschichtlich gewordenen Rechtsbewusstseins zu schöpfen und die in ihm eingelebten Denkformen als ein Stück der geistigen Wirklichkeit zu achten.

So ist auch bei der Eintheilung der Rechte statt des farblosen Satzes, daß jedes Recht Herrschaft von Willen über Willen ist, die

⁷ Darum sind die Versuche, das dingliche Recht in ein persönliches Recht gegen Jedermann umzudenken, nicht zu billigen. Wird gar in Verkennung der realen Fülle des Rechtsinhaltes (vgl. oben § 27 Anm. 6) der vom dinglichen Recht gewährleistete Sachgenuss aus dessen Begriff ganz eliminirt und diesem Recht nur ein negativer Inhalt gegeben, so entsteht ein vollkommenes Zerrbild. Ebenso verfehlt ist das Bemühen, innerhalb des farblosen Gattungsbegriffes der absoluten Rechte den engeren Begriff der dinglichen Rechte ganz aufzulösen; so neuerdings die im Uebrigen sehr viel Treffendes enthaltende Schrift von E. Fuchs, *Das Wesen der Dinglichkeit*, Berlin 1889. Aehnlich auch Oertmann, *Jahrb. f. Dogm.* XXXI Nr. 8. — Umgekehrt darf man nicht mit Bierling, *Prinzipienlehre* I 244 ff., bei allen Arten von Rechten dem Beziehungsobjekte die gleiche maßgebende Stellung einräumen.

hergebrachte Betrachtungsweise zu Grunde zu legen, die bei der Struktur der einzelnen Rechte ungleichmäÙig verfährt und insbesondere ihr Objekt nach verschiedenen Gesichtspunkten bestimmt.

II. Eintheilung der Rechte nach dem Objekt⁸. Vor Allem ist daher als systematische Grundeintheilung die Unterscheidung der Rechte nach ihrem Objekte festzuhalten. Sie führt zur Annahme von drei Hauptklassen der Rechte:

1. Rechte an der eignen Person (Persönlichkeitsrechte). Hierher gehören alle Rechte, die dem Berechtigten den Genuß eines persönlichen Gutes oder die Bethätigung einer persönlichen Kraft allen anderen Personen gegenüber gewährleisten. Als unmittelbares Objekt erscheint ein Bestandtheil der eignen Persönlichkeitssphäre, bezüglich dessen dem Berechtigten Herrschaft und somit Macht zur Untersagung fremder Eingriffe zugesprochen wird. Verpflichtetes Subjekt ist Jedermann. Diese Rechte sind also absolute Rechte⁹.

2. Rechte an Sachen (Sachenrechte, dingliche Rechte). Dies sind die Rechte, die dem Berechtigten die Herrschaft über einen als Sache ausgeschiedenen Bestandtheil der äußeren Güterwelt allen anderen Personen gegenüber verschaffen. Als unmittelbares Objekt wird eine Sache vorgestellt, bezüglich deren dem Berechtigten Herrschaft und somit Macht zur Untersagung fremder Eingriffe zuerkannt wird. Verpflichtetes Subjekt ist Jedermann. Auch diese Rechte sind also absolute Rechte¹⁰.

3. Rechte an anderen Personen (persönliche Rechte im objektiven Sinn des Wortes). Diese Rechte gewähren sämtlich

⁸ Viel Treffendes hierüber bei K. Kärger, Zwangsrechte, ein Beitrag zur Systematisirung der Rechte, Berlin 1882. Doch entfernt sich seine eigne Systematisirung (S. 191 ff.) in unnöthiger Weise von den geschichtlich entwickelten Vorstellungsformen. Manches Gute auch bei Roguin S. 191 ff., dessen Kategorien aber zum Theil unangemessen und durchaus nicht erschöpfend sind. -- Die nachfolgende Klassifikation lehnt sich so viel wie möglich an das hergebrachte juristische Denken an.

⁹ Näheres über das Wesen dieser Rechte unten Buch II Abschn. I Kap. 4. Vorläufig sei nur bemerkt, daß nach der dort zu rechtfertigenden Auffassung zu den Persönlichkeitsrechten auch die von Kärger a. a. O. von ihnen absonderten „Zwangsrechte“ (einschließlich der „Aneignungsrechte“ und „Gewerbe-rechte“) und die von Roguin S. 308 ff. ausgeschiedenen „Monopolrechte“ gehören; daß ferner die von Kohler u. A. zu einer selbständigen Klasse erhobenen „Immaterialgüterrechte“ nur Ausflüsse von Persönlichkeitsrechten sind und von diesen so wenig losgerissen werden dürfen, wie die Familiengüterrechte von den Familienrechten.

¹⁰ Von ihnen unten Buch II Abschn. II.

zunächst eine Macht über eine andere Persönlichkeitssphäre. Allein sie sind unter sich von sehr ungleicher Beschaffenheit.

a. Rechte auf eine Handlung (Obligationenrechte). Erschöpft sich die Herrschaft des Berechtigten über den Verpflichteten in der rechtlichen Macht, eine wirtschaftlich werthvolle Leistung zu fordern, so wird mindestens heute als unmittelbares Objekt nicht die Persönlichkeit als solche, sondern die zu leistende Handlung aufgefaßt. Die Leistungspflicht wird also objektivirt und als etwas Gegenständliches vom verpflichteten Subjekte losgelöst. Dahinter steht dann die fremde Persönlichkeit, die erst unmittelbar von der auf ihre Handlung gerichteten Herrschaft des Berechtigten ergriffen wird. Bezieht sich die geschuldete Leistung auf eine Sache, so bleibt diese entfernteres Objekt. Diese Rechte sind durchweg relative Rechte¹¹.

b. Rechte an fremder Persönlichkeit (Personenrechte). Andere Rechte gewähren dem Berechtigten eine Macht über eine fremde Persönlichkeit als solche. Als unmittelbares Objekt erscheint hier eine Person, die jedoch immer nur in Bezug auf einen bestimmt abgegrenzten Bestandtheil ihrer Persönlichkeitssphäre beherrscht wird. Erst als Ausflüsse des Rechtes an der Person ergeben sich Rechte auf gewisse Handlungen dieser Person und zum Theil auch Rechte an Sachen. Hierher gehören heute vor Allem die Familienrechte¹². Aber auch andere Gemeinschaftsrechte müssen insoweit hierher gestellt werden, als der deutschrechtliche Gedanke einer personenrechtlichen Gemeinschaft sich behauptet hat¹³. Dagegen sind zahlreiche früher anerkannte Rechte dieser Klasse, wie die personenrechtlichen Beziehungen zwischen Lehnsherrn und Vasallen, Gutsherrn und Hörigen oder Dienstherrn und Gesinde, ganz oder fast ganz aus dem geltenden Recht verschwunden¹⁴. Alle diese Rechte

¹¹ Von ihnen unten Buch II Abschn. III.

¹² Von ihnen unten Buch II Abschn. IV. Zweierlei ist hierbei insbesondere vom Standpunkte des germanischen Rechts zu beachten. Erstens, daß nach deutscher Auffassung alle Familienrechte gegenseitig sind, mithin nicht bloß (wie Roguin S. 258 ff. ausdrücklich behauptet, Andere stillschweigend annehmen) ein Personenrecht des Vaters am Kinde und des Mannes an der Frau, sondern auch ein Personenrecht des Kindes an Vater und Mutter und der Frau am Manne besteht. Zweitens, daß nach deutscher Auffassung die Familiengüterrechte nicht besondere Sachen- und Forderungsrechte, sondern sachen- und obligationenrechtliche Bestandtheile eines vom Personenrecht durchherrschten und gebundenen einheitlichen Rechtsverhältnisses sind.

¹³ Davon unten Buch II Abschn. I Kap. 3.

¹⁴ Von den Resten solcher Personenrechte wird im Gesinderecht und Lehnrecht gehandelt werden.

wenden sich zunächst als relative Rechte gegen ein bestimmtes verpflichtetes Subjekt, fordern aber in zweiter Linie als absolute Rechte Achtung von Jedermann¹⁵.

e. Rechte einer Verbandsperson an ihren Gliedpersonen und der Gliedpersonen an ihrer Verbandsperson (innere Körperschaftsrechte). Aus der sozialrechtlichen Ordnung der Gemeinheiten entstehen durchaus eigenartige Rechte, die insoweit, als sie überhaupt dem Privatrecht angehören, eine besondere Kategorie der Privatrechte bilden. Ihr unmittelbares Objekt ist für die Gesamtperson das ihr eingeordnete Glied, dessen Persönlichkeitssphäre in bestimmten Beziehungen der Herrschaft der Gesamtperson unterworfen ist, und für die Gliedperson das ihr übergeordnete Ganze, an dessen Persönlichkeitssphäre sie in gewissem Umfange Theil hat. Sie sind also gleich Familienrechten und anderen Rechten an fremder Persönlichkeit in ihrem Kerne Personenrechte, während erst aus ihrer Entfaltung Rechte auf Handlungen und an Sachen hervorgehen. Von allen anderen Privatrechten aber unterscheiden sie sich dadurch, daß hier die Personen nicht neben einander, sondern in einander gedacht werden. Ihre Struktur wurzelt daher bereits in dem Vorstellungskreise, der seine volle Ausbildung im öffentlichen Rechte erfährt¹⁶.

d. Rechte am Rückstande einer weggefallenen Person (Nachlassrechte). Soweit die Herrschaftssphäre einer Person das Dasein derselben (als ihr „Nachlaß“ oder ihre „Hinterlassenschaft“) überdauert, sind für andere Personen Rechte auf Eintritt in die leer gewordene Subjektsstelle begründet. Unmittelbares Objekt solcher Rechte ist irgendwie das Residuum einer Persönlichkeit. Mittelbar werden durch sie in mannichfach verschiedener Weise Sachen und Handlungen der Herrschaft des Berechtigten unterstellt. Sie sind ihrer Anlage nach absolute Rechte, da die ehemalige Person, über deren Nachlaß sie Macht geben, nicht als verpflichtetes Subjekt gedacht werden kann. Hierher gehört vor Allem das Erbrecht¹⁷. Ebenso aber sind hierher die Anrechte an der Hinterlassenschaft einer Verbandsperson zu rechnen¹⁸.

¹⁵ Vgl. oben Anm. 6.

¹⁶ Von diesen Rechten, die in der Systematik der Privatrechte meist ganz übergangen werden, müßte streng genommen erst am Schluß des Privatrechtssystems gehandelt werden, soll aber aus Zweckmäßigkeitsgründen in der Lehre von den Verbandspersonen überhaupt Buch II Abschn. I Kap. 2 die Rede sein.

¹⁷ Davon Buch II Abschn. V.

¹⁸ Davon Buch II Abschn. I Kap. 2.

III. Eintheilung der Rechte nach dem Subjekt. Mit der Unterscheidung der Rechte nach dem Objekt kreuzen sich Unterscheidungen nach dem Subjekt, die jedoch in unserer Systematik zurücktreten.

1. Unter Umständen hat die Beschaffenheit des Subjektes rechtliche Bedeutung. So kann es darauf ankommen, ob das Subjekt eines Rechtes eine Einzelperson, eine Personenmehrheit oder eine Verbandsperson und hier wieder, ob eine private oder öffentliche Verbandsperson ist.

2. Wichtiger sind im Bereiche des Privatrechts die Unterschiede in der Bestimmtheit des Subjektes¹⁹.

a. Regelmäßig ist das Subjekt unmittelbar bestimmt, so daß das Recht einer Person als solcher zusteht²⁰. Derartige Rechte sind dann entweder als „höchst persönliche Rechte“ schlechthin an diese Person gebunden²¹ oder auf andere Personen übertragbar. Im zweiten Falle sind sie entweder nur der Ausübung nach oder auch der Substanz nach übertragbar²²; ferner entweder nur veräußerlich

¹⁹ Mit der Frage nach der Bestimmtheit des Subjektes darf nicht die Frage nach dessen Gewisheit oder Ungewisheit verwechselt werden. So wird durch die Ungewisheit, ob ein Vermögen noch einem Verschollenen oder (wo der Erbanfall von Rechtswegen erfolgt) schon einem Erben und welchem Erben gehört, das Subjekt nicht unbestimmt, da in jedem Augenblick ein bestimmtes Subjekt vorhanden ist. Ebenso bewirken Schwebezustände durch die Ungewisheit ihres Ausganges keine Unbestimmtheit des Subjektes, da nachträglich sich herausstellt, wer während der Schwebe das Subjekt gewesen ist. Darum ist z. B. die Offenhaltung von Rechten für ein erhofftes künftiges Rechtssubjekt zwar auf ein ungewisses, aber nicht auf ein unbestimmtes Subjekt gerichtet.

²⁰ Hierher gehören natürlich auch Rechte, die einer begrenzten Menge von Personen, einer jeden in gleicher Weise, gegen denselben Verpflichteten zustehen. Solche Rechte sind nicht nur im öffentlichen Recht zahlreich ausgebildet (z. B. die allgemeinen Rechte der Staatsbürger gegen den Staat oder der Gemeindebürger gegen die Gemeinde), sondern begegnen auch im Privatrecht; so z. B. die Rechte sämtlicher Mitglieder oder einer Mitgliederklasse innerhalb eines körperschaftlichen Verbandes, die Anwartschaftsrechte sämtlicher Familien-genossen bei einem Familienfideikommiß, die Nacherrechte sämtlicher Gemeinde- oder Landesgenossen bei der Mark- oder Landlosung.

²¹ So viele (aber nicht alle) Persönlichkeitsrechte, so regelmäßig (aber namentlich im älteren Recht nicht ausnahmslos) die Familienrechte, so die Nacherrechte, so alle Erbrechte, so im Zweifel die Mitgliedschaftsrechte, so manche Forderungsrechte.

²² Nur der Ausübung nach übertragbar sind z. B. die Regalien, die Leibzucht, die Urheberrechte; nach römischem, aber nicht nach heutigem Recht auch die Forderungsrechte.

oder nur vererblich oder sowohl veräußerlich wie vererblich²³; endlich entweder nur beschränkt oder unbeschränkt übertragbar²⁴.

b. Es giebt aber auch Privatrechte, deren Subjekt nur mittelbar bestimmt ist, indem darüber, wer berechtigt ist, ein unpersönlicher Thatbestand entscheidet. Insbesondere findet diese Bestimmung vielfach durch das Mittel einer körperlichen Sache statt, so daß das Recht als zunächst mit dieser Sache und erst durch sie mit einer Person verknüpft erscheint. Dahin gehören die mit einer Liegenschaft verbundenen sogenannten „subjektiv dinglichen Rechte“ oder „Realrechte“²⁵. Ebenso aber die an einer beweglichen Sache haftenden Rechte, unter denen die Rechte aus Werthpapieren die wichtigsten sind²⁶.

c. Möglich sind endlich auch Rechte mit unbestimmtem Subjekt²⁷. Denn an sich ist, wie ein Recht gegen Jedermann, so eine Pflicht gegen Jedermann vorstellbar²⁸. Indefs neigt das heutige Recht nicht zur Ausprägung derartiger Privatrechte, sucht vielmehr in solchen Fällen die Berechtigung an eine die unbestimmte Menge der Begünstigten vertretende öffentliche Verbandsperson, sei es nun an die Ortsgemeinde oder an den Staat, zu knüpfen²⁹.

²³ Unvererblich, obschon veräußerlich, ist z. B. der Nießbrauch; unveräußerlich, obschon vererblich, kann z. B. die Mitgliedschaft in einer Aktiengesellschaft sein.

²⁴ Die Beschränkungen der Uebertragbarkeit sind von unübersehbarer Mannichfaltigkeit. Dahin gehören auch die verschiedenen Modalitäten der quantitativen und qualitativen Theilbarkeit oder Untheilbarkeit.

²⁵ Von ihnen unten Buch II Abschn. I im Sachenrecht.

²⁶ Unter diesem Gesichtspunkt wird von den Werthpapieren unten Buch II Abschn. I im Sachenrecht gehandelt werden.

²⁷ Dahin gehören nicht die in Anm. 20 bezeichneten Rechte. Doch liegt z. B. bei den dort erwähnten Näherrechten eine relative Unbestimmtheit des Subjektes des aus dem Näherrecht fließenden Lösungsrechtes im Einzelfall vor.

²⁸ Man denke z. B. an die Pflicht des Eigenthümers eines öffentlichen Weges zu dessen Offenhaltung für Jedermann; oder an die Pflicht jedes Grundeigenthümers zu gewissen Sicherheitsvorkehrungen zu Gunsten Jedermanns (Sachsensp. II Art. 38). — Auch kann ein öffentliches Angebot an Jedermann (z. B. bei der Auslobung) zwar noch keine fertige Verbindlichkeit, aber eine Gebundenheit ans Wort gegen jeden Zugreifenden erzeugen.

²⁹ Die Praxis erkennt das „Publikum“ nicht als Rechtssubjekt an, läßt aber die Gemeinde oder den Staat zum Erwerbe von Rechten im Interesse des Publikums und zur Vertretung solcher Interessen im Civilprozeß zu; Vgl. O.A.G. Kiel 18. März 1863 b. Seuff. XII Nr. 11 (dazu Gierke, Genossenschaftstheorie S. 216 Anm. 3); auch R.Ger. 23. Nov. 1880 IV Nr. 38, 6. Okt. 1885 XIV Nr. 54. Aehnlich bezüglich der „Ortsarmen“ R.Ger. 21. Okt. 1887 XIX Nr. 49.

§ 30. Das Rechtssubjekt.

I. Begriff. Was Subjekt von Rechten und Pflichten sein soll, muß vom objektiven Recht als hierzu befähigt anerkannt sein. Die Fähigkeit, Rechtssubjekt zu sein, heißt Persönlichkeit. Aus ihrer Anerkennung durch Rechtssatz fließt das Recht der Persönlichkeit, das die Grundlage aller einzelnen Rechte und Pflichten ist. Ein Wesen, dem das Recht der Persönlichkeit zusteht, ist im Rechtssinne Person.

II. Arten. Das objektive Recht kann kraft seiner formellen Allmacht an sich beliebige Dinge, jedoch seiner Idee gemäß und mit Aussicht auf wirklichen Erfolg nur Träger von freiem Willen zu Personen stempeln.

Unserem heutigen Bewußtsein erscheinen ausschließlich Menschen als zu Rechtssubjekten geeignete Willensträger.

Auf früheren Kulturstufen werden nicht selten auch übermenschliche und untermenschliche Wesen personifiziert. Auch im älteren deutschen Recht begegnen hiervon Spuren. Denn einerseits wurden Gott und die Heiligen als Rechtssubjekte in irdische Verhältnisse eingeführt¹. Andererseits wurden Thiere in einzelnen Beziehungen wie Personen behandelt² und selbst leblose Sachen hier und da Rechtssätzen unterstellt, die an eine graue Vorzeit mahnen, in der man an ihre Beseelung glaubte³. Schon früh indeß verloren solche Ueberlebselei ihre ernsthafte Bedeutung⁴, und die in

¹ Gierke, Genossenschaftsr. II 526 ff.; Heusler, Inst. I 208 u. 314 ff. — Ueber das ältere römische Recht Gierke a. a. O. III 62 ff.

² Gierke, Humor S. 23 ff.; O. Hammer, Die Lehre vom Schadensersatz nach dem Sachsensp. u. den verwandten Rechtsqu. (Unters. z. d. St. u. R.Gesch. XIX), Breslau 1885, S. 86 ff.; Brunner, Ueber absichtslose Missethat im altdeut. Strafr., Sitzungsber. der Berl. Akad. XXXV (1890) S. 834 ff. (Forschungen zur Gesch. des deut. u. franz. R., Stuttgart 1894, S. 512 ff.), D.R.G. II 555 ff. — Die eingehende Untersuchung von K. v. Amira, Thierstrafen und Thierprozesse, Innsbruck 1891, verhält sich ablehnend gegen die Annahme einer „Personifikation“ der Thiere im älteren Recht. Selbstverständlich sind Thiere niemals den Menschen als Vollpersonen gleichgestellt worden! Allein unbestreitbar hat die Vorstellung der Thiere als willensfähiger Wesen, deren Wille eine analoge rechtliche Bedeutung wie menschlicher Wille haben könne, Rechtssätze theils hervorgerufen theils ermöglicht. In den Regeln über Haftung für Thiere wirkt sogar unverkennbar eine gemeinarische Rechtsbildung solcher Herkunft nach.

³ Vgl. z. B. l. Ribuariorum 70, 1. Weiteres hierher Gehörige bei Brunner, Ueber absichtslose Missethat, S. 840 ff.

⁴ So wendet sich das Recht der Thiere ins Humoristische oder Sagenhafte,

der Rechtssprache fortdauernden Wendungen, die mit ihnen zusammenhängen, verblassten zu bildlichen Ausdrücken⁵. Denn immer hat das lebendige und volksthümliche Recht nur Willensträger als Rechtssubjekte anerkannt und demgemäß jene älteren Vorstellungen fallen lassen, sobald einerseits die grobsinnliche Hineinziehung überirdischer Willensmächte in den Rechtsverkehr aufhörte, andererseits die Vermenschlichung von Thieren und leblosen Körpern verschwand. Niemals dagegen hat es Dinge, denen es selbst keine Willensmacht andichtete, zu Rechtssubjekten erhoben. Insbesondere handelt es sich da, wo von einer leblosen Sache im Bewußtsein ihrer Leblosigkeit ausgesagt wird, daß sie Rechte oder Pflichten habe, ausübe oder erfülle, von vornherein nur um eine bildliche Ausdrucksweise⁶. Auch unser mittelalterliches Recht hat, so sehr es bei den durch Sachen vermittelten Rechten und Pflichten die handlichen und sinnlich packenden Redeformen liebt, die den Sachen selbst und namentlich den Grundstücken Rechtssphären und Rechtshandlungen zuschreiben, niemals im Ernste das Rechtsobjekt mit dem Rechtssubjekt vertauscht⁷. Vielmehr gehört die ernst gemeinte Personifikation des Leblosen lediglich einer künstelnden Doktrin an. Diese hat freilich Sachen verschiedener Art zu Personen zu stempeln versucht: Grundstücke⁸, Gerechtsame⁹, Vermögensinbegriffe¹⁰, ja sogar Papier-

Gierke, Humor S. 61 ff., die Thierstrafen und Thierprozesse werden zu Spielereien, u. s. w.

⁵ Schon im Mittelalter verloren z. B. Ausdrücke wie „Eigenthum des heiligen Petrus“ ihren ursprünglichen Sinn und dienten nur noch zur Bezeichnung eines Anstaltseigenthums. — Ebenso wurde auch da, wo von der naiven Annahme thierischer Rechtssubjektivität nicht mehr die Rede war, der Sprachgebrauch festgehalten, nach dem ein Thier Rechte und Pflichten hat, eine Schuld auf sich lädt, Buße, aber nicht Wette verwirkt (Sachsensp. II Art. 40 § 3) u. s. w.

⁶ So bei den römischen Bezeichnungen „*praedium dominans*“ und „*praedium serviens*“ in der Servitutenlehre oder „*rei obligatio*“ im Pfandrecht.

⁷ Ausführlich darüber Gierke, Genossenschaftsr. II 71 ff. u. 92 ff.

⁸ So „bei Servituten und unseren deutschen subjektiv-dinglichen Rechten“ Heise, Grundriss eines Systems des gemeinen Civilrechts, 3. Ausg. Heidelberg 1819, § 98 Anm. 15, u. Böcking, Pandekten, 5. Aufl. Bonn 1861, § 62. Ferner bei Reallasten L. Duncker, Die Lehre von den Reallasten, Marburg 1837, S. 61, Wolff D.P.R. S. 274. Manche auch bei der modernen Hypothek. Näheres im Sachenrechte.

⁹ So bei der Personifikation von Würden (*dignitates*) und Aemtern (Gierke a. a. O. III 271 Anm. 73—74), der „Krone“ u. s. w.; vgl. auch unten § 60 Anm. 6.

¹⁰ Noch heute faßt die herrschende Meinung Stiftungen als personifizierte Vermögensmassen auf; hiergegen ist später Stellung zu nehmen. — Auch die

setzen¹¹. Alle solche Personifikationen aber sind, wenn man sich nicht etwa des Rückfalles in animistische Vorstellungen erkönnen will, nur unter Preisgabe jedes festen und gesunden Begriffes des Rechtssubjektes haltbar¹². Die deutsche Rechtswissenschaft muß mit ihnen reinen Tisch machen. Sie muß jedoch, um die Probleme, die zu solchen Verirrungen verleitet haben, zu lösen, den in der Welt der Rechtsobjekte auftauchenden Erscheinungen mehr, als in der romantischen Jurisprudenz üblich ist, gerecht werden und namentlich die vom deutschen und modernen Recht ausgebildeten Beziehungen zwischen Sachen und Sachen unbefangenen würdigen¹³.

Menschen also sind die einzigen Rechtssubjekte. Die Menschen aber können entweder als Einzelne oder als Verbände das Recht der Persönlichkeit haben. Der einzelne Mensch ist heute ausnahmslos Person; er ist daher auch schon Person, wenn in ihm erst die Anlage zu einem vernünftigen Wollen im Bereiche der äußeren Freiheit vorhanden ist, und bleibt Person, wenn diese Anlage sich niemals

Konstruktion des Fiskus als Vermögenspersonifikation taucht immer wieder auf; vgl. unten § 61. — Sodann wird vielfach die ruhende Erbschaft, bei der das römische Recht den Fortbestand der *persona defuncti* bis zu ihrer Uebernahme durch den Erben fingirt, vielmehr als personifizirtes Vermögen behandelt; vgl. über diese für das deutsche Recht, das keine *hereditas jacens* kennt, unerhebliche Frage Gierke a. a. O. III 105 Anm. 238 und die dort Angeführten, auch S. 362 Anm. 28; seitdem bes. Regelsberger § 75 III. — Weiter hat man im Handelsrecht das kaufmännische Geschäft zum Rechtssubjekt zu erheben versucht (vgl. z. B. Endemann, Das deutsche Handelsrecht, 3. Aufl. [1876] § 15 u. 17, v. Völderndorff in Endemanns Handb. I 188 ff.); oder auch die „Firma“ (z. B. Kuntze, Z. f. d. g. H.R. VI 197); vgl. hiergegen Gierke, Genossenschaftstheorie S. 456 ff., Behrend, H.R. § 37 Anm. 6 u. § 40 Anm. 7, Stobbe, D.P.R. I 434. — Auch sonst operirt man oft bei Vermögensmassen, Fonds, Kassen u. s. w., die in objektiver Sonderung einem bestimmten Zwecke dienen, mit dem Begriff einer eignen Rechtssubjektivität. — Sogar in neuere Gesetze ist diese Verwirrung eingedrungen; so ist in C.Pr.O. § 19 von „Vermögensmassen“, die „als solche“ parteifähig sind, im R.Ges. v. 31. Mai 1891 (und ebenso im Preufs. Ges. v. 20. Juli 1883) § 4 von „Vermögensmassen“, die als Gläubiger in das Reichs- (oder Staats-) Schuldbuch eingetragen werden können, die Rede.

¹¹ Vgl. unten die Lehre von den Werthpapieren.

¹² Am weitesten gieng in dieser Richtung Bekker, Jahrb. f. Dogm. XII 1 ff., indem er den Begriff des Rechtssubjekts völlig in die Begriffe des „Genießers“ und „Verfügers“ auflöste; er hat aber jetzt Pand. I § 19 seinen Standpunkt dem Vorstellungsinhalte des geschichtlich entwickelten Rechtsbewusstseins wesentlich näher gerückt und insbesondere dem Jagdhunde Tiras und der Stute Bellona ihre berühmt gewordene Rechtssubjektivität feierlich wieder entzogen. — Vgl. gegen diese Richtung auch Bernatzik, Arch. f. öff. R. V 251 ff.

¹³ Vgl. unten Buch II Abschn. II Kap. 1.

entwickelt oder der vernünftige Wille vor dem leiblichen Tode zeitweise oder dauernd wieder entschwindet¹⁴. Der menschliche Verband ist auch heute nicht immer, wenn er an sich als Träger eines einheitlichen Gemeinwillens dazu geeignet wäre, als Person anerkannt¹⁵. Personen sind also nach heutigem Recht sämtliche einzelne Menschen und gewisse menschliche Verbände.

Die Persönlichkeit ist ein Rechtsbegriff, der kraft einer vom Rechtsbewusstsein vollzogenen Abstraktion durch Heraushebung eines Theilinhaltendes der Wirklichkeit zu Stande kommt¹⁶. Sie deckt sich nicht mit irgend einer sinnlich wahrnehmbaren Totalität in der Erscheinungswelt; sie ist weder greifbar noch sichtbar. Man sieht dem einzelnen Menschen nicht an, ob er Person ist oder nicht (z. B. Sklave), und was man an ihm sieht, ist nicht seine Persönlichkeit¹⁷. Nicht minder unsinnlich, aber auch nicht minder wirklich, ist die Verbandspersönlichkeit¹⁸.

III. Subjektsgemeinschaften. Einzelpersonen und Verbandspersonen sind die einzigen Personen, die unser Recht kennt¹⁹. Personen können aber nicht bloß für sich, sondern auch gemeinsam berechtigt oder verpflichtet sein. Nimmt eine Mehrheit von Personen die Stelle des Rechtssubjektes ein, so ist ein doppeltes Verhältniß möglich.

1. Die Subjekte bleiben getrennt. Dann entsteht entweder überhaupt keine Gemeinschaft, indem das Recht oder die Pflicht, sobald eine Mehrheit von Subjekten eintritt, nach thatsächlich getrennten (reellen) Theilen in völlig gesonderte Rechte oder Pflichten zerfällt. Oder es entsteht doch nur eine objektive Gemeinschaft, indem ein inhaltlich gleiches Recht oder eine inhaltlich gleiche Pflicht jedem einzelnen Subjekte entweder zu einem bloß gedachten (ideellen) Theile oder ganz (solidarisch) oder in irgend einem zu gemeinsamer Ausübung oder Erfüllung nöthigenden Konkurrenzverhältnisse mit den Rechten oder Pflichten der anderen Subjekte zugeschrieben wird.

¹⁴ Vgl. unten § 40 ff. und oben § 27 Anm. 8. Eine sonderbare Verirrung ist es, wenn Bierling, Kritik II 84 u. Prinzipienlehre I 122 u. 210 ff., Kinder und Wahnsinnige für „fingirte“ Rechtssubjekte erklärt.

¹⁵ Vgl. unten § 59.

¹⁶ Zutreffend hierüber Regelsberger I § 56.

¹⁷ Daher ist auch der übliche Ausdruck „physische“ Person mit dem Gegensatz der „juristischen“ Person schief und besser zu vermeiden.

¹⁸ Hiervon unten § 58 u. 59.

¹⁹ Durch die Erscheinungen der Vorwirkung und Nachwirkung der Einzelpersönlichkeit und der Verbandspersönlichkeit (vgl. oben § 29 Anm. 1) werden natürlich keine neuen Personenklassen ins Leben gerufen.

Die Personen als solche werden durch keines dieser Gemeinschaftsverhältnisse verbunden²⁰.

2. Die Subjekte sind verbunden. Eine Personenmehrheit kann jedoch auch in der Weise berechtigt oder verpflichtet sein, daß die Personen selbst als verbunden und in dieser Verbundenheit als Subjekt gedacht werden. Dann liegt nicht blos eine objektive Gemeinschaft, sondern eine Subjektsgemeinschaft vor. Die Personen sind hinsichtlich der gemeinschaftlichen Sphäre nicht mehr völlig von einander getrennt, sondern irgendwie mit einander verschmolzen und geeint. Sie bilden keine Verbandsperson, aber eine Personeneinheit. Derartige Verhältnisse hat das römische Recht nicht ausgeprägt, dagegen das deutsche Recht von je in mannichfacher Weise ausgestaltet. Von den deutschrechtlichen Personengemeinschaften muß im Personenrecht gehandelt werden²¹.

§ 31. Das Rechtsobjekt.

I. Begriff. Rechtsobjekt ist jede Person, insoweit sie der Willensmacht einer anderen Person unterworfen ist. Da aber eine Person stets in demselben Umfange, in dem sie Objekt einer Befugnis ist, als Subjekt einer Pflicht erscheint, bleibt sie in jedem Rechtsverhältnis Rechtssubjekt und wird nur als solches vorgestellt.

Rechtsobjekt im technischen Sinne ist daher nur das unpersönliche Objekt eines Rechtes.

Ein unpersönliches Ding, dem die Rechtsordnung die Fähigkeit zuschreibt, Rechtsobjekt zu sein, heißt Sache (im weiteren Sinn)¹. Zur Sache eignet sich jeder Bestandtheil der äußeren Güterwelt, der im Verhältniß der Menschen zu einander einer für andere Willen bindenden Willensherrschaft unterworfen werden kann.

Der Begriff der Sache ist ein Rechtsbegriff, der gleich dem Begriff der Person auf einer vom Rechtsbewußtsein vollzogenen Ab-

²⁰ Ob überhaupt eine objektive Gemeinschaft und welche Art derselben eintritt, richtet sich vornehmlich nach der Beschaffenheit der Rechte und Pflichten in dem Punkte der sogen. „Theilbarkeit“. Vgl. G. Rümelin, Die Theilung der Rechte, Freiburg u. Tübingen 1883, Regelsberger, Pand. I § 51 VI, u. die dort Anm. 16 angef. weiteren Schriften.

²¹ Vgl. unten Buch II Abschn. I Kap. 3.

¹ Preufs. L.R. I, 2 § 1; Oesterr. Gb. § 285. Dagegen will der Entw. den Namen „Sache“ auf körperliche Sachen einschränken und die Sache im weiteren Sinn „Gegenstand“ nennen; vgl. hiergegen Gierke, Entw. S. 44 ff. — Abweichend Regelsberger § 94 u. 96, Bierling, Prinzipienlehre I 256 ff.

straktion beruht und immer nur einen Theilinhalt der Wirklichkeit in sich aufnimmt. Er deckt sich daher nicht mit dem Begriff eines Naturgegenstandes². Es giebt Naturgegenstände, die keine Sachen sind, weil sie sich der menschlichen Willensherrschaft überhaupt entziehen, wie z. B. die Gestirne, die Wolken, das offene Meer. Alle Naturgegenstände aber sind Sachen nur in ihren der rechtlichen Beherrschung zugänglichen Beziehungen, nicht in ihrer sinnlichen Totalität, nicht in ihrer wechselnden physikalischen und chemischen Beschaffenheit, nicht in ihrem rein naturgesetzlichen Verhalten.

II. Arten der Sachen.

1. Man unterscheidet „körperliche“ und „unkörperliche“ Sachen.

a. Körperliche Sache heißt ein räumlich begrenztes Stück der äußeren Güterwelt in der Totalität seiner zu rechtlicher Beherrschung geeigneten Beziehungen. Der Name ist nicht genau und verleitet leicht zur Verwechslung der Sache im Rechtssinn mit dem Naturgegenstande. Wo daher der Rechtsbegriff der körperlichen Sache in Frage steht, muß dieser Unterschied beachtet werden³. Der Ausdruck „Sache“ wird im Leben nicht selten auf körperliche Sachen eingeschränkt; auch im Sprachgebrauch der Wissenschaft und der Gesetze erscheint die körperliche Sache als „Sache im engeren Sinn“⁴.

b. Unkörperliche Sache ist ein ideell begrenzter Ausschnitt aus den zu rechtlicher Beherrschung geeigneten Beziehungen der äußeren Güterwelt. Die unkörperliche Sache empfängt ihre Begrenzung und damit ihr gesondertes Dasein erst durch den Umfang und Inhalt des Rechtes, als dessen Gegenstand sie gedacht wird. Hieraus erklärt es sich, daß nicht nur vielfach für die unkörperliche

² Dies wird, wie von den Römern selbst, so von vielen Romanisten noch immer gründlich verkannt; am gründlichsten von Windscheid, Pand. I § 137 (mit seiner Unterscheidung „real existirender“ und bloß „gedachter“ Gegenstände von Rechtsverhältnissen), dem aber der Entw. durchweg folgt. Das deutsche Recht faßte schon früh den Sachbegriff zwar minder abstrakt, aber auch minder materialistisch; Gierke, Genossenschaftsr. II 62.

³ Richtig führt das R.Ger. XVII Nr. 61 aus, daß es auf die Lebensanschauung ankomme und daher z. B. der elektrische Strom, obschon er im naturwissenschaftlichen Sinne nicht Körper, sondern Kraft ist, als Gegenstand des Rechtsverkehrs eine „körperliche Sache im Rechtssinn“ (nach Pr. L.R. I, 2 § 3) sein könne. A. M. Ludwig, Z. f. H.R. XXXV 31 ff.

⁴ Im Preuß. L.R. I, 2 § 3 wird der Begriff der „Sache im engeren Sinne“ auf solche unkörperliche Sachen ausgedehnt, die vermöge der ihnen verliehenen Selbständigkeit Gegenstand eines dauernden Rechtes sein können, also z. B. liegenschaftliche Gerechtsame, Erfindungspatente (R.Ger. XXXI 56 u. 298), Kuxe (R.Ger. XXVIII Nr. 55) u. s. w.

Sache derselbe Name wie für das an ihr bestehende Recht gebraucht wird⁶, sondern daß im Leben, in der Wissenschaft und in der Gesetzgebung geradezu der Begriff der unkörperlichen Sachen mit dem Begriff der Rechte zusammengeworfen zu werden pflegt⁶. Daß dies unzulässig ist, liegt auf der Hand. Denn das Recht als Herrschaft kann nicht mit dem Gegenstande dieser Herrschaft identisch sein⁷. Doch ist gegen die Beibehaltung des ungenauen Sprachgebrauches nichts einzuwenden, sobald nur die zu Grunde liegende Verwechslung erkannt und jede irrige Folgerung aus ihr vermieden wird⁸.

Nicht bei jedem Rechte, dessen Gegenstand keine körperliche Sache ist, liegt eine unkörperliche Sache vor; und nicht immer erschöpft sich, wo eine unkörperliche Sache vorhanden ist, in ihr die gegenständliche Seite des Rechts. Vielmehr ist der Gegenstand eines Rechtes nur insoweit unkörperliche Sache, als er nach den in der Rechtsordnung ausgeprägten Lebensanschauungen als ein unpersönliches und in solcher Trennung von der Person in sich selbst werthvolles äußeres Gut vorgestellt werden kann⁹.

Unkörperliche Sache ist vor Allem stets der Gegenstand eines begrenzten Rechtes an einer körperlichen Sache. Denn das begrenzte

⁶ Im älteren deutschen Recht bezeichnete man überhaupt vielfach das Recht und dessen Gegenstand mit demselben Namen; wie *eigen*, *erbe*, *lehn*, *leibzucht*, *zins*, *gült*, *vogtei* u. s. w., so hatten *gerechtigkeit*, *rechtsame*, *freiheit* u. s. w. diese doppelte Bedeutung. Auch heute werden z. B. „Niefsbrauch“, „Forderung“, „Hypothek“, im Volksmunde ja aber auch „Eigenthum“ und „Besitz“ in beiderlei Sinne gebraucht.

⁶ So bekanntlich bei den Römern (Gaj. Inst. II § 12—14, pr. § 1—2 Inst. II, 2, dazu Arnold, Kultur u. Recht der Römer S. 144 ff.) und folgeweise auch in der romanistischen Jurisprudenz, die sich erst neuerdings davon losgesagt hat. Ebenso vielfach im älteren deutschen Recht, ohne daß freilich die Annahme Heuslers, Inst. I 330 u. 336 ff., gerechtfertigt wäre, man habe allgemein gewisse „Rechtsame“ nur als Objekte von Rechten, dagegen die Objekte einfacher „Rechte“ niemals als unkörperliche Sachen vorgestellt; vgl. unten § 81 Anm. 13. Ferner im Pr. L.R. II, 1 § 2, Code civ. Art. 516 ff., Oest. Gb. § 292.

⁷ Gierke, Entw. S. 44 ff.

⁸ Im römischen Rechte führte der materialistische Sachbegriff insbesondere zur Auffassung des „Eigenthums“ als eines den Sachkörper gewissermaßen absorbirenden und darum einerseits nur an körperlichen Sachen denkbaren, andererseits von allen anderen Rechten spezifisch verschiedenen Rechts. Diese Auffassung, von der sich die Romanisten nicht trennen können und die der Entw. verewigen will, ist dem deutschen Rechte fremd; vgl. unten die Lehre vom Eigenthum.

⁹ Hiermit berühren sich die Untersuchungen von Bekker, Pand. I 50 ff. über den „objektiven Rechtsbestand“, der im Nothfall für sich allein bestehen kann; zum Theil auch Jhering, Passive Wirkungen der Rechte, Jahrb. f. D. X Nr. 8.

dingliche Recht ergreift im Gegensatz zum Eigenthum, das auf die körperliche Sache in ihrer Totalität gerichtet ist, diese nur in einzelnen Beziehungen.

Unkörperliche Sache kann auch ganz oder theilweise der Gegenstand eines Rechtes an der eignen Person sein. Er kann es insoweit sein, als er sich von der Person gesondert vorstellen läßt und in dieser Gesondertheit einen selbständigen Werth hat, mithin ein äußeres, obschon unsinnliches Gut bildet. So ist bei einem ausschließlichen Aneignungsrecht oder Gewerberecht der monopolisirte Thätigkeitsbereich (Jagd, Fischerei, Gewerbebetrieb bestimmter Art), beim Urheberrecht das Geisteswerk, beim Erfinderrecht die Erfindung, beim Markenrecht das Persönlichkeitszeichen, ja selbst beim Firmenrecht die Firma, nicht dagegen beim Recht auf Leben das Leben, beim Recht auf Ehre die Ehre oder beim gewöhnlichen Namenrecht der Name als unkörperliche Sache vorstellbar¹⁰. Bis zu welchem Grade aber die objektive Selbständigkeit solcher unleiblichen Güter anerkannt werden soll, ist eine vom positiven Recht zu entscheidende und keineswegs überall gleichmäÙig entschiedene Frage¹¹.

Unkörperliche Sache kann endlich auch der Gegenstand eines persönlichen Rechts sein. Als unkörperliche Sache erscheint insbesondere der Gegenstand der Forderungsrechte, deren Wesen gerade darin besteht, daß die geschuldete Handlung als eine an sich selbst werthvolle Leistung vom verpflichteten Subjekt unterschieden und somit als ein äußeres Gut objektivirt wird. Dagegen kann bei den persönlichen Rechten, deren Gegenstand eine andere Person als solche ist, niemals dieser Gegenstand selbst, sondern immer nur der Gegenstand der aus solchen Rechten abgeleiteten Rechte an Sachen oder Handlungen als unkörperliche Sache vorgestellt werden¹². Bei manchen Personengemeinschaften und Verbandspersonen überwiegt indess in der Struktur des Theilhaberrechts oder Mitgliedschaftsrechts der auf

¹⁰ Dies ist der richtige Kern der Lehre vom „Immaterialgüterrecht“. Doch liegt kein Grund vor, den Ausdruck „Sache“ hier mit „Gut“ zu vertauschen. Vgl. auch Bekker, Z. f. vgl. R.W. II 19 ff. u. Pand. I 63 ff., der aber seinerseits überhaupt nur diese Klasse von „unkörperlichen Sachen“ anerkennen will.

¹¹ Man denke z. B. an die abweichenden Grundsätze der verschiedenen Handelsgesetzbücher hinsichtlich der Uebertragbarkeit der Firma.

¹² So im Familienrecht die Nutzung am Frauengut oder Kindergut oder die verwandtschaftliche Alimentationspflicht; so im Handelsgesellschaftsrecht der Antheil am Gesellschaftsvermögen und die aus ihm entspringenden Forderungen; so im Genossenschaftsrecht die aus der Mitgliedschaft fließenden Nutzungen und Forderungen und umgekehrt die der Genossenschaft gegenüber begründeten dinglichen Lasten und Beitragsschulden der Mitglieder.

einen Bestandtheil der äußeren Güterwelt gerichtete Inhalt dergestalt, daß dadurch die rechtliche Behandlung des ganzen Rechtes bestimmt und somit seinem Gegenstande im Ganzen der Typus einer unkörperlichen Sache aufgeprägt wird¹³.

Eine wichtige Folge des Begriffes der unkörperlichen Sache besteht darin, daß so weit, wie dieser Begriff reicht, auch der Begriff der Rechte an Sachen erstreckt werden kann. Hieraus ergeben sich die ungenau als „Rechte an Rechten“ bezeichneten Verhältnisse: Nießbrauch, Pfandrecht, Näherrecht, nach deutscher Auffassung aber genau so gut auch „Eigenthum“ an einer dinglichen Rente, einer Hypothek, einem Geisteswerk, einem Gesellschaftsantheile, einer Mitgliedschaft, einer Forderung¹⁴.

Wird in dieser Weise der Gegenstand eines Rechtes als unkörperliche Sache objektivirt, so ist damit zugleich ausgesagt, daß da, wo dem Rechte eine seinen Werth begründende Pflicht entspricht, auch der Gegenstand dieser Pflicht als ein vom verpflichteten Subjekt lösliches Objekt gedacht werde. Von der Verbindlichkeit als solcher wird somit die durch sie auferlegte „Last“ oder „Schuld“ unterschieden¹⁵. Sie erscheint als Kehrseite einer unkörperlichen Sache und drückt für das verpflichtete Subjekt gewissermaßen ein negatives wirtschaftliches Gut, einen Minusantheil an der äußeren Güterwelt aus.

2. Die Sachen sind entweder Sachindividuen oder Sachinbegriffe.

a. Sachindividuen sind körperliche oder unkörperliche Sachen,

¹³ So z. B. bei den Schiffsparten, Kuxen, Aktien; vgl. unten § 64 u. 80.

¹⁴ In der umfangreichen Litteratur über die „Rechte an Rechten“ (vgl. Bekker, Pand. I 64 ff., Windscheid, Pand. I § 48a u. die hier in Anm. 1 Angeführten, Regelsberger § 94 IV, Bierling, Prinzipienlehre I 270 ff.) wird meist zwischen dem Recht und der unkörperlichen Sache nicht gehörig unterschieden. Gleichwohl ist gerade hier diese Unterscheidung unentbehrlich. Denn auf der einen Seite hat aller darauf verwandte Scharfsinn ein „Recht am Recht“ nicht vorstellbar zu machen vermocht. Auf der anderen Seite dürfen die lebendigen Gebilde, die das geltende Recht unbestreitbar im Sinne einer Erstreckung des Sachenrechts über den Kreis der körperlichen Sachen hinaus gestaltet hat, nicht umgedeutet, sondern müssen aus ihrem eignen Geist und somit als Sachenrechte begriffen werden.

¹⁵ „Last“ nennen wir den Gegenstand einer durch das Mittel einer Sache, „Schuld“ den Gegenstand einer unmittelbar mit der Person verknüpften Verpflichtung. Doch ist die Terminologie keine feste. Wo der Gegenstand einer Pflicht nicht als ein von der verpflichteten Person trennbares Gut vorstellbar ist, wie bei einer Treu-, Schutz- oder Gehorsamspflicht, sprechen wir weder von „Last“ noch von „Schuld“.

die das Recht als in sich geschlossene einheitliche Rechtsobjekte behandelt¹⁶. So lange ein Sachindividuum als solches besteht, sind dessen Bestandtheile ihrerseits nicht Sachen, sondern nur Sachtheile.

Die Abgrenzung der Sachindividuen gegen einander vollzieht das Recht im Anschluß an die auf natürlicher Grundlage geschichtlich entwickelten Lebensverhältnisse und Lebensanschauungen. Auch bei den körperlichen Sachindividuen ist diese Abgrenzung nur zum Theil (wie bei den Thieren) durch die Natur unbedingt gegeben, im Uebrigen durch menschliche Einrichtungen und Verkehrsgewohnheiten bestimmt¹⁷. Die Sachindividuen besitzen daher für das Recht nicht dieselbe innere Unzugänglichkeit und Unzerlegbarkeit, wie die Personenindividuen. Vielmehr können sie nicht nur auf die mannichfachste Weise sich durch Theilung in mehrere Sachen oder durch Verbindung in bloße Sachtheile verwandeln, sondern auch während ihres Bestandes als mehr oder minder zusammengesetzte Einheiten betrachtet werden¹⁸. Insoweit dies geschieht, sind auch an bloßen Sachtheilen besondere Rechtsverhältnisse möglich, wie sie in gewissem Umfange sogar das römische Recht gelten läßt, in größerer Fülle das deutsche Recht entwickelt hat¹⁹.

¹⁶ Daß die rechtliche Individualisirung sich nicht bloß auf die körperlichen, sondern auch auf die unkörperlichen Sachen bezieht, wird oft übersehen. Auch die unkörperliche Sacheinheit ist zum Theil vor aller rechtlichen Normirung gegeben, wird aber immer erst durch die Rechtsordnung als Rechtsobjekt individualisirt und abgegrenzt (z. B. ein Kunstwerk als Gegenstand des Urheberrechts, eine Erfindung als Gegenstand des Patentrechts). Auch ihre Bestandtheile sind nur Sachtheile, nicht Sachen für sich. Auch sie ist untheilbar oder in verschiedenem Maß und verschiedener Art theilbar, kann durch Theilung in mehrere selbständige Sachen zerfallen (z. B. eine Forderung) und durch Vereinigung zum Sachtheil werden. Auch sie ist „einfach“ oder in mancherlei Sinn „zusammengesetzt“. Auch bei ihr endlich begegnet ein dem Verhältniß von Muttersache und „Frucht“ entsprechendes Verhältniß, wie dies der Begriff der „bürgerlichen Früchte“ ausdrückt.

¹⁷ So vor Allem bei der Individualisirung der Grundstücke; aber auch bei der Behandlung von Körnermengen, Erdhaufen, Flüssigkeiten u. s. w. als Sacheinheiten; nicht minder bei der Begriffsbestimmung der zusammengesetzten Sachen und ihrer Abgrenzung gegen Sachinbegriffe.

¹⁸ Der Unterschied zwischen „einfachen“ und „zusammengesetzten“ Sachen ist ein flüssiger und hat nur insoweit rechtliche Bedeutung, als das Recht daran einen Unterschied in der Behandlung der Sachtheile knüpft; so richtig Dernburg, Pand. I § 68.

¹⁹ Vgl. über das römische Recht Windscheid, Pand. I § 138 u. 142, Dernburg a. a. O., Bekker, Pand. I § 71 Anm. e; über Entw. I § 782—788 Gierke, Entw. S. 297 ff. Im deutschen Recht gehören hierher vor Allem das Geschofseigenthum und das besondere Eigenthum an stehenden Früchten, wo-

Die Sachindividuen werden theils nach ihrer vom Recht als erheblich erachteten natürlichen Beschaffenheit theils nach den ihnen ausschliesslich vom Recht verliehenen Eigenschaften in mancherlei Arten eingetheilt. Einige dieser Unterscheidungen sind für das deutsche Recht besonders bedeutungsvoll und müssen später besprochen werden²⁰.

b. Sachinbegriff ist eine zu einem grösseren Sachganzen zusammengefasste Mehrheit von Sachindividuen, die das Recht als einheitliches Rechtsobjekt anerkennt, ohne den einzelnen Sachindividuen die Eigenschaft besonderer Sachen zu entziehen. Ein Sachinbegriff kann aus körperlichen oder unkörperlichen oder beiderlei Sachen bestehen. Von solchen im deutschen Recht mannichfach ausgebildeten Sachganzen muss später die Rede sein²¹. Nur über den Begriff des Vermögens ist wegen seines Zusammenhanges mit allgemeinen Grenzfragen schon hier Einiges zu sagen.

III. Vermögen²². Der Begriff des Vermögens wird in doppeltem Sinne verstanden²³.

1. Im objektiven Sinne ist Vermögen ein Inbegriff körperlicher und unkörperlicher Sachen. Mithin ist das Vermögen einer Person der Inbegriff aller ihrer rechtlichen Herrschaft unterworfenen körperlichen und unkörperlichen Sachen, während alle ihre Lasten und Schulden als negative oder passive Vermögensbestandtheile („Passiva“) erscheinen²⁴. Innerhalb des Vermögens einer Person aber kann wieder ein irgendwie in sich zusammenhängender engerer Inbegriff von körper-

von später die Rede sein wird; zum Theil auch die Behandlung der Wohnungsmiethen.

²⁰ Vgl. unten Buch II Abschn. II Kap. 1. Dagegen wird die Lehre von dem Unterschiede vertretbarer und unvertretbarer, verbrauchbarer und unverbrauchbarer, theilbarer und untheilbarer Sachen, sowie die allgemeine Theorie der natürlichen und bürgerlichen Früchte den Pandekten überlassen.

²¹ Vgl. unten Buch II Abschn. II Kap. 1.

²² Vgl. Birkmeyer, Ueber das Vermögen im juristischen Sinn, Erlangen 1879; Bekker, Pand. I § 40—43; Regelsberger § 95 (der aber das Vermögen im objektiven Recht nicht anerkennt).

²³ Beide Bedeutungen werden unzulässig vermengt, wenn man (wie der Entw.) „Sachen“ und „Rechte“ in gleicher Weise als „Vermögensgegenstände“ oder „Vermögensbestandtheile“ bezeichnet und zusammenfasst; Gierke, Entw. S. 44 ff.

²⁴ Für die deutsche und moderne Auffassung bedeutet „Vermögen“ regelmässig die Einheit der Aktiva und Passiva, daher möglicher Weise auch eine negative Grösse; nur in untechnischem Sinn ist „Vermögen“ bloss das „Aktivvermögen“ oder auch das nach Abzug der Schulden und Lasten verbleibende „Reinvermögen“. Anders in den römischen Quellen.

lichen und unkörperlichen Sachen mit dazu gehörigen Lasten und Schulden als ein besonderes Vermögen („Sondervermögen“) anerkannt sein²⁵. Das Vermögen im objektiven Sinne ist ein Sachganzes, das selbst als Rechtsobjekt vorgestellt werden kann.

2. Im subjektiven Sinne ist Vermögen der Inbegriff der einem Vermögen im objektiven Sinn entsprechenden Rechte und Verbindlichkeiten²⁶.

Zum Vermögen einer Person gehören also nicht alle ihre Rechte und Pflichten, sondern nur diejenigen Rechte und Pflichten, deren Gegenstand als körperliche oder unkörperliche Sache und eben deshalb als ein unpersönliches wirtschaftliches Gut vorgestellt wird. Mit der Abgrenzung des Sachbegriffs ist daher zugleich die begriffliche Abgrenzung der Vermögensrechte und Vermögenspflichten gegen andere Rechte und Pflichten gewonnen.

Der Kreis des Vermögensrechts deckt sich keineswegs mit dem Kreise des Privatrechts²⁷. Nicht alle dem Privatrecht und auch nicht etwa alle dem „reinen“ Privatrecht angehörige Befugnisse und Pflichten sind vermögensrechtlicher Natur²⁸ und nicht alle Vermögensrechte und Vermögenspflichten gehören dem Privatrecht an²⁹.

Auch ist die Abgrenzung des Vermögensrechts vielfach schwankend und wird im Einzelnen durch das positive Recht ungleich vollzogen. Viele Rechtsverhältnisse sind gemischter Natur. Vermögensrechte enthalten oder erzeugen persönliche Beziehungen, bei deren Regelung die Rechtsordnung den vermögensrechtlichen Gedankenkreis verläßt³⁰.

²⁵ Vgl. unten Buch II Abschn. II Kap. 1.

²⁶ Hinsichtlich der Zurechnung der Verbindlichkeiten gilt auch hier das in Anm. 24 Bemerkte.

²⁷ Die Einengung des privatrechtlichen Gesichtskreises auf Vermögensrechte hat in der romanistischen Doktrin manches Unheil angerichtet; so bei den juristischen Personen, den Gesellschaften, dem Urheberrecht.

²⁸ Nicht bloß die persönlichen Familienrechte und andere sozialrechtliche Bestandtheile des Privatrechts (oben § 4), sondern auch die obersten Individualrechte an der eignen Person sind keine Vermögensrechte. Unrichtig daher Sarwey a. a. O. S. 105 ff. u. 289 ff., E. Löning, Verwaltungsr. § 201 II, und insbesondere Sohm, Inst. § 19 (der „Privatrecht“ und „Vermögensrecht“ schlechthin identifizieren will und daher auch das persönliche Familienrecht nicht als Privatrecht gelten läßt). Richtig dagegen R.Ger. 4. Dez. 1884 XII Nr. 69 S. 283, auch ebenda Nr. 12 S. 51 u. XVIII Nr. 4 S. 18.

²⁹ So z. B. nicht das Recht auf Armenunterstützung, die Steuerpflicht, die Pflicht zur Zahlung einer Geldstrafe.

³⁰ Man denke z. B. an die im Lehnrecht enthaltene gegenseitige Treupflicht. Oder an die personenrechtliche Seite des Gesindevertrages, ja überhaupt jedes die

Nichtvermögensrechte umschließen oder enthalten vermögensrechtliche Bestandtheile, die von der Rechtsordnung mehr oder minder selbstständig werden und insoweit zum Vermögen gehören⁸¹.

Eine gemeinsame Eigenschaft aller Vermögensrechte ist der selbständige wirtschaftliche Werth ihres Objektes⁸². Darum sind sie im Gegensatz zu anderen Rechten in Geld schätzbar⁸³. Und darum bildet für noch so ungleichartige Vermögensrechte ihr Werth einen gemeinsamen Nenner, in dem sie zu einer Einheit zusammengefaßt werden können⁸⁴. Im Uebrigen haben die einzelnen Rechte, wie zu anderen Sacheigenschaften, so zum Werthe ihres körperlichen oder unkörperlichen Objektes eine mehr oder minder unmittelbare Beziehung, so daß gewisse Rechte wegen ihrer besonderen Richtung auf den Werth als Rechte am Werth oder „Werthrechte“ gedacht werden

ganze Arbeitskraft ergreifenden Dienstvertrages, wie sie in der modernen Regelung des Arbeitsvertrages mehr und mehr wieder Beachtung findet. Oder an die Einschränkung des vermögensrechtlichen Charakters von Forderungsrechten auf Gehalt, Alimente, Renten, Lohn u. s. w. durch Pfändungsverbote (C.Pr.O. § 749). Oder an das in dem Aktienrecht enthaltene Stimmrecht, dessen nichtvermögensrechtliche Natur jetzt die Verbote wider Kauf und Verkauf der Stimme (H.G.B. Art. 249 e u. 249 f) scharf zum Ausdruck bringen. Oder auch an die vielfach sich keineswegs im Vermögensinteresse erschöpfende Bedeutung des Eigenthums (z. B. an Liegenschaften, Kunstwerken, Familienerbstücken, Erinnerungszeichen), die z. B. da vom Recht beachtet wird, wo es auf den „Werth der besonderen Vorliebe“ (Pr. L.R. I, 2 § 115) ankommt.

⁸¹ So z. B. bei den Persönlichkeitsrechten nutzbare Gewerberechte, Verlagsrechte, Patente, Firmenrechte, Markenrechte u. s. w., im Familienrecht eheliche und elterliche Nutzungsrechte, im Gemeinde- und Genossenschaftsrecht nutzbare Sonderrechte der Mitglieder. Bringt aber das Kind in seinem Recht auf standesgemäßen Unterhalt schon ein Vermögen mit auf die Welt? Oder besitzt der Arme in seinem Anspruch auf Armenunterstützung ein Vermögen? Man wird diese Fragen kaum eindeutig beantworten können. Keinesfalls gehören die Rechte auf Mitgebrauch öffentlicher Sachen zum Vermögen, da es ihnen an der erforderlichen Selbständigkeit fehlt.

⁸² Ueber die juristische Seite des Werthbegriffes vgl. Goldschmidt, Handb. II (2. Aufl.) S. 70 ff., auch Beseler, D.P.R. § 73; dazu Pr. L.R. I, 2 § 111—118, Oesterr. Gb. § 302—306, Entw. I § 220 (in Entw. II gestrichen). Für das Recht ist bald der „Gebrauchswerth“, der sich nach dem Mafse der unmittelbaren Befriedigung wirtschaftlicher Bedürfnisse des Berechtigten durch die Sache bestimmt, bald der „Tauschwerth“, der sich nach der durch die Möglichkeit verkehrsmäßiger Verwerthung bedingten mittelbaren Verwendbarkeit der Sache zur Bedürfnisbefriedigung richtet, maßgebend.

⁸³ Ueber das Geld als Werthmesser vgl. unten Buch II Abschn. II Kap. 1.

⁸⁴ Ueber Vermögensinbegriffe als Wertheinheiten Gierke, Genossenschaftstheorie S. 327 ff., 456 Anm. 1, 496 ff.

können³⁵. Auch unterscheiden sich die Vermögensrechte hinsichtlich ihrer „Verwerthbarkeit“, d. h. der Möglichkeit ihres Umsatzes in Geld. Denn wenn eine Verwerthung in diesem Sinne auf dem doppelten Wege der Uebertragung oder der Ausübung erfolgen kann, so sind zwar manche Vermögensrechte (z. B. Geldforderungsrechte und Hypotheken) sowohl durch Uebertragung wie durch Ausübung, andere dagegen (z. B. das Eigenthum) nur durch Uebertragung, wieder andere (z. B. ein Antentheilsrecht) nur durch Ausübung und manche endlich (z. B. eine Fideikommissanwartschaft) überhaupt nicht verwerthbar.

Zweites Kapitel.

Das Werden des subjektiven Rechts.

§ 32. Im Allgemeinen.

I. Rechtsvorgänge¹. Subjektives Recht entsteht, verändert sich und vergeht. Eine bloße Veränderung liegt vor, wenn das Subjekt, der Inhalt oder das Objekt des Rechtes ganz oder theilweise wechselt, gleichwohl aber das Recht als dasselbe Recht, das vorher bestanden hat, vorgestellt wird. Der wichtigste Fall der Veränderung ist der Uebergang von einem Subjekt auf das andere Subjekt, der dann, wenn er sich durch eine darauf gerichtete Handlung vollzieht, Uebertragung heißt. Mit dem Uebergange kann sich zugleich eine Veränderung des Rechtsinhaltes oder des Rechtsobjektes, insbesondere durch Theilung oder Vereinigung, verbinden. Neben der lediglich auf Veränderung des Rechtes gerichteten „translativen“ Uebertragung steht die „konstitutive“ Uebertragung, durch die ein Theilinhalt des Rechtes ausgesondert und als selbständiges Recht

³⁵ So das Pfandrecht und insbesondere die moderne Hypothek und Grundschuld; die Antheilsrechte der Handelsgesellschafter und der Aktionäre; das Pflichttheilsrecht des gemeinen Rechts.

¹ Vgl. bes. Bekker, Pand. I § 30 ff., Windscheid I § 63 ff., v. Schey, Ueber Rechtsverwandlungen, Z. f. d. P. u. ö. R. d. G. VII 746 ff., VIII 110 ff., Regelsberger, Pand. I § 118 ff. — Da das Folgende in die Pandekten gehört, wird hier nur kurz zu einer Reihe begrifflicher Fragen Stellung genommen, deren Beantwortung für die spätere Behandlung deutschrechtlicher Lehren entscheidende Bedeutung hat.

konstituiert, mithin gleichzeitig ein fortbestehendes Recht (Mutterrecht) verändert und ein neues Recht (Tochterrecht) erzeugt wird. Umgekehrt verbindet sich bei der „restitutiven“ Uebertragung in Folge der Wiedervereinigung von Tochterrecht und Mutterrecht mit dem Vorgange der Veränderung eines Rechtes der Vorgang des Unterganges eines anderen Rechtes.

Für das Subjekt bedeuten Entstehung, Uebergang und Untergang der Rechte den Erwerb und Verlust von Rechten. Der Erwerb ist ein ursprünglicher (originärer), wenn er durch die ganz neue Entstehung eines Rechtes stattfindet, ein abgeleiteter (derivativer), wenn er durch irgend eine Form von Rechtsnachfolge (Succession) in das Recht eines anderen Subjektes zu Stande kommt². In ent-

² Der Begriff der Rechtsnachfolge wird, von der mehrfach erfolgten grundsätzlichen Anfechtung des ganzen Gedankens der Succession (z. B. bei Neuner S. 116 ff. u. Bierling, Kritik II 94) zu schweigen, sehr verschieden bestimmt und begrenzt. Erwägt man, daß einerseits mit dem Subjektwechsel noch eine anderweite Veränderung des Rechts verknüpft sein kann, andererseits die Identität des Rechtes im Wechsel seiner Bestandtheile stets etwas rein Gedankenmäßiges ist, so wird man an dem Begriffe der Rechtsnachfolge überall festhalten, wo dies der geschichtlich entwickelten Lebensanschauung entspricht. Man wird daher einerseits eine besondere Art der Rechtsnachfolge auch bei der „konstitutiven“ Uebertragung annehmen, weil das Tochterrecht aus dem Mutterrecht abgeleitet ist (Bekker I 110, Dernburg, Pand. I § 81, Regelsberger § 120; a. M. Hölder, Pand. I 186). Und man wird andererseits eine Rechtsnachfolge auch in solchen Fällen zugestehen, in denen der Nachfolger mehr Recht erwirbt, als sein unmittelbarer Rechtsurheber selbst hatte; also z. B. bei der Ersetzung und vor Allem bei dem deutschrechtlichen Erwerbe von Eigenthum, dinglichem Recht und Forderungsrecht durch den redlichen Erwerber, der kraft des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs, der Beschränkungen der Fahnrißklage oder des Formalismus der Werthpapiere ein stärkeres Recht als sein Urheber zu erlangen vermag. Wenn hier Goldschmidt, Z. f. d. g. H.R. XXVIII 110 ff. u. XL 267, Syst. 152 ff., Carlin, Niemand kann auf einen Anderen mehr Recht übertragen als er selbst hat, Gießen 1882, Stobbe, D.P.R. III 204, und Andere vielmehr einen „successiven Originärerwerb“ annehmen, weil der Satz „nemo plus juris transferre potest quam ipse habet“ ein unantastbares Gebot der Logik sei, so übersehen sie, daß die Rechtsordnung dem durch das Grundbuch oder die Inhabung oder das Papier äußerlich legitimierten Veräußerer eben eine formale Verfügungsmacht verleiht, kraft deren er unter Umständen fremdes Recht zu übertragen im Stande ist. Auch bleibt doch der typische Fall immer der Erwerb vom wirklich Berechtigten. In den Ausnahmefällen tritt die gleiche Wirkung ein, weil zu Gunsten des redlichen Erwerbers das Recht mit dem Wechsel seines Subjektes sich zugleich inhaltlich verstärkt, gewisse Mängel abstreift oder überhaupt erst durch Attraktion des bisher noch bei einem Anderen verbliebenen Rechtsinhaltes seinen immerhin schon vorhandenen äußeren Rahmen erfüllt. Man wird daher auch nicht mit Dernburg, Pand. I § 81, u. Heck,

sprechender Weise kann der Verlust eines Rechtes entweder durch dessen Uebergang auf ein anderes Subjekt oder durch dessen einfachen Untergang erfolgen.

II. **Thatbestände**³. Alle derartigen Vorgänge in der Welt des subjektiven Rechts treten ein, sobald im Leben gewisse äußere Thatbestände oder sog. „juristische Thatsachen“ verwirklicht sind, an die sie das objektive Recht als Rechtsfolgen anknüpft.

Diese rechtgestaltenden Thatbestände zerfallen in zwei Gruppen, jenachdem sie in freien Willensbethätigungen (Handlungen) der beteiligten Subjekte bestehen oder nicht. In dem einen oder anderen Falle nimmt das objektive Recht zu dem Werden des subjektiven Rechts eine grundsätzlich verschiedene Stellung ein. Denn da das objektive Recht sich an die Menschen als Träger freier Willen wendet, gesteht es überall da, wo es an Handlungen Rechtsfolgen knüpft, dem Wollen der Beteiligten eine schöpferische Kraft zu und ordnet somit die Rechtsverhältnisse nur mittelbar⁴. Wo es dagegen Rechtsfolgen aus anderen Thatbeständen entspringen läßt, begründet, verändert oder zerstört es unmittelbar oder doch ohne Vermittlung der Willensfreiheit der Beteiligten Rechte und Pflichten. Im Gegensatz zum römischen Recht, das die Gestaltung der Privatrechtsverhältnisse so viel wie irgend möglich auf den freien Willen der Einzelnen zurückführte, räumt das heutige Recht kraft seines deutsch-

Z. f. d. g. H.R. XXVII 281, in solchen Fällen zwar eine „Succession“, aber im Gegensatz zur „abgeleiteten“ oder „derivativen“ eine „unverbundene“ oder „originäre Succession“ annehmen dürfen. Denn immer bildet irgend ein mindestens formales Recht des unmittelbaren Vorgängers das Verbindungsmittel, durch das die Kontinuität des Rechtes im Wechsel der Subjekte hergestellt wird, und seine Uebertragungshandlung ist gewissermaßen der Kanal, der auch das Recht mittelbarer Vorgänger dem Erwerber zuleitet.

³ Auch die Lehre von den „juristischen Thatsachen“ wird in den Pandekten behandelt; vgl. jetzt vor Allen Bekker, Pand. II, ferner bes. Savigny, Syst. III 1 ff., Windscheid I § 67 ff., Dernburg I § 79 ff., Regelsberger § 118 ff.

⁴ So verkehrt die früher nicht selten mehr oder minder verhüllt sich geltend machende Anschauung war, als könne der Wille unabhängig von der Ermächtigung der Rechtsordnung Rechtsverhältnisse erzeugen (vgl. dagegen z. B. Pernice, Z. f. d. P. u. ö. R. d. G. VII 472 ff., u. Bülow, Arch. f. c. Pr. LXIV 29), so ungesund sind die modernen Versuche (bes. von Lotmar, Ueber causa im römischen Recht, München 1875, Schloßmann, Der Vertrag, Leipzig 1876, Lenel, Jahrb. f. Dogm. XIX 153 ff.), den freien Willen seiner spezifischen Wirksamkeit bei der Gestaltung der Rechtsverhältnisse zu entkleiden und demgemäß zuletzt jeden inneren Unterschied zwischen Handlungen und beliebigen anderen Thatbeständen und bei den Handlungen zwischen Rechtsgeschäften und Delikten aufzuheben.

rechtlichen Zuges dem Willen der Subjekte bei der Hervorbringung der Rechtsverhältnisse eine weit beschränktere Macht ein⁶. Aber darum versagt es doch da, wo es die Willensfreiheit schalten läßt, dem Willen mit nichten die schöpferische Kraft! Jenseits dieses Gebietes freilich empfindet es weder Anlaß noch Bedürfnis, nach Art des römischen Rechtes durch Analogie oder Fiktion eine Willensgrundlage der Rechtsfolgen herzustellen⁶.

Die Handlungen, durch die die Subjekte sich selbst Rechte und Pflichten erschaffen, sind vornehmlich „Rechtsgeschäfte“ und „unerlaubte Handlungen“⁷. Rechtsgeschäfte sind vom Recht gebilligte Willensäußerungen, denen die Kraft zuerkannt ist, eine vom Handelnden gewollte Gestaltung seiner Rechtsverhältnisse hervorzu- bringen. Unerlaubte Handlungen sind vom Recht mißbilligte Willensbethätigungen, die den Handelnden mit Rechtsfolgen beladen, die in einer seinem Wollen entgegengesetzten Richtung liegen. Wo immer Handlungen als solche mit rechtgestaltender Kraft ausgerüstet sind, kommen hinter dem äußeren Thun oder Unterlassen innere Seelenzustände in Betracht, von denen entweder überhaupt das Dasein einer Handlung oder deren rechtliche Wirkung abhängt: Wollen und Nichtwollen; Wissen, Nichtwissen und Irrthum; redliche und unredliche Gesinnung; Arten und Grade des Verschuldens⁸.

Rechte und Pflichten entstehen und endigen aber auch für die Subjekte durch Thatbestände, die von ihrem Wollen unab-

⁶ Vgl. oben § 4; Dernburg, Pand. I § 80.

⁶ Deshalb sind z. B. die römischen Kategorien der „Quasikontrakte“ und „Quasidelikte“ und die fingirten stillschweigenden Verträge, Cessionen u. s. w., so viel noch immer mit ihnen operirt wird, für uns ebenso unbrauchbar wie überflüssig.

⁷ Außerdem giebt es noch andere Handlungen, durch die der Handelnde Rechte erwirbt oder verliert. In der Streitfrage über den Umfang des Begriffes des „Rechtsgeschäftes“ wird man zwar für eine möglichst weite Grenzziehung eintreten müssen. Nicht bloß Okkupation, Dereliktion und Spezifikation, sondern auch Besitzergreifung und Besitzaufgabe sind Rechtsgeschäfte (vgl. gegen die abweichende Konstruktion des Entw. I Gierke, Entw. S. 300 ff.). Allein die ein Urheberrecht erzeugende Geistesthat ist kein Rechtsgeschäft (vgl. unten § 86 II). Ebenso wenig eine die Eigentumsverhältnisse verändernde Vermischung oder die Einstreuung fremden Samens in den Boden. Hier ahert sich auch die Regelung der Rechtsfolgen dem Verfahren der Rechtsordnung bei der Anknüpfung von Rechtsfolgen an ungewollte Thatbestände.

⁸ Von diesem Allen handeln die Pandekten; was hier über Rechtsgeschäfte zu sagen ist, wird in § 33, was über unerlaubte Handlungen, im Obligationenrecht gesagt werden.

hängig sind⁹. Vielfach knüpft die Rechtsordnung unmittelbar an das Dasein eines Zustandes oder Vorganges privatrechtliche Folgen an; dann sprechen wir von „gesetzlichen“ Rechten und Pflichten¹⁰. In anderen Fällen greifen öffentlichrechtliche Handlungen richterlicher oder verwaltender Gemeinschaftsorgane in die Gestaltung der Privatrechtsverhältnisse ein, mögen sie nun für sich allein oder in einem irgendwie geordneten Zusammenwirken mit Handlungen der Beteiligten Rechte und Pflichten setzen oder aufheben. Hierbei begegnet dann wiederum der wichtige Unterschied zwischen „konstitutiver“ und „deklarativer“ obrigkeitlicher Thätigkeit, jenachdem die Rechtsordnung dem in dieser Thätigkeit sich offenbarenden Gemeinwillen eine schöpferische Kraft bei der Gestaltung des subjektiven Rechts zuschreibt oder lediglich die autoritative Feststellung der aus Handlungen der Beteiligten oder aus anderen Thatbeständen entspringenden Rechtsfolgen überweist¹¹.

§ 33. Rechtsgeschäfte¹.

I. Wesen. Als Handlungen, die das subjektive Recht dem Willen der Handelnden gemäß zu gestalten bestimmt und befähigt sind, bestehen die Rechtsgeschäfte in mannichfach ungleichen Willensäußerungen, die theils durch nackte Willenserklärungen theils durch „Realakte“, bei denen die Willenserklärung mit einem thatsächlichen

⁹ Solche Thatbestände sind natürlich auch die „Scheinhandlungen“ (Bekker II § 85) und die im Rechtssinne nicht als Handlungen geltenden Handlungen „Handlungsunfähiger“. Ebenso fremde Handlungen, die einem Anderen ohne sein Wollen ein Recht verschaffen, wie z. B. für den „von Rechts wegen“ die Erbschaft erwerbenden Erben die Erbeseinsetzung des Erblassers oder für den Verletzten die unerlaubte Handlung.

¹⁰ Vgl. unten § 34.

¹¹ Konstitutiv ist z. B. die Bestellung zum Vormunde, die Großjährigkeitsklärung, die Verleihung des Adels; deklarativ die Eintragung ins Grundbuch oder ins Handelsregister, die Todesklärung des gemeinen Rechts, die heutige Verleihung des Bergwerkseigenthums. In vielen Fällen bestehen Zweifel, die bei den einzelnen Rechtsinstituten gelöst werden müssen.

¹ Aus der fast durchweg romanistischen Litteratur über Rechtsgeschäfte seien hier neben den grundlegenden Ausführungen von Savigny's, Syst. III, u. den Darstellungen der Pandektenlehrbücher (bes. Wächter I § 73 ff., Windscheid I § 69 ff., Dernburg I § 91 ff., Bekker II § 89 ff., Regelsberger I § 135 ff.) nur einige neuere Schriften hervorgehoben, die sich mit den im Folgenden berührten allgemeinen Fragen eingehend beschäftigen, in ihrer Beantwortung aber freilich weit auseinander gehen. So neben den in § 32 Anm. 4 angef. Werken v. Lotmar u. Schloßmann: Karlowa, Das Rechtsgeschäft und seine Wirkungen, Berlin 1877; Windscheid, Wille u. Willenserklärung,

Eingriff in die Außenwelt untrennbar verbunden ist, erfolgen². Alle diese Handlungen sind nicht bloß auf rechtliche, sondern auf wirtschaftliche, soziale und sittliche Wirkungen gerichtet, erreichen aber ihren Lebenszweck nicht oder doch nicht vollständig, wenn sie nicht ihren Rechtszweck erreichen. Dagegen ist es gleichgültig, ob im einzelnen Fall der Wille des Handelnden den Rechtszweck vornehmlich oder nur nebenbei oder überhaupt nicht zum Gegenstande der Aufmerksamkeit macht, ob dem Bewußtsein des Handelnden der angestrebte Rechtserfolg genau gegenwärtig ist oder nur in unbestimmtem Bilde vorschwebt, ob im weiteren Verlaufe gewollte Rechtswirkungen ausbleiben oder ungewollte eintreten. Denn nur auf das Typische kommt es hier wie überall in der Rechtsordnung an.

II. Arten. Unter den kaum erschöpflichen Eintheilungen der Rechtsgeschäfte sind hier nur einige kurz zu erwähnen.

1. Man unterscheidet einseitige und zweiseitige (genauer mehrseitige) Rechtsgeschäfte, jenachdem der beabsichtigte Rechtserfolg durch die Willenserklärung einer einzigen Person oder Personen-

Leipzig 1878; Zitelmann, Irrthum u. Rechtsgeschäft, Leipzig 1879, sowie H. 7—10 der Beiträge von Bekker u. Fischer; Leonhard, Der Irrthum bei wichtigen Verträgen nach röm. R., Berlin 1882 u. 1883; Eneccerus, Rechtsgeschäft, Bedingung u. Anfangstermin, Marburg 1889. Ferner in den Jahrb. f. Dogm. die Abhandlungen v. Bekker XII 31 ff., Bähr XIV 393 ff., Kohler XVI 91 ff., 325 ff., XVIII 129 ff., XXVIII 166 ff., Zitelmann XVI 24 ff., Lenel XIX 153 ff., Hartmann XX 1 ff.; in der Z. f. d. P. u. ö. R. d. G. die Abh. v. Pernice VII 465 ff., Schloßmann VII 543 ff., Kohler XIII 287 ff.

² Alle Rechtsgeschäfte sind also „Willenserklärungen“. Aber nicht alle rechtlich erheblichen Willenserklärungen sind Rechtsgeschäfte. Denn wenn Rechtsgeschäft eine zur Erzeugung eines Rechtsverhältnisses bestimmte und befähigte Handlung ist, so sind zunächst, wo sich eine rechtsgeschäftliche Handlung aus mehreren Willenserklärungen einer Person oder mehrerer Personen zusammensetzt, diese Willenserklärungen für sich nicht Rechtsgeschäfte, sondern nur Elemente eines Rechtsgeschäfts. Keine Rechtsgeschäfte sind dann ferner die lediglich eine Aenderung in der rechtlichen Beschaffenheit eines Rechtsobjektes (z. B. Pertinenzqualität, Beweglichkeit, Zugehörigkeit zum Handelsvermögen) erwirkenden Handlungen. Keine Rechtsgeschäfte aber auch die eine Körperschaft oder Stiftung konstituierenden Willensaktionen als solche, da sie kein Rechtsverhältnis, sondern ein Rechtssubjekt erzeugen. Keine Rechtsgeschäfte endlich die sämtlichen auf Herstellung eines einheitlichen Gemeinwillens oder Gemeinschaftswillens gerichteten inneren Willensvorgänge einer Körperschaft oder Gemeinschaft, die Beschlüsse von Versammlungen oder kollegialen Behörden, die Willenseinigungen zwischen verschiedenen Organen einer Verbandsperson u. s. w. Vgl. Gierke, Genossenschaftstheorie S. 133 ff., 565 ff., 714 ff. — Aus anderen Gründen sind obrigkeitliche Handlungen auch dann, wenn sie Rechtsverhältnisse setzen, keine Rechtsgeschäfte, vgl. oben § 32 Anm. 11.

mehrheit zu Stande kommt oder nur durch das Zusammenwirken von Willenserklärungen mehrerer Personen oder Personenmehrheiten erreichbar ist³. Die einseitigen Rechtsgeschäfte zerfallen wieder in zwei Klassen, indem die Willenserklärung, durch die sie konstituiert werden, entweder schlechthin für sich besteht oder einem bestimmten Erklärungsempfänger gegenüber abgegeben werden muß⁴. Mehrseitige Rechtsgeschäfte sind vor Allem, aber nicht ausschließlich die Verträge (Gedinge)⁵. Vertrag ist die Willenseinigung über ein unter den Beteiligten herzustellendes Rechtsverhältniß. Der Vertragsbegriff durchzieht das ganze Rechtsgebiet: es giebt personenrechtliche, sachenrechtliche, obligationenrechtliche, familienrechtliche, im deutschen Recht auch erbrechtliche Verträge und neben den privatrechtlichen Verträgen Verträge des öffentlichen Rechts⁶.

³ Zweifellos kann nicht bloß eine Einzelperson oder Verbandsperson, sondern auch eine Personenmehrheit sowohl ein einseitiges Rechtsgeschäft vollziehen wie als Vertragstheil auftreten, mag sie nun (wie Handelsgesellschaften, Kollektivvorsteher oder Kollektivprokuristen) schon in sich geeint sein oder sich (wie Miteigenthümer behufs einer Substanzverfügung oder mehrere Bürgen bei Uebnahme einer Gesamtbürgschaft) ad hoc einigen. Für solche Fälle will jetzt Kuntze, *Der Gesamttakt, ein neuer Rechtsbegriff* (Festgaben für Müller, Leipzig 1892, S. 29 ff.), den besonderen Rechtsbegriff des „Gesamttaktes“ aufstellen, den er aber auch auf die durchaus ungleich gearteten Fälle der Körperschaftsgründung (oben Anm. 2) und manches Andere erstreckt. Ein solcher Sammelbegriff dürfte sich kaum als sehr fruchtbar erweisen. Jedenfalls ist bei Rechtsgeschäften die Gesamtwillenserklärung der „Parteigenossen“ nur der Willenserklärung einer Einzelpartei gleichwerthig und modifizirt den rechtsgeschäftlichen Typus so wenig, wie die zur Vollständigkeit einer Parteierklärung etwa erforderliche Genehmigung einer anderen Privatperson oder einer Behörde.

⁴ In die erste Klasse gehören z. B. letztwillige Verfügungen, Fideikommissstiftungen unter Lebenden, Aneignungshandlungen, Dereliktionen und andere einseitige Verzicht u. s. w.; in die zweite Klasse Kündigungen, Mahnungen, Anfechtungshandlungen, Proteste, bindende Offerten u. s. w. Den Geschäften der zweiten Art schenkt der Entw. besondere Beachtung; den schleppenden Namen des Entw. I („einseitiges Rechtsgeschäft, dessen Wirkung davon abhängt, daß es gegenüber einem Betheiligten vorgenommen wird“) ersetzt Entw. II durch kürzere Bezeichnungen (vgl. § 150: „einseitiges, einem Anderen gegenüber vorzunehmendes Rechtsgeschäft“). Zitelmann schlägt vor, von „empfangsbedürftigen Willenserklärungen“ zu reden.

⁵ Keine Verträge, obschon mehrseitige Rechtsgeschäfte, sind z. B. wechselseitige Testamente; Beseler, *D.P.R.* S. 172. Vgl. auch Bekker, *Pand.* II 87, der aber ungehöriger Weise Körperschaftsbeschlüsse hineinmengt. — Regelsberger § 148 bestreitet, daß es andere zweiseitige Rechtsgeschäfte als Verträge gebe.

⁶ Die Aufstellung allgemeiner Regeln über Verträge ist ziemlich unfruchtbar. Meist handelt es sich dabei um Sätze, die von den Verträgen des Ob-

2. Nach dem Inhalt kann man rechtsbegründende, rechtsverändernde und rechtsaufhebende Geschäfte unterscheiden, zu denen aber die bloß auf Erhaltung oder Feststellung von Rechtsverhältnissen gerichteten Geschäfte hinzutreten⁷. Zu den lediglich rechtsbegründenden Geschäften gehören ursprüngliche Erwerbsgeschäfte, reine Verpflichtungsgeschäfte, Ermächtigungsgeschäfte, Zuwendungen von Todes wegen. Rechtsverändernde Geschäfte sind vor Allem die Veräußerungsgeschäfte, deren Inhalt die Uebertragung von Recht auf ein anderes Subjekt ist. Unter den rechtsaufhebenden Geschäften sind neben den Erfüllungsgeschäften die Verzichte von besonderer Wichtigkeit. Der Verzicht ist ausschließlich darauf gerichtet, ein Recht des Handelnden ganz oder theilweise zu zerstören⁸. Bewirkt er gleichzeitig Rechtserwerb eines Dritten, so ist dies nicht unmittelbare Wirkung des Verzichts, sondern Wirkung eines durch ihn ausgelösten Thatbestandes; bei dem sogenannten „Verzicht zu Gunsten eines Dritten“ ist daher die Nennung des Begünstigten nur eine entweder unwirksame oder überflüssige Angabe des Beweggrundes⁹. Zum Verzicht ist theils eine einseitige Willenserklärung ausreichend theils ein Vertrag erforderlich¹⁰. Es giebt unverzichtbare wie unveräußerliche Rechte¹¹; unverzichtbar sind natürlich die Pflichten

obligationenrechts abstrahirt und auf andere Verträge nur theilweise übertragbar sind. Man vgl. z. B. auch Entw. II § 116—127: was soll man mit den Bestimmungen über Antrag und Annahme, Verträge unter Abwesenden, Versteigerung u. s. w. bei familienrechtlichen Verträgen anfangen? Wir handeln daher von diesen Dingen im Obligationenrecht.

⁷ Vgl. über derartige Geschäfte Bekker, Pand. II § 105, 107, 109—111. Freilich können Bestätigungen, Vergleiche, Anerkenntnisse u. s. w. auch Rechte begründen, verändern oder aufheben, aber sie thun es nicht immer und jedenfalls nicht mit begrifflicher Nothwendigkeit.

⁸ Je nach der Beschaffenheit des aufgegebenen Rechts wirkt der Verzicht „absolut“ (z. B. Dereliktion, Verzicht auf ein Markenrecht oder Erfinderrecht, Erbverzicht) oder „relativ“ (z. B. Erlass oder Stundung einer Forderung).

⁹ Soll ein Anderer als der von Rechts wegen Berufene das aufgegebenene Recht erwerben, so bedarf es eines Uebertragungsgeschäftes; Wächter, Pand. I 338, Beseler, D.P.R. S. 174, Bekker, Pand. II § 108 Anm. c.

¹⁰ Vgl. Fritz, Arch. f. civ. Pr. VIII 389 ff., Wächter I 335 ff., Pr.L.R. I, 16 § 380 u. 392, Sächs. Gb. § 134.

¹¹ Unverzichtbar ist heute das Recht der Persönlichkeit mit seinen wesentlichen Ausflüssen (auch bei Verbandspersonen, Gierke, Genossenschaftstheorie S. 849); unverzichtbar ist nach röm. u. französ. R., aber nicht nach deut. R. das Erbrecht; unverzichtbar sind die Ansprüche der Versicherten nach den Arbeiterversicherungsgesetzen (Krankenvers.Ges. v. 15. Juni 1883 § 80, Unfallvers.Ges. v. 6. Juli 1884 § 99 u. 5. Mai 1886 § 120, Inval.- u. Altersvers.Ges. v. 22. Juni 1889 § 147), die noch nicht erworbenen Ersatzansprüche aus dem Reichshaft-

und darum auch die mit Pflichten durchmischten Rechte, sofern nicht die Pflichten lediglich als unselbständige Ausflüsse oder Einschränkungen der Rechte erscheinen¹².

3. Von mehrfacher Bedeutung für das deutsche Recht ist der Unterschied entgeltlicher und unentgeltlicher Geschäfte. Bei jenen wird ein Rechtserwerb durch ein dafür gebrachtes vermögensrechtliches Opfer erkaufte oder ein Rechtsverlust durch einen dafür erworbenen vermögensrechtlichen Vortheil ausgeglichen, bei diesen ohne ein unmittelbares derartiges Aequivalent Recht erworben oder aufgegeben¹³.

4. Man unterscheidet materielle (kausale, individualisirte) und abstrakte Rechtsgeschäfte, jenachdem zum Wesen und Bestande des Geschäftes die Verwirklichung des seinen Rechtsgrund bildenden materiellen Zweckes gehört oder das Geschäft unabhängig von seinem Rechtsgrunde besteht¹⁴.

5. Eine Fülle von Abwandlungen erfahren die Rechtsgeschäfte durch Nebenbestimmungen: Bedingungen, Zeitbestimmungen, Zwecksetzungen¹⁵.

III. Erfordernisse. Erfordernisse eines Rechtsgeschäftes sind die Thatbestandsmomente, die verwirklicht sein müssen, damit die normaler Weise mit ihm bezweckten Rechtsfolgen voll eintreten. Ein Rechtsgeschäft, das alle Erfordernisse erfüllt, ist „gültig“. Das fehlerhafte oder „ungültige“ Rechtsgeschäft ist indess nicht immer wirkungslos. In vielen Fällen besteht es, ist aber „anfechtbar“, so daß es durch bestimmte Handlungen, sei es von Beteiligten sei es von dritten Anfechtungsberechtigten, umgestoßen werden kann. In anderen Fällen ist es „nichtig“. Auch das nichtige Geschäft aber ist nicht immer „absolut“, sondern mitunter nur ge-

pflichtgesetz v. 7. Juni 1871 (§ 5), die Ansprüche der Aktiengesellschaft aus der Gründerverantwortlichkeit in den ersten drei Jahren (H.G.B. Art. 213d) u. s. w.; vgl. auch Pr.L.R. I, 16 § 400—401.

¹² Darum läßt schon II F. 38 den Verzicht des Vassallen auf das Lehen zu. Ebenso kann man durch Verzicht auf einen Kux oder eine Aktie sich zugleich der Mitgliedschaftspflichten entschlagen; unrichtig daher hinsichtlich der Aktie R.Ger. 22. Juni 1886 XVII Nr. 2.

¹³ Auch die Verzichte können unentgeltlich oder entgeltlich sein; Pr.L.R. I, 16 § 393—395.

¹⁴ Abstrakte Verträge begegnen nicht blos im Obligationenrecht, sondern auch im Sachenrecht, haben jedoch auf beiden Gebieten eine ungleiche Bedeutung.

¹⁵ Diese Lehre ist ganz den Pandekten zu überlassen; vgl. Windscheid § 86 ff., Dernburg § 105 ff., Bekker II § 113 ff., Regelsberger § 151 ff.

wissen Personen gegenüber und somit „relativ“ nichtig. Und bisweilen wird auch das nichtige Geschäft bis zur autoritativen Feststellung der Nichtigkeit als bestehend behandelt. In mannichfacher Weise sind daher auch Mängel der Rechtsgeschäfte heilbar¹⁶.

Je nach dem beabsichtigten Erfolge und dem dafür gewählten rechtsgeschäftlichen Typus sind die Erfordernisse der Rechtsgeschäfte mannichfach verschieden. Gewisse Erfordernisse aber sind allen Rechtsgeschäften gemeinsam.

Erforderlich ist stets ein rechtlich zulässiger Inhalt. Unzulässig ist nicht bloß ein durch die Rechtsordnung ausdrücklich mißbilligter, sondern auch ein der sittlichen Ordnung widerstreitender und nicht etwa von der Rechtsordnung ausdrücklich gebilligter Inhalt¹⁷. Denn das Recht will seiner Idee nach Unsittliches nicht verwirklichen helfen; die Anschauungen über das Sittliche aber wechseln

¹⁶ Diese Lehre gehört gleichfalls in die Pandekten. Bemerket sei nur, daß der (im Entw. II § 110—115 festgehaltene) Unterschied zwischen Anfechtbarkeit und Nichtigkeit sich auch im älteren deutschen Recht findet. So bedurfte es stets einer gerichtlichen Anfechtung, um die Wirkungen einer äußerlich formgerechten gerichtlichen Handlung zu beseitigen; die Anfechtung erfolgte entweder durch einfache „Widersprache“ (so nach Sachsensp. II Art. 42 § 2 u. 44 § 1 gegen die Auflassung von Grundeigenthum, III Art. 32 § 7 gegen die Selbstergebung des Erblassers in Unfreiheit, II Art. 12 § 10 gegen einen Urtheilsvorschlag) oder durch „Schelte“ (Urkunden-, Zeugen-, Urtheilsschelte). Dagegen waren z. B. Rechtshandlungen des Friedlosen (Sachsensp. II Art. 38 § 2—3), Gelübde in der Gefangenschaft (Sachsensp. III Art. 41 § 1) oder formwidrige Geschäfte nichtig. Es gab auch Fälle einer bloß „relativen“ Nichtigkeit; vgl. z. B. Sachsensp. II Art. 52 § 1 und die Fälle der *actio revocatoria* im Lehnrecht und im Recht der Stammgüter (dazu Dernburg I 287, Entw. II § 102—103 und unten § 93 Anm. 30 u. § 95 Anm. 95).

¹⁷ Rechtsgeschäfte mit gesetzlich verbotenem Inhalt sind der herrschenden Meinung nach im Zweifel nichtig (R.Ger. XVI Nr. 19 u. XVII Nr. 67, Entw. II § 100), oft aber nach dem erklärten oder erkennbaren Gesetzesgedanken gültig oder nur anfechtbar (vgl. F. Endemann, Ueber die civilrechtliche Wirkung der Verbotsgesetze nach gem. R., Leipzig 1887); Rechtsgeschäfte mit unsittlichem Inhalt sind dagegen stets nichtig (so auch Entw. II § 103). Darum kann einerseits auch bei einem verbotenem Geschäft die Frage nach seinem sittlichen Werth auftauchen. Andererseits muß diese Frage verstummen, soweit das Gesetz selbst einen Geschäftsinhalt legitimirt. So ist z. B., wo das Gesetz die Höhe der Zinsen schlechthin der freien Vereinbarung anheimstellt, zwar nicht jede Möglichkeit der Verwerfung eines wucherischen Geschäftes als unsittlich abgeschnitten (vgl. R.O.H.G. XXI Nr. 25 S. 72 ff., R.Ger. XXV Nr. 36 S. 179, Seuff. XLVII Nr. 264), wohl aber die Höhe der Zinsen allein niemals zur Begründung der *turpitude* ausreichend. Wollte man diese Schranke nicht anerkennen, so würden zahlreiche sittlich wie wirtschaftlich verwerfliche Ausbeutungsgeschäfte, Rückkaufgeschäfte, Miethsverträge, Grundstücksspekulationen,

nach Volk und Zeit¹⁸. Entscheidend ist, soweit das Recht der sittlichen Werthung Raum läßt, das sittliche Gesamtbewußtsein der Gegenwart¹⁹.

Erforderlich ist ferner stets eine auf Verwirklichung dieses Inhaltes gerichtete Willensbethätigung einer Person oder mehrerer Personen. Zur rechtsgeschäftlichen Willensbethätigung gehört ordnungsmäßige Willensbildung und Willensäußerung. Die Willensäußerung kann durch ausdrückliche Willenserklärung (in Worten oder Zeichen) oder durch ein anderweites Willen kundgebendes Thun („stillschweigende Willenserklärung“) oder unter Umständen durch bloßes „Schweigen“ erfolgen. Sie ist aber Willensäußerung nur, soweit sie wirklich Gewolltes zum Ausdruck bringt. Mithin wird sie durch Mängel der inneren Willensbildung zu etwas Anderem, als was sie zu sein scheint²⁰. Das ältere deutsche Recht neigte gleich anderen jugendlichen Rechten dazu, aus einem typischen äußeren Thatbestande ohne Zulassung des Gegenbeweises das ihm regelmäsig entsprechende innere Verhalten zu folgern und daher auch im rechtsgeschäftlichen Verkehr den Erklärenden beim Worte zu nehmen²¹.

Börsengeschäfte u. s. w., die unsere heutige Rechtsordnung sanktionirt, ohne Weiteres von den Gerichten als nichtig behandelt werden können, während doch gegen solche Auswüchse der Vertragsfreiheit nur die Gesetzgebung helfen kann.

¹⁸ So sind uns einerseits die mittelalterlichen Vorstellungen fremd geworden, nach denen alles Zinsennehmen, jeder „Vorkauf“, die „Ungerechtigkeit“ von Waare oder Preis, die Uebervortheilung des Genossen durch Wettbewerb u. s. w. schlechthin verwerflich waren (vgl. V. Gramich, Verfassung und Verwaltung der Stadt Würzburg vom 13. bis zum 15. Jahrh., Würzburg 1882, S. 35 ff.). Andreerseits verwerfen wir unbedingt viele im älteren deutschen Recht gültige Selbstbeschränkungen der persönlichen und wirtschaftlichen Freiheit, wie z. B. Ergebung in Knechtschaft oder Gefangenschaft (Pr.L.R. I, 4 § 13), Versprechen der Ehelosigkeit (Pr.L.R. I, 4 § 10 - 12), Verpfändung der Ehre und namentlich auch übermäßige Einschränkungen der Gewerbefreiheit (vgl. Gewerberecht).

¹⁹ Vgl. Kohler, Die Ideale im Recht, Arch. f. bürgerl. R. V 161 ff., wo indeß das Kulturideal der Gegenwart eine zu individualistische Farbe trägt.

²⁰ Da die Lehre von den Willensmängeln in die Pandekten gehört, kann auch auf die in neuerer Zeit so viel umstrittene allgemeine Frage nach dem Verhältniß von Wille und Erklärung beim Rechtsgeschäft hier nicht eingegangen werden. Doch ist eine Stellungnahme zu ihr nicht zu umgehen. Ist man im praktischen Ergebniß auch heute wohl einig, daß sowol die reine „Willenstheorie“ wie die reine „Erklärungstheorie“ undurchführbar ist, so bedarf es doch einer Entscheidung über den prinzipiellen Ausgangspunkt.

²¹ Dies drücken zahlreiche deutsche Rechtsprüchwörter aus: „ein Mann ein Wort“, „das Wort muß stehen“, „Worte haben Macht“, „wenn das Wort

Im heutigen Recht hängt grundsätzlich das Zustandekommen des Rechtsgeschäftes von einer gehörigen und mit der Erklärung übereinstimmenden Willensbildung ab²². Doch wird auch heute die Berufung auf Willensmängel, von den Eigentümlichkeiten gewisser Formalgeschäfte ganz abgesehen, nach deutscher Rechtsanschauung durch zwei Maximen eingeschränkt. Einerseits wird der Erklärende beim Worte genommen, wo seine Lossagung vom Worte wider Treu und Glauben verstieße²³. Andererseits muß, wer durch seine wegen eines Willensmangels unwirksame Erklärung einem Anderen, der sich nach den Regeln des redlichen Verkehrs auf sie verlassen durfte, einen Schaden verursacht hat, diesen Schaden selbst dann, wenn ihn kein Verschulden trifft, ersetzen²⁴.

Erforderlich ist endlich nicht bei allen, aber bei manchen Geschäften eine besondere Form der Willenserklärung.

IV. Form. Das ältere deutsche Recht besaß einen großen Reichthum an Geschäftsformen. Nach der Aufnahme der fremden Rechte geriethen dieselben in Verfall, während es nur in geringem Maße gelang, römische Geschäftsformen bei uns einzubürgern. So trat ein Zustand der Unsicherheit und Verwilderung ein, dem im gemeinen Recht nur theilweise die Reichsnotariatsordnung abhalf. In umfassenderer Weise suchten die Landesgesetze durch Formvorschriften den einheimischen Geschäftsformalismus festzuhalten und fortzubilden. Bei einzelnen Rechtsgeschäften hat das neuere Reichsrecht derartige Formvorschriften einheitlich durchgeführt. Auch haben sich manche alte Formen in der Volkssitte erhalten.

Im heutigen Recht ist daher für rechtsgeschäftliche Willenserklärungen eine besondere Form zwar der Regel nach nicht er-

von der Zunge ist, ist der Mann gebunden“ u. s. w.; Graf u. Dietherr VI Nr. 9–27. Vgl. dazu Heusler, Inst. I 60 ff.

²² Dieses Prinzip ist, wie es den großen Gesetzbüchern zu Grunde liegt (Pr.L.R. I, 4 § 1 ff., Oest. Gb. § 869 ff., Sächs. Gb. § 88 ff.), auch in seiner gemeinrechtlichen Geltung durch die neueren Angriffe nicht erschüttert. Auch der Entw. II § 91 ff. will es festhalten.

²³ Dies ist in der Praxis ziemlich allgemein anerkannt; vgl. R.Ger. 24. Okt. 1882 Str.S. VII Nr. 38, Seuff. XL Nr. 274, XLI Nr. 4, XLIII Nr. 249, XLV Nr. 4. Auch Entw. II § 91, 93 u. 98 Abs. 2 enthält Bestimmungen, die auf diesem Gedanken beruhen.

²⁴ Hierüber besteht in Theorie und Praxis noch keine Einigkeit. Zum richtigen Ergebniss gelangt das R.Ger. XXVIII Nr. 3 S. 16–24. Ebenso Entw. II § 97, jedoch mit einer inkonsequenten Ausnahme in Abs. 2 S. 2. Dagegen ordnete Entw. I § 97 Abs. 2–3, § 99 u. 101 die Folgen vom Deliktsstandpunkt aus (vgl. Gierke, Entw. S. 166 ff.), den auch das Pr.L.R. I, 4 § 56 u. 79 (dazu R.Ger. VIII Nr. 68) einnimmt.

forderlich, jedoch in vielen Fällen gesetzlich vorgeschrieben. Ueberdies kann vertragsmäßig die Anwendung einer Form bedungen werden. Und überaus häufig wird aus freien Stücken von einer Form Gebrauch gemacht. Die gesetzliche Form ist im Zweifel ein für den Bestand des Geschäftes wesentliches Erforderniß, so daß ihre Verabsäumung Nichtigkeit bewirkt²⁵. Zahlreiche Formvorschriften legen indess der Form eine geringere Bedeutung bei²⁶. Auch bei der gewillkürten Form spricht die Vermuthung dafür, daß von ihrer Beobachtung das Zustandekommen des Geschäftes abhängen soll²⁷. Die freiwillig angewandte Form ist niemals ein Geschäftserforderniß, entbehrt aber keineswegs des rechtlichen Werthes. Vielmehr dient sie theils (wie z. B. der Handschlag) zur genauen Feststellung des Zeitpunktes der Willenseinigung, theils und heute vornehmlich zur Sicherung des Beweises. Doch sind die im älteren deutschen Recht wurzelnden Sätze, die an die Wahrung einer bestimmten Form überhaupt die Beweisbarkeit eines Geschäftsabschlusses knüpften, mit der Aufhebung der gesetzlichen Beweisregeln weggefallen²⁸.

Unter den einzelnen deutschrechtlichen Geschäftsformen sind hier einige hervorzuheben, die das ganze Rechtsgebiet durchziehen²⁹.

1. Sinnbilder³⁰. Ursprüngliche Hauptform war die Verwendung altherkömmlicher Symbole, an deren Unsinnliches versinnlichende oder Abwesendes vergegenwärtigende Bedeutung sich eine bestimmte rechtswirkende Kraft knüpfte. In das heutige Recht haben nur wenige sinnbildliche Handlungen, wie der Zuschlag bei der Ver-

²⁵ Beseler, D.P.R. S. 178. Sächs. Gb. § 100. Schweiz. O.R. § 9. Entw. II § 91 Abs. 2. Ebenso für Verträge Pr.L.R. I, 5 § 109, während für Handlungen überhaupt nach I, 4 § 40—41 die gegentheilige Vermuthung gilt.

²⁶ Mitunter hängt von der Anwendung der Form die Klagbarkeit ab (Pr.L.R. I, 5 § 155). In anderen Fällen steigert die Form die Wirkungen des Geschäftes (z. B. H.G.B. Art. 310). Umgekehrt sind oft mit der Verabsäumung der Form Rechtsnachtheile verknüpft (z. B. H.G.B. Art. 125 Abs. 2, Art. 46 Abs. 1, Art. 163 Abs. 2). Auch giebt es civilrechtlich ganz bedeutungslose Formen, deren Vernachlässigung nur Straffolgen hat (so meist die Stempelung).

²⁷ So Entw. II § 104 Abs. 2 S. 2 u. für Verträge Schweiz. O.R. Art. 14. Anders Sächs. Gb. § 823 u. für Handelsgeschäfte R.O.H.G. VII 92 u. R.Ger. b. Seuff. XLVII Nr. 216.

²⁸ E.G. zur C.Pr.O. § 14 Nr. 12, R.Ger. X Nr. 77. So besonders Code civ. Art. 1341.

²⁹ Von den Vertragsformen wird im Obligationenrecht, von anderen Formen bei den einzelnen Rechtsverhältnissen gehandelt werden.

³⁰ Grimm, R.A. S. 109 ff.; Reyscher, Ueber die Symbolik des germ. Rechts, Tübingen 1833; Heusler, Inst. I 68 ff.

steigerung oder der Handschlag, einen Rest von rechtlicher Bedeutung hinübergerettet.

2. **Formeln**⁸¹. Mit den Sinnbildern verbanden sich ehemals feste feierliche Worte und Wendungen, von deren Gebrauch die Wirksamkeit der Willenserklärungen abhieng. Auch hiervon sind nur geringe Reste übrig, wie die Eidesformel oder die Wechselklausel.

3. **Zeugenzuziehung**. Im alten deutschen Recht war bei vielen Rechtsgeschäften die Zuziehung von Zeugen erforderlich oder doch üblich, weil der Beweis mit rechtsförmlich (bei den Bayern am Ohr) gezogenen Geschäftszeugen von jeher zugelassen wurde, während der Beweis mit Zufallszeugen ursprünglich ausgeschlossen war⁸². Der Abschluß vor Zeugen ist bis heute eine sehr verbreitete Geschäftsform geblieben. Als gesetzliches Erforderniß findet sich heute die Zuziehung von Geschäftszeugen meist nur in Verbindung mit anderen Formen⁸³.

4. **Schriftlichkeit**. Seit der Ausbildung des Urkundenwesens wurde die Errichtung einer Urkunde (Handfeste) bei wichtigeren Rechtsgeschäften üblich und zum Theil schon in den Volksrechten geboten⁸⁴. Ursprünglich war freilich die Schriftlichkeit keine selbständige Geschäftsform, da die Privaturkunde entweder nur als eine den Zeugenbeweis sichernde Aufzeichnung über einen vor Zeugen erfolgten mündlichen Geschäftsabschluß erschien oder zugleich als Mittel einer sinnbildlichen Handlung, des durch Geben und Nehmen der Urkunde vollzogenen Urkundungsaktes, diente⁸⁵. All-

⁸¹ Grimm, R.A. S. 31 ff., 605; Heusler a. a. O.

⁸² Siegel, Geschichte des deut. Gerichtsverfahrens, Gießen 1857, S. 164 ff.; Brunner, Zeugen- und Inquisitionsbeweis der karol. Zeit, Wien 1866, S. 11 ff., die Entstehung der Schwurgerichte, Berlin 1872, S. 49 ff.; v. Bethmann-Hollweg, Der germ.-rom. Civilprozeß im M.A., Bonn 1868, I 170, 381; Planck, Das deut. Gerichtsverfahren im M.A., Braunschweig 1872, S. 69 ff. — Vgl. l. Sal. t. 1 § 3, t. 45—50, l. Rib. t. 48, 50, 59 u. 60, l. Burg. t. 60 u. 88, ed. Lintpr. 15, l. Alam. I c. 1, l. Bajuv. I c. 1, XV c. 2 § 1 u. c. 12—13, XVI; Sachsensp. I Art. 8 § 3. — Ueber den Leitkauf vgl. unten das Obligationenrecht.

⁸³ So bei der Eheschließung vor dem Standesbeamten, dem gemeinrechtlichen Privattestament und manchen privilegierten Testamentsformen, sowie gemeinrechtlich (R.N.O. v. 1512 § 3; dagegen nach dem Preufs. Ges. v. 15. Juli 1890 § 4—6 und anderen Partikularrechten nur noch in Ausnahmefällen) bei Notariatsakten.

⁸⁴ L. Rib. tit. 48 u. 59; l. Burg. t. 88; l. Bajuv. I c. 1, XV c. 2 § 1, c. 12—13; l. Alam. t. 1—2 u. 18.

⁸⁵ Brunner, Carta und notitia, Berlin 1877; Zur Rechtsgeschichte der röm. u. germ. Urkunde, I, Berlin 1880; R.G. I 395 ff. — Vom Urkundungsakte ist bei den Werthpapieren und der Auflassung zu handeln.

mählich jedoch gewann mit der Erweiterung des Urkundenbeweises die Schrift als solche einen rechtlichen Werth⁸⁶, der in erhöhtem Maße der besiegelten Urkunde („Brief und Siegel“) zukam⁸⁷. In neuerer Zeit wuchs die Bedeutung der Schriftform. Bei vielen Geschäften wurde sie zum gesetzlichen Erforderniß erhoben⁸⁸. Neben der einfachen Schriftform wurden aus alten und jungen Keimen mancherlei gesteigerte Schriftformen entwickelt⁸⁹.

5. Notarielle Form. Einer selbständigen Beweiskraft erfreute sich stets die öffentliche Urkunde⁴⁰. Insoweit daher amtliche Urkundspersonen bestellt waren, durch deren Beurkundung ein Schriftstück öffentlichen Glauben empfing, bot sich in ihrer beglaubigten Beurkundung eine besondere Geschäftsform dar⁴¹. Seitdem das in Italien erhaltene und fortgebildete Notariat in Deutschland auf-

⁸⁶ Breslau, Forschungen zur deut. Gesch. XXVI 1 ff., Handbuch der Urkundenlehre, Leipzig 1889, I 476 ff.; Planck a. a. O. II 193 ff. Vgl. kl. Kaiserr. II Art. 27; Brünner Schöffensatzungen b. Rössler, Die Stadtrechte von Brünn, Prag 1852, S. 399—400. — Ueber die Entwicklung der Theilzettel (carta partita) vgl. Breslau, Handbuch I 502 ff., Schröder, R.G. S. 673.

⁸⁷ Breslau, Handb. I 510 ff., 923 ff.; Schröder, R.G. S. 673 ff. Vgl. Schwabensp. (L.) c. 36 u. 159. — Wenn auch Zeugen in den Urkunden regelmäßig noch aufgeführt wurden, so waren sie doch nicht mehr wesentlich; vgl. Schwabensp. (L.) c. 36: briefe sint bezzer danne geziuge; Münchener Stadtr. Art. 53: umb wen man brief hat, der bedarff chains zeugen.

⁸⁸ Insbesondere als Vertragsform, wovon später zu handeln ist. Ueber Bedeutung und Arten der Schriftform im Allgemeinen vgl. Franken, D.P.R. I 130 ff.

⁸⁹ Die höchste Steigerung der Schriftform begegnet bei dem Wechsel und anderen modernen „Skripturobligationen“, indem hier das Rechtsverhältniß überhaupt nur so zu Stande kommt, wie es geschrieben steht; vgl. unten. Potenzirte Schriftformen aber finden sich auch sonst sowohl im Handelsrecht (z. B. die Handelsbücher nach H.G.B. Art. 28 ff., die Zeichnungsscheine über Aktien nach Art. 175^c, der Frachtbrief nach Art. 391 ff.) wie im gemeinen bürgerlichen Recht (z. B. das eigenhändige Testament).

⁴⁰ Nach fränkischem Recht war ursprünglich nur die Königsurkunde, nach langobardischem Recht jede Gerichtsurkunde eine öffentliche Urkunde; schon im Mittelalter erlangten auch in Deutschland alle Gerichtsurkunden öffentlichen Glauben; vgl. Brunner, Das Gerichtszeugniß u. die fränkische Königsurkunde, Berlin 1873; Breslau, Handb. I 476 ff.; Schröder, R.G. S. 253 ff., 672 ff. Zum Theil wurde auch anderen Personen das Recht gewährt, mit ihrem Siegel fremde Urkunden zu beglaubigen; Schwabensp. (L.) c. 159.

⁴¹ Breslau a. a. O. S. 536 ff. u. 551 ff.; Brünner Schöffenbuch Art. 480 b. Rössler a. a. O. S. 223. Doch ist die Ausstellung von Gerichtsbriefen und Stadtbriefen meist nicht selbständige Geschäftsform, sondern Beurkundung eines vor Gericht oder Rath mündlich vollzogenen Geschäfts; später wird sie vielfach zum Anhang der Eintragung in die Gerichts- oder Stadtbücher.

genommen und den Notariatsurkunden öffentlicher Glaube zugestanden war⁴², verbreitete sich namentlich die notarielle Geschäftsform⁴³. Sie wurde gemeinrechtlich durch die Reichsnotariatsordnung von 1512 geregelt⁴⁴, ist aber heute im Wesentlichen durch die Landesgesetze normirt⁴⁵. Bei vielen Geschäften ist durch das geltende Reichs- und Landesrecht ihre Anwendung theils unbedingt theils mit Wahlrecht zwischen ihr und der gerichtlichen oder auch einer anderen Form vorgeschrieben⁴⁶.

6. Gerichtlichkeit. Viele Geschäfte wurden bei uns von je vor den Gerichten vollzogen. Der gerichtliche Abschluß war zum Theil nothwendig⁴⁷, zum Theil des Beweises wegen sehr rätlich⁴⁸. In den Städten wurde vielfach der Rath zum Träger der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Nach der Aufnahme der fremden Rechte wurde die gerichtliche Form nicht nur festgehalten, sondern von den meisten Partikularrechten im Sinne staatlicher Bevormundung des Rechtslebens für einen stets wachsenden Kreis von Rechtsgeschäften gefordert. Dabei wurde sowohl durch die Umwandlung der Gerichtsverfassung als auch durch die veränderten Beweggründe der Gesetzgebung eine im Einzelnen überaus bunte und ungleichartige Umbildung der gerichtlichen Formen erwirkt. In neuerer Zeit sind hierin manche Einschränkungen und Vereinfachungen durchgeführt. Doch begegnet auch heute die gerichtliche Form in sehr verschiedener Gestalt und Bedeutung. Zum Theil wird das Gericht nur als öffentliche Urkundsbehörde thätig, mag nun die Handlung der Beteiligten (wie die Auflassung) vor Gericht vorzunehmen sein oder ihre nachträgliche Beglaubigung durch das Gericht ausreichen⁴⁹. Zum Theil aber hat das

⁴² Ueber die Geschichte des Notariats vgl. Breslau a. a. O. S. 460—475; Oesterley, Das deutsche Notariat, Hannover 1842 u. 1845.

⁴³ Breslau a. a. O. S. 549 ff.

⁴⁴ N.S. II 151 ff.; dazu die lehrreiche Darlegung der Praxis des vorigen Jahrh. b. Gerstlacher X 1947 ff.

⁴⁵ Z. B. Preuss. Ges. v. 11. Juli 1845, 8. März 1880 u. 15. Juli 1890, Bayr. v. 10. Nov. 1861, Oesterr. v. 25. Juli 1871; andere b. Hinschius, Art. „Notariat“ in Holtzendorffs Rechtslex. II 895.

⁴⁶ Vgl. Gengler, D.P.R. S. 394 ff. — Gleich steht nach R.Ges. v. 8. Nov. 1867 § 16—17 die Beurkundung durch deutsche Konsuln im Auslande. — Verwandt mit der notariellen Form ist die Beurkundung durch die Handelsmäkler nach H.G.B. Art. 71—73 u. 76.

⁴⁷ Z. B. l. Sal. t. 46, l. Rib. t. 59 § 1, ed. Rot. 172 u. 224, Sachsensp. I Art. 52 § 1.

⁴⁸ Sachsensp. I Art. 7 u. 18 § 2, Stat. v. Duderstadt Art. 57 (Gengler, Cod. jur. mun. I 927), Magd. Fr. II 10, Gosl. Stat. S. 72 Z. 13.

⁴⁹ Die bloße gerichtliche „Verlautbarung“ oder „Fertigung“ ist im Zweifel

Gericht zugleich als Träger obrigkeitlicher Gewalt mitzuwirken, so daß erst durch die gerichtliche Bestätigung, der eine Prüfung der Sachlage vorangeht, das Geschäft zu Stande kommt⁵⁰.

Mit dem gerichtlichen Abschluss ist die für manche Geschäfte vorgeschriebene Eingehung vor einer anderen öffentlichen Behörde (z. B. die Eheschließung vor dem Standesbeamten), mit der gerichtlichen Bestätigung die geforderte Bestätigung einer anderen Behörde (z. B. des Oberbergamtes bei der Vereinigung oder Theilung von Bergwerken) verwandt.

Bei einzelnen Rechtsgeschäften (z. B. vielfach bei der Ausgabe von Geldpapieren und bei der Errichtung von Familienfideikommissen) ist sogar landesherrliche Bestätigung nothwendig.

7. Eintragung in öffentliche Bücher. Frühzeitig wurden in den geistlichen Grund- und Gerichtsherrschaften Abschriften oder Auszüge der auf ihren Besitzstand bezüglichen Geschäftsurkunden in Bücher zusammengetragen, Register dazu angelegt und Verzeichnisse der abhängigen Höfe und der von ihnen geschuldeten Abgaben und Dienste verfertigt. Auch bei den weltlichen Gerichtsherren und Gemeindebehörden kamen derartige Register und Verzeichnisse, Sal-, Flur-, Lagerbücher u. s. w. auf. In den Städten wurden überall Stadtbücher geführt, in die alle vor Rath oder Gericht verlautbarten Geschäfte eingetragen wurden. Mehr und mehr wurden dann hier die Bücher nach Geschäftsarten gesondert und namentlich für die auf Liegenschaften bezüglichen Geschäfte entweder einheitliche Grundbücher, wie sie schon im 12. Jahrhundert in den Schreinsbüchern der Kölner Parochien begegnen, oder neben einander getrennte Verlaßbücher (Erbebücher) und Schuld-, Pfand- und Rentenbücher (mitunter auch getrennte Pfand- und Rentenbücher) angelegt. In diesen Büchern wurden dann wieder die Einträge nach örtlichen Bezirken gesondert und schließlic (am frühesten in Danzig) alle dasselbe Grundstück betreffenden Rechtsveränderungen auf demselben Blatte zusammengeschrieben. Erfolgten anfänglich solche Bucheinträge nur des Beweises wegen, so trat schon im Mittelalter an manchen Orten die Umbildung ein, daß die Eintragung ein gesetzliches Form-

vor jedem an sich geeigneten Gericht zulässig; Preufs. A.G.O. II, 1 § 9, L.R. II, 17 § 48 u. Anh. § 147. Vielfach aber muß der gerichtliche Geschäftsabschluss vor dem zuständigen Gericht (der Sache oder der Person) erfolgen; Preufs. A.G.O. II, 1 § 3—6, L.R. II, 17 § 57. Vgl. Gengler, D.P.R. S. 393.

⁵⁰ Hier handelt es sich um mehr als eine bloße Formvorschrift, darum muß stets das zuständige Gericht thätig werden, Pr.L.R. II, 17 § 55. Vgl. Gengler S. 398, Beseler, D.P.R. S. 177.

erforderniß für die Begründung oder Uebertragung des Rechtes wurde⁵¹.

Außer den Grundbüchern erlangten manche andere Bücher einen mehr oder minder umfassenden öffentlichen Glauben und wurden in Folge hiervon für die Feststellung von Rechtsverhältnissen bedeutungsvoll. Insbesondere wurden in den meisten Genossenschaften Mitgliederverzeichnisse (Matrikeln, Register) geführt, in die alle Veränderungen im Mitgliederbestande und die für die Rechte und Pflichten der Mitglieder erheblichen Thatsachen und Vorgänge unter Anknüpfung von Rechtswirkungen eingetragen wurden. Aus solchen Anfängen giengen zum Theil öffentliche Bücher hervor, wie namentlich aus den Gildebüchern der Kaufleute sich die Handelsregister (Gesellschafts-, Prokuren-, Zeichenregister) entwickelten⁵². Andererseits wurzeln hier die in ihrer Wirkung auf das Mitgliedschaftsverhältniß beschränkten Genossenschaftsbücher, wie die Gewerkenbücher, die Aktienbücher, die Deichregister u. s. w.

Nach der Aufnahme der fremden Rechte gerieth die dem gemeinen Recht unbekannt e Einrichtung der öffentlichen Bücher vielfach in Verwirrung und Verfall. Doch wurde sie in einzelnen Partikularrechten gepflegt und bewahrte auch in der Verkümm erung ausreichende Lebenskraft, um sich in neuerer Zeit zu einer der wichtigsten Institutionen des deutschen Privatrechts zu erheben. Im Einzelnen aber haben die Bucheinträge bei den verschiedenen Rechtsgeschäften eine sehr ungleiche rechtliche Bedeutung⁵³.

⁵¹ Ueber die Geschichte der Grundbücher im Mittelalter vgl. Homeyer, Die Stadtbücher des Mittelalters, insbesondere das Stadtbuch von Quedlinburg, Berlin 1860; Stobbe, D.P.R. I § 67; Planck a. a. O. II 199 ff.; Randa, Z. f. d. P. u. ö. R. d. G. VI 81 ff.; Brunner, R.G. I 399 ff.; Breslau a. a. O. I 551 ff.; Schröder, R.G. S. 675 ff.; Aubert, Grundbøgernes Historie i Norge, Danmark og tildels Tyskland, mit einem Resumé in deutscher Sprache, Kristiania 1892, theilweise übersetzt und bearbeitet von Doublier, Z. f. R.G. XXVII 1 ff. Unter den neuerdings erfolgten Veröffentlichungen von Stadtbüchern sind hervorzuheben: Höniger, Kölner Schreinsurkunden des 12. Jahrh., Bonn 1885 ff.; Höniger u. Stern, Das Judenschreinsbuch der Laurenzpfarre zu Köln, Berlin 1888; Fabricius, Das älteste Stralsundische Stadtbuch, Berlin 1872; Napiersky, Die Erbebücher der Stadt Riga, Riga 1888; Chr. Reuter, Das älteste Kieler Rentenbuch, Kiel 1893. Weitere Litteratur- u. Quellenangaben b. Stobbe a. a. O., Kraut, Grundr. § 12 III u. Schroeder Anm. 15.

⁵² Lastig, Entwicklungswege u. Quellen des Handelsrechts, Stuttgart 1887, S. 260 ff., Handb. des Handelsrechts v. Endemann I 344 ff., Florentiner Handelsregister des M.A., Halle 1883, Markenrecht u. Zeichenregister, Halle 1889, S. 165 ff.; Goldschmidt, Handb. I, 1, 1 S. 241.

⁵³ Von den Grundbüchern ist im Immobiliarsachenrecht, von Genossen-

V. Vertretung. Während manche rechtsgeschäftliche Willenserklärungen (z. B. Eheschließung oder Verfügung von Todes wegen) nur in Person abgegeben werden können, ist heute der Regel nach bei Rechtsgeschäften eine Vertretung zulässig. Die Vertretung kann sich auf die Erklärung des vom Vertretenen gebildeten Willens beschränken; ein solches bloßes Erklärungswerkzeug ist der Bote⁵⁴. Die eigentliche Stellvertretung jedoch erstreckt sich zugleich auf die Willensbildung.

Das Prinzip der freien Stellvertretung war ursprünglich so gut dem deutschen wie dem römischen Recht fremd⁵⁵. Allein das deutsche Recht kannte seit alter Zeit eine Fülle von Vertretungsverhältnissen, die kraft genössenschaftlicher oder herrschaftlicher Verbundenheit zur gerichtlichen und außergerichtlichen Thätigkeit für Andere beriefen. In diesen Vertretungsverhältnissen waren die später gesonderten Begriffe der Darstellung eines Verbandsganzen durch sein Haupt oder Glied und der Vertretung einer Person durch eine andere Person anfänglich ungeschieden enthalten⁵⁶. Sie bargen daher in sich gleich-

schaftsregistern im Körperschaftsrecht, von Staatsschuldbüchern bei den Werthpapieren, von der Zeichenrolle beim Markenrecht, von Musterregistern beim Urheberrecht, von der Patentrolle beim Erfinderrecht, von Handelsregistern im Handelsrecht, von Schiffsregistern im Seerecht zu handeln.

⁵⁴ Die Willenserklärung durch einen Boten ist insoweit zulässig, als sie nicht durch die geforderte Form der Erklärung ausgeschlossen wird; der bloße Bote braucht nicht willensfähig, sondern nur erklärungsfähig zu sein.

⁵⁵ Heusler, Inst. I 203 ff.

⁵⁶ Wie einerseits die Repräsentation einer Gesamtheit durch ihre Machtträger zugleich als Vertretung sämtlicher Genossen und die Repräsentation der königlichen oder einer anderen herrschaftlichen Gewalt durch Beamte zugleich als Vertretung des Herrn erschien (Gierke, Genossenschaftsr. II 489 ff.), so vertrat andererseits der Muntwalt, der für seinen Hausangehörigen oder Schutzbefohlenen handelte, immer zugleich den von ihm als Haupt beherrschten Verband. Darum ist der Muntwalt Vertreter aus eigenem Recht, vertritt aber den Mündel überhaupt nur insoweit, als dieser dem Hausverbande eingegliedert ist. Die Auffassung Heuslers, daß eine Vertretung des Mündels überhaupt nicht stattfindet (Inst. I 123 ff., 203, II 449, 493 ff., 447 ff.), hängt mit seiner irrigen Deutung der Munt als reiner Gewaltbefugniß zusammen. Heusler selbst sagt mehrfach richtig, der Muntwalt trete als „Repräsentant seines Hauses“ auf: das Haus aber ist schon im ältesten deutschen Recht ein aus Haupt und Gliedern bestehender Personenverband, den das Haupt nach außen deckt, jedoch nicht (wie im römischen Recht) absorbiert. Weil die Ehefrau, die Kinder, die Schutzhörigen auch als Glieder des häuslichen Verbandes Personen sind, werden sie von dem Hausherrn, der für sein Haus einsteht, als Personen mitvertreten. Anders liegt die Sache bei Unfreien; es ist aber bezeichnend, wie in demselben Maße, in dem das Eigenthum an ihnen sich zur Herrschaft abschwächt, auch hier der Gedanke der Vertretung eindringt.

zeitig die noch unentwickelten Keime sowohl der sozialrechtlichen Organschaft wie der individualrechtlichen Stellvertretung. Aus ihnen gingen sodann einerseits die repräsentativen Funktionen körperschaftlicher und anstaltlicher Organe⁵⁷ und die sich denselben annähernden Vertretungsverhältnisse kraft personenrechtlicher Gemeinschaft⁵⁸ hervor. Andererseits aber entwickelte sich aus ihnen allmählich eine Vertretung von Einzelpersonen durch Einzelpersonen. Die Vertretungsmacht des Muntherrn erweiterte sich zu einer wahren vormundschaftlichen Stellvertretung⁵⁹, aus der Repräsentation des Herrn durch Hausangehörige und Beamte entsprang umgekehrt eine dienstliche Stellvertretung⁶⁰. In Anlehnung an diese durch personenrechtliche Verbundenheit bedingte Stellvertretung bildete sich dann auch eine mehr und mehr verselbständigte Stellvertretung kraft rechtsgeschäftlicher Vollmacht aus⁶¹. So war bereits im 13. Jahrhundert bei uns im Allgemeinen das Prinzip der freien Stellvertretung anerkannt⁶², das seitdem trotz der Aufnahme des fremden Rechts in Geltung geblieben ist.

Soweit eine Stellvertretung überhaupt zulässig war, wirkte sie im deutschen Recht stets unmittelbar für und wider den Vertretenen⁶³. Daneben war freilich die sogenannte mittelbare Stell-

⁵⁷ Vgl. über ihre Entwicklung Gierke, *Genossenschaftsr.* II 489 ff., 809 ff., 884 ff. Heute muß die Vertretung der Verbandsperson durch ihre Organe von der Stellvertretung grundsätzlich gesondert werden; darüber unten § 59 II 4.

⁵⁸ Gierke a. a. O. S. 943, 949, 952 ff., *Genossenschaftstheorie* S. 350 Anm. 1, 352, 381 ff., 418, 587 ff.; Heusler, *Inst.* I 236, 245 ff. Auch diese Verhältnisse fallen nicht unter den gewöhnlichen Stellvertretungsbegriff: vgl. unten § 80 V 5 u. § 81 V.

⁵⁹ Heusler, *Inst.* II 501 ff. Vgl. auch über die Vertretung des Gesindes durch den Herrn G. Hertz, *Die Rechtsverhältnisse des freien Gesindes nach den deut. Rechtsq. des M.A.*, Breslau 1879 (Unters.H. 6), S. 37 ff.

⁶⁰ Vgl. über die Vertretung des Herrn durch das Gesinde Hertz a. a. O. S. 51 ff., über die aus der Hausgemeinschaft hervorgegangene Verpflichtungsmacht der Handlungsgehülfen (*famuli und factores*) M. Weber, *Zur Geschichte der Handelsgesellschaften im M.A.*, Stuttgart 1889, S. 81.

⁶¹ Die Ertheilung einer Vollmacht war, wie schon die dabei üblichen Symbole und Namen zeigen, ursprünglich entweder Bestellung eines Muntherrn (Heusler, *Inst.* I 204 ff.) oder Uebertragung eines Dienstantes (Schröder, *R.G.* S. 108 u. 457, Heusler a. a. O. S. 206, *Sachsensp.* II Art. 42 § 3). Auf die Entstehung aus einer Selbstergebung in Muntherrschaft weisen auch manche Züge des Institutes der Salmannen zurück (Heusler a. a. O. S. 220).

⁶² Heusler a. a. O. S. 210—211. Vgl. auch *Sachsensp.* III Art. 40 § 3.

⁶³ Stobbe, *D.P.R.* III § 170 Anm. 2, meint, daß die Geltung dieses Prinzipes schon im älteren deutschen Recht sehr wahrscheinlich, aber nicht nachweisbar sei. Indefs ist es ausdrücklich z. B. im kl. *Kaiserr.* II c. 29 bezeugt

vertretung niemals ausgeschlossen⁶⁴. Allein sie ist in Wahrheit gar keine Stellvertretung und hat auch bei uns nicht wie bei den Römern als Ersatz für eine solche gedient. Der deutschrechtliche Gedanke der unmittelbaren Stellvertretung hat sich gegenüber dem römischen Recht, das ihn bis zuletzt grundsätzlich verwarf, siegreich behauptet⁶⁵. Ihm huldigen nicht nur die großen Gesetzbücher der Neuzeit⁶⁶, sondern er beherrscht auch das heutige gemeine Recht⁶⁷. Demgemäß wird durch jede rechtsgeschäftliche Handlung, die ein Stellvertreter ausdrücklich oder erkennbarer Weise für den Vertretenen im Bereiche seiner Vertretungsmacht vornimmt, er selbst überhaupt nicht, der Vertretene aber unmittelbar berechtigt und verpflichtet⁶⁸. Hierbei liegt die Anschauung zu Grunde, daß der Vertreter, weil durch Gesetz oder Rechtsgeschäft ihm eine dem Vertretenen zuständige Willensmacht anvertraut ist, als Willenswerkzeug des Vertretenen fungirt⁶⁹. Darum bestimmen sich die rechtlichen

und wird überall sonst offenbar vorausgesetzt. Auch mußte es sich nothwendig aus dem personenrechtlichen Wesen der deutschen Stellvertretung ergeben.

⁶⁴ Sie ist im Kommissionsgeschäft, dessen Anfänge dem Mittelalter angehören (Goldschmidt, Handb. I, 1, 1 S. 331), zu einem besonderen handelsrechtlichen Institut ausgebildet worden.

⁶⁵ Vgl. Buchka, Die Lehre von der Stellvertretung bei Eingehung von Verträgen, Rostock 1852; Savigny, Obl.R. II 21 ff.; Laband, Z. f. d. g. H.R. X 183 ff.; Zimmermann, Die Lehre von der stellvertretenden negotiorum gestio, Straßburg 1876; Mitteis, Die Lehre von der Stellvertretung nach röm. R. mit Berücksichtigung des österr. R., Wien 1885; Wächter, Pand. I 407 ff.; Windscheid, Pand. I § 73–74; Dernburg, Pand. I § 117–119; Regelsberger, Pand. I § 159–164; Stobbe, D.P.R. III § 170. Ueber die Anerkennung der direkten Stellvertretung in der mittelalterlichen Jurisprudenz vgl. auch Gierke, Genossenschaftsr. III 224 ff. u. 309.

⁶⁶ Bayr. Landr. IV c. 9 § 7; Pr. L.R. I, 13 § 85, 153; Code civ. Art. 1997, 1998; Sächs. Gb. § 788, 1317; Schweiz. O.R. Art. 36–37.

⁶⁷ Für das Handelsrecht ist er gesetzlich durch H.G.B. Art. 42, 298, 502 ausgesprochen. Im Uebrigen ist er gewohnheitsrechtlich anerkannt; R.Ger. II Nr. 43, VI Nr. 60, Obst.L.G. f. Bayern Seuff. XXXVI Nr. 120, XLI Nr. 280. Natürlich legt ihn auch Entw. II § 134 ff. zu Grunde.

⁶⁸ Eine actio institoria oder quasi institoria kann daher nicht mehr stattfinden; R.Ger. II Nr. 43.

⁶⁹ Diese Auffassung entspricht der geschichtlichen Entwicklung des deutschrechtlichen Prinzips aus personenrechtlichen Verhältnissen, die eine Erweiterung der Persönlichkeitsphäre des Vertreters durch einen ihr einverleibten Bestandtheil der Persönlichkeitsphäre des Vertretenen bewirken. Sie wird auch in den für die gemeinrechtliche Theorie sehr einflußreich gewordenen Sentenzen ausgedrückt, die in das Corpus juris canonici Aufnahme fanden: „potest quis per alium, quod potest facere per se ipsum“ und „qui facit per alium, est perinde, ac si faciat per se ipsum“; Reg. 68 u. 72 in VI^o de R.J. 5, 12. —

Wirkungen der Vertretungshandlung ausschließlich nach der Person des Vertretenen⁷⁰. Dagegen sind die Erfordernisse der gehörigen Bildung und Erklärung des rechtsgeschäftlichen Willens zunächst nach der Person des Vertreters zu beurtheilen⁷¹. Auch für das rechtsgeschäftliche Verschulden seines Vertreters muß der Vertretene voll eintreten⁷².

Die Vertretungsmacht des Stellvertreters beruht auf gesetzlicher Ermächtigung oder rechtsgeschäftlicher Vollmacht. Die Vollmacht ist stets frei widerruflich⁷³, kann aber nach deutschem Recht mit Wirksamkeit für die Erben ertheilt werden⁷⁴. Ein Mangel an Vollmacht wird durch nachträgliche Genehmigung geheilt⁷⁵. Bei der

Ueber andere Auffassungen vgl. Windscheid § 73 Anm. 16^b, Regelsberger § 159 V.

⁷⁰ Nur auf seine Fähigkeit zum Eintritt in das beabsichtigte Rechtsverhältnis kommt es an; nur nach seiner Person entscheidet sich die Frage, ob ein Handelsgeschäft vorliegt; beschränkte Handlungsfähigkeit des Vertreters in eignen Angelegenheiten steht, wenn er nur überhaupt handlungsfähig ist, der Wirksamkeit des Geschäftes nicht entgegen (Entw. II § 135). — Da die Rechtswirkungen nur und erst beim Geschäftsherrn eintreten, ist auch ein Geschäftsabschluss, den der Vertreter für den Vertretenen mit sich selbst für sich oder einen anderen Vertretenen vollzieht, rechtlich möglich und, soweit nicht arglistig verfahren ist, gültig; Römer, Z. f. d. g. H.R. XIX 67 ff., R.Ger. VI Nr. 3, O.L.G. Hamb. Seuff. XLV Nr. 164. Ausführlich (jedoch mit abweichender Konstruktion) M. Rümelin, Das Selbstkontrahieren des Stellvertreters nach gemeinem Recht, Freiburg 1888. Gegen die Zulässigkeit R.O.H.G. VIII 393. Entw. II § 149 will den Geschäftsabschluss des Vertreters mit sich selbst nur im Falle ausdrücklicher Gestattung und ohne solche bei bloßer Erfüllung einer Verbindlichkeit zulassen.

⁷¹ So auch Entw. II § 136 Abs. 1. Aber auch auf Wollen und Wissen des Vertretenen kommt es jedenfalls insoweit an, als derselbe bei der Willensbildung mitwirkt; Mitteis a. a. O. S. 272, Dernburg I § 117 Anm. 10, Entw. II § 136 Abs. 2.

⁷² Goldschmidt, Z. f. d. g. H.R. XVI 287 ff.; Gierke, Genossenschaftstheorie S. 801 Anm. 2; R.O.H.G. VI Nr. 91 S. 412; R.Ger. Seuff. XLI Nr. 204.

⁷³ Ein Verzicht des Vollmachtgebers auf sein Widerrufsrecht ist unwirksam; R.Ger. III Nr. 53; Schweiz. O.R. Art. 40.

⁷⁴ Pr. L.R. I, 13 § 186 u. 190; Oest. Gb. § 1022; Sächs. Gb. § 1324; O.A.G. Wolfenbüttel Seuff. XI Nr. 239. Bei der handelsrechtlichen Vollmacht wird sogar Erstreckung auf die Erben vermuthet; Pr.L.R. I, 13 § 191, D.H.G.B. Art. 54 u. 297, Schweiz. O.R. Art. 428.

⁷⁵ Eine solche rückwirkende Genehmigung war schon dem älteren deutschen Recht bekannt. Sie spielte eine große Rolle, so lange die Stellvertretung nur beschränkt zulässig war. Auch wurde sie öfter größerer Sicherheit wegen beim Abschluss eines Geschäftes mit einem Vertreter dem Dritten besonders verbürgt; Heusler, Inst. I 210.

Bestimmung des Umfanges der Vertretungsmacht wird im heutigen Recht die dem deutschen Recht entstammende Unterscheidung zwischen äußerer und innerer Seite der Vollmacht vielfach bedeutungsvoll⁷⁶. Soweit sie durchgeführt ist, kann der Vertreter Dritten gegenüber mit rechtlicher Wirkung für den Vertretenen Handlungen vornehmen, die nicht vorzunehmen er dem Vertretenen gegenüber verpflichtet ist. In diesem Sinne bewirkt unter allen Umständen die Kundmachung einer Vollmacht zu Gunsten des Dritten, der sich auf diese Kundmachung verlassen hat und verlassen durfte, eine ihr entsprechende und von nicht kundgemachten Einschränkungen unabhängige Vertretungsmacht⁷⁷. Darüber hinaus ist zum Theil der Umfang von Vollmachten bestimmter Gattung durch das objektive Recht präsumtiv festgestellt, so daß jede innere Beschränkung, die das gesetzliche Maß der Vertretungsmacht mindert, nach außen nur Wirkung hat, insoweit sie dem Dritten bekannt geworden ist⁷⁸. Die höchste Steigerung endlich erfährt diese Trennung der Vollmacht von dem inneren Verhältniß bei der unbeschränkbareren Formalvollmacht des Handelsrechts (Prokura), deren etwaige Einschränkungen selbst dann nach außen bedeutungslos sind, wenn sie der Dritte kennt⁷⁹. Auf demselben Gedanken beruht es, daß die einmal begründete Vertretungsmacht selbst dann, wenn die Vollmacht dem Vertretenen gegenüber erloschen ist, Dritten gegenüber so lange fortbesteht, als sie mangels gehöriger Kundmachung auf diesen Fortbestand vertrauten und vertrauen durften⁸⁰.

Wer als Vertreter ohne Vollmacht oder jenseits der Grenzen seiner Vollmacht handelt, wird nach deutscher Rechtsanschauung, falls das Geschäft mit dem Vertretenen mangels nachträglicher Ge-

⁷⁶ Vgl. oben § 28 Anm. 5, Gierke, Genossenschaftsth. S. 701 ff. Auf diesem Gedanken beruhte namentlich schon das im alten deutschen Recht vielverzweigte Institut der Treuhänder.

⁷⁷ Gierke a. a. O. S. 703 Anm. 1. Dagegen kann sich der Dritte auf den Wortlaut der Vollmacht nicht berufen, wenn der Vertreter gegen den ihm (dem Dritten) bekannten Willen des Vertretenen handelt (R.Ger. XV Nr. 47) oder offenbar und für ihn erkennbar die Vollmacht mißbraucht (O.L.G. Hamb. Seuff. XLI Nr. 183).

⁷⁸ Vgl. H.G.B. Art. 47, 50, 495—500. Analog beim Korrespondentrheder; H.G.B. Art. 460—463.

⁷⁹ H.G.B. Art. 42—43; Behrend H.R. § 52 Anm. 15. Analoge unbeschränkbare Vertretungsmacht begegnet bei der handelsrechtlichen Vertretung der Gesellschaft durch den Gesellschafter und bei Körperschaftsorganen.

⁸⁰ Pr. L.R. I, 13 § 168; Oesterr. Gb. § 1026; H.G.B. Art. 46; Schweiz. O.R. Art. 41 u. 44; Entw. II § 138 Abs. 2, 139—142.

nehmung nicht zu Stande kommt, auch ohne eignes Verschulden dem Dritten, der sich auf das Vorhandensein von Vertretungsmacht verlassen hat und verlassen durfte, seinerseits haftbar⁸¹. Diese Haftung ist gemeinrechtlich dahin festgestellt, daß der Dritte nach seiner Wahl den Stellvertreter auf Schadensersatz belangen oder bei der abgegebenen Willenserklärung, gleich als sei sie in eigenem Namen abgegeben, festhalten kann⁸².

VI. Auslegung. Während bei der Auslegung der Rechtsgeschäfte nach älterem Recht das gebrauchte Wort oder Zeichen entscheidet⁸³, gilt heute die Regel, daß der Richter nicht am Buchstaben haften, sondern den wahren Willen der Beteiligten erforschen soll⁸⁴. Doch muß einerseits auch hierbei stets die Rücksicht auf

⁸¹ Diese Haftung beruht auf dem deutschrechtlichen Prinzip der Haftung aus Schadensverursachung und setzt daher kein Verschulden voraus; Gierke, Entw. S. 171, Regelsberger, Pand. I 600. Anders nach der Theorie, die den Begriff der culpa in contrahendo zu Grunde legt; vgl. Laband a. a. O. S. 232 ff., Mittels a. a. O. S. 104 ff., Dernburg, Pand. II § 10, auch R.Ger. 21. Okt. 1881 Bd. VI Nr. 72. Gegen diese Verengerung der Haftung erklärt sich aber mit Recht R.Ger. 3. Okt. 1890 b. Seuff. XLVI Nr. 93. Ebenso v. Hahn zu H.G.B. Art. 55, Behrend, H.R. § 51. Ferner auf Grund der Fiktion eines stillschweigenden Garantievertrages, deren es aber durchaus nicht bedarf, Windscheid § 74 Anm. 8, Bähr, Jahrb. f. Dogm. VI 392, Motive zum Entw. I 244. Auch Wendt b. Endemann I § 73, der eine obligatio ex lege annimmt. — Die Haftung muß aber nicht blos wegfallen, wenn der Dritte den Mangel an Vertretungsmacht kannte, sondern auch, wenn er ihn kennen mußte (a. M. Behrend a. a. O. S. 358 Anm. 5). — Die Klage gegen den Scheinvertreter ist niemals die ursprüngliche Vertragsklage, sondern eine Klage aus der schädigenden Handlung dessen, der ohne Vertretungsmacht sich als Vertreter benahm; darum muß Kläger den Mangel an Vollmacht behaupten und beweisen, R.Ger. XVIII Nr. 32, anders Entw. II § 146 Abs. 1. — Auch ein gesetzlicher Vertreter (Muntwalt) kann sich als „falsus procurator“ haftbar machen; R.Ger. Seuff. XLII Nr. 279.

⁸² Dieses Wahlrecht giebt H.G.B. Art. 55 u. 298 Abs. 2, W.O. Art. 95, Sächs. Gb. § 789; ebenso aber die Praxis des gemeinen bürgerlichen Rechts, R.Ger. VI Nr. 60. An sich ist nur ein Anspruch auf Schadensersatz begründet, wie ihn Pr. L.R. I, 13 § 9, 96, 128 u. 171 und Schweiz. O.R. Art. 48 gewähren. Entw. II § 146 will der Regel nach das Wahlrecht, jedoch gegen den mit dem Mangel an Vertretungsmacht unbekanntem Vertreter nur einen durch das negative Vertragsinteresse begrenzten Schadensersatzanspruch und gegen einen in der Geschäftsfähigkeit beschränkten Vertreter überhaupt keinen Anspruch geben.

⁸³ Für das ältere deutsche Recht drücken die oben Anm. 21 angeführten Rechtsprüchwörter zugleich diese Auslegungsregel aus.

⁸⁴ H.G.B. Art. 278; Code civ. Art. 1156; Schweiz. O.R. Art. 16; Entw. II § 90; Seuff. VI Nr. 324, XLII Nr. 286. Strenger an den Wortlaut binden die Auslegung Pr.L.R. I, 4 § 65–74 u. I, 5 § 252 ff, Sächs. Gb. § 809. Vgl.

Treu und Glauben beachtet werden⁸⁵. Andererseits gewinnt bei Formalgeschäften der Wortlaut der Erklärung erhöhte Bedeutung.

§ 34. Gesetzliche Rechte.

I. Ueberhaupt. Wenn das objektive Recht unmittelbar Befugnisse oder Verbindlichkeiten setzt, verknüpft es dieselben regelmäßig in abstrakter Weise mit einer unbestimmten Menge gleichartiger Thatbestände. Die abstrakten gesetzlichen Rechte zerfallen wieder in allgemeine und besondere, jenachdem sie allen Rechtssubjekten oder nur einem besonderen Kreise zugedacht sind. Besondere gesetzliche Rechte sind z. B. die mit dem weiblichen Geschlecht, der Altersunreife, der Zugehörigkeit zu einem Geburts- oder Berufsstande, dem Besitz eines Ritterguts verknüpften Ausnahmerechte. Insoweit sie in Begünstigungen bestehen, werden sie auch „Privilegien“ im weiteren Sinne genannt (z. B. privilegia minorum, Standesprivilegien, Privilegien der Abgeordneten, Privilegien der milden Stiftungen).

Das objektive Recht kann aber auch in konkreter Weise Befugnisse oder Verbindlichkeiten unmittelbar an einen einzelnen Thatbestand knüpfen. Dann liegt ein „Privilegium“ im engeren und technischen Sinne vor. Von solchen Privilegien, die von den Privilegien im weiteren Sinne scharf zu trennen sind¹, ist hier noch zu reden.

II. Privilegien².

1. Begriff. Das entscheidende Begriffsmerkmal des eigentlichen Privilegs liegt darin, daß hier Rechtssatz und Rechtsverhältnis

Brinz, Pand. (1. Aufl.) S. 1572 ff., Regelsberger b. Endemann II 386 ff., Dernburg, Pand. I § 123.

⁸⁵ Regelsberger a. a. O. S. 391; Dernburg Pand. I § 124; R.O.H.G. X 11 ff. Hiermit hängt auch H.G.B. Art. 279 zusammen; ebenso zahlreiche besondere Auslegungsregeln der neueren Gesetzbücher.

¹ Vgl. Preuss. O.V.Ger. VI 119, R.Ger. IV Nr. 61, XVII Nr. 55 (Privileg i. w. S. die Befreiung der Beamten von Gemeindesteuern, Privileg i. e. S. die Steuerfreiheit der einzelnen hochadligen Familie). Dazu Unger, Oest. P.R. I 581 ff.

² Aus der überreichen älteren Litteratur sind hervorzuheben: Gebauer, *Singularia de privilegiis*, Göttingen 1740; Wasmuth, *De privilegiorum natura etc.*, Göttingen 1787; Glück I § 98—100, II § 101—110; Hufeland, *Geist des röm. R.* I 211 ff.; Thibaut, Pand. § 29—32 u. 40. Von neueren Bearbeitungen der Lehre vgl. Wächter, *Württ. P.R.* II § 2—3, 22, 50, 122; Schlayer, *Z. f. C.R. u. Pr. N.F.* XII 58 ff.; Gerber, *Ges. Abh.* I Nr. 13; Unger I 587 ff.

sich decken. Deshalb wird auch der Name „Privileg“ sowohl im objektivrechtlichen wie im subjektivrechtlichen Sinne gebraucht. Die Privilegien als Rechtsverhältnisse bestehen meist in Rechten und begründen daher Vorrechte der durch sie begünstigten Subjekte vor anderen Subjekten, mögen sie nun als „affirmative“ Privilegien eine besondere Befugnis ertheilen (z. B. ein Gewerberecht) oder als „negative“ Privilegien eine Freiheit von einer allgemeinen Pflicht aussprechen (z. B. eine Steuerfreiheit). Der Begriff des Privilegs ist aber auch anwendbar, wenn ein Rechtssatz für einen konkreten Fall durch Auferlegung einer besonderen Pflicht oder Entziehung eines allgemeinen Rechts ein dem betroffenen Subjekt nachtheiliges Ausnahmeverhältniß schafft (*privilegia odiosa*). Zu den Privilegien gehören auch die durch Dispensationen von einer abstrakten Rechtsnorm gesetzten Ausnahmerechte⁸.

2. Bedeutung. Im Mittelalter überwucherten allmählich die Privilegien derartig das allgemeine Recht, daß ein großer Theil des gesammten öffentlichen und Privatrechts in ständischen und korporativen, realen und personalen Privilegien zur Erscheinung kam. Besonders eingehend beschäftigt sich mit den Privilegien das kanonische Recht, an das sich auch die von der Rechtswissenschaft sorgfältig ausgebildete Privilegientheorie anlehnte. Der moderne Staat eröffnete, um die Konzentration der Staatsgewalt einerseits und die staatsbürgerliche Gleichheit andererseits durchzusetzen, gegen das ererbte Privilegienwesen einen mehrhundertjährigen Kampf, in dem ihn die Jurisprudenz durch eine namentlich unter der Einwirkung des Naturrechts mehr und mehr privilegienfeindlich gewandte Lehre unterstützte. Zahlreiche Privilegien des älteren Rechts sind heute beseitigt. Andererseits sind aber ganze Klassen von Privilegien (z. B. Privilegien gegen Nachdruck, Erfinderprivilegien, Aktiengesellschafts-oktrois u. s. w.) vielmehr dadurch untergegangen, daß die von ihnen verliehenen Ausnahmerechte sich zu allgemeinen Rechten erhoben haben. Schon diese Beobachtung spricht dafür, daß die Privilegien niemals ganz entbehrlich sind. In der That werden stets Bedürfnisse auftauchen, die nur durch eine dem Einzelfall angepasste konkrete Normsetzung befriedigt werden können. So sind denn auch heute

II 312 ff.; Pfaff u. Hofmann, Komm. I 305—352; Beseler, D.P.R. § 50; Brinz, Pand. 2. Aufl. I § 69—72; Windscheid I § 185—188 a; Dernburg, Pand. I § 85; Regelsberger, Pand. I § 30; Hinschius, Kirchenrecht III 805 ff.

⁸ Ueber Dispensationen vgl. Hinschius a. a. O. III 789 ff., E. Meier, Art. „Dispensationsrecht“ in Holtzendorffs Rechtslexikon.

nicht nur alte Privilegien in Kraft geblieben, sondern auch Neuverleihungen von Privilegien keineswegs selten.

3. Begründung, Da die Begründung eines Privilegs Normsetzung ist, erfolgt sie durch einseitigen Akt eines zur Rechts-erzeugung berufenen Gemeinschaftsorganes. Geht ein Vertrag voraus, so ist derselbe stets nur Beweggrund, niemals Begründungstitel⁴. Ebenso verhält es sich mit einer für den Erwerb des Privilegs gemachten Gegenleistung⁵.

Eine unbeschränkte Privilegiengewalt hat nur der Staat. Im Bereiche seiner Satzungsgewalt aber kann auch ein anderer Verband (z. B. die Kirche) Privilegien ertheilen.

Die staatliche Privilegiengewalt ist Bestandtheil der Gesetzgebungsgewalt. Im Mittelalter stark zersplittert, konzentrierte sie sich später bei dem Kaiser und den Landesherren. Mit der Ausbildung der absoluten Monarchie steigerte sich auch in dieser Richtung die landesherrliche Gewalt zur Allgewalt, wurde indess einigermaßen durch die Autorität der Gerichte gemildert, die unter Berufung auf die römische Reskriptenlehre die *exceptio sub- et ob-reptionis* gegen erschlichene Privilegien zuließen⁶. Im heutigen Verfassungsstaat können grundsätzlich Privilegien (und somit auch Dispensationen) nur durch die Gesetzgebungsorgane in Gesetzesform ertheilt werden⁷. Doch ist in bedeutendem Umfange dem Landesherren, wie ihm überhaupt nicht alle Macht einseitiger Rechtsetzung entzogen ist, die Befugniß zur Privilegienverleihung ohne Mitwirkung der Volksvertretung verblieben⁸. Auch wird nicht selten durch ein

⁴ Die ältere Theorie unterschied „*privilegia legalia*“ und „*conventionalia*“; auch im Pr.L.R. Einl. § 56 ist noch vom Erwerbe „durch einen lästigen Vertrag“ die Rede. Vgl. aber Kierulff, Theorie I 69, Seuff. XIX Nr. 218. Aus dem Vertrage entsteht daher auch nie eine Klage auf Verleihung des Privilegs.

⁵ Die ältere Theorie knüpfte an die Unterscheidung von *privilegia gratuita* und *onerosa* wichtige Rechtsfolgen an.

⁶ Heute kann nur der Privilegienertheiler, nicht der Richter das erschlichene Privileg für ungültig erklären. Anders noch Seuff. VIII Nr. 108, IX Nr. 245, auch Windscheid § 136 Anm. 7. Vgl. aber Seuff. XIII Nr. 4, Schlayer a. a. O. S. 88.

⁷ Sei es durch Spezialgesetz (wie z. B. das Notenprivileg der Reichsbank durch R.Ges. v. 14. März 1875 § 16), sei es durch Ausnahmebestimmungen in einem allgemeinen Gesetz (wie z. B. die Steuerbefreiungen im Preuss. Einkommensteuerges. v. 24. Juni 1891 § 3 Z. 1 u. 2; vgl. auch R.Ger. XXX Nr. 59).

⁸ In welchem Umfange, ist eine vielfach streitige Frage, die aus dem positiven Staatsrecht des einzelnen Staates nach Maßgabe des Herkommens zu entscheiden ist. Mit Privilegien und Dispensationen darf man aber nicht landes-

Gesetz die Krone oder eine Verwaltungsbehörde ausdrücklich zur Verleihung gewisser Privilegien ermächtigt⁹.

Gleiche Kraft mit Gesetz oder Satzung hat auch bei der Begründung von Privilegien das Gewohnheitsrecht¹⁰. Uebrigens kann der Nachweis gehöriger Verleihung durch Unvordenklichkeit ersetzt werden¹¹.

4. Inhalt. Privilegien können den verschiedenartigsten öffentlichrechtlichen oder privatrechtlichen Inhalt haben. Dem Objekte nach sind die Privilegialrechte bald Rechte an der eignen Person, bald Rechte an anderen Personen, bald Sachenrechte. Hinsichtlich der Art ihrer subjektiven Zuständigkeit sind sie Realrechte oder Personalrechte¹² und im zweiten Fall bald höchst persönliche, bald

herrliche Verleihungen von Ehrenrechten (Beseler, D.P.R. § 50 Anm. 7) und landesherrliche Gnadenakte (Laband, Arch. f. öff. R. VII 179 ff.) verwechseln, die überhaupt keine Rechtsetzungsakte sind.

⁹ Die Verleihung erfolgt hier kraft delegirter Gesetzgebungsgewalt, bleibt also Normsetzung (*constitutio personalis*) und schafft eine *lex specialis*. Das Gegentheil behauptet Windscheid § 136. Allein dies beruht auf der Hineinziehung von Fällen, in denen ein Privileg überhaupt nicht vorliegt, sondern das Gesetz unmittelbar eine Klasse besonderer Rechte begründet und einem Verwaltungsorgan nur die deklaratorische Feststellung der Voraussetzungen eines solchen Rechts im Einzelfall überweist. Die Grenze ist freilich flüchtig, zumal im Laufe der Zeit die Auffassung oft gewechselt hat; vgl. z. B. über die landesherrliche Ertheilung von Korporationsrechten, die einst als Privileg erschien, heute nicht mehr als solches gelten kann, Gierke, Genossenschaftstheorie S. 115—120.

¹⁰ Ein Gewohnheitsrecht kann sich für ein dauerndes Einzelverhältniß bilden und somit einen sich in der Setzung eines Rechtsverhältnisses erschöpfenden Rechtssatz (Privileg im objektiven Sinn) hervorbringen; Seuff. II Nr. 251, III Nr. 1, 256, X Nr. 4, XIV Nr. 193, XIX Nr. 104 II, R.Ger. XI Nr. 43; Regelsberger § 30 Anm. 9. In den Entscheidungen, die dies verneinen, wird die Erzeugung eines solchen Rechtssatzes mit der unmittelbaren Begründung von Rechtsverhältnissen, die freilich nur durch Verjährung möglich ist, verwechselt; so b. Seuff. I Nr. 3, II Nr. 122, IX Nr. 116, XI Nr. 2, XIX Nr. 1, 104 I, XXXVI Nr. 172. Andererseits darf die Verjährungslehre hier nicht (wie dies nicht selten in der Praxis und auch in der angef. Entsch. des R.Ger. geschieht) hineingezogen werden.

¹¹ Denn die Unvordenklichkeit begründet, da sie stets die Vermuthung rechtmäßiger Entstehung hervorbringt, bei einem auf andere Weise nicht zu erwerbenden Recht die Vermuthung der Entstehung durch *lex specialis*. Im Uebrigen dagegen kann durch Verjährung zwar unter Umständen ein gleiches Recht wie sonst durch Privileg, niemals aber ein Privileg erzeugt werden. Vgl. Dernburg, Preuss. P.R. I § 23 Anm. 8—9.

¹² Die ältere Theorie nahm daneben noch „*privilegia mixta*“ an, verstand aber darunter sehr Verschiedenes; vgl. z. B. Leyser spec. 11 Nr. 2, Hufeland a. a. O. S. 253, Wächter II 335, Hinschius a. a. O. S. 809. Gegen

beschränkt oder unbeschränkt vererbliche, bald sogar veräußerliche Rechte. Immer aber unterstehen sie, einmal begründet, an sich den gleichen Regeln, wie andere Rechte derjenigen Kategorie, in die sie ihrem Inhalt nach gehören¹³. Nur kommt bei der Bemessung ihrer Tragweite der Grundsatz zur Anwendung, daß Ausnahmebestimmungen streng auszulegen sind¹⁴.

5. **Beendigung.** Privilegien erlöschen auf zweierlei Weise. Denn einmal kann das Privileg als Recht gleich anderen Rechten sein Ende erreichen, womit dann zugleich das Privileg als Rechtsatz gegenstandslos wird. Zweitens kann das Privileg als Rechtssatz gleich anderen Rechtssätzen aufgehoben werden, womit dann zugleich das ihm entspringende Recht erlischt.

a. Das Privileg als Recht endet in derselben Weise, in der dieses Recht enden würde, wenn es auf irgend einem anderen Wege entstanden wäre. Somit gelten für die Beendigung von Privilegien durch Wegfall des Subjektes oder Objektes, Eintritt einer Endfrist oder Resolutivbedingung, Verzicht, Verjährung u. s. w. weder eigenthümliche noch für alle Privilegien gleichförmige Regeln¹⁵. Die ältere Theorie bildete jedoch, indem sie in den Privilegialrechten eine besondere Klasse von Rechten erblickte, für sie eine Reihe besonderer Erlöschungsgründe aus. So nahm man an, daß jedes Privileg durch Nichtgebrauch untergehe¹⁶. Heute besteht Einverständnis, daß der

diesen Begriff schon Thibaut § 30; vgl. auch Dernburg, Pand. I § 85 Anm. 5, Pfaff u. Hofmann S. 337. — Bei Neueren begegnet eine besondere Klasse von „privilegia causae“; z. B. bei Wächter II 336, Unger I 589, Windscheid § 135, Pfaff u. Hofmann S. 336. Dieser Begriff ist aber bei richtiger Begrenzung des Privilegienbegriffs (den z. B. Pfaff u. Hofmann maßlos ausdehnen) wesenlos.

¹³ Oesterr. Gb. § 13: Die einzelnen Personen oder auch ganzen Körpern verliehenen Privilegien und Befreiungen sind, insofern hierüber die politischen Verordnungen keine besonderen Bestimmungen enthalten, gleich den übrigen Rechten zu beurtheilen. Dazu Unger I 593 ff., Pfaff u. Hofmann S. 337 ff. In der älteren Theorie wurde dies gröblich verkannt.

¹⁴ Die ältere Theorie leitete hieraus eine Anzahl fester Interpretationsregeln her, die oft dem wirklichen Sinn der Privilegien Gewalt thaten. Vgl. Was-muth a. a. O. c. 1 § 13, J. H. Boehmer, Exerc. I, 14 c. 2 § 9 ff., Leyser sp. 11, Glück § 99—100, Pr. L.R. Einl. § 54—58. Solche Regeln sind nur mit Vorsicht zu gebrauchen; so auch die, daß die einer Person verliehenen Privilegien im Zweifel unvererblich, vererbliche im Zweifel nur auf Nachkommen vererblich sind. Doch darf man den Grundsatz der strengen Auslegung nicht mit Hinschius S. 815 u. Pfaff u. Hofmann S. 340 ganz verwerfen.

¹⁵ Pr. L.R. Einl. § 63—69; Dernburg, Preuss. P.R. I § 25; Hinschius III 817 ff.; Unger II 817 ff.; Pfaff u. Hofmann S. 314 ff.

¹⁶ Ueber die Geschichte dieser Theorie vgl. Hinschius III 823, Beseler, D.P.R. § 50 Anm. 16, Pfaff u. Hofmann S. 344 Anm. 229.

Nichtgebrauch hier keine anderen Wirkungen als bei gleichartigen Rechten beliebiger Herkunft hat¹⁷. Man stellte ferner die Lehre von der Verwirkung jedes Privilegs durch Mißbrauch auf¹⁸. Heute kann gemeinrechtlich die früher den Gerichten beigelegte Befugnis, ein Privileg wegen Mißbrauchs für verwirkt zu erklären, nicht mehr anerkannt werden; vielmehr erscheint der Mißbrauch nur als Anlaß zu einem gesetzesgeberischen Eingriff und als Rechtfertigungsgrund für die hierbei etwa beliebte Versagung jeder Entschädigung¹⁹. Dagegen wird in Partikularrechten die Verwirkung durch Mißbrauch noch als ein den Privilegien eigenthümlicher Erlösungsgrund behandelt²⁰. Allgemein endlich betrachtete man als besondere Beendigungsart der Privilegien den Widerruf. In Wahrheit fällt der Widerruf, falls er nicht auf Grund eines bei der Verleihung gemachten Vorbehaltes stattfindet²¹, lediglich unter den Gesichtspunkt der gesetzgeberischen Aufhebung²².

b. Das Privileg als Rechtssatz wird durch einen dies aussprechenden Rechtsetzungsakt heseitigt. Zu einem solchen ist in allen Fällen der staatliche Gesetzgeber, irgend ein anderes Gemeinschaftsorgan dagegen nur kraft gesetzlicher Ermächtigung befugt²³. Im Uebrigen gelten hierbei die allgemeinen Regeln über gesetzliche Aufhebung wohlervorbener Rechte. Somit entspricht es der Gerechtigkeit, daß für den Wegfall des Privilegs eine Entschädigung ge-

¹⁷ Vgl. außer den in der vor. Anm. Genannten schon Hufeland a. a. O. I 274 ff., Fritz, Z. f. C.R. u. Pr. IV 201 ff., Schlayer a. a. O. S. 95, Unger, II 320 ff.

¹⁸ Unter Berufung auf c. 24 X de priv. 5, 33: quia privilegium meretur amittere, qui permissa sibi abutitur potestate. Vgl. Leyser spec. 11 Nr. 4, Glück II § 109, Mühlenbruch, Doctr. pand. I § 81, Puchta, Pand. § 31.

¹⁹ Kierulff I 59; Wächter, Württ. P.R. II 832 ff.; Dernburg, Pand. I § 85 Anm. 13. — Anders kraft ausdrücklicher Gesetzesbestimmung; vgl. z. B. R.Ges. v. 14. März 1875 § 50: Entziehung des Notenprivilegs einer Privatbank durch Richterspruch wegen Mißbrauchs.

²⁰ Pr. L.R. Einl. § 72 (Richterspruch); auch Bayr. L.R. I c. 2 § 16.

²¹ In diesem Falle erscheint er als Eintritt einer Resolutivbedingung.

²² In der älteren Theorie wurde dies dadurch verdunkelt, daß die Stellung des Privilegienertheilers als Gesetzgeber von seiner sonstigen Machtstellung nicht unterschieden wurde. Heute liegt auch in dem Widerruf durch ein sonst nicht zur Gesetzgebung berufenes Organ die Ausübung von Gesetzgebungsgewalt.

²³ Diese Ermächtigung folgt nicht ohne Weiteres aus der Ermächtigung zur Ertheilung des Privilegs.

währt werde²⁴. Geschieht dies aber nicht, so ist eine Klage auf Schadloshaltung nicht begründet²⁵.

Von abweichenden Gesichtspunkten gieng die ältere Theorie aus²⁶. Sie gestattete grundsätzlich die Wiederentziehung verliehener Privilegien durch den Gesetzgeber, ohne denselben hierbei an die Schranken zu binden, die sie sonst zum Schutz wohlerworbener Rechte aufrichtete. Denn sie betrachtete die Privilegien als rein positive Gebilde, denen die auch für den Gesetzgeber verbindliche naturrechtliche Sanktion des Eigenthums und der Verträge nicht zu Gute komme. Dieses Prinzip aber ermäßigte sie dann wieder durch zahlreiche Ausnahmen, über deren Umfang lebhaft und ununterbrochen gestritten wurde. Allgemein wurde bei privilegia conventionalia, die ja eben als Verträge gelten sollten, eine justa causa für den einseitigen Widerruf gefordert, vielfach aber überhaupt die Aufhebung von Privilegien nur aus überwiegenden Gründen des Gemeinwohls zugelassen. Auch wurde mindestens bei privilegia onerosa, häufig auch in anderen Fällen dem Privilegirten ein Anspruch auf Entschädigung gewährt. Heute haben nicht nur alle diese doktrinären Sätze, sondern sogar die aus ihnen hervorgegangenen Gesetzesbestimmungen ihre unmittelbare Anwendbarkeit eingebüßt²⁷.

§ 35. Zeitablauf.

I. Ueberhaupt. Der Zeitablauf wird für die Entstehung, Veränderung oder Beendigung von Rechtsverhältnissen in Gestalt von Terminen oder Fristen wirksam, die entweder durch Rechtsgeschäft oder durch behördliche Verfügung oder unmittelbar durch Rechtsnorm gesetzt werden.

II. Berechnung der Zeit¹. In allen solchen Fällen gelten

²⁴ Vgl. Pfaff u. Hofmann S. 348 ff. — Eine Anwendung im Preuss. Einkommensteuerges. v. 24. Juni 1891 § 4.

²⁵ Seuff. II Nr. 128, XI Nr. 182, XV Nr. 74, XIX Nr. 213, XLI Nr. 111, XLVI Nr. 164. Abweichend I Nr. 311, XI Nr. 182, XVI Nr. 186.

²⁶ Vgl. Gierke, Joh. Althusius S. 272 Anm. 21 u. 295 Anm. 75, Genossenschaftsr. III 620; Hinschius III 818 ff.; Pfaff u. Hofmann S. 348 Anm. 243.

²⁷ Denn sie beruhen einerseits auf der Voraussetzung, daß der Landesherr alleiniger Gesetzgeber sei, andererseits auf der Vorstellung, daß die Gesetzgebungsgewalt in formell bindende Schranken gebannt werden könne. Auch die Bestimmungen des Pr.L.R. Einl. § 70—71 sind nicht mehr unmittelbar anwendbar; vgl. Dernburg, Preuss. P.R. I § 26 zu 2.

¹ Vgl. Savigny, Syst. IV § 171 ff.; Wächter, Württ. P.R. II § 117 ff.;

für die Berechnung der Zeit feste Auslegungsregeln, die zum großen Theil dem römischen Recht entstammen, in einigen Punkten aber durch Gewohnheitsrecht und neuere Reichs- und Landesgesetze auf Grund deutscher Anschauungen umgestaltet sind.

1. Im deutschen wie im römischen Recht werden im Zweifel die Tage als untheilbare Zeiteinheiten gerechnet, so daß Beginn und Ende einer Frist mit Anfang und Ablauf eines Tages zusammenfallen². Doch wird im Gegensatz zum römischen Recht der Tag des Ereignisses, das eine Frist in Lauf setzt, nicht mitgezählt³. Der Schalttag gilt heute als besonderer Tag⁴.

2. Fristen nach Wochen oder Monaten (zu denen auch solche nach Monatsmehrheiten, wie Vierteljahr, Halbjahr oder Jahr, gehören) werden nach deutscher Sitte nicht wie nach römischem Recht in Tage aufgelöst, sondern kalendermäßig berechnet. Eine solche Frist läuft also mit der Wiederkehr des durch seine Benennung oder Zahl dem Tage des Anfangsereignisses entsprechenden Tages ab. Fehlt in dem Endmonat dieser Tag, so endet die Frist mit dem Ablauf des letzten Monatstages. Dagegen beträgt der halbe Monat fünfzehn Tage, die bei zusammengesetzten Fristen zuletzt gezählt werden. Auch gilt als Mitte des Monats stets dessen fünfzehnter

Unger II § 103 ff.; Windscheid, Pand. I § 163 ff.; Dernburg, Pand. I § 88 ff.; Regelsberger I § 124—125; Beseler, D.P.R. § 51; Stobbe, D.P.R. I § 68. — Ueber älteres deut. R. Heusler, Inst. I § 53 ff.

² Doch tritt statt dieser sog. „Civilkomputation“ auch heute die „Naturalkomputation“, bei der es auf den genauen Zeitpunkt innerhalb eines Tages ankommt, in vielen Fällen ein; so überall, wo von der Priorität eines Ereignisses (z. B. Geburt oder Tod), einer Anmeldung (z. B. zum Grundbuch oder Zeichenregister) oder einer Geltendmachung (z. B. beim Nacherrecht) eine Rechtswirkung abhängt. — Ueberdies ist zu beachten, daß die Ausnützung einer Frist bis zum letzten Augenblick durch die Beschränkung von Rechts-handlungen auf die Geschäftsstunden (H.G.B. Art. 332), Proteststunden (R.O.H.G. XVII 55), Amtsstunden u. s. w. vielfach abgeschnitten wird. — Die römische Unterscheidung von *tempus continuum* und *tempus utile* hat heute nur noch geringe Bedeutung; vgl. Beseler § 51 IV; ein modernes *tempus utile* sind aber z. B. die zwei Protesttage der W.O. Art. 41.

³ W.O. Art. 32, H.G.B. Art. 328, C.Pr.O. § 199. Nach Erk. des R.Ger. v. 8. Febr. 1884 Seuff. XXXIX Nr. 290 gilt dies kraft gemeinen Gewohnheitsrechts bei allen Prozeß- und Vertragsfristen, desgleichen bei allen reichsgesetzlichen Verjährungsfristen (z. B. nach Reichshaftpflichtges. § 8); vgl. auch R.Ger. in C.S. XXVI Nr. 2 (Anwendung auf die Frist der Konk.O. § 23 Z. 2). — Ebenso Entw. II § 155 (jedoch mit einer Ausnahme hinsichtlich des Geburtstages bei Berechnung des Lebensalters).

⁴ O.L.G. Rostock 24. Juni 1880 Seuff. XXXIX Nr. 5.

Tag. Diese Berechnungsart ist in die neueren Gesetzbücher übergegangen⁵. Doch hat auch die römische Berechnungsart, nach der der Monat stets 30 Tage beträgt, in manche Gesetze Eingang gefunden⁶.

3. Als Jahr galt im deutschen Recht statt des gemeinen Jahres für viele Rechtsverhältnisse ein besonderes Gerichtsjahr, das abgekürzt „Jahr und Tag“ hieß und meist ein Jahr sechs Wochen und drei Tage betrug⁷. Doch wurde nicht überall unter „Jahr und Tag“ dieselbe Frist verstanden⁸. Wo daher diese Bezeichnung heute noch begegnet, muß bei ihrer Deutung auf den örtlichen Gebrauch zurückgegangen werden⁹.

4. Fällt ein Termin oder der letzte Tag einer Frist auf einen Sonntag oder allgemeinen Feiertag, so tritt, da an solchen Tagen die Geschäfte ruhen sollen, im Zweifel an dessen Stelle der nächste Werktag¹⁰.

5. Seit dem 1. April 1893 gilt in Deutschland statt der Zeitbestimmung nach dem örtlichen Stande der Sonne eine einheitliche „gesetzliche Zeit“, die für alle Rechtsverhältnisse maßgebend ist. Es ist die mittlere Sonnenzeit des fünfzehnten Längengrades östlich von Greenwich (R.-Ges. v. 12. März 1893).

III. Verjährung¹¹. Eine besondere Rolle spielt der Zeit-

⁵ Pr.L.R. II, 8 § 855—857; Sächs. Gb. § 83—84; W.O. Art. 32; H.G.B. Art. 327—328. Auch Entw. II § 156—157 u. 160.

⁶ R.K.G.O. v. 1555 t. II Art. 80 § 4. Oesterr. Gb. § 902. Für Verjährungsfristen auch Pr.L.R. I, 9 § 550, was aber nicht verallgemeinert werden darf; vgl. R.Ger. VII Nr. 77, XXVII Nr. 70; anders R.Ger. IV Nr. 82.

⁷ Diese Frist bedeutet den Zeitraum für drei echte und drei gebotene Dinge; gegen die abweichende Erklärung von Sohm, Z. f. R.G. XIV 58 ff., u. Heusler, Inst. I 57 ff., vgl. Schröder, R.G. 1. Aufl. S. 672 Anm. 63, u. Stobbe § 68 Anm. 7. Ueber Ursprung und Entwicklung der Frist vgl. jetzt Fockema-Andree in der Z. f. R. G. XXIV 75 ff.

⁸ Vgl. Stobbe § 68 Anm. 7—11. Mitunter wurde der Ausdruck wörtlich genommen; anderswo bedeutet er ein Jahr einen Monat, und drei Tage; oft ein Jahr sechs Wochen ohne den Zuschlag von drei Tagen.

⁹ Das Pr.L.R. I, 8 § 49 will darunter ein Jahr und 30 Tage verstehen. Vgl. Reyscher, Württ. P.R. I § 117; Unger II 291 Anm. 17.

¹⁰ Pr.L.R. I, 8 § 48; W.O. Art. 92; H.G.B. Art. 329—330; Seuff. XLI Nr. 233. Auch Entw. II § 228 will die Versäumnis des Entw. I in diesem Punkte (Gierke, Entw. S. 173) gut machen.

¹¹ Unterholzner, Ausführliche Entwicklung der gesamten Verjährungslehre aus den gemeinen in Deutschland geltenden Rechten, Leipzig 1828; 2. Aufl. (Schirmer) 1858. Savigny, Syst. IV § 178, 199, V § 237 ff. Unger II § 104, 119 ff. Windscheid, Pand. I § 105 ff. Dernburg, Pand. I § 144 ff., Preuß. P.R. I § 163 ff. Regelsberger, Pand. § 126 u. 181 ff. Stobbe, D.P.R. I § 68 II—IV. Roth, D.P.R. I § 87. Gengler, D.P.R. § 47.

ablauf bei den als Verjährung zusammengefaßten Instituten. Denn hier gewinnt die Zeit kraft ihrer zugleich verdunkelnden und heiligenden Macht, deren tief im menschlichen Wesen begründeter Anerkennung sich keine Rechtsordnung entziehen kann, einen spezifischen Einfluß auf die Gestaltung der Rechtsverhältnisse.

1. Dem älteren deutschen Recht war, wenn von den unter römischem Einfluß getroffenen Bestimmungen einzelner Volksrechte und Kapitularien abgesehen wird¹², sowohl eine eigentliche Ersitzung wie eine wahre Klagenverjährung fremd. Den Ersatz hierfür bildete neben der nachher zu besprechenden Wirkung der Unvordenklichkeit das weit verbreitete Rechtsinstitut der Verschweigung¹³. Dasselbe beruht auf dem Gedanken, daß Jeder, der einen ihm bekannten Zustand als unrechtmäßig anzufechten in der Lage ist, ihn in rechter Frist auf rechte Weise anfechten soll, wenn er nicht sein Anfechtungsrecht für immer verlieren will. Die rechte Frist beträgt in den meisten Fällen Jahr und Tag¹⁴. Sie läuft entweder von Rechts wegen oder kraft eines richterlichen Aufgebots. Doch beginnt sie regelmäßig erst mit erlangter Kunde und zu Ungunsten Abwesender oder Unmündiger mit der Rückkehr oder dem

¹² Von den Volksrechten enthalten nur solche, die auf römischem Boden entstanden sind, derartige Bestimmungen; so l. Burg. 79; Antiq. 277 u. l. Wisig. X, 2 c. 3; ed. Rot. 228, Grim. 4, Liutpr. 54, 70, 78, 105, 115. Unter den Königsgesetzen gehören hierher Decret. Childeb. II d. a. 596 c. 3 (M.G.L. Sect. II Vol. I 15) u. Chlotharii II c. 13 (ib. 19).

¹³ Das Institut ist in seinem Kern zweifellos altgermanisch. Vollkommen ausgebildet begegnet es in l. Sal. tit. 45 als Verschweigung des Widerspruchsrechts gegen den Erwerb des Gemeinderechts durch einen Anzügling binnen Jahresfrist; genau so z. B. noch Oeffn. v. 1468 b. Grimm, W. I 42 Z. 1. Verschweigung liegt anscheinend auch in ed. Rotar. c. 361 u. Liutpr. 96 vor. Deutlich ausgesprochen ist jedenfalls der Gedanke der Verschweigung binnen Jahr und Tag in den Cap. leg. add. d. a. 818—819 c. 11 (M.G. a. a. O. 283) und dem Cap. d. a. 825 c. 11 (ib. 331), sowie in den übereinstimmenden Stellen des lib. Pap. Lud. c. 16 u. Loth. I c. 31 (M.G.L. IV 530 u. 544).

¹⁴ Eine kürzere Frist begegnet bei Fundsachen, an denen das Eigenthum nach Sachsensp. II Art. 37 und anderen Quellen schon in 6 Wochen verschwiegen wird, während manche Rechte auch hier an der Frist von Jahr und Tag festhalten; Laband, Vermögensrechtliche Klagen S. 131 Anm. 14. — Dagegen wird vielfach eine sehr viel längere Frist für die Geltendmachung des Erbrechts an Liegenschaften gewährt: 30 Jahre und Jahr und Tag nach sächs. R. (Sachsensp. I Art. 29, Richtst. Landr. Art. 23 § 7, 27 § 2), 30 Jahre und 1 Tag nach österr. Quellen (Wiener Stadtr. Art. 89, Steiermärk. L.R. Art. 83). Durch Ausdehnung dieser Frist auf alle Ansprüche an Grundstücken entstand die sächsische Verjährung von 31 Jahren 6 Wochen 3 Tagen; Haubold, P.R. § 276c, Heimbach, Part. P.R. § 239, Gengler, D.P.R. S. 162.

Eintritt der Mündigkeit zu laufen und wird durch „echte Noth“ in ihrem Laufe geheimnt¹⁵. Auf rechte Weise erfolgt die Anfechtung nur durch rechtsförmlichen Widerspruch¹⁶, der in den meisten Fällen als „rechte Widersprache“ vor Gericht erhoben werden muß¹⁷. Wer in der ihm gesetzten Frist solchen Widerspruch nicht erklärt, wird mit seinem Widerspruchsrecht präkludirt; er hat sich verschwiegen und muß nun für immer schweigen. Haben sich alle Anfechtungsberechtigten verschwiegen, so ist der fragliche Zustand überhaupt unanfechtbar. Die Verschweigung ähnelt also in ihrem Ausgangspunkte der praescriptio, in ihrer schließlichen Wirkung der usucapio.

Ihre Anwendungsfälle waren überaus mannichfach. Eine besondere Rolle spielte sie bei der Entstehung der rechten Gewere an Liegenschaften. Sodann gab es eine Verschweigung der Erbensprüche an dem vom Richter als erbloses Gut eingezogenen Nachlaß und an dem mit Beschlag belegten Vermögen des Verbrechers. Weiter eine Verschweigung des Lehnerbrechts und der Lehnsfolge an einen neuen Herrn. Auch eine Verschweigung der Rechte an Fundsachen, sowie an den über See eingeführten Gegenständen. Zum Theil auch eine Verschweigung von Schuldforderungen. Endlich eine Verschweigung des Herrenrechtes, wo in den Städten der Satz „die Luft macht frei“ galt, und eine Verschweigung der Freiheit, wo auf dem Lande der umgekehrte Satz „die Luft macht eigen“ durchgedrungen war¹⁸.

2. Mit der Aufnahme der fremden Rechte zog in Deutschland die römisch-kanonische Verjährungslehre ein. Doch verschwand das Institut der Verschweigung keineswegs spurlos, sondern lebte im Aufgebotsverfahren fort¹⁹. Im Uebrigen erhielten sich die älteren deutschen Rechtssätze nur auf einzelnen Rechtsgebieten, wie im Lehnrecht und beim Näterrecht. Vielfach aber wirkte in den Partikularrechten das überlieferte einheimische Recht auf die Einzelheiten der sehr bunten Bestimmungen über Verjährung und nament-

¹⁵ Sachsensp. I Art. 28, Richtst. L.R. Art. 27 § 3, Magd. Fr. I, 7 d. 4, 12 d. 3, II, 2 d. 3; Laband a. a. O. S. 298; A. Schmidt, Echte Noth, Leipzig 1888, S. 195 ff. — Oft aber schneidet in solchen Fällen der Ablauf der Frist von 30 Jahren und Jahr und Tag (oder von 30 Jahren und einem Tage) jede Entschuldigung ab; vgl. Stobbe I § 68 Anm. 29.

¹⁶ Ein solcher ist die „testatio“ in l. Sal. tit. 45.

¹⁷ Sachsensp. I Art. 28, II Art. 31 § 2, Art. 42 § 2, Art. 44 § 1.

¹⁸ Von den einzelnen Fällen der Verschweigung muß, soweit dies zum Verständniß des heutigen Rechts erforderlich ist, bei den einzelnen Rechtsinstituten gesprochen werden. Eine Zusammenstellung liefert Stobbe I § 68 S. 650 ff.

¹⁹ Vgl. unten § 38. — Das neueste Recht knüpft auch in anderen Fällen wieder an die Verschweigung an; vgl. z. B. unten § 95 Anm. 95.

lich auf die Verjährungsfristen ein²⁰. Und vor Allem waren es germanische Rechtsanschauungen, die den unter ihrem Einfluß schon im kanonischen Recht durchgeführten Gedanken stützten, daß die Verjährung ein einheitliches Rechtsinstitut sei und Ersitzung, Klagenverjährung und Verlust der Rechte durch Nichtgebrauch als „erwerbende“ und „erlöschende Verjährung“ dessen Unterarten bildeten. Diese Auffassung gieng in die Gesetzbücher über²¹. Dagegen ist sie im gemeinen Recht wieder zurückgedrängt²².

IV. Unvordenklichkeit²³.

1. Geschichte. Im deutschen Recht trat von je, soweit das formell ausgebildete Institut der Verschweigung die Anfechtung eines Zustandes nicht ausschloß, aushelfend und ergänzend die allgemeine Rechtsanschauung ein, daß ein Zustand, der seit unvordenklicher Zeit nach Art eines Rechtszustandes unwidersprochen bestanden hat, als solcher Anerkennung und Schutz verdient. Insbesondere wird in Weisthümern und Urkunden oft die Rechtmäßigkeit eines Verhältnisses darauf gestützt, daß dasselbe seit langer Zeit, seit zwei Menschenaltern, über Menschengedenken hinaus bestehe, daß Niemand sich selbst eines anderen Zustandes erinnere, noch auch durch seine Vorfahren von einem solchen Kunde habe²⁴. Ein formell aus-

²⁰ Vgl. Eichhorn, D.P.R. § 177; Roth, Bayr. C.R. II 195 ff., D.P.R. I 475 ff.; Gengler, D.P.R. S. 162; Stobbe, D.P.R. I § 68 Anm. 32.

²¹ Pr.L.R. I, 9 § 500 u. 501, Oesterr. Gb. § 1451 u. 1453, Code civ. Art. 2219.

²² Auch das Sächs. Gb. kennt keinen einheitlichen Begriff der Verjährung. Ebensowenig der Entw., der überhaupt nur eine „Anspruchsverjährung“ (Entw. II § 161—190) und eine Eigenthumsersitzung an beweglichen Sachen (Entw. II § 851—859) noch gelten lassen will; vgl. Gierke, Entw. S. 173 ff., 322, 341 u. die dort angef. Schriften. — In unserem Rechtsbewußtsein wird sich die Vorstellung eines einheitlichen Rechtsinstitutes der Verjährung nicht leicht ausröten lassen! Doch ist im deutschen Privatrecht hiervon nicht näher zu handeln, vielmehr die Klagenverjährung ganz den Pandekten zu überweisen, die Ersitzung und die Erlöschung von Rechten durch Nichtgebrauch im Sachenrecht zu berühren.

²³ Buchka, Der unvordenkliche Besitz, Heidelberg 1841. Friedländer, Die Lehre von der unvordenklichen Zeit, Marburg 1843. Pfeiffer, Prakt. Ausf. II 1 ff., VII 175 ff., Z. f. D.R. VIII 1 ff. Unterholzner a. a. O. § 140 ff. Savigny, Syst. IV § 195 ff. Windscheid, Pand. I § 113. Dernburg, Pand. I § 160. Bekker, Pand. I § 39. Regelsberger, Pand. § 127. Beseler, D.P.R. § 52. Stobbe, D.P.R. I § 69. Roth, D.P.R. I § 88. Erdmann, Liv-, Est- u. Curl. P.R. I § 57. Verh. des XVI. deut. Juristent. I 117 ff., 241 ff., 310 ff. (Gutachten von Strohal, Leonhard u. Pann), II 52 ff., 322 ff.

²⁴ Vgl. Grimm, W. I 52, 349 § 16, 397 ff., 646, II 503, III 4, 9, 189, 303

gebildetes Institut konnte sich freilich daraus nicht gestalten, weil man in Folge der mangelhaften Scheidung von subjektivem und objektivem Recht die Unvordenklichkeit mit dem örtlichen Gewohnheitsrecht als „Herkommen“ zusammenwarf²⁵. Wohl aber war der Stoff vorhanden, aus dem die Jurisprudenz ein selbständiges Rechtsinstitut geformt hat²⁶. Sie stützte sich dabei auf einzelne Stellen des römischen Rechts, in denen der „vetustas“ oder dem Zustande „cujus memoria non extat“ Schutz gewährt wird²⁷, und auf die Verallgemeinerung dieses Gedankens im kanonischen Recht²⁸. Auch in deutschen Reichsgesetzen fand die Wirkung der unvordenklichen Zeit mehrfach Anerkennung²⁹. So entstand ein gemeinrechtliches Rechtsinstitut. Dagegen verhalten die neueren Gesetzbücher sich gegen das ganze Institut ablehnend und schaffen nur zum Theil in anomalen Verjährungsarten einen Ersatz³⁰. Hierbei macht sich auf dem Gebiete des subjektiven Rechts dieselbe Richtung geltend, die auf dem Gebiet

§ 43, 868 Z. 1, V 17 § 10, 67 § 53, 333 § 25, 434, 444, 466 § 10, 613, VI 74, 212, 214 § 1, 240, 579 § 5, 654, 718, 749 § 18; Urk. b. Lörseh u. Schröder Nr. 153, 175, 190. Andere Beispiele b. Buchka a. a. O. S. 3 ff., Friedländer a. a. O. II 7 ff. Vorzugsweise bei den Rechtsverhältnissen am Gemeinlande, den Rechten des Grundherrn, den Verpflichtungen zu Abgaben und Diensten, den Regalgerechtigkeiten u. s. w. findet die Berufung auf Unvordenklichkeit statt.

²⁵ Gierke, Genossenschaftsr. II 462–464.

²⁶ Gegen den deutschrechtlichen Ursprung des Instituts wendet sich Pfeiffer, Z. f. D.R. VIII 1 ff.; vgl. aber Buchka a. a. O., Friedländer a. a. O., Beseler a. a. O., Stobbe § 69 Anm. 4 u. 7, Regelsberger § 127 Anm. 1.

²⁷ Bei öffentlichen Wegen, Wasserläufen und Wasserleitungen; l. 3 pr. D. de loc. et itin. publ. 43, 7, l. 1 § 23, l. 2 pr., l. 26 D. de aqua pluvia 39, 3, l. 3 § 4 D. de aqua quot. 43, 20; dazu Savigny a. a. O. § 196–197, Leonhard a. a. O. S. 243 ff.

²⁸ C. 1 in VI^o de praescript. 2, 13; auch c. 21, 26 X de V. S. 5, 40. Vgl. Unterholzner § 143, Savigny § 198.

²⁹ A. B. c. 8, c. 28 § 5; R.A. v. 1548 § 56, 64; R.A. v. 1576 § 105; I.P.O. Art. 5 § 27, Art. 15 § 2.

³⁰ Das Pr. L.R. hilft in einigen Fällen durch eine fünfzigjährige Verjährung (I, 9 § 655–663), hinsichtlich des Adels und des Domänenbesitzes durch eine vierundvierzigjährige Verjährung (II, 9 § 19, II, 14 § 39), im Uebrigen durch den Schutz des Besitzes im „Normaljahre“ 1740 gegenüber dem Fiskus (I, 9 § 641–647, II, 9 § 18); vgl. Dernburg, Preuss. P.R. I § 179–180. Abgeschafft ist das Institut im Code civ. Art. 691 (Zachariä § 774a), im österr. R. (Unger II 256), im Sächs. Gb. Auch der Entw. will es beseitigen; vgl. Gierke, Entw. S. 179 ff.

des objektiven Rechts gegen das Gewohnheitsrecht ankämpft⁸¹. Auf Unvordenklichkeit beruht im Grunde die Legitimität unseres gesamten Rechtszustandes; und die Annahme, daß das im Dunkel der Vorzeit Gewordene rechtmäßig geworden sei, fließt unmittelbar aus der Rechtsidee.

2. **Wesen.** Ihrem Wesen nach ist die Unvordenklichkeit eine Rechtsvermuthung, welche dahin lautet, daß ein seit unvordenklicher Zeit nach Art eines Rechtsverhältnisses bestehender Zustand zu irgend einer Zeit auf rechtmäßige Weise begründet sei. Bis zum Beweise des Gegentheils wird angenommen, es sei ein ausreichender Entstehungsgrund vorhanden und nur durch den Zeitablauf verdunkelt. Durch gerichtliche Feststellung wird diese Vermuthung zur unumstößlichen Gewißheit erhoben.

Demgegenüber wurde in der älteren Theorie die Unvordenklichkeit als eine Art der Verjährung behandelt, ihr also die Wirkung beigelegt, ein bisher nicht vorhandenes Rechtsverhältnis zu erzeugen⁸². An dieser Auffassung halten auch heute einzelne Schriftsteller fest⁸³. Allein schon seit dem vorigen Jahrhundert drang in der Wissenschaft mehr und mehr die richtige Ansicht durch⁸⁴, die heute auch in der Praxis durchweg zur Herrschaft gelangt ist⁸⁵. Sie entspricht der ursprünglichen deutschen Anschauung und dem inneren Gedanken der ganzen Einrichtung. Aussprüche des kanonischen Rechts und frühere Uebungen fallen hiergegen um so weniger ins Gewicht, als der Begriff der Verjährung dabei vielfach in einem sehr weiten und unbestimmten Sinne genommen und kaum jemals im

⁸¹ Man vgl. nur die bei Leonhard a. a. O. S. 269 ff. angeführten Argumente älterer und neuerer Gegner des Instituts. Für Beibehaltung jetzt auch Regelsberger § 127 IV.

⁸² Den Anhalt hierfür bot die Wendung „*tanti temporis praescriptio . . . cujus contrarii memoria non existat*“ in c. 1 in VI^o 2, 13. Ebenso sprechen die Reichsgesetze von Praescription, z. B. R.A. v. 1548 § 56. Auch im Bayr. L.R. II c. 4 § 9 findet sich diese Auffassung; dazu Kreittmayr Anm. 1 („*species praescriptionis*“).

⁸³ Unterholzner I § 147; Friedländer II 63; Pfeiffer, Prakt. Ausf. II 80 ff., VII 232 ff.; Windscheid § 113 Anm. 4; Roth § 88 I; Beseler S. 192—193; Leonhard a. a. O. S. 272; Pann a. a. O. S. 325.

⁸⁴ J. H. Boehmer, Jus eccl. prot. II t. 26 § 35—45, bes. § 39; Wernher, Obs. for. I, 4 o. 4; Thibaut, Ueber Besitz und Verjährung, Jena 1802, S. 185; Savigny § 201; Buchka § 6; Stobbe § 69 Anm. 2; Dernburg, Pand. I § 160 Anm. 10; Bekker a. a. O. S. 128—129; Regelsberger § 127 I.

⁸⁵ Seuff. I Nr. 169, IX Nr. 120, XI Nr. 113, XIV Nr. 9, XVII Nr. 5, XXVIII Nr. 197, 198, 247, XXXI Nr. 12, XLIV Nr. 244; R.Ger. X Nr. 74.

Ernst die Folgerung gezogen wurde, daß das als unvordenklich festgestellte Recht neues und nicht vielmehr uraltes Recht sei.

3. Erfordernisse. Damit Unvordenklichkeit vorliege, ist zweierlei erforderlich.

a. Ein Zustand muß nach Art eines Rechtszustandes bestanden haben, so daß sich die in ihm wiederkehrende Uebung als Rechtsausübung darstellte⁸⁶. Dagegen bedarf es weder eines Titels noch des Nachweises der Gutgläubigkeit⁸⁷.

b. Dieses Verhältniß muß ununterbrochen seit unvordenklicher Zeit dauern, so daß die Kunde eines anderen Zustandes aus dem Gedächtniß der Menschen entschwunden ist. Hierzu gehört nach altem Gerichtsgebrauch ein positives und ein negatives Moment. Das erste besteht in der Erinnerung des lebenden Geschlechts, daß der Zustand stets so und nicht anders war⁸⁸. Das zweite liegt darin, daß das lebende Geschlecht auch durch seine Vorfahren nicht von einem anderen Zustande unterrichtet ist⁸⁹. Man spricht daher von dem „Gedächtniß zweier Menschenalter“. Dabei wird gemeinrechtlich auf Grund des kanonischen Rechts das Menschenalter zu vierzig Jahren gerechnet⁴⁰.

⁸⁶ Seuff. XXII Nr. 14, XXXVI Nr. 182 („im Bewußtsein der Rechtsausübung“), XLVIII Nr. 191; R.Ger. VIII Nr. 34, XVII Nr. 29, XXIV Nr. 31. Die Berufung auf Unvordenklichkeit bleibt daher erfolglos, wenn die Ausübung einer Herrschaft oder die Unterlassung einer Leistung nur als Ausfluß von Vergünstigung oder Anmaßung erschien.

⁸⁷ Pfeiffer, Prakt. Ausf. II 28 ff., VII 197 ff.; Bekker a. a. O. S. 130—131.

⁸⁸ Seuff. XI Nr. 12, XIX Nr. 121, XXXVII Nr. 180 (wo das O.L.G. Celle hieraus folgert, daß ein Rechtszustand, über den das lebende Geschlecht eigne Wahrnehmungen nicht machen konnte, wie der Rechtszustand vor der Säkularisation, nicht auf Unvordenklichkeit gestützt werden kann); R.Ger. X Nr. 47.

⁸⁹ Pfeiffer a. a. O. II 26 ff., 35 ff., 38 ff., VII 201 ff.; Seuff. XIX Nr. 121; R.G. X Nr. 47. Auch eine durch Mittheilungen der Vorfahren über Erzählungen ihrer Vorfahren überlieferte gegentheilige Erinnerung darf nicht vorliegen; Seuff. XVII Nr. 6, Friedländer II 74 ff., Beseler § 52 Anm. 18, Stobbe § 69 Anm. 13. A. M. Savigny IV 535.

⁴⁰ C. 1 in VI^o de praeser. 2, 13; Pfeiffer a. a. O. II 21 ff., 37, VII 193 ff.; Savigny IV 520 ff.; Seuff. XX Nr. 12. Das Sachsenrecht begnügt sich mit 31 Jahren 6 Wochen 3 Tagen; Kind, Quaest. for. III c. 62; Haubold, Lehrb. § 373. — Diese Zeitbestimmung hat indess regelmäßig nur für den positiven Bestandtheil der Unvordenklichkeit (das letzte Menschenalter) eine praktische Bedeutung. Hinsichtlich des negativen Bestandtheils ist sie an sich unanwendbar, da der Mangel gegentheiliger Erinnerung sich ins Unbegrenzte zurückerstreckt; nur da, wo ausnahmsweise der Nachweis des negativen Moments

4. Anwendungsbereich. Auf Unvordenklichkeit kann jedes Rechtsverhältnis gestützt werden, bei dem eine fortdauernde Rechtsausübung möglich und rechtmäßige Entstehung denkbar ist. Das Institut findet daher so gut bei privatrechtlichen wie bei öffentlich-rechtlichen Verhältnissen Anwendung⁴¹.

Fortdauernde Rechtsausübung ist nicht, wie die Verjährungstheorie anzunehmen gedrängt wird, mit Besitz im technischen Sinne gleichbedeutend⁴². Vielmehr ist, wenn dabei von „*immemorialis possessio*“ gesprochen wird, das Wort im weitesten Sinne zu verstehen. Dingliche Rechte jeder Art⁴³, Zwangs- und Bannrechte⁴⁴, Regalgerechthe⁴⁵, Befreiungen von Lasten und Abgaben⁴⁶, aber auch Persönlichkeitsrechte, wie z. B. Adel, Namen- und Wappenrechte, Korporationsrechte⁴⁷, desgleichen Forderungsrechte auf wiederkehrende Leistungen⁴⁸ können durch Berufung auf Unvordenklichkeit dargethan werden.

Die Möglichkeit rechtmäßiger Entstehung ist nicht nach der heutigen, sondern nach der ehemaligen Rechtsordnung zu

durch den auf einen längeren Zeitraum gerichteten positiven Nachweis ersetzt wird (vgl. unten Anm. 52), wird auch für das vorige Menschenalter die Zeitbestimmung praktisch.

⁴¹ Savignys Versuch, das Institut auf publizistische Verhältnisse einzuschränken (S. 483 ff., 510 ff.), hat in der Theorie nur bei Friedländer II 67 ff. und in der Praxis ganz vereinzelt (Seuff. XIV Nr. 112) Anklang gefunden; dagegen Seuff. XIX Nr. 120, XXVIII Nr. 8. — Nicht minder verfehlt ist die b. Seuff. I Nr. 170 angenommene umgekehrte Ansicht, daß Unvordenklichkeit bei publizistischen Verhältnissen ausgeschlossen sei.

⁴² Unrichtige Verengerungen aus diesem Gesichtspunkt b. Seuff. I Nr. 183, XIV Nr. 111, Beseler Anm. 25. — Auch die Annahme, daß Besitz bis zur Klageerhebung erforderlich sei (Seuff. XIV Nr. 14, XXIII Nr. 208, Roth § 88 Anm. 20), hängt damit zusammen; vgl. gegen sie Seuff. XI Nr. 12, XXIII Nr. 209.

⁴³ So Eigentum (Seuff. VI Nr. 144); Servituten (Seuff. V Nr. 250, XLVII Nr. 188), insbesondere auch da, wo ihre ordentliche Ersitzung ausgeschlossen ist, *servitutes discontinuae* (Trierer Landr. t. 22 § 14, Pfeiffer II 114 ff., VII 254 ff.); Reallasten (Pfeiffer VII 259 ff., Seuff. IX Nr. 201, XIII Nr. 127, XVI Nr. 173, XXXI Nr. 202, R.Ger. X Nr. 47).

⁴⁴ Pufendorf, *Obs. jur. un.* II 216, 383, 385; Kind, *Quaest. for.* III c. 62; Pfeiffer VII 264 ff. — Bezüglich des Pferchrechtes Seuff. I Nr. 4.

⁴⁵ Pfeiffer VII 248 ff.; Seuff. XXVIII Nr. 189, XXXIII Nr. 282, XLVIII Nr. 191; R.Ger. XXIV Nr. 31 (Fischereigerechtigkeit).

⁴⁶ Seuff. I Nr. 171, V Nr. 55, XXXI Nr. 202, XLIV Nr. 244.

⁴⁷ Gierke, *Genossenschaftstheorie* S. 25 Anm. 1, 833.

⁴⁸ Seuff. I Nr. 4, VII Nr. 5, 269, IX Nr. 120, XLVI Nr. 84; R.Ger. XXVI Nr. 30.

beurtheilen⁴⁰. Rechtsverhältnisse aber, die nach geltendem Recht nicht bloß nicht neu entstehen, sondern überhaupt nicht bestehen können, werden auch durch Unvordenklichkeit nicht geschützt⁵⁰.

5. Beweis. Wer sich auf Unvordenklichkeit beruft, muß das Dasein ihrer sämtlichen Erfordernisse als Thatsächliches beweisen. Ein unmittelbarer Beweis ist nur durch die Bekundung von Zeugen zu erbringen, die bejahrt genug sind, um sich ein Menschenalter zurück zu erinnern⁵¹. Doch läßt ein alter Gerichtsgebrauch auch den Beweis durch Urkunden zu, falls diese über den Zustand während der beiden letzten Menschenalter positive Auskunft geben⁵².

Der Gegenbeweis ist unverschränkt⁵³. Er kann sich auf eine entgegengesetzte Erinnerung⁵⁴, einen bestimmten Anfang des Zustandes⁵⁵ oder eine Unterbrechung desselben⁵⁶ richten.

⁴⁰ Seuff. XXVIII Nr. 198 (unrichtig referirt b. Regelsberger § 127 Anm. 6).

⁵⁰ Pfeiffer II 101 ff., VIII 251 ff.; Seuff. X Nr. 131, XXXIII Nr. 107; Wächter, Württ. P.R. II 822 ff.

⁵¹ Ein bestimmtes Lebensalter ist nicht erforderlich; Beseler § 52 Anm. 28, Stobbe § 69 Anm. 14. Früher forderte man bald 54 Jahre (Catzenelnb. L.O. VI, 1 § 18, Bayr. L.R. II c. 4 § 9), bald nur 50 (Pfeiffer II 49 ff., VII 207 ff., Savigny IV 521 ff., Seuff. III Nr. 116).

⁵² Pfeiffer II 55 ff., VII 218 ff.; Seuff. VII Nr. 6, XI Nr. 12, XXIX Nr. 8. Streng genommen ist hier nicht Unvordenklichkeit erwiesen, sondern als Ersatz eines solchen Beweises der Nachweis eines sehr langen Bestandes zugelassen. — Die herrschende Meinung läßt auch den Beweis durch Schiedsrichter zu; Seuff. IX Nr. 121, XIV Nr. 272, XXVI Nr. 106; Savigny IV 525, Buchka S. 51 ff., Beseler § 52 Anm. 30 (anders früher), Roth § 88 Anm. 33, Bekker a. a. O. S. 132. Doch ist dieses Beweismittel mit der früheren Kasseler Praxis zu verwerfen; Pfeiffer II 59 ff., VII 221 ff.

⁵³ Unterholzner a. a. O. S. 527 ff.; Pfeiffer II 67 ff., VII 226 ff.; Savigny IV 525 ff.; Bekker a. a. O. S. 131—132.

⁵⁴ Seuff. XVII Nr. 6.

⁵⁵ Seuff. XIX Nr. 121, XXII Nr. 13 u. 14. Liegt jedoch der nachgewiesene Anfang des Zustandes mehr als zwei Menschenalter zurück, so ist die Unvordenklichkeit nur ausgeschlossen, wenn die Entstehung als unrechtmäßig dargethan und zugleich der spätere Zustand als unmittelbare Fortsetzung dieses unrechtmäßigen Beginnes erwiesen wird; denn sonst bleibt immer noch für die Vermuthung einer rechtmäßigen Entstehung in unvordenklicher Zeit Raum.

⁵⁶ Seuff. IX Nr. 252; R.Ger. X Nr. 47, XXII Nr. 38. In diesen Erkenntnissen wird aber anerkannt, daß einzelne konträre Handlungen, erfolglos gebliebene Protestationen und Verbote und vorübergehende Besitzstörungen die Unvordenklichkeit nicht unterbrechen.

Drittes Kapitel.

Ausübung und Schutz des subjektiven Rechts.

§ 36. Ausübung der Rechte.

1. Im Allgemeinen. Ausübung eines Rechtes ist die seinem Inhalt entsprechende Thätigkeit. Sie kann im Gebrauch oder Verbrauch des Rechtes bestehen. Die Ausübungshandlungen können rein thatsächliche Akte oder Rechtsgeschäfte sein. Ausübung ist auch die Verfügung über das Recht durch Veräußerung und die Geltendmachung des Rechtes durch Realisirung.

Die Ausübung der Privatrechte hängt regelmässig vom freien Belieben ab. Pflichten müssen erfüllt, Rechte können ausgeübt oder nicht ausgeübt werden¹. Doch zieht in vielen Fällen der Nichtgebrauch den Verlust oder die Einschränkung des Rechtes nach sich. Indem das deutsche Recht derartige Wirkungen des Nichtgebrauches selbständig ausgebildet hat², giebt es dem Gedanken Ausdruck, daß auch die Privatrechte zuletzt dem Einzelnen nicht bloß als Mittel eigener Bedürfnisbefriedigung, sondern zugleich als Mittel für die Erfüllung sozialer Aufgaben verliehen sind.

Der Berechtigte kann ferner sein Recht auf beliebige Weise ausüben. Verpflichtet ihn auch das Sittengesetz zu rechtem Gebrauch, so gewährt doch das Rechtsgesetz mit der Freiheit des Gebrauches zugleich die Freiheit des Mißbrauches. Doch kann nach deutscher Anschauung die Rechtsordnung dem Mißbrauch der Rechte dann nicht mit verschränkten Armen zusehen, wenn derselbe entweder durch ein Uebermaß von selbststüchtiger Ausnützung einer Befugnis das Gemeinwohl gefährdet oder durch nutzlose Schädigung Anderer dem Zweck des Rechtes Hohn spricht. Darum werden manche Rechte

¹ Die Ausübung kann sittliche Pflicht, sie kann aber auch sittlich indifferent, ja es kann die Nichtausübung sittliche Pflicht sein. Dies muß gegen Jherings Kampf ums Recht immer wieder betont werden.

² Neben Verschweigung und erlöschender Verjährung (oben § 35) gehören hierher manche später zu besprechende Erscheinungen; so im Erfinderrecht, beim Bergwerkseigenthum, auch im Jagdrecht (insoweit die Jagd nicht ruhen darf); aus dem älteren Recht z. B. die Vorschriften über Verwirkung des Eigenthums an städtischen Gebäuden durch Nichtwiederherstellung, über Wiederbesetzung wüster bäuerlicher Stellen, über Verlust von Meiergütern durch Nichtbebauung.

durch Mißbrauch verwirkt³. Sodann zielen zahlreiche gesetzliche Einschränkungen des Gebrauches der einzelnen Rechte auf Verhütung ihres Mißbrauches⁴. Und allgemein ist der Mißbrauch der Rechte zur Chikane unzulässig, so daß Niemand ein Recht, statt zu eigenem Nutzen, lediglich zum Schaden eines Anderen ausüben darf⁵. Dieser Satz ist nicht nur in Partikularrechten ausgesprochen⁶, sondern muß auch auf Grund beständiger deutscher Uebung für gemeinrechtlich erachtet werden⁷.

II. **Ausübungsbefugnißs.** Für die Ausübung eines Rechts ist an sich das Dasein des Rechtes sowohl erforderlich wie ausreichend. Doch kann einerseits eine Rechtsausübung, der in Wahrheit kein Recht zu Grunde liegt, rechtliche Wirkungen haben und schliesslich kraft Verjährung das ihr entsprechende Recht erzeugen. Andererseits begegnet vielfach eine im deutschen Recht zum Theil eigenartig ausgebildete Trennung der Ausübungsbefugnißs vom Recht.

1. Während die Ausübung mancher Rechte nur in Person statt-

³ Pr.L.R. Einl. § 107, I, 23 § 17; über Mißbrauch von Privilegien oben § 34 Anm. 18—20.

⁴ In der Lehre von den Beschränkungen des Grundeigenthums, im Forst-, Jagd-, Wasser- und Bergrecht, im Familienrecht, bei den Beschränkungen der Vertragsfreiheit u. s. w. wird von solchen Einschränkungen der Rechtsausübung, in denen ein scharfer Gegensatz des deutschen Rechts zum römischen Recht hervortritt, gehandelt werden.

⁵ Chikane liegt nicht blos (wie Windscheid, Pand. I § 121 Anm. 3 meint) dann vor, wenn der Berechtigte an der Ausübung seines Rechtes schlechthin kein eignes Interesse hat, sondern schon dann, wenn er zwar von der Ausübung einigen Vortheil erwarten kann, jedoch nicht diesen, sondern einen weit überwiegenden Schaden Anderer herbeizuführen beabsichtigt; so richtig Seuff. X Nr. 222.

⁶ Pr.L.R. I, 6 § 36—37, I, 8 § 27—28, früher auch II, 20 § 516; vgl. auch Lüb. R. III, 12 Art. 7, Hamb. Stadtr. II, 20 Art. 8.

⁷ Die Romanisten streiten, ob sich ein allgemeines Chikaneverbot aus den römischen Quellen herleiten läßt; dafür Windscheid I § 121 Anm. 3, Dernburg I § 41, Regelsberger, Pand. I 230 und überhaupt die herrschende Meinung; dawider Wächter, Württ. P.R. I 169, II 194 ff., Unger I 616, Jhering, Jahrb. f. Dogm. VI 104 ff., Bekker, Pand. I 69. Allein jedenfalls ist durch die mit der deutschen Rechtsanschauung übereinstimmende ältere Theorie und Praxis ein Gewohnheitsrecht erzeugt, das auch in der neueren gemeinrechtlichen Praxis trotz einzelner Abweichungen (z. B. Seuff. XXI Nr. 192) anerkannt geblieben, wenugleich vielfach in sehr restriktiver Weise gehandhabt ist; vgl. Seuff. X Nr. 222, XXXI Nr. 117 u. 118, XXXII Nr. 204, XXXV Nr. 273, XXXVII Nr. 242. — Der Entw. gewährt Chikanefreiheit; vgl. dagegen Gierke, Entw. S. 183, Verh. des Preuss. Landesökonomiekollegiums v. 1889 S. 492 ff.

finden kann⁸, ist im Zweifel die Ausübung der Privatrechte auch durch Vertreter zulässig⁹. Ist der Berechtigte zur Ausübung unfähig, so ist überhaupt nur eine Ausübung durch Vertreter möglich¹⁰.

2. Die Befugnis zur Ausübung eines Rechtes kann an das Dasein gewisser weiterer Voraussetzungen oder an das Nichtdasein gewisser Hindernisse gebunden sein. So lange dann das Recht nicht ausgeübt werden kann, gilt es als ruhendes Recht¹¹.

3. Vielfach ist die Befugnis zur Ausübung eines Rechtes, sei es überhaupt oder sei es in dieser oder jener Richtung, von einem besonders gestalteten Nachweise des Rechtes abhängig. Im deutschen und modernen Recht sind hierfür mehr oder minder formale Mittel der Legitimation durch Urkunden oder Bucheinträge ausgebildet¹². Hier kann dann der Berechtigte, so lange ihm die Legitimation fehlt, sein Recht nicht ausüben. Dagegen kann ein Anderer, falls er die Legitimation besitzt, nicht bloß befugter Weise, sondern in größerem oder geringerem Umfange auch unbefugter Weise das Recht gebrauchen oder verbrauchen. Der Berechtigte muß insoweit, als der Nichtberechtigte die Ausübungshandlung, die er nicht vornehmen durfte, kraft seiner Legitimation vornehmen konnte, die geschehene Ausübung als wirksam anerkennen.

III. Kollision der Rechte¹³. Eine Kollision von Rechten

⁸ So die Ausübung mancher (aber nicht aller) Persönlichkeitsrechte und Familienrechte, einzelner dinglicher Rechte (z. B. Näherrechte) und Forderungsrechte, der Stimmrechte in Körperschaften (jedoch z. B. in Aktiengesellschaften nach H.G.B. Art. 190 nur, falls das Statut die Vertretung ausschließt).

⁹ Vgl. über diese über den Begriff der Stellvertretung bei Rechtsgeschäften (oben § 33 V) hinausreichende Vertretung Bekker, Pand. I § 28.

¹⁰ Dies kommt nicht nur bei Bevormundeten, sondern auch in anderen Fällen vor; so kann z. B. das Statut einer Aktiengesellschaft Frauen zur Ausübung ihres Stimmrechts durch Vertreter nöthigen.

¹¹ So ruhen Realrechte, so lange dem Eigenthümer des berechtigenden Grundstücks eine zur Ausübung erforderliche persönliche Eigenschaft fehlt; vgl. unten Buch II Abschn. II Kap. 1. Ebenso ruhen oft Stimmrechte in Fällen der Interessenkollision; unten § 65 Anm. 27. Man denke ferner an die Trennung des Jagdausübungsrechtes vom Jagdrecht.

¹² So vor Allem die Legitimation durch Werthpapiere und durch das Grundbuch; auch die Legitimation durch andere öffentliche Bücher, durch das Aktienbuch, das Gewerkenbuch u. s. w.

¹³ Thibaut, Versuche II 14 ff.; Böcking, Pand. I 128; Wächter, Württ. P.R. II § 76, Pand. I § 96; Unger I § 70; Kierulff I 230 ff.; Windscheid, Pand. I § 121; Dernburg, Preuss. P.R. I § 36, Pand. I § 42; Bekker, Pand. I § 24; Regelsberger I § 55. — Bnvr. L.R. I c. 2 § 16 Nr. 8–9, I c. 7 § 30; Pr.L.R. Einl. § 95–98; Sächs. Gb. § 130.

liegt vor, wenn mehrere Rechte an demselben Objekt derartig zusammentreffen, daß sie entweder überhaupt nicht oder doch nicht in vollem Umfange ausgeübt werden können, ohne einander das Objekt ganz oder theilweise zu entziehen¹⁴. Bei einem solchen Widerstreit geht stets das stärkere Recht dem schwächeren vor¹⁵. Sind aber die Rechte gleich stark, so entscheidet mangels anderer gesetzlicher Lösung des Konfliktes die Praevention in der Ausübung¹⁶. Doch neigt das deutsche Recht in höherem Maße als das römische dazu, in allen Fällen, in denen dies thunlich ist, vielmehr durch gegenseitige Einschränkung der Ausübungsbefugniß, durch verhältnißmäßige Theilung von Nutzen und Schaden oder durch Abwechselung im Genuß einen billigen Ausgleich herbeizuführen¹⁷. Neuere Gesetzbücher haben an Stelle der Praevention den Ausgleich zum prinzipalen Grundsatz erhoben¹⁸. Als letztes Auskunftsmittel muß, wo die sonstigen Regeln versagen, das Loos entscheiden¹⁹.

¹⁴ Verschieden davon ist die Konkurrenz von Rechten; sie liegt vor, wenn das objektive Recht zur Erreichung desselben Erfolges mehrere Rechte gewährt, von denen aber nur eines ausgeübt werden soll; Windscheid I § 121 Anm. 9—11; Bekker a. a. O. Beil. III; Regelsberger I § 180.

¹⁵ Pr.L.R. Einl. § 95. Vgl. Graf u. Dietherr I Nr. 273 („das größere Recht hebt das niedere auf“) u. 274. Die stärkere Kraft eines Rechtes kann auf seiner inneren Beschaffenheit oder auf äußerer Bevorzugung (z. B. Vorzugsrechte im Konkurse) oder auf höherem Alter (besonders bei dinglichen Rechten) oder auf irgend einem sonstigen Grunde beruhen. Ein allgemeines Prinzip, das von der älteren Theorie aufgestellt wurde und in das Preuss. L.R. Einl. § 96 aufgenommen ist, lautet dahin, daß im Zweifel der, der durch die Ausübung eines Rechtes einen Vortheil sucht, dem nachstehen muß, der nur einen Schaden von sich abzuwenden strebt. Dieses Prinzip entspricht deutscher Rechtsanschauung und kommt jedenfalls in einer Reihe einzelner moderner Rechtsätze (insbesondere bei der Kollision unentgeltlicher und entgeltlicher Erwerbstitel) zur Geltung.

¹⁶ Vgl. die Rechtssprüche b. Graf u. Dietherr I Nr. 279—286, von denen namentlich das „Wer zuerst kommt, mahlt zuerst“ einen über seine ursprüngliche Bedeutung hinausreichenden Sinn gewonnen hat. Deutschrechtliche Anwendungsfälle begegnen z. B. bei gleich starken Näherrechten, bei Bannrechten, zum Theil auch bei Gemeindennutzungsrechten.

¹⁷ Diese Neigung wurde z. B. bei der Ordnung des Allmendgenusses, bei der Regelung der Grundgerechtigkeiten in ihren Kollisionen mit einander und mit dem Grundeigenthum, in allem Gemeinschaftsrecht, im Gewerberecht u. s. w. stets wirksam. Vgl. auch die Theilung der gleichen Gewere nach Sachsenp. III Art. 21, Lehn. Art. 40 § 2, Richtst. Landr. Art. 26 § 6, Lehn. Art. 29 § 5. Vollkommen durchgedrungen ist das Theilungsprinzip im Konkursrecht.

¹⁸ Pr.L.R. Einl. § 97; Sächs. Gb. § 130, 529.

¹⁹ Das Loos wurde einst beim Loosordal, bei der Vertheilung von Aeckern, Wiesen und Allmendgärten, auch bei Erbtheilungen viel gebraucht; vgl. Graf

§ 37. Schutz der Rechte durch Klagen.

I. Die Gerichtshilfe überhaupt¹. Das subjektive Recht wird durch den ihm gewährten staatlichen Schutz gegen Verletzung oder Gefährdung vollendet. Der staatliche Schutz der Privatrechte liegt vor Allem in der Gerichtshilfe, die ihnen auf dem gerade für sie ausgebildeten und daher regelmässig ihnen und nur ihnen geöffneten Wege des Civilprozesses zu Theil wird². Die Gerichtshilfe zielt zunächst auf endgültige Feststellung der Rechtsverhältnisse durch autoritativen Wahrspruch (Urtheil). Sodann aber richtet sie sich erforderlichen Falles auf die thatsächliche Verwirklichung der Rechte durch Entfaltung staatlicher Machtmittel (Zwangsvollstreckung).

Im heutigen Staate besteht ein allgemeiner Anspruch auf Gerichtshilfe. Dieser Anspruch ist öffentlichrechtlicher Natur und geht gegen den Staat als solchen³. Er tritt jedoch in den Dienst des Privatrechts, so daß hier das subjektive öffentliche Recht durchaus nur als Mittel des subjektiven Privatrechts erscheint. Im Verhältniß des Berechtigten zu dem privatrechtlich Verpflichteten stellt sich daher der Anspruch auf Gerichtshilfe als ein machtverstärkender Bestandtheil und die wirkliche Anrufung der Gerichtshilfe als eine Ausübung der privatrechtlichen Befugniß dar. Demgemäss hängt auch der Gebrauch dieses Mittels vom freien Belieben des Berechtigten ab, und nur auf seinen Antrag und in den Grenzen seines

n. Dietherr V Nr. 203 u. 204: „Das Loos stillt den Hader“. Es ist auch im heutigen Recht nicht mit Bekker I 75 auf die römischen Anwendungsfälle einzuschränken. Vgl. Sächs. Gb. § 130, dazu § 529, 764, 2498; auch Pr.L.R. I, 9 § 317, I, 12 § 394, I, 17 § 28.

¹ Bülow, Lehre von den Prozeßeinreden u. Prozeßvoraussetzungen, Gießen 1868; Arch. f. civ. Pr. LXII 75 ff., LXIV 8 ff. Degenkolb, Einlassungszwang und Urtheilsnorm, Leipzig 1877. Sohn, Z. f. d. P. u. ö. R. d. G. IV 467 ff. Fischer, Recht und Rechtsschutz, in Bekkers und Fischers Beitr. H. VI. Wach, Civilproz. I 19 ff. Laband, Staatsr. II 338 ff. Hänel, Staatsr. I 177 ff. Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechte, Freiburg 1892, S. 118 ff. Franken, D.P.R. I § 15. Regelsberger, Pand. § 191 ff.

² Ueber Ausnahmen oben § 4 Anm. 11—12.

³ Die früher oft verkannte publizistische Natur des Rechtsschutzanspruches ist namentlich durch die in Anm. 1 angeführten Schriften klar gestellt worden. Mit ihr hängt zusammen, daß das Recht auf Beschreitung des Rechtsweges unverzichtbar ist; R.O.H.G. XXI Nr. 31. Zulässig dagegen ist vertragsmäßiger Ersatz des Richterspruchs durch Schiedsspruch; C.Pr.O. § 851 ff.

Antrages wird ihm Gerichtshülfe gewährt⁴. Man kann den Rechtsschutzanspruch passend als ein publizistisches Zubehör des Privatrechts bezeichnen. Das subjektive Privatrecht kann zwar ohne ihn bestehen, wird aber erst durch ihn zu einem vollkommenen Recht ergänzt⁵. Der Rechtsschutzanspruch seinerseits ist formell ein besonderes Recht, hat aber bestimmungsmäßig dem Privatrecht zu dienen⁶. Beide zusammen bilden ein Ganzes, dessen rechtliche Beschaffenheit sich nach dem privaten Hauptrecht richtet, während das ihm zugehörige öffentliche Recht für dieses Ganze nur einen unselbständigen Bestandtheil bedeutet⁷.

II. Klagen⁸. Die Gerichtshülfe wird vor Allem durch Klage in Bewegung gesetzt. Unter Klage versteht man sowohl Klagerecht als Klagehandlung. Die Klagehandlung gehört dem Civilprozeß an. Dagegen ist das Klagerecht als wichtigste Erscheinungsform des Anspruches auf Gerichtshülfe der Schlufsstein im Aufbau des materiellen Privatrechts. Die ganze Struktur der Privatrechte hängt daher in wesentlichen Punkten von der Gestaltung der Klagerechte ab.

⁴ Dies gilt für die Herbeiführung sowohl des Urtheils wie der Urtheilsvollstreckung. Dagegen ist das rechtskräftige Urtheil als solches ein der Parteidisposition entzogener autoritativer Staatsakt; vgl. O. Bülow, Absolute Rechtskraft des Urtheils, Arch. f. c. Pr. LXXXIII 1 ff.

⁵ Schon wenn ihm der Anspruch auf Gerichtshülfe nur theilweise versagt ist, erscheint es als ein unvollkommenes Recht.

⁶ Auch der Unberechtigte vermag einen Prozeß hervorzurufen. Hieraus darf aber nicht, wie dies Manche thun, die volle Unabhängigkeit des Rechtsschutzanspruches vom Recht gefolgert werden. Denn nur zum Schutze wirklich vorhandener Rechte ist dieser publizistische Anspruch gegen den Staat verliehen, jeder andere Gebrauch desselben ist Mißbrauch und wird als solcher, soweit nicht die Gerichtshülfe in Folge der ihr wie jeder menschlichen Einrichtung anhaftenden Unvollkommenheit fehlerhaft funktionirt, schließlich zurückgewiesen.

⁷ So wahrt auch sonst die Pertinenz, für sich betrachtet, ihre rechtliche Besonderheit und nimmt doch, als Stück eines Ganzen angesehen, an den Eigenschaften der Hauptsache Theil. Auf der Verkennung dieses Verhältnisses beruhen manche moderne Uebertreibungen der aus dem publizistischen Wesen des Rechtsschutzanspruches abgeleiteten Konsequenzen.

⁸ Ueber das ältere deutsche Recht vgl. Laband, Die vermögensrechtlichen Klagen nach den sächsischen Rechtsquellen des Mittelalters, Königsberg 1869; Planck, Das deutsche Gerichtsverfahren im Mittelalter, Braunschweig 1879, I 339 ff.; Heusler, Inst. I 384 ff.; Schröder, R.Ger. S. 348 ff., 728 ff. Ueber das römische und gemeine Recht vgl. Wächter, Württ. P.R. II 411 ff., Pand. I § 98 ff.; Windscheid, Die actio des römischen Civilrechts vom Standpunkte des heutigen Rechts, Düsseldorf 1856, Pand. I § 43 ff.; Dernburg, Pand. I § 127 ff. Ueber den Einfluß des deutschen Rechts auf das heutige gemeine Recht vgl. Maurenbrecher, D.P.R. I § 197—199; Renand, D.P.R. I § 82 ff.; Beseler, D.P.R. I § 53; Franken a. a. O.

Das ältere deutsche Recht gieng von der Auffassung aus, daß aus jeder Rechtsverletzung, sofern nicht etwa eine Ausnahme gemacht sei, ein Klagerecht entspringe. Klage ist ihm, wie der Name sagt, Beschwerde über Rechtskränkung und Bitte um richterliche Abhilfe⁹. Darum unterblieb einerseits die Ausprägung des Klagerechts zu einer besonderen Befugniss. Andererseits gab es keinen zur Grundlage eines Klagensystems geeigneten Unterschied der Klagerechte. Das deutsche Klagensystem war vielmehr auf die verschiedene Beschaffenheit der Klagehandlungen gebaut. Man theilte die Klagen vor Allem nach dem Inhalt des Klagebegehrens ein¹⁰. Hiermit kreuzten sich formale Unterschiede der Klagen nach Art und Schwere des erhobenen Vorwurfes¹¹. Dagegen war die Beschaffenheit des verletzten Rechts für die Charakterisirung der Klage an sich unerheblich und kam erst im Verlaufe des Prozesses zur Sprache¹².

Umgekehrt bestand eine Haupteigenthümlichkeit des römischen Rechts in der Ausbildung eines besonderen Systems der Klagerechte. Das Klagerecht wurde als „actio“ verselbständigt und vom „jus“ gelöst. Nicht ohne Weiteres entspricht dem jus eine actio, vielmehr muß die actio durch einen eignen Rechtssatz begründet sein. Andererseits können demselben jus mehrere actiones anhängen. So schiebt sich vor das System der Rechte das Aktionensystem als ein reich gegliederter neuer Bau von Befugnissen, in denen die Rechte erst wahrhaft lebendig werden und ihre Eigenart entfalten.

Nach der Rezeption wurde das römische Aktionensystem bei uns als geltendes Recht behandelt. Eine wirkliche Auferstehung von den Todten hat es indess niemals gefeiert. Im Grunde blieb es ein gelehrter Zierrath, mit dem man Bücher und Akten schmückte. Schon durch die Schaffung einer beliebigen Anzahl von actiones utiles und durch die Erweiterung mancher römischer Kategorien, wie der der Kondiktionen und der actio in rem scripta, raubte man ihm

⁹ Ursprünglich waren daher alle Klagen poenaler Natur; Brunner, R.G. II § 120.

¹⁰ Peinliche, bürgerliche, gemischte Klagen; Klagen um Gut, die wieder in solche um Eigen, um Lehn, um Fahrnis, um Erbschaft zerfallen, und Klagen um Schuld.

¹¹ So vor Allem bei den Klagen um Gut der Unterschied zwischen schlichter Klage und Anefangsklage. Unter den peinlichen Klagen nehmen die Klagen mit Gerüfte eine besondere Stellung ein.

¹² Der von Heusler a. a. O. versuchte Nachweis, daß das deutsche Recht den Gegensatz zwischen dinglicher und persönlicher Klage nicht nur gekannt, sondern bewußt ausgeprägt habe, kann nicht als erbracht gelten. Vgl. dagegen auch Pflüger, Arch. f. e. Pr. LXXIX 425 ff.

seine eigentliche Bedeutung. Mit der Zulassung unbenannter Klagen neben den benannten gab man es im Kerne preis¹³. Heute ist jedenfalls in unserem Rechtsleben die römische *actio* völlig abgestorben. Hieran werden auch die Versuche, einen Theil ihres Wesens in dem Begriffe eines zwischen Recht und Klage in der Mitte schwebenden „Anspruchs“ neu zu beleben, schwerlich etwas ändern¹⁴.

Nach heutigem Recht ist somit das Klagerecht ein selbstverständliches und unabgesondertes Zubehör des subjektiven Privatrechts. Es ist mit jedem überhaupt anerkannten Recht verknüpft, sofern es ihm nicht (wie z. B. vielfach bei Spiel und Verlöbniß) ausnahmsweise entzogen ist. Ja es ist grundsätzlich dadurch erweitert, daß nicht bloß aus jeder (verschuldeten oder unverschuldeten) Rechtsverletzung eine Klage auf Befriedigung (Erfüllung oder Ersatz) und unter Umständen aus thatsächlicher Rechtsgefährdung eine Klage auf Sicherung entspringt, sondern auch aus bloßer Rechtsbedrohung durch gegnerische Rechtsbestreitung oder Rechtsanmaßung, insofern der Kläger ein rechtliches Interesse daran hat, eine Klage auf alsbaldige Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses (oder der Echtheit oder Unechtheit einer Urkunde) erhoben werden kann¹⁵. Darum bedarf die Klage keiner Benennung und wird durch unrichtige Benennung nicht unwirksam: es genügt, wenn sie einen zureichenden Klagegrund ergiebt und ein der Rechtslage entsprechendes Klagebegehren stellt. Hiermit sind alle im formalen Aktionenrecht wurzelnden Unterschiede der Klagerechte, wie insbesondere die Unterschiede zwischen *actiones directae* und *utiles* und

¹³ Vgl. Bayr. Landr. I c. 2 § 19: „Klagen, welche zwar keinen gewissen Namen, gleichwohl aber in denen Rechten, Statuten, Gebräuchen oder Freyheiten guten Grund haben, werden *conditiones ex Lege, Statuto, Consuetudine vel Privilegio* benamset, und sind von der nämlichen Wirkung wie die benannten *Actiones*“.

¹⁴ Gegen die Verwendung des von Windscheid aufgestellten Anspruchsbegriffes im Entw. I vgl. Gierke, Entw. S. 40 ff. u. die dort S. 43 Anm. 1 Angeführten; vgl. auch Dernburg, Pand. I § 39 u. § 127 Anm. 7. Doch hält Entw. II § 161 ff. an der Ersetzung der heutigen gemeinrechtlichen Klagenverjährung durch eine „Anspruchsverjährung“ fest. Ausführlich vertheidigt u. entwickelt den Anspruchsbegriff, der doch auch bei ihm nichts als ein Rest der römischen *actio* bleibt, Regelsberger I § 52—53.

¹⁵ C.Pr.O. § 231. Vgl. Weismann, Die Feststellungsklage, Leipzig 1879; Kohler, Prozessrechtliche Forschungen, Berlin 1889, S. 63 ff.; Wach, Der Feststellungsanspruch, Leipzig 1889; Franken a. a. O. S. 140 ff. — Mit der sog. negativen Feststellungsklage sind die gemeinrechtlichen *provocationes ad agendum* in Wegfall gekommen.

zwischen *actiones stricti juris* und *bonae fidei*, in Wegfall gekommen¹⁶. Dagegen haben die römischen Eintheilungen der Aktionen für uns insoweit einen praktischen Werth behalten, als sie in der Differenzirung der Klagerechte die ungleiche innere Beschaffenheit der durch sie geschützten Rechte zum Ausdruck bringen. So ist der Gegensatz dinglicher und persönlicher Klagen in unser Rechtsbewußtsein übergegangen.

Aehnlich verhält es sich heute mit den als Vertheidigungsmittel gegen Klagen gegebenen Einreden, sowie mit den Gegeneinreden gegen Einreden. Die Einrede gehört als Einredehandlung dem Prozeß an, ist dagegen als Einrederecht ein selbstverständliches und unabgesondertes Zubehör des subjektiven Privatrechts. Mithin hat das durch das römische Aktionensystem hervorgerufene römische System der selbständigen Exzeptionen seine formale Bedeutung eingebüßt. Es hat aber insoweit praktischen Werth behalten, als in dem Begriff der *exceptio* die eigenartige Beschaffenheit eines durch Einrede geschützten materiellen Rechts zum Ausdruck gelangt¹⁷. Hierbei ist zu beachten, daß der Schutz durch Einrede über den Schutz durch Klage vielfach hinausreicht. Manche Rechte können ihrer Natur nach überhaupt nicht durch Klage, sondern nur durch Einrede geltend gemacht werden. Auch einem von Hause aus klagbaren Recht aber kann nach Verlust des Klagerechts noch ein Einrederecht zu Gebote stehen, so daß es als unvollkommen geschütztes Recht fort dauert¹⁸.

¹⁶ Alle Klagen sind heute „direkt“, alle (selbst die Wechselklage) sind „*bonae fidei*“. Auch der römische Begriff der „*condictio*“ ist antiquirt. Nicht minder der Begriff der „*actiones arbitrariae*“. Von den Poenalklagen ist später zu reden. — Daß für gewisse Rechtsverhältnisse besondere Prozeßarten offen stehen (Urkundenprozeß, Wechselprozeß, Mahnverfahren) oder vorgeschrieben sind (Verfahren in Ehesachen und Entmündigungssachen), begründet keinen Unterschied der Klagerechte.

¹⁷ Auf die vielerörterte Streitfrage, ob und in welchem Sinne der Begriff der *exceptio* noch Geltung hat, kann hier nicht näher eingegangen werden. Bei unbefangener Betrachtung unseres Rechtslebens dürfte nicht zu leugnen sein, daß die Unterscheidung zwischen Bestreitung des Klagegrundes und Abwehr des Klagerechts durch Berufung auf ein Gegenrecht, wie sie auch im deutschen Recht sich schon während des Mittelalters entwickelt hat, uns geläufig ist. Andererseits muß aber nachdrücklich betont werden, daß das Einrederecht stets nur in der Geltendmachung eines materiellen Rechtes bestehen kann, mag dieses nun (wie bei der Einrede der Aufrechnung oder Zurückbehaltung) ein positives oder (wie bei der *exceptio doli*) ein negatives Recht sein.

¹⁸ Dies ist namentlich der Fall, wenn die Klage verjährt ist. Denn die Einreden sind der Regel nach unverjährbar. Vgl. auch H.G.B. Art. 349 Abs. 3. — Gegen die abweichende Regelung im Entw. vgl. Gierke, Entw. S. 175.

III. Der Prozess. Durch das gerichtliche Streitverfahren werden nicht nur neue und eigenthümliche Rechtsverhältnisse begründet, die als Prozessrechtsverhältnisse ein eignes Reich bilden, sondern auch die Privatrechtsverhältnisse mannichfach affiziert. Hiervon wird herkömmlicher Weise in den Pandekten gehandelt¹⁹. Doch sind auf die heute geltenden Grundsätze über die materiellrechtlichen Wirkungen des Prozesses deutschrechtliche Anschauungen keineswegs ohne Einfluss geblieben²⁰. Einige hierher gehörige Erscheinungen werden bei einzelnen Rechtsinstituten zu beachten sein²¹.

Fast durchweg aus germanischer Wurzel stammt die heutige Ordnung der Zwangsvollstreckung, durch die auf Grund eines rechtskräftigen oder für vorläufig vollstreckbar erklärten Endurtheiles dem Berechtigten mittels Staatshilfe Befriedigung verschafft wird²². Für die Gestaltung unseres Privatrechts ist in dieser Hinsicht zweierlei von besonderer Wichtigkeit. Einmal die Tendenz des geltenden Rechtes, dem Berechtigten, soweit dies irgend thunlich ist, unmittelbar das ihm Gebührende zu verschaffen und namentlich auch Handlungen und Unterlassungen des Verpflichteten zwangsweise zu verwirklichen²³. Sodann die Ausbildung der gerichtlichen Pfandnahme und Pfandveräußerung, wobei vor Allem die durchgreifende Unterscheidung zwischen beweglichem und unbeweglichem Vermögen mit dem ganzen Aufbau des deutschen Privatrechts innigst zusammenhängt²⁴.

¹⁹ Besonders eingehend z. B. bei Dernburg, Pand. I § 151 ff., Regelsberger I § 194 ff.

²⁰ So z. B. vermöge Nachwirkung des germanischen Beweisrechts in Bezug auf Beweislast und Beweisbarkeit; ferner bezüglich der Wirkungen der Rechtshängigkeit; insbesondere aber in Bezug auf den Umfang und die Tragweite der materiellen Rechtskraft des Urtheils und dessen Wirkung für und wider Dritte. Einiges hierüber bringt Franken a. a. O. S. 142 ff.

²¹ So in der Lehre von den Genossenschaften, den Persönlichkeitsrechten, dem Besitz, dem Grundbuchrecht, dem ehelichen Güterrecht.

²² C.Pr.O. § 644 ff.

²³ Vgl. über die Erzwingung von Handlungen und Unterlassungen C.Pr.O. § 773—777; dazu die Bestimmung, daß eine dem Schuldner durch Urtheil auferlegte Willenserklärung mit Eintritt der Rechtskraft des Urtheils ohne Weiteres als abgegeben gilt (§ 779); ferner die Sicherung des Zwanges zur Herausgabe von Sachen durch den Zwang zum Offenbarungseide (§ 769). Auf die *executio ad faciendum* ist im Forderungsrecht zurückzukommen.

²⁴ C.Pr.O. § 708—768. Vom Pfändungspfandrecht und der Realisirung des Faustpfandrechtes ist in der Lehre vom Fabrikpfand, von Zwangshypotheken, Zwangsverwaltung und Subhastation im Hypothekenrecht zu handeln. Bedeu-

Germanischer Herkunft ist ferner das geltende Konkursrecht, in dem sich mit der Ordnung des zur Ausgleichung kollidirender Ansprüche an ein unzureichendes Vermögen bestimmten Verfahrens eine Fülle materieller Rechtsätze über die Wirksamkeit der zusammenstoßenden Privatrechte mischt. Doch wird das materielle Konkursrecht in die Darstellung des Konkursprozesses einbezogen und ist daher hier nur insoweit, als dies unumgänglich ist, bei den einzelnen Rechtsinstituten zu berühren²⁵.

§ 38. Sicherungsmittel der Rechte.

Es giebt eine Reihe selbständiger Rechtsinstitute, die der Sicherung von Privatrechten dienen. Von ihnen sind einige hier aufzuführen, weil sie im deutschen Recht eine eigenartige Ausbildung erfahren haben oder eine besondere Anwendung finden.

I. **Rechtsverwahrung**¹. Rechtsverwahrung oder Protestation ist eine einseitige Willenserklärung, die ein Recht gegen die ihm nachtheiligen Folgen einer eignen oder fremden Handlung sichern soll. Eine Unterart ist der Vorbehalt (Reservation), durch den die Auslegung einer eignen Handlung als Verzicht ausgeschlossen wird. Die Rechtsverwahrung bedarf oft einer besonderen Form². Auch wo eine solche nicht vorgeschrieben ist, muß sie jedenfalls ausdrücklich und mit der den Umständen entsprechenden Feierlichkeit und Oeffentlichkeit erfolgen. Unwirksam ist sie, soweit sie dem allein möglichen Sinn oder der rechtlich nothwendigen Wirkung einer Handlung oder Unterlassung widerspricht³.

Eine besondere Bedeutung haben die Rechtsverwahrungen da erlangt, wo ihre Eintragung in öffentliche Bücher stattfindet. So

tungsvoll für das Privatrecht sind auch die Grenzen der Pfändbarkeit (C.Pr.O. § 715 u. 749); soweit dabei nicht bloß der allgemeine Gesichtspunkt einer Kompetenzwohlthat, sondern die besondere Beschaffenheit der für unpfändbar erklärten Sachen und Rechte in Betracht kommt, ist dies bei den einzelnen Privatrechtsverhältnissen zu erwähnen.

²⁵ Vgl. überhaupt Kohler, Lehrbuch des Konkursrechts, Stuttgart 1891; über das ältere deutsche Recht Stobbe, Zur Geschichte des älteren deutschen Konkursprozesses, Berlin 1888.

¹ Pr. L.R. I, 14 § 466—469. Sächs. Gb. § 139—143. — Vgl. Beseler, D.P.R. I § 54 I; Wächter, Württ. P.R. II § 53, Pand. I § 82; Bekker, Pand. II § 111.

² Nach Pr. L.R. I, 14 § 466 sogar im Zweifel gerichtlicher Form.

³ „Protestatio facto contraria“. Vgl. Seuff. III Nr. 76, XXXVI Nr. 259, XXXVII Nr. 93.

namentlich im Grundbuchrecht. Eigenthümlich sind die Proteste des Wechsel-, Handels- und Seerechts, bei denen sich mit dem Zweck der Rechtsverwahrung ein beweisrechtlicher Zweck verknüpft⁴.

II. Sicherheitsleistung⁵. Unter Sicherheitsleistung (Kautio) im technischen Sinne versteht man ein Rechtsgeschäft, durch das einem Betheiligten die Gewähr geboten wird, daß sein Recht nicht verletzt, andernfalls aber ihm Ersatz verschafft werden werde. Zur Sicherheitsleistung kann man durch Rechtsgeschäft oder Gesetz oder richterliche Verfügung verpflichtet sein. Wer dazu verpflichtet ist, muß eine zur Deckung des möglichen Schadens ausreichende „Realkautio“ leisten. Hierbei hat er die Wahl zwischen der Einräumung geeigneter Pfandrechte und der Stellung tüchtiger Bürgen. Neuere Gesetze lassen indels die Sicherheitsleistung durch Bürgschaft nur in Ermangelung anderer Sicherungsmittel zu⁶ und begrenzen überdies den Kreis der zur Pfandsicherung tauglichen Gegenstände⁷. Kann der Verpflichtete eine Realkautio nicht aufbringen, so soll sie nach der älteren gemeinrechtlichen Praxis und manchen Partikularrechten durch eidliches Versprechen (*cautio juratoria*) ersetzt werden⁸.

III. Arrest. Dem Prozeßrecht gehört die Sicherung gefährdeter Rechte durch richterlich verfügten Arrest (Kummer, Besatz) an. Dieses dem römischen Recht unbekanntes Rechtsinstitut hat sich aus deutschrechtlicher Wurzel im gemeinen Civilprozeß entwickelt und ist jetzt in der Civilprozeßordnung eingehend geregelt⁹.

⁴ W.O. Art. 18, 20, 29, 41, 87—99; H.G.B. Art. 358, 572, 589, 597, 648, 690.

⁵ Pr. L.R. I, 14 § 178 ff. Sächs. Gb. § 136—138. Entw. II § 196—204. Vgl. Wächter, Württ. P.R. II § 52; Beseler, D.P.R. I § 54 II; Bekker, Pand. II § 105.

⁶ So das Sächs. Gb. § 136; ebenso Entw. II § 139 Abs. 2 u. 203. Bei der Prozeßkautio ist sie sogar nach C.Pr.O. § 101 ganz ausgeschlossen. — Das ältere deutsche Recht bevorzugte umgekehrt die Bürgschaft.

⁷ Sehr weit gieng hierin Entw. I § 196 (vgl. Gierke, Entw. S. 182); Entw. II § 199 hat den Kreis der Sicherungsmittel ausgedehnt. Zur Prozeßkautio eignen sich nach C.Pr.O. § 101 überhaupt nur Geld und Werthpapiere.

⁸ Vgl. Pr. L.R. I, 14 § 184 u. 194; Wächter a. a. O. S. 353—354. Auch das ältere deutsche Recht kannte eine gelobte Gewähr; vgl. z. B. Sachsensp. II Art. 15 § 2, III Art. 14 § 2.

⁹ C.Pr.O. § 796 ff. — Ueber das ältere deutsche Recht Meibom, Das deutsche Pfandrecht, Marburg 1867, S. 147 ff., Planck, Gerichtsverfahren II 358 ff. Der Arrest hat sich aus dem germanischen Zwangsvollstreckungsverfahren mit seinen verschiedenen Stufen entwickelt. Aus derselben Wurzel gieng die Verwendung der richterlichen Besitzeinweisung als Sicherungsmittel hervor; diese aber gehört so wenig wie die römische *missio in possessionem* dem geltenden Recht an.

Der dingliche Arrest besteht in der Beschlagnahme von Vermögensgegenständen behufs Sicherung der künftigen Befriedigung eines Rechts; er wird durch Pfändung vollzogen und erzeugt heute, abweichend vom älteren gemeinen Recht, jedoch übereinstimmend mit deutschrechtlichen Quellen, ein Pfandrecht des Arrestlegers¹⁰.

Daneben giebt es einen persönlichen Arrest, der behufs Sicherung der gefährdeten Zwangsvollstreckung in das Vermögen des Schuldners durch Haft oder sonstige Beschränkung der persönlichen Freiheit vollzogen wird¹¹.

IV. **Einstweilige Verfügung.** Ein weiteres prozessrechtliches Sicherungsmittel ist die einstweilige gerichtliche Verfügung, die im Wege der Erhaltung eines bestehenden Zustandes oder der interimistischen Regelung eines streitigen Verhältnisses vorläufig eine angemessene Ordnung sichert, ohne dem endgültigen Urtheil vorzugreifen¹².

V. **Sequestration.** Die Sicherung der Rechte an einem Streitgegenstande durch Sequestration, d. h. durch vorläufige Einräumung der Gewahrsam an einen unbetheiligten Dritten, kann sowohl kraft Vereinbarung wie kraft einstweiliger gerichtlicher Verfügung erfolgen¹³.

VI. **Inventar.** Die Feststellung eines Vermögensbestandes durch Errichtung eines förmlichen Vermögensverzeichnisses (Inventars) ist vielfach vorgeschrieben oder doch rathlich, um theils den Vermögensinhaber wegen einer ihm obliegenden Verantwortlichkeit gegen zu weit gehende Ansprüche, theils Dritte wegen ihrer Ansprüche an das Vermögen gegen Verkürzung zu sichern¹⁴. Das Inventar bedarf im Zweifel zu voller Beweiskraft entweder der Anerkennung durch alle Betheiligten oder der öffentlichen Beglaubigung.

VII. **Offenbarungseid (Manifestationseid).** Soweit dem Inhaber eines Vermögensinbegriffes eine Verpflichtung zur Offenlegung

¹⁰ C.Pr.O. § 810; dazu Meibom a. a. O. S. 177.

¹¹ C.Pr.O. § 798 u. 812. Die Sicherungshaft ist auch dem älteren deutschen Recht bekannt; Planck a. a. O. II 376 ff.

¹² C.Pr.O. § 814—822.

¹³ C.Pr.O. § 817 Abs. 2. Die Sequestration ist analog auf Personen anwendbar; c. 14 X de sponsalibus 4, 1.

¹⁴ Die Inventarisirung spielt eine wichtige Rolle beim Benefizialerben, bei der Vormundschaft, bei der ehelichen Errungenschaftsgemeinschaft; sie begegnet ferner bei den mit Restitutionspflicht verbundenen Nutzungsrechten an Vermögensinbegriffen, bei jeder rechnungspflichtigen Vermögensverwaltung, im Konkurse (K.O. § 114); besondere Formen und Wirkungen hat sie im Handelsrecht (H.G.B. Art. 29—33, 91, 107).

des Vermögensbestandes obliegt, kann von ihm zur Sicherung der Vollständigkeit des anzufertigenden Vermögensverzeichnisses oder seiner sonstigen Angaben der Offenbarungseid verlangt und nöthigenfalls durch Haft erzwungen werden ¹⁵.

VIII. Siegelung. Um die Erhaltung eines Sachbegriffes in seinem gegenwärtigen Bestande zu sichern, findet unter Umständen die Anlegung von Gerichtssiegeln statt ¹⁶.

IX. Oeffentliches Aufgebot ¹⁷. In mannichfacher Anwendung begegnet im heutigen Rechtsleben das gerichtliche Aufgebot, kraft dessen unbekannte oder an unbekanntem Orte weilende Personen öffentlich aufgefordert werden, binnen einer dafür gesetzten Frist etwaige Ansprüche bestimmter Art bei Vermeidung des Ausschlusses geltend zu machen. Seinem wesentlichen Zweck nach erscheint das Aufgebot als ein Sicherungsmittel der Rechte gegen ungewisse Ansprüche Anderer.

Das Institut wurzelt geschichtlich im altgermanischen Recht. Es steht in engem Zusammenhange mit der alten Verschweigung, für die in manchen Fällen die Grundlage erst durch ein richterliches Gebot geschaffen wurde, das Jeden, der zu widerreden habe, zur Rede aufrief ¹⁸. Im deutschen Mittelalter begegnet bereits in vielfacher Anwendung ein in der Regel dreimaliges öffentliches Aufgebot, das durch feierliche Verkündigung vor versammelter Gerichts- oder Kirchengemeinde vollzogen wurde und für Abwesende die Verschweigung der aufgerufenen Ansprüche in der Verschweigungsfrist nach sich zog ¹⁹. Nach der Aufnahme des römischen Rechtes, das in

¹⁵ Vgl. C.Pr.O. § 780 ff.; Konk.O. § 115. Dazu Entw. II § 699—700.

¹⁶ Der deutsche Gerichtsgebrauch hat namentlich die Siegelung im Sterbeshause ausgebildet, die nach gemeinem Recht und den meisten Landesrechten nur in Fällen, in denen ein besonderes Bedürfnis der Sicherung vorliegt, nach manchen Landesrechten aber stets erfolgen soll. Vgl. Mittermaier, D.P.R. II § 465; Roth, Bayr. C.R. III § 348; Dernburg, Preuss. P.R. III § 214; Pr. L.R. I, 9 § 387, 460 ff., I, 12 § 247, 251, Pr. A.G.O. II, 5; Code civ. Art. 819—821; Entw. I § 2058 u. Motive V 541 ff. — Ueber Siegelung im Konkurse Konk.O. § 112.

¹⁷ E. A. Haase, Ueber Edictalladungen u. Edictalprozess außerhalb des Konkurses, Leipzig 1817; Beseler, D.P.R. § 54 VI.

¹⁸ Vgl. oben § 35 III, 1.

¹⁹ Hierher gehört das Aufgebot gefundener Sachen (ed. Rotar. c. 343, l. Wisig. VIII t. 5 c. 6, Sachsensp. II Art. 29 u. 37 § 1, Richtst. L.R. Art. 12 § 2, 15 § 2); das Aufgebot nach vollzogener Auflassung (Verm. Sachsensp. I 31 d. 1, Laband, Vermögensr. Kl. S. 319 ff., Planck a. a. O. I 635); das Aufgebot des Pfandes vor der Uebereignung oder dem Verkauf (Magd. Fr. II, 2 § 2 u. 5, Gosl. Stat. S. 67 Z. 37, Billwärder R. Art. 36, Meibom, Pfandr. S. 61 ff., 107,

einigen freilich ganz anders gearteten Aufgebotsfällen einen Stützpunkt bot²⁰, wurde das Institut durch den Gerichtsgebrauch in einer dem veränderten Gerichtsverfahren angepaßten Gestalt unter dem Namen „Ediktalcitation“ festgehalten und fortgebildet²¹, in den Reichsgesetzen anerkannt²² und durch Landesgesetze eingehend geregelt²³.

Heute ist durch die Civilprozessordnung ein gemeinrechtliches Verfahren in Aufgebotsachen hergestellt²⁴, das indess, von dem Aufgebotsverfahren behufs Kraftloserklärung gewisser Werthpapiere abgesehen, nur subsidiäre Geltung hat²⁵. Das Aufgebot wird auf gehörigen Antrag vom Gericht erlassen und muß insbesondere außer der Bezeichnung des Antragstellers und der Aufforderung zur Anmeldung der Ansprüche die Bestimmung eines Aufgebotstermins und die genaue Angabe der für die Nichtanmeldung bis zu diesem Termin angedrohten Rechtsnachtheile enthalten²⁶. Die öffentliche Bekanntmachung des Aufgebots erfolgt durch Anheftung an die Gerichtstafel

172); das Aufgebot des erblosen Nachlasses; das Aufgebot der Nachlassgläubiger (Stobbe, D.P.R. V § 285 Anm. 28); das Aufgebot zu amortisirender Urkunden (Stobbe a. a. O. III § 173 Anm. 51). — Auch das kirchliche Aufgebot der Verlobten (c. 3 X de cland. despons. 4, 3) hängt damit zusammen.

²⁰ L. 8 C. de remiss. pign. 8, 26; Nov. 112 c. 3.

²¹ So schon früh in der Praxis des Reichskammergerichts; Gaill, Pract. Obs. I obs. 57, Mynsinger, Sing. Obs. cent. II obs. 47. Später besonders in der sächsischen Praxis.

²² R. Not. O. v. 1512 II § 1 (in offen Edicts Weifs); Landfr. v. 1548 t. 14 § 1; R.K.G.O. v. 1555 I t. 38 § 2 (offen Brief).

²³ Chursächs. Mandat, die Edictalcitationen in Civilsachen außerhalb des concursus creditorum betreffend, v. 13. Nov. 1779; Preufs. A.G.O. I, 51 § 99—181; Oest. Gb. § 113, 277, 390, 397, 813—815.

²⁴ C.Pr.O. § 823—836 u. für das Aufgebot behufs Kraftloserklärung von Urkunden § 837—850.

²⁵ E.G. zur C.Pr.O. § 11. Zwingend sind die Vorschriften der Civilprozessordnung über das Aufgebot von Wechseln und den im H.G.B. Art. 301—302 bezeichneten kaufmännischen Werthpapieren. Im Uebrigen gelten auch die Vorschriften über das Urkundenaufgebot nur subsidiär; C.Pr.O. § 837 Abs. 2. Jedoch sind die Vorschriften der §§ 843—848 auf andere Inhaberpapiere oder in blanco indossirte Orderpapiere, falls sie nicht über ein im Grundbuch eingetragenes Recht lauten, insoweit unbedingt anwendbar, als nicht durch Landesrecht noch andere oder schwerere Voraussetzungen für das Aufgebot aufgestellt sind; C.Pr.O. § 849.

²⁶ C.Pr.O. § 824. Die Frist muß mindestens 6 Wochen, beim Urkundenaufgebot mindestens 6 Monate nach der ersten Bekanntmachung im Reichsanzeiger betragen (§ 827 u. 847). Für Werthpapiere mit Zins- oder Gewinnantheilscheinen und für Urkunden mit späterer Verfallzeit sind besondere früheste Anfangspunkte der sechsmonatlichen Frist bestimmt (§ 843—846).

und Einrückung in öffentliche Blätter²⁷. Die gehörig angemeldeten Ansprüche werden zum Prozeß verwiesen²⁸. Gegen die nicht angemeldeten Ansprüche ergeht das Ausschlusurtheil²⁹.

Die materiellrechtlichen Voraussetzungen und Wirkungen des Aufgebotsverfahrens sind nur für einzelne Fälle reichsgesetzlich geordnet, im Uebrigen durch Landesgesetz bestimmt.

Voraussetzung ist vor Allen stets ein durch Gesetz oder Gewohnheitsrecht als zum Aufgebot geeignet anerkanntes Rechtsverhältniß³⁰. Eine analoge Ausdehnung auf andere Fälle, in denen ein

²⁷ C.Pr.O. § 825 u. 842. Die Einrückung erfolgt in den Reichsanzeiger und sonstige für gerichtliche Bekanntmachungen bestimmte Blätter; sie wird in wichtigeren Fällen wiederholt; beim Urkundenaufgebot muß sie mindestens drei Mal stattfinden. Neben der Anheftung an die Gerichtstafel kommt auch Anschlag an der Börse vor; beim Urkundenaufgebot ist er, wenn eine Börse am Sitz des Aufgebotsgerichts besteht, vorgeschrieben. — Das ältere gemeine Recht begnügte sich mit dem öffentlichen Anschlag, der aber an mindestens drei von einander entfernten Gerichtsstätten („in dreier Herren Landen“) erfolgen sollte; Gaill a. a. O. Nr. 10, Landfr. v. 1548 t. 14 § 1, Haase I c. 1 § 2, Wetzell, Syst. des ord. Civilproz. (3. Aufl.) S. 916.

²⁸ Eine Anmeldung gilt noch als rechtzeitig, wenn sie zwar nach dem Schluß des Aufgebotstermins, aber vor Erlaß des Ausschlusurtheils erfolgt; C.Pr.O. § 828. Je nach Beschaffenheit des Falles wird entweder das Aufgebotsverfahren bis zur Entscheidung über das angemeldete Recht ausgesetzt oder dieses im Ausschlusurtheil vorbehalten; C.Pr.O. § 830.

²⁹ Vorher kann eine nähere Ermittlung angeordnet werden; C.Pr.O. § 829. Gegen das Ausschlusurtheil giebt es kein Rechtsmittel, aber eine Anfechtungsklage; C.Pr.O. § 834—835 u. 848.

³⁰ Vgl. C.Pr.O. § 823 Abs. 1: „nur in den durch das Gesetz bestimmten Fällen“. Hauptfälle sind: 1. Gläubigeraufgebote. Vor Allem das Aufgebot im Konkurse, das aber seinen eignen Regeln folgt. Ferner das Aufgebot der Nachlassgläubiger und Vermächtnisnehmer seitens des Benefizialerben, durch gemeines Gewohnheitsrecht ausgebildet (Seuff. IV Nr. 155, VII Nr. 110) und in den Partikularrechten näher geregelt. Die Natur eines Aufgebots, obschon ohne förmliches Aufgebotsverfahren, hat auch in Verbindung mit dem „gesperrten Jahr“ die öffentliche Aufforderung der Gläubiger bei der Liquidation von Aktiengesellschaften (H.G.B. Art. 243), eingetragenen Genossenschaften (R.Ges. v. 1. Mai 1889 § 80) und Gesellschaften mit beschränkter Haftung (R.Ges. v. 20. Apr. 1892 § 65). 2. Das Aufgebot behufs Todeserklärung; vgl. unten § 42 III. 3. Das Aufgebot behufs Kraftloserklärung von Werthpapieren und anderen Urkunden, das zum Theil reichsrechtlich zugelassen ist (W.O. Art. 73, H.G.B. Art. 305 Abs. 2, C.Pr.O. § 837 ff.), zum Theil auf landesrechtlicher Verstattung beruht; hiervon später. 4. Das Aufgebot dinglicher Rechte an einem Grundstück. Es findet namentlich bei der Neuanlegung von Grundbüchern oder Neuregulirung der Einträge statt. Ferner zur Herbeiführung der Löschung abgestorbener Einträge. Auch gehört hierher das partikularrechtlich ausgebildete Aufgebot unbekannter Lehns- und Fideikommissanwärter. 5. Das Aufgebot der gefundenen Sachen und des Schatzes; hiervon im Sachenrecht. 6. Das Aufgebot

Bedürfnis vorzuliegen scheint, ist unzulässig, da das Gericht ohne besondere Ermächtigung durch das objektive Recht Niemanden mittels Androhung von Nachtheilen zur Geltendmachung seiner Rechte nöthigen kann und überdies die Annahme, daß durch die öffentliche Bekanntmachung jeder Betheiligte von dem richterlichen Gebot Kunde erhalten habe, auf einer Fiktion beruht. Weiter bedarf es des gehörigen Antrages eines Berechtigten unter Glaubhaftmachung der Thatsachen, aus denen sich einerseits das Recht des Antragstellers und andererseits das Bedürfnis einer öffentlichen Ladung ergibt⁸¹.

Die Wirkung ist Sicherung von Rechtsverhältnissen gegen die verschwiegenen Ansprüche durch Eintritt des angedrohten Rechtsnachtheiles. Je nach dem Zwecke des Aufgebotes aber ist dieser Rechtsnachtheil in den einzelnen Aufgebotsfällen von ungleicher Tragweite. Bei dem Aufgebot behufs Todeserklärung entsteht eine bis zur Widerlegung wirksame Vermuthung. In vielen Fällen wird derjenige, der sich nicht gemeldet hat, nur mit der Geltendmachung seines Rechtes unter den vorliegenden Umständen ausgeschlossen⁸². In anderen Fällen dagegen erfolgt der Ausschluss mit dem Rechte selbst⁸³.

§ 39. Schutz der Rechte durch Selbsthülfe.

I. Im Allgemeinen¹. Das germanische Recht verstattete ursprünglich in ausgedehntem Maße neben der Anrufung der Gerichts-

der Ansprüche an vergessenen Depositen, 7. Das Aufgebot der Erbrechte an einem Nachlaß behufs Feststellung der Erblosigkeit oder eines behaupteten Erbrechts. 8. Dazu das Aufgebot im Patentertheilungsverfahren; unten § 95.

⁸¹ Soweit spezielle Ladungen möglich sind und ausreichen, ist das Aufgebot unzulässig; vgl. Seuff. IV Nr. 155, IX Nr. 225, Sächs. Mand. v. 1779 § 2, Preuß. A. G.O. I 51 § 111. Der Antragsteller muß zur eidlichen Erhärtung seiner Angaben bereit sein (C.Pr.O. § 829 Abs. 2) und in manchen Fällen sich hierzu von vornherein erbieten (C.Pr.O. § 840 Z. 3).

⁸² So im Konkurse und bei den übrigen Gläubigeraufgeböten (Seuff. VII Nr. 110), bei dem Aufgebot der Erbrechte, nach manchen Rechten auch bei dem Aufgebot von Fundsachen.

⁸³ So bei dem Aufgebot dinglicher Rechte an Grundstücken (Seuff. VII Nr. 111), bei dem Urkundenaufgebot (C.Pr.O. § 848), gemeinrechtlich auch bei dem Aufgebot gefundener Sachen.

¹ Vgl. Maurenbrecher, D.P.R. I § 139 ff.; Renaud, D.P.R. I § 77 ff.; Puchta, Pand. u. Vorl. § 80; Böcking, Pand. I § 129; Unger, Oesterr. P.R. II § 111; Wächter, Württ. P.R. II 404 ff.; Windscheid, Pand. I § 123; Stobbe, D.P.R. I § 70; Dernburg, Pand. I § 123, Wendt, Das Faustrecht

hülfe den Rechtsschutz durch Selbsthülfe. Die langsame Eindämmung der Selbsthülfe bildete den Gegenstand eines unsere ganze Rechtsgeschichte erfüllenden Ringens.

Unter den eigenthümlichen Rechtsinstituten, die das germanische Recht auf dem Gebiete der Selbsthülfe ausgestaltete, nehmen Fehderecht und Pfändungsrecht die erste Stelle ein². Das Pfändungsrecht hat sich in gewissem Umfange erhalten und ist daher hier näher zu besprechen³. Dagegen ist das Fehderecht untergegangen, seitdem der ewige Landfriede von 1495 überall und für immer die Fehde verbot und jeden Anspruch aus Rechtsverletzung auf die Gerichtshülfe verwies⁴.

Nach der Aufnahme der fremden Rechte kam mehr und mehr die Ansicht auf, daß die Selbsthülfe an sich unzulässig sei. Das allgemeine Verbot der Selbsthülfe gieng in neuere Gesetze über⁵. Im gemeinen Recht wurden überdies die römischen Privatstrafen der unerlaubten Selbsthülfe zur Anwendung gebracht⁶. Ausnahmsweise wurde freilich auch jetzt Selbsthülfe gestattet. Doch wurde der Kreis dieser Ausnahmen vielfach in einem mit dem nationalen Rechtsgefühl unverträglichen Maße verengt. Hiergegen trat in neuerer Zeit eine kräftige und theilweise sogar das Ziel überfliegende Gegenbewegung ein.

oder Besitzvertheidigung und Besitzverfolgung, Jena 1883; Bähr, Jahrb. f. Dogm. XXVI 257 ff.; v. Tuhr, Der Nothstand im Civilrecht, Heidelberg 1888; Regelsberger, Pand. § 190.

² Daneben war namentlich die Selbsthülfe behufs Einleitung eines besonderen gerichtlichen Verfahrens durch Festnahme des auf handhafter That mit Gerüfte bestätigten Verbrechers oder des Verfesteten und durch aufsergerichtliche Bemächtigung (Anfang, Unterwinden) von Sachen formell ausgebildet.

³ Vgl. unten II S. 338 ff.

⁴ Das ursprüngliche prinzipale Fehderecht zur Erlangung von Rache oder Sühne wegen Rechtsverletzung wurde schon durch die Volksrechte und die fränkischen Kapitularien mehr und mehr eingeschränkt und dauerte im späteren Mittelalter nur noch bei der Blutfehde fort. Um so üppiger entwickelte sich das subsidiäre Fehderecht wegen Rechtsverweigerung oder Ohnmacht des Gerichts, das alle Landfriedensordnungen bis zum ewigen Landfrieden zwar nach Fällen und Formen einengten, aber nicht grundsätzlich beseitigten.

⁵ Pr. L.R. Einl. § 78; Oest. Gb. § 19; Württ. Ges. v. 5. Sept. 1839 Art. 12; Sächs. Gb. § 179.

⁶ Also das decretum d. Marci (l. 7 D. ad leg. Jul. de vi priv. 48, 7, 1. 13 D. quod met. c. 4, 2) und die l. 7 C. unde vi 8, 4; die in der letzteren enthaltene Androhung der Eigenthumsverwirkung, zu der auch c. 18 de praeb. in VI^o 3,4 eine Analogie bietet, gieng in die R.K.G.O. v. 1521 t. 32 § 2 und den R.A. v. 1532 t. 3 § 15 über.

Heute ist grundsätzlich die Selbsthülfe als solche nicht unerlaubt⁷. Mit öffentlicher Strafe ist sie nicht bedroht, die römischen Privatstrafen aber sind völlig wieder abgestoßen⁸. Dagegen sind als Mittel der Selbsthülfe an sich keine sonst unerlaubten Handlungen erlaubt und keine sonst strafbaren Handlungen straflos. Hiervon giebt es jedoch Ausnahmen, indem in den Fällen, in denen man von „berechtigter Selbsthülfe“ spricht, gewaltsame Eingriffe in eine fremde persönliche oder sachliche Sphäre gestattet sind⁹.

Erlaubt ist eine derartige Selbsthülfe vor Allem als Selbstvertheidigung. Deshalb begründet eine durch Nothwehr gegen einen rechtswidrigen Angriff gebotene Handlung nicht nur keine strafrechtliche, sondern auch keine privatrechtliche Verantwortlichkeit¹⁰. In entsprechender Weise ist die zur Abwehr einer durch Thiere oder leblose Gegenstände drohenden Gefahr erforderliche Beschädigung oder Zerstörung fremder Sachen zulässig¹¹. Ein noch

⁷ Die ältere Ansicht, daß die Selbsthülfe als solche unerlaubt sei, ist freilich noch weit verbreitet; vgl. Unger, Böcking, Wächter, Stobbe a. a. O. Allein die richtige Auffassung hat schon Puchta a. a. O. überzeugend dargelegt; ebenso Wendt a. a. O. und Windscheid a. a. O. (der früher der Gegenmeinung folgte). Ihr will sich auch der Entw. anschließen; vgl. Motive I 352 ff.

⁸ Von den neueren Gesetzbüchern hat sie keines aufgenommen; in manchen Ländern wurden sie ausdrücklich abgeschafft (so durch Württ. Ges. v. 5. Sept. 1839); die gemeinrechtliche Praxis hielt nur theilweise an ihnen fest (z. B. Seuff. XVI Nr. 191), während sie anderswo schwankte (ib. IX Nr. 158) oder die Anwendbarkeit verneinte (ib. XX Nr. 8). Nach der herrschenden Meinung, der sich das Reichsgericht angeschlossen hat (C.S. XI Nr. 50, XVIII Nr. 43), wäre jetzt ihre völlige Beseitigung durch das Reichsstrafgesetzbuch erfolgt. Diese Meinung ist unhaltbar, wie namentlich Binding, Strafr. I 318 u. 330, dargethan hat. Gleichwohl gehören die Privatstrafen der Selbsthülfe nicht mehr dem geltenden Recht an: das Reichsgericht hat nur mittels irriger Gesetzesauslegung eine längst in der Bildung begriffene desuetudo zum Abschlufs gebracht.

⁹ Doch darf der zur Selbsthülfe Berechtigte in keinem Falle mehr Gewalt anwenden, als zur Erreichung des Selbsthülfezweckes erforderlich ist; Sächs. Gb. § 185.

¹⁰ Sächs. Gb. § 178. Schweiz. O.R. Art. 56. Entw. II § 191 (I § 186).

¹¹ Sächs. Gb. § 182—183. Entw. II § 192 (I § 187), jedoch mit dem Vorbehalt, daß der Schade nicht außer Verhältniß zur Gefahr stehen und die Gefahr nicht vom Handelnden verschuldet sein darf. Das Pr. L.R. I, 9 § 155 gewährt dies Selbsthülferrecht nur dem, der von einem wilden Thiere angefallen wird; die Praxis aber nimmt keinen Anstand, es zu verallgemeinern. — Im Uebrigen wird dadurch, daß eine schädigende Handlung als im Nothstande begangen straffrei bleibt (Str.G.B. Art. 54), die privatrechtliche Ersatzpflicht noch nicht ausgeschlossen; Entw. II § 746 Abs. 2.

weiterreichendes Selbstvertheidigungsrecht besteht zum Schutz des Besitzes gegen Besitzstörungen¹².

Aber auch als Angriffsmittel ist Selbsthülfe durch Festnahme oder sonstige Vergewaltigung einer Person oder durch Wegnahme, Beschädigung oder Zerstörung einer Sache erlaubt, wenn obrigkeitliche Hülfe nicht rechtzeitig zu erlangen und ohne einen derartigen Eingriff ein unwiederbringlicher Nachtheil für das verletzte Recht zu besorgen ist¹³. Darüber hinaus erstreckt sich die Selbsthülfe im Wege der eigenmächtigen Pfändung.

II. Die eigenmächtige Pfändung¹⁴.

1. Geschichte. Dem deutschen Recht war die Privatpfändung durch Wegnahme von fahrender Habe sowohl als Befriedigungsmittel wie als Sicherungsmittel bekannt.

a. Die eigenmächtige Pfändung zur Befriedigung ist aus dem geltenden Recht verschwunden. Ursprünglich allgemein auf Grund eines rechtsförmlich abgelegten Schuldversprechens und daher namentlich auch auf Grund des Urtheilserfüllungsgelöbnisses

¹² Pr. L.R. I, 7 § 142—145; Oest. Gb. § 344; Sächs. Gb. § 181. Vgl. unten die Lehre von der Gewere.

¹³ Pr. L.R. Einl. § 78. Oest. Gb. § 19. In sehr weiter Fassung Sächs. Gb. § 179—180. Nach Entw. II § 193—195 soll eine derartige Selbsthülfe schon zulässig sein, wenn ohne sie Gefahr vorliegt, daß die Verwirklichung des Anspruches vereitelt oder wesentlich erschwert werde; sie soll aber nur zu alsbaldiger Einleitung des dinglichen oder persönlichen Arrestes dienen, so daß, wenn der Arrestantrag verzögert oder abgelehnt wird, die Rückgabe der Sache oder die Freilassung des Festgenommenen sofort zu erfolgen hat; auch soll, wer unberechtigt dies Selbsthülfemittel gebraucht, auch durch entschuldbaren Irrthum nicht von der Verpflichtung zum Schadensersatz befreit werden.

¹⁴ S. Stryck, *Diss. de jure pignoriandi*, Francof. 1677; Leyser spec. 101 u. 595; Runde, D.P.R. § 222a u. 222b; Eichhorn, D.P.R. § 121 u. 123; Phillips, D. P.R. § 63—64; Mittermaier, D.P.R. I § 152; Maurenbrecher, D.P.R. I § 194—195; Wilda, Z. f. D. R. I 167 ff. (wo S. 178—179 Angaben über sonstige ältere Litteratur zu finden sind); Renaud, D.P.R. I § 78 u. 250; Beseler, D.P.R. I § 55; Gerber, D.P.R. § 69—71; Bluntschli, D.P.R. § 102—103; Gengler, D.P.R. § 76; Stobbe, D.P.R. I § 70; Roth, D.P.R. I § 89; Nägeli, *Das germanische Selbstpfändungsrecht in seiner historischen Entwicklung mit besonderer Rücksicht auf die Schweiz*, Zürich 1876; Samuelson, *Wirkungen der Privatpfändung nach deutschem Recht*, Breslau 1878. Ueber partikularrechtliche Gestaltungen Reyscher, Württ. P.R. I § 152; Heimbach, P.R. § 174 ff.; Roth, Bayr. C.R. I § 148; Förster-Eccius, Preufs. P.R. I § 49; Dernburg, Preufs. P.R. I § 123; Erdmann, Liv-, Est- u. Curländ. P.R. I § 59. Zur Geschichte besonders auch Meibom, *Pfandr.* S. 190 ff.; Sohm, *Der Prozeß der lex Salica*, Weimar 1867, S. 18 ff.; R. Loening, *Der Vertragsbruch im deut. Recht*, Straßburg 1876, S. 3 ff., 88 ff., 231 ff.; Heusler, *Inst.* II § 117; Schröder,

gestattet¹⁵, wurde die exekutivische Privatpfändung schon in den meisten Volksrechten an richterliche Ermächtigung gebunden¹⁶ und sodann durch fränkische und deutsche Reichsgesetze grundsätzlich verboten¹⁷. Doch blieb sie in zahlreichen Fällen ausnahmsweise neben der richterlichen Pfändung zulässig. Abgesehen davon, daß bis zur Aufhebung des Fehderechts die Pfändung im Falle der Rechtsverweigerung ausgeübt wurde¹⁸, galt allgemein die vertragsmäßige Unterwerfung des Schuldners unter die außergerichtliche Pfändung durch die urkundliche Pfändungsklausel („mit und ohne Recht“) als wirksam¹⁹. In den Landfrieden wurde sogar oft das Pfändungsrecht wegen jeder „kundlichen, unlogbaren Schuld“ vorbehalten²⁰. Derartige Vereinbarungen kamen erst seit dem 18. Jahrhundert allmählich aus dem Gebrauch²¹. Länger noch erhielt sich das Pfändungsrecht wegen versessener Zinse und Gülden²², das ursprünglich

R.G. S. 86, 284 ff., 360 ff., 685; Brunner, R.G. I § 23 S. 183, II § 110 u. 123. — Quellenstellen b. Kraut, § 107—108.

¹⁵ So noch im langob. Recht; Ed. Rothar. c. 245, 251, 252, Liutpr. c. 15, 108—110. Vgl. Wach, Der Arrestprozess in seiner geschichtlichen Entwicklung, Leipzig 1868, S. 1 ff.

¹⁶ So nach l. Sal. t. 50 u. 75, l. Burg. t. 19, 96 u. 107 c. 7, l. Bajuv. t. 13 c. 1 (*pignorare nemini liceat nisi per iussionem iudicis*) u. 8 und anderen Volksrechten (Brunner, R.G. II 446 ff.).

¹⁷ Cap. de part. Sax. c. 25 (M.G.L. Sect. II Vol. I 70), Const. pac. a. 1235 c. 10 (M.G.L. II 430) und spätere Landfrieden (Wilda a. a. O. S. 189 Anm. 68); ebenso zahlreiche partikuläre Rechtsquellen. Doch erlosch nicht überall die Pfändnahme mit richterlicher Erlaubnis; Brunner, R.G. II 451 Anm. 36—37. Ja der Rügenschel Landgebrauch erkennt noch im 16. Jahrh. in erheblichem Umfange die Privatpfändung um Schuld ohne jede richterliche Mitwirkung an, Delbrück, Z. f. D. R. XII 221 ff.; vgl. auch die schweizer. Quellen b. Loening a. a. O. 232 ff., Nägeli a. a. O. 45 ff., 50 ff., 63 ff., Stobbe I § 70 Anm. 38.

¹⁸ Meibom a. a. O. S. 220 ff., Loening a. a. O. S. 234, Stobbe a. a. O. S. 676.

¹⁹ Landfr. v. 1301 (M.G.L. II 476) u. spätere Landfrieden; vgl. Wilda a. a. O. S. 198 ff. u. 205 ff., Meibom S. 217 u. 220, Loening S. 237 ff., Stobbe S. 677. — Abweichend Heusler II 207 ff.

²⁰ Vgl. die Stellen b. Kraut § 107 Nr. 27—29. Während Wilda S. 198 ff. darin mit den meisten Aeltern einen besonderen Fall der erlaubten Privatpfändung erblickte, wird seit den Ausführungen von Meibom S. 211 ff. ziemlich allgemein angenommen, daß es sich nur um einen Fall des vereinbarten Pfändungsrechtes handelt. Vgl. auch Loening S. 234 Anm. 12.

²¹ Durch den ewigen Landfr. v. 1495 § 9 und den R.D.A. v. 1600 § 32 war ihre Wirksamkeit nicht in Frage gestellt; doch war dies in der Theorie nicht unbestritten; Wilda a. a. O. S. 206 ff.

²² Wilda S. 209 ff.; Meibom S. 204 ff.; Beseler S. 210; Stobbe S. 671 ff.

wohl Ausfluß der grundherrlichen Gewalt war, dann aber überhaupt dem Zinsherrn gegen den Zinsbauer²³, dem Vermiether gegen den Miether²⁴ und nicht selten auch dem Rentengläubiger gegen den Rentenschuldner²⁵ an der auf dem belasteten Grundstück befindlichen Fahrniß zustand²⁶. Doch ist heute auch dieses Pfändungsrecht, das auf dem Lande noch in unserem Jahrhundert vielfach in Geltung war, durchweg erloschen²⁷. Ebenso sind manche andere Fälle, in denen das ältere deutsche Recht theils wegen der Nothlage des Gläubigers, theils im Zusammenhange mit einer Herrschaftsbefugniß die eigenmächtige Pfändung um Schuld gestattete, heute veraltet²⁸.

²³ Vgl. bes. Sachsensp. I Art. 54 § 1; Richtst. Lehnr. Art. 29 § 2—3; Landfriede v. 1281 § 59 (M.G.L. II 480); Brünner Schöffeb. c. 117 u. 236; Bremer Landr. b. Pafendorf, Observ. IV app. p. 73; Nürnbr. Ref. v. 1564 XXIII 9 Abs. 2; Tiroler L.O. II 63; Bayr. L.R. IV c. 7 § 28; andere spätere Quellen b. Wilda S. 214 ff.; schweiz. Quellen b. Nägeli S. 46 ff.

²⁴ Vgl. z. B. Verm. Sachsensp. II c. 4 d. 1, 6, 8—10; Lüb. R. (Hach Cod. III) Art. 311; Hamb. R. I, 9, IV, 15; Bremer Stat. v. 1428 I c. 47; Münchener Stadtr. Art. 292; Augsburger Stadtr. v. 1276 Art. 128 (Meyer S. 213); Wiener Stadtr. (Schuster) Art. 38; Rotenburger Stadtr. § 62 (Gengler, Deutsche Stadtrechte S. 385); Basler R. v. 1457 § 56 (Basler Rechtsq. I Nr. 148). Vgl. Trummer, Merkwürdige Erscheinungen in der Hamb. Rechtsgesch. II 102—126.

²⁵ Vgl. Gosl. Stat. S. 21 Z. 1 ff. u. S. 22 Z. 1 ff.; Verm. Sachsensp. a. a. O. d. 7; Brünner Schöffeb. c. 121; Schles. Landr. Art. 358 (Gaupp 195); Stralsunder Stadtb. (Fabricius) S. 156 Nr. 242; Freiburger Stat. Art. 20 (Schott III 159); Münchener Grundb.O. v. 1572 XII § 4. Dazu Stobbe, Z. f. D. R. XIX 199 ff.

²⁶ Die Pfändung darf nur „up der were“ stattfinden; Goslar. Sat. S. 22 Z. 1, Iglauer Stadtr. c. 95 (Tomaschek S. 294), Brünner Schöffeb. c. 120; Stobbe a. a. O. S. 201 ff. — Ueber die Ausdehnung des Pfändungsrechtes auf fremde Sachen in Höhe eines daran dem Gepfändeten zustehenden Rechtes vgl. Meibom S. 61 ff., Stobbe, D.P.R. I 672 ff.

²⁷ In den älteren Lehrbüchern des deutschen Privatrechts wird das Pfändungsrecht des Zinsherrn an ländlichen Grundstücken noch als geltendes Recht behandelt. Auch Beseler a. a. O. behauptet noch dessen partikularrechtliche Geltung. Doch dürfte sich kaum ein Partikularrecht, nach dem es noch praktisch wäre, nachweisen lassen; vgl. Stobbe a. a. O. Anm. 31.

²⁸ So das Pfändungsrecht des Wirthes wegen der Zeche (Wiener Stadtr. Art. 53—54, Grimm, W. I 125 ff., Nägeli S. 56, noch anerkannt im Zürch. Gb. § 871 [jetzt § 401]), des Gewinners im Spiel wegen der Spielschuld (Augsb. Stadtr. Art. 137, Wiener Stadtr. Art. 48), des Hirten wegen des Hirtenlohns (Grimm, W. IV 343), des Gesindes wegen des Lidlohns (Hertz, Die Rechtsverh. des freien Gesindes S. 95, Grimm, W. VI 47 § 16), des Gläubigers einer Ehefrau wegen ihrer vom Manne nicht bewilligten Schuld (Schröder, Gesch. des ebel. Güterr. II, 3 S. 278), des Bannmüllers wegen Verletzung seines Bannrechts (Z. f. R.G. IX 463 ff.), der Zünfte wegen Verletzung des Zunftzwanges u. s. w.; vgl. Meibom S. 220 ff., Nägeli S. 47 u. 64, Stobbe, D.P.R. I 678 ff.

Dagegen gehört das außergerichtliche Pfändungsrecht im Bereiche des einem öffentlichrechtlichen Verbands zur Beitreibung von Forderungen eingeräumten Verwaltungszwanges nicht dem Privatrecht an.

b. Die eigenmächtige Pfändung zur Sicherung hat sich in der doppelten Gestalt der Viehpfändung (Schüttung) und der Personalpfändung, in der sie schon den Volksrechten bekannt ist⁸⁰ und in den Quellen des deutschen Mittelalters allgemeiner Anerkennung erfreut⁸⁰, auch nach der Rezeption des römischen Rechts als gemeines deutsches Gewohnheitsrecht behauptet⁸¹. Die neueren Gesetzbücher mit Ausnahme des französischen haben sie aufgenommen⁸²; doch erwähnt das österreichische Gesetzbuch nur die Viehpfändung⁸³. Im Laufe der Zeit mancherlei Wandlungen unterworfen, hat dieses Rechtsinstitut doch im Ganzen sein urwüchsiges Gepräge bewahrt und sich vermöge seiner Volksthümlichkeit der Verkümmernng und Verbildung, womit es von der romanisirenden Theorie bedroht wurde, kräftig erwehrt⁸⁴.

2. **Wesen.** Die eigenmächtige Pfändung besteht also heute in der zum Schutz des Grundbesitzes erlaubten Besitznahme von Vieh, das ein Grundstück betritt, oder von Sachen, die eine das Grundstück

⁸⁰ Vgl. über die Viehpfändung l. Sal. t. 9, l. Rib. t. 82, l. Bajuv. t. 14 c. 17, l. Burg. t. 23 u. 49, l. Wisig. l. 8 t. 3 c. 13 sq., ed. Rothar. c. 343 u. 346, ed. Liutpr. c. 86; über die Personalpfändung ed. Liutpr. c. 146, l. Wisig. l. 8 t. 5 c. 1. Dazu über das altnordische Recht v. Amira, Nordgermanisches Obligationenrecht, Leipzig 1882 ff., I § 35, II § 26.

⁸⁰ Sachsensp. II Art. 27 § 4, Art. 28 § 1, Art. 47, III Art. 20 § 2; Schwabensp. (L.) c. 195 u. 212; Augsb. Stat. Art. 89 (Meyer 172); Gosl. Stat. S. 37 Z. 4, S. 40 Z. 40 ff., S. 43 Z. 6 ff., S. 68 Z. 26 ff.; Verm. Sachsensp. II c. 8 d. 2—3. Ueberaus häufig und eingehend beschäftigen sich begreiflicher Weise die ländlichen Weisthümer mit diesem Pfändungsrecht; vgl. die in den Registern zu der Grimm'schen Sammlung (VII 134) und zu den einzelnen Bänden der österreichischen Weisthümersammlung nachgewiesenen Stellen.

⁸¹ Vgl. Mevius, Jus Lub. III Art. 11 § 9; Stryck a. a. O. c. 1 § 38; Struben, Rechtl. Bed. Nr. 673; Wilda a. a. O. S. 249 ff. — A. M. anscheinend Regelsberger § 191 Anm. 5.

⁸² Bayr. L.R. II c. 6 § 24; Preufs. L.R. I, 14 § 413 ff. u. dazu Feldpolizeiordnung v. 1. Nov. 1847 § 4 ff. u. Feld- und Forstpolizeigesetz v. 1. April 1880 § 77 ff. u. 96 Z. 2; Sächs. Gb. § 488 ff. — Vgl. auch Liv-, Est- u. Kurländ. P.R. Art. 3390 ff.

⁸³ Oest. Gb. § 1321—1322. Ebenso kennt das Württ. R. nach Wächter II § 61 Anm. 25 nur die Thierpfändung.

⁸⁴ Auch heute freilich sind ihm die Juristen selten hold; vgl. die Motive zum Entw., der es den Landesrechten überweist, I 353 ff. (dazu Gierke, Entw. S. 77) und die Verb. des XX. Juristentages III 269 ff. (Gutachten von Mörschell, das sich für völlige Abschaffung ausspricht) u. IV 277 ff. (Beschlussfassung der 2. Abth., die wenigstens die Thierpfändung schonen will).

betretende Person bei sich führt. Sie ist ihrem Wesen nach heute, wie sie es von jeher war, berechtigte Selbsthülfe⁸⁵. Mithin ist das Pfändungsrecht als solches kein besonderes Privatrecht, sondern eine aus dem Recht der Persönlichkeit fließende Befugnis zur Anwendung eines außergerichtlichen Schutzmittels gegen Privatrechtsverletzungen⁸⁶. Doch ist dieses erweiterte Selbsthülferrecht einerseits nur zum Schutze von Rechten an Grundstücken gewährt⁸⁷. Andererseits dient es nur der Sicherung, nicht der Befriedigung von Ansprüchen⁸⁸. Von der Frage nach der Natur des Pfändungsrechtes ist die Frage nach der Natur des durch Pfändung begründeten Rechtes an der gepfändeten Sache durchaus zu trennen⁸⁹.

3. Begründung. Das Pfändungsrecht entsteht durch widerrechtlichen Eingriff in die an einem Grundstück ausgeübte Herrschaft, falls gewisse weitere Voraussetzungen erfüllt sind.

a. Nach ursprünglichem deutschem und heutigem gemeinen Recht

⁸⁵ Somit ist sie auch im System an diese Stelle zu verweisen, wie dies Maurenbrecher, Reyscher, Wilda (S. 176 ff.), Beseler, Gerber, Stobbe, Roth, D.P. a. a. O. (anders im Bayr. C.R.), Dernburg u. A. thun.

⁸⁶ Ganz verfehlt ist es, wenn Nägeli § 32 das Recht auf Pfändung als ein „dingliches Recht“ auf Besitzergreifung an einer res aliena konstruiren will. Vgl. dagegen Samuelsohn a. a. O. S. 29 ff.

⁸⁷ Aber nicht blos des Eigenthums, weshalb es auch nicht mit Roth, Bayr. C.R. II § 148, u. Platner, Sachenrecht § 35, in die Lehre vom Eigenthumsschutz gestellt werden darf. Ebenso wenig erschöpft sich seine Bedeutung in dem Schutz der Gewere, obschon es unter Anderem ein Mittel der Selbstvertheidigung der Gewere ist; darum darf man es nicht mit manchen Aelteren (z. B. Haubold § 123) in die Lehre vom Besitzschutz verweisen. Noch weniger ist es zulässig, mit Albrecht, Gewere S. 21, Mittermaier, Phillips und Renaud a. a. O. das Pfändungsrecht als Ausübung einer Gewere an der gepfändeten Sache selbst zu behandeln, weil in der Gewere am Grundstück zugleich die Gewere an der von ihm umschlossenen Fahrnis enthalten gewesen sei.

⁸⁸ Die Viehpfändung ist freilich anscheinend aus einer Selbsthülfe zur Befriedigung hervorgegangen, da mancherlei Spuren darauf zurückweisen, daß ursprünglich das auf handhafter That ergriffene Thier der Rache des Geschädigten verfiel; allein schon in den ältesten geschichtlichen Quellen erscheint sie vielmehr als Mittel, im Wege der Selbsthülfe den Beweis und womöglich auch den Ersatz des zugefügten Schadens zu sichern, während die Rache am Thier regelmäsig verboten wurde. Die Personalpfändung ist von vornherein als Selbsthülfe zur Sicherung entstanden, da sie offenbar in der Befugnis wurzelt, sich gegen den auf handhafter That betroffenen Schädiger ein Ueberführungsmittel zu verschaffen.

⁸⁹ Schon deshalb darf das Pfändungsrecht nicht mit Runde, Eichhorn, Kraut, Bluntschli, Gengler u. Heusler a. a. O. in die Lehre vom Pfandrecht verwiesen werden. Ueberdies ist die Begründung eines Pfandrechts oder verwandten Rechts nicht die ursprüngliche und auch heute nicht die alleinige Wirkung der Pfändung.

muß eine Schadenszufügung vorliegen oder doch unmittelbar zu erwarten sein. Mithin findet Schüttung statt, wenn fremdes Vieh auf Kulturland oder wo es sonst Schaden stiftet, betroffen wird⁴⁰; Personalpfändung, wenn eine Person unbefugt Nutzungshandlungen vornimmt (z. B. ackert, mäht, holzt, pflückt, jagt, fischt) oder durch Gehen, Reiten, Treiben oder Fahren Schaden anrichtet⁴¹. Dagegen ist eine Pfändung unzulässig, wenn keine Schädigung des Grundstückes erfolgt, mag auch eine verbotene und selbst strafbare Handlung begangen sein⁴².

Partikularrechte gestatten indess die Pfändung schon wegen jedes verbotenen Aufenthaltes auf fremdem Grund und Boden⁴³.

Im Anschluß hieran wurde von der älteren Theorie die Pfändung zu einem allgemeinen Schutzmittel gegen Besitzstörung erhoben und daher gegen jede einen liegenschaftlichen Sach- oder Rechtsbesitz beeinträchtigende Handlung zugelassen⁴⁴. Die Pfändung

⁴⁰ Sachsensp. II Art. 47 § 2: dar dat ve scadet. Oesterr. Gb. § 1322. Wilda S. 229, 251, 259 ff.

⁴¹ Sachsensp. II Art. 27 § 4, Art. 28 § 2, III Art. 20 § 2. Bayr. L.R. II c. 6 § 27 Nr. 7. Wilda S. 241 ff., 261—262.

⁴² Der Sachsenspiegel gestattet gegen den, der „unrechten weg sleit“, die Pfändung nur dann, wenn er über „gewonnen land“ oder „gehegete wese“ reitet oder fährt, während er ohne Wandel bleiben soll, wenn er über unbestelltes Land fährt; II Art. 27 § 4, Art. 47 § 5. Aber auch nach heutigem gemeinem Recht ist die Pfändung wegen eines nicht schädigenden Betretens von fremdem Boden auch in den Fällen, in denen dies nach R.Str.G.B. Art. 368 Nr. 9 strafbar ist, nicht für statthaft zu erachten; vgl. Beseler § 55 Anm. 26.

⁴³ Die Pfändung wegen Einschlagens verbotener (insbesondere durch Warnungszeichen als verboten erkennbar gemachter) Wege begegnet schon in älteren Quellen; Wilda S. 252, Oesterr. W. IV 31 Z. 27 ff. Sie ist anerkannt im preuss. R.; Pr. L.R. I, 14 § 413, Feldpol.O. v. 1. Nov. 1847 § 44 (in der Fassung des Ges. v. 13. April 1856), Feld- u. Forstpol.Ges. v. 1. Apr. 1880 § 10 u. 77 (auch bei der Schüttung genügt es nach preuss. R., wenn das Vieh irgendwo betroffen wird, wo es nicht geweidet werden darf). Ebenso Sächs. Gb. § 458, Zürich. Gb. § 870 (jetzt gestrichen).

⁴⁴ Vgl. Carpzov, Def. for. II c. 27 def. 3; Mevius, Decis. II d. 34 nr. 7; Stryck a. a. O. c. 2 § 5—10; Leyser spec. 595 m. 1—4. Dazu Wilda S. 253 ff., auch Beseler S. 213 ff., Stobbe S. 680 ff., Samuelsohn S. 37 ff. Diese Umbildung gieng von dem Bestreben der Einschränkung der Pfändung auf bloße Besitzvertheidigung aus, führte aber eigenthümlicher Weise vielmehr zur maßlosen Ausdehnung derselben; man gestattete die Pfändung nicht nur zum Schutz des Eigenthums gegen die Entstehung von Servituten und anderen dinglichen Rechten, sondern auch zum Schutz des Besitzes an Servituten und sonstigen Nutzungsrechten, ja auch von selbständigen Immobiliargerechtigkeiten, wie Gerichtsbarkeit, Zollgerechtigkeit, Brauereigerechtigkeit, Gewerberechten u. s. w.

zu bloßem Besitzschutz kann nicht mehr für gemeinrechtlich erachtet werden⁴⁶, ist aber partikularrechtlich anerkannt⁴⁰.

b. Erforderlich ist weiter stets, daß das Vieh oder die Person auf frischer That betroffen wird⁴⁷.

c. Wenn dagegen von der älteren Theorie im Sinne der romanistischen Abneigung gegen alle Selbsthilfe als drittes Erforderniß das Vorhandensein eines Nothfalles, in dem richterliche Hülfe nicht ausreicht, aufgestellt wurde, so ist diese Verengerung des Pfändungsrechtes gemeinrechtlich nicht durchgedrungen und auch in den Partikularrechten, die sie aufnahmen, meist wieder abgestoßen⁴⁸.

4. Pfändungsberechtigt ist Jeder, der in seinem Recht verletzt oder bedroht ist; mithin der Grundeigentümer, der dinglich Berechtigte, aber auch der Pächter⁴⁹. Zur Ausübung des Pfändungsrechtes sind auch Familienangehörige und Bedienstete des Berechtigten, sowie Aufsichtsbeamte (Feldhüter, Förster u. s. w.) befugt⁵⁰.

5. Verfahren. Die Pfändungshandlung ist an eine Reihe von Schranken gebunden⁵¹.

⁴⁶ Vgl. Beseler S. 214. Doch dürfte sie noch als gemeines Sachsenrecht zu betrachten sein; Heimbach § 176.

⁴⁰ So im Pr. L.R. I, 14 § 151—154 u. im Sächs. Gb. § 488. Vgl. auch Liv-, Est- u. Kurländ. P.R. Art. 3391 u. 3404.

⁴⁷ Dies Erforderniß ergab sich von je aus der Beschaffenheit der Pfändung als eines Verfahrens auf handhafter That. Vgl. Sachsenp. II Art. 28 § 2: vint man ene in der stat; II Art. 40: werdet des mannes perde bestedeget in der hanthaften dat. Sächs. Gb. § 489: auf frischer That. Preufs. Ges. v. 1. Apr. 1880 § 77: auf der Stelle oder in unmittelbarer Verfolgung.

⁴⁸ So sind die einschränkenden Bestimmungen des Pr. L.R. I, 14 § 414—416, die in den Provinzialrechten ohnehin nicht durchdrangen, in den neueren Feldpolizeiordnungen für die wichtigsten Fälle wieder beseitigt; vgl. Wilda S. 255—258, Dernburg a. a. O. I § 123 Anm. 4—7. Auch das Bayr. L.R. II c. 6 § 24 Nr. 8 läßt die Pfändung nur zu, wenn ohne sie der Schade schwer zu beweisen oder zu erholen ist. — Unter Nachbarn gebietet übrigens die Sitte Schonung; vgl. auch Pr. L.R. I, 14 § 428.

⁴⁹ Vgl. Stryck a. a. O. c. 2 § 23 sq.; Wilda S. 264 ff.; Zürich. Gb. § 870; Bündner Gb. § 309; Sächs. Gb. § 488; Dernburg § 123 Anm. 8; Erdmann a. a. O. I 299. Daß auf dem Gemeinland ursprünglich jeder Genosse pfänden durfte (Grimm, W. I 577 § 14 u. andere Stellen b. Wilda S. 265 ff. u. Gierke, Genossenschaftsr. II 289 Anm. 105), später nur der Beamte (Grimm, W. III 429, VI 697, Wilda 267), erklärt sich aus der Umwandlung des alten Gesamteigentums an der Allmende in körperschaftliches Eigentum.

⁵⁰ Wilda S. 267 ff.; Preufs. Ges. v. 1. Apr. 1880 § 77; Zürich. Gb. § 872 (jetzt gestrichen); Erdmann I 300 ff.

⁵¹ Schlechthin befreit ist von der Pfändung die Post; vgl. R.Ges. v. 28. Okt. 1871 § 18 und über das hiermit übereinstimmende ältere Recht Wilda S. 280.

a. Sie darf nur auf dem Grundstück selbst vollzogen werden⁵². Doch gestatten manche Gesetze in Uebereinstimmung mit älteren Quellen die Pfändung bei der Verfolgung innerhalb derselben Feldflur⁵³.

b. Sie soll ohne unnöthige Gewalt erfolgen.

Darum darf gepfändetes Vieh nur eingetrieben, nicht getödtet oder verletzt werden⁵⁴. Doch erhielt sich manchen Thieren gegenüber das in der Urzeit vermuthlich allgemeine Tödtungsrecht⁵⁵, das namentlich bei Gänsen, Enten und Hühnern in Uebung blieb⁵⁶ und mitunter noch in der Form einer an den Ursprung aus dem Rache-recht erinnernden Hinrichtung vollzogen wurde⁵⁷. Heute begegnet ein solches Tödtungsrecht noch im Jagd- und Fischrevier⁵⁸ und in

⁵² Sachsensp. II Art. 47 § 3; Leyser sp. 595 m. 8; Wilda S. 283; Sächs. Gb. § 489 (oder auf einem anstossenden Wege).

⁵³ Pr. L.R. I, 14 § 420—423. Ebenso Stat. v. Blankenburg u. Ilm b. Walch V 109 u. 131. Nach den Weisthümern kann der Förster den Holzfrevler verfolgen, bis er auf einen rechten Weg gelangt (Grimm, W. I 329, 769 § 18) oder eine bestimmte Strecke zurückgelegt hat (ib. IV 795 § 29) oder den Wald verläßt (ib. V 374 § 16) oder in eine andere Mark entkommt (ib. I 579 § 7) oder sein Hofthor erreicht (ib. I 414, 422, 428, Murtener Stadtr. b. Gaupp II 153 § 9). Ein obrigkeitlich verpflichteter Flurwächter kann auch nach Sächs. Gb. § 489 hinsichtlich der einzelnen Grundstücke in seinem ganzen Bezirk pfänden.

⁵⁴ So schon nach l. Salica t. 9 § 1 und den anderen Volksrechten; ebenso nach altnordischen Rechten, Wilda S. 285.

⁵⁵ Ueber das ursprüngliche Tödtungsrecht und dessen Reste vgl. Wilda S. 231 ff., Nägeli S. 19 ff., 60, 68 ff., 77, v. Amira, O.R. II 256 ff., Brunner II 532. Nach langob. u. burg. Recht durfte man eines von mehreren Schweinen tödten; die l. Bajuv. t. 14 c. 17 verbietet dies, doch halten noch spät österreichische Weisthümer daran fest, z. B. Oesterr. W. V. 609 Z. 24 ff. Schweizerische und österreichische Weisthümer erlauben die Tödtung einer Gais; Grimm, W. I 206, III 714, 719, Oesterr. W. V 237 § 31. — Vgl. auch Sachsensp. II Art. 40 § 5.

⁵⁶ Vgl. z. B. Grimm, W. I 127, 205, III 46 § 48, V 117 § 3, Oesterr. W. III 132 Z. 12 ff., IV 373 Z. 18 ff., V 237 § 31, VII 71 Z. 43 ff., Geldernsches Landr. v. 1619 Th. II t. 6 § 5 Nr. 11. Von ihnen heisst es rechtssprüchwörtlich, dafs sie keinen Frieden haben, mit dem Kopf bezahlen, ihr Recht auf dem Buckel tragen; vgl. Graf u. Dietherr III Nr. 302—307.

⁵⁷ So namentlich an Gänsen und Gaisen; z. B. Grimm, W. I 127, III 30, 42 § 21, 308 § 12, V 188 § 7, Oesterr. W. I 29 Z. 3 ff., 58 Z. 42 ff., 68 § 26, V 609 Z. 27 ff., VII 41 Z. 7 ff., 47 Z. 38 ff., 506 ff. § 43 u. 50; dazu Gierke, Humor S. 62, v. Amira, Thierstrafen S. 593, Brunner II 532.

⁵⁸ Vgl. Wilda S. 260 Anm. 187; Pr. L.R. II, 16 § 64—65 (Hunde und Katzen im Jagdrevier), I, 9 § 189 (Enten auf dem Fischwasser); Oesterr. Forstges. v. 3. Dez. 1852 § 65 (Ziegen, Schafe, Schweine und Federvieh im Walde). — Ein Tödtungsrecht bei Hühnern und Tauben noch im Bündner Gb. § 309.

Nothfällen⁵⁹. Das alte Recht kannte auch privilegirte Thiere, die nicht gepfändet, sondern nur in schonender Weise verjagt werden durften⁶⁰.

Ebenso ist bei der Personalpfändung jede unnöthige Gewalt verboten⁶¹. Doch darf der rechtmässig Gepfändete sich nicht zur Wehr setzen (Pfandwehrung), noch das genommene Pfand wieder an sich reißen (Pfandkehrung), noch seinerseits ein Pfand nehmen (Gegenpfändung), widrigenfalls er bußfällig wird⁶² und der Gewaltanwendung unterliegt⁶³. Wer unrechtmässig pfändet, wird ersatzpflichtig und straffällig⁶⁴ und setzt sich der Gegenwehr aus⁶⁵.

c. Die Pfändung muß mit Mafs erfolgen. Bei der Schüttung soll nur das zur Sicherung erforderliche Vieh zurückbehalten werden⁶⁶. Die Personalpfändung soll vornehmlich an dem Werkzeug der Schädigung stattfinden, sonst sich auf eine für den Sicherungszweck aus-

⁵⁹ Schweiz. Obl. R. Art. 66.

⁶⁰ So der Wucherstier, Eber oder Widder des Dorfes (Grimm, W. I 100, 321, III 683 § 12, IV 401 § 16, V 190 § 26, Oesterr. W. I 23, VI 58 § 88, VII 41 Z. 21 ff., Graf u. Dietherr III Nr. 299 u. S. 120 ff., Gierke, Humor S. 23 Anm. 57—58, S. 62 Anm. 162); eine schneeweisse Sau mit sieben schneeweissen Ferkeln (Grimm, W. III 41 § 14) oder mit neun schwanweissen Ferkeln (ib. S. 46 § 53, 69) u. s. w.

⁶¹ Wilda S. 286; Pr. L.R. I, 14 § 423, 461 ff.; Sächs. Gb. § 490.

⁶² Vgl. L. Burg. 27 § 6; ed. Liutpr. c. 40; Ansegis II 35; Sachsensp. II Art. 27 § 4; Schwabensp. (L.) c. 280; nordische Rechte b. Wilda S. 291 Anm. 293; spätere Quellen S. ib. 292 Anm. 294; Pr. L.R. I, 14 § 458—460 u. 465; Preufs. Ges. v. 1. Apr. 1880 § 17.

⁶³ Nach altem Recht konnte er sogar bußelos getödtet werden; L. Burg. a. a. O., Sunesen b. Wilda S. 244, Augsb. Stat. (Meyer) Art. 94, Grimm, W. I 501, III 276, 277, 280 § 10, VI 399 § 21. Andere Quellen gestatten, ihn mit dem Gerüfte zu bestätigen; Sachsensp. a. a. O., Richtst. Landr. Art. 41—42, Gosl. Stat. S. 22 Z. 2 ff. Dagegen verbietet Schwabensp. a. a. O. jede Gewalt und verweist auf Gerichtshülfe. Ein gewisses Mafs von Gewaltanwendung muß auch heute gestattet sein; vgl. Förster-Eccius, Preufs. P.R. I § 49 Anm. 11.

⁶⁴ Vgl. Brunner, R.G. II 449 Anm. 28; Wilda S. 292; Pr. L.R. I, 14 § 462—464; Preufs. Ges. v. 1. Apr. 1880 § 17 Z. 4.

⁶⁵ Nach den Weisthümern kann er sogar bußelos getödtet werden (Grimm, W. I 501, 714, VI 399 § 1); so insbesondere auch der Förster, der bei der Verfolgung des Waldfrevlers in dessen Haus eindringt (Grimm, W. I 414, 422, 428, Gierke, Humor S. 64 Anm. 165). Heute entscheiden die allgemeinen Regeln über Nothwehr.

⁶⁶ Wilda S. 288 ff.; Bayr. L.R. II c. 6 § 24; Pr. L.R. I, 14 § 425 u. 429, Feldpol.O. v. 1847 § 7; Oesterr. Gb. § 1321; Luzerner Gb. § 728. Bei der Pfändung um Schuld begegnet das Verbot der Pfändung ganzer Herden schon in den Volksrechten, Brunner II 449.

reichende und möglichst entbehrliche Sache beschränken⁶⁷. Bietet der Gepfändete andere hinreichende Sicherheit, so ist sie zu nehmen und die gepfändete Sache zurückzugeben⁶⁸.

d. Nach der Pfändung soll deren Kundmachung durch Anzeige an den Eigenthümer der gepfändeten Sachen oder, wenn dieser unbekannt ist, durch Aufruf vor den Nachbarn erfolgen⁶⁹. Neuere Gesetze schreiben Anzeige an die Obrigkeit vor und knüpfen an deren Unterlassung Verlust des Pfandrechts oder sonstige Rechtsnachtheile⁷⁰.

e. Der Pfandnehmer muß für gehörige Aufbewahrung der gepfändeten Sache sorgen und insbesondere das von ihm eingetriebene Vieh gehörig warten und füttern⁷¹. Doch endete nach älterem Recht jede Bewahrungspflicht, wenn das Thier in bestimmter Frist nach

⁶⁷ Sehr genaue Vorschriften darüber finden sich in altschwedischen Rechten; v. Amira, O.R. I 243 ff. Vgl. ferner Stryck a. a. O. c. 4 § 8 sq., Wilda S. 290 ff., Pr. L.R. I, 14 § 425. Gepfändet werden z. B. Axt, Flinte, Netz, Peitsche, Mütze u. s. w., aber auch Reitthiere, Zugthiere, unrechtmäßig getriebenes Vieh (Preufs. Ges. v. 1. Apr. 1880 § 10 u. § 77 Abs. 2), in welchem Falle zwar Personalpfändung vorliegt, die gepfändeten Thiere aber wie bei der Schüttung zu behandeln sind.

⁶⁸ Ed. Roth. c. 346; Bayr. L.R. a. a. O. Nr. 8; Pr. L.R. I, 14 § 26, Ges. v. 1. Apr. 1880 § 78 Abs. 2; Sächs. Gb. § 640.

⁶⁹ So schon nach Volksrechten (l. Sal. t. 9 § 2, l. Burg. t. 49 § 1 u. 3, ed. Roth. c. 343), widrigenfalls der Pfandnehmer die Gefahr trägt und die Diebstahlsbusse verwirkt. Vgl. Bayr. L.R. a. a. O. Nr. 8; Wilda 294 ff.; Erdmann I 302.

⁷⁰ Sächs. Gb. § 494: binnen 48 Stunden bei Verlust des Pfandrechts. Preufs. Feldpol.O. v. 1847 § 53, Ges. v. 1. Apr. 1880 § 80—81: binnen 24 Stunden, widrigenfalls der Gepfändete sofort die Sache zurückverlangen kann und die Kosten der Pfändung nicht zu ersetzen braucht. — Gemeinrechtlich besteht eine Verpflichtung zur Anzeige an die Obrigkeit, wie sie noch Runde § 222b u. Eichhorn § 323 annehmen, jedenfalls dann nicht, wenn die Anzeige an die Eigenthümer ausführbar ist; Wilda S. 301 ff., Nägeli S. 75.

⁷¹ Verm. Sachsensp. II Art. 8 § 3. Ursprünglich scheint er auch die Gefahr getragen zu haben; vgl. ed. Rothar. c. 252 (wo freilich von der Pfändung um Schuld die Rede ist), nordische Rechte bei Wilda S. 236 Anm. 138 u. v. Amira I 246 ff., auch l. Burg. t. 49 § 2 (wonach er bis zur Anzeige für die Hälfte des Schadens haftet). Allein nach den meisten älteren und allen späteren Quellen steht er, falls er nicht etwa die Anzeige versäumt, für Zufall nicht ein; v. Meibom S. 236 ff.; unrichtig Wilda S. 236 u. Heusler II 209. Doch durfte er die gepfändete Sache nicht oder doch nur in beschränktem Mafse gebrauchen; ed. Rothar. c. 343 (Reiten des Pferdes erst nach erfolglosem Aufgebot), Wilda S. 296, v. Amira I 244. Nutzungen, die er gleichwohl bezieht (z. B. bei Milchvieh), muß er mit den Fütterungskosten aufrechnen; Wilda S. 297, Stryck a. a. O. c. 5 Nr. 32.

erfolgter Anzeige nicht ausgelöst war; der Pfandnehmer durfte es nun verhungern lassen oder verjagen⁷². Manche mittelalterliche Quellen schreiben aber bereits die Ablieferung der gepfändeten Sache in gerichtlichen Gewahrsam und namentlich des Viehs in einen öffentlichen Pfandstall vor⁷³. Aehnliches bestimmen neuere Partikularrechte⁷⁴.

6. Wirkung. Sehen wir von den in die geschichtliche Zeit hineinragenden Resten des Rechtes der Rache am Thiere selbst ab, so bezweckt und bewirkt die Pfändung im alten wie im jüngsten Recht eine Sicherung des Pfandnehmers in verschiedenen Richtungen.

a. Beweissicherung. Vor Allem sollte seit alter Zeit die Pfändung den Beweis sichern, wessen Thier oder welche Person das Grundstück geschädigt hat⁷⁵. Zum Theil wurde sogar dieser Zweck ausschließlich ins Auge gefaßt, weshalb man sich namentlich oft bei der Personalpfändung mit der Wegnahme einer werthlosen Sache, wie des Gegenriemens vom Schuh oder des Däumlings vom Handschuh, begnügen sollte⁷⁶, aber auch bei der Schüttung nach manchen Quellen

⁷² Nach ed. Roth. c. 346 braucht er dem Thier nur noch Wasser vorzusetzen; nach l. Wisigoth. l. 8 t. 3 c. 15 soll er es noch 3 Tage bei bloßem Wasser halten und dann verjagen; nach l. Burg. t. 49 § 3 jagt er es nach drei Tagen über die Grenze. Zahlreiche Weisthümer aus den verschiedensten deutschen Gauen gestatten das Verhungernlassen in der Form, daß sie eine Scheinfütterung und Scheintränkung (Steine in einem Kübel und Wasser in einem Sieb, Heu auf der Dachfirst und Wasser auf dem Thürgesims u. s. w.) vorschreiben; z. B. Grimm, W I 164, 206, III 714, IV 317, VI 62, Oesterr. W. I 34, II 118, VII 40, Nägeli S. 66 ff., Gierke, Humor S. 53. — Ueber den isländischen Hungerpferch vgl. v. Amira II 257.

⁷³ So zuerst Schwabensp. (L.) c. 212. Vgl. Kulmer R. V Art. 26 (Leman S. 158), Grimm, W. III 118, 641 § 11, IV 297 ff., Wilda S. 297 ff., Nägeli S. 49, 58 ff., 65, Stobbe § 70 Anm. 16.

⁷⁴ Vgl. z. B. Geldern. Landr. II t. 6 § 5 Nr. 1, Stadtr. v. Blankenburg u. Ilm b. Walch V 109 u. 131, Henneb. L.O. II t. 8 c. 11 § 3, Kurs. Konst. II c. 7, Oesterr. W. III 246 Z. 7 ff., Pr. L.R. I, 14 § 431, Sächs. Gb. § 492. Nach preuß. Ges. v. 1. Apr. 1880 § 80 Abs. 2 bestimmt die Ortsbehörde über die vorläufige Verwahrung gepfändeter Thiere. — Gemeinrechtlich ist trotz der in der älteren Theorie hierauf gerichteten Bemühungen (vgl. Stryck a. a. O. c. 4 Nr. 36) die Ablieferungspflicht nicht durchgedrungen; Struben, Rechl. Bed. II B. 61, Wilda S. 300 ff.

⁷⁵ Bei Ansegis II 35 ist von Pfändung der Pferde „ad comprobandum“ die Rede. In den Weisthümern heißt das Pfand oft ein „Wahrzeichen“ oder „Pfand und Wahrzeichen“; Grimm, W. IV 698 § 10, Oesterr. W. II 22 § 37. Die Personalpfändung ist vermuthlich überhaupt lediglich aus dem Recht der Beweissicherung entstanden; oben Anm. 38.

⁷⁶ Vgl. Grimm, R.A. S. 159, W. IV 155, 698 § 10, nordische Rechte b. Wilda S. 246 ff.

zur Rückgabe des Thieres verpflichtet war, sobald dessen Eigenthümer seine Ersatzverbindlichkeit unter Uebergabe eines geringfügigen Wahrzeichens rechtsförmlich anerkannt hatte⁷⁷. Im mittelalterlichen Prozeß gewann man durch die Pfändung den formellen Beweisvortheil des Verfahrens auf handhafter That, so daß man den Beklagten durch das Pfand oder Zeichen unter Verlegung des Unschuldseides überführen konnte⁷⁸. Auch heute entsteht eine Vermuthung der Schadenszufügung durch das gepfändete Thier oder die gepfändete Person: „das Pfand soll statt der Probe sein“⁷⁹. Doch muß die GröÙe des Schadens stets besonders bewiesen werden⁸⁰.

b. Ersatzsicherung. Regelmäßig aber diente die Pfändung von je zugleich zur materiellen Sicherung der Ersatzansprüche des Pfandnehmers. Ursprünglich wurde freilich dieser Zweck nur mittelbar durch die Vorenthaltung des Thieres oder der sonstigen gepfändeten Sache und bei der Schüttung durch die für den Fall der Nichtauslösung dem Eigenthümer angedrohte Vernichtung des Thieres erreicht⁸¹. Schon im Mittelalter aber entwickelte sich eine unmittelbare Haftung der gepfändeten Sache für die Forderungen des Pfandnehmers, die sich mehr und mehr einer wahren Pfandhaftung annäherte⁸². Heute besteht eine derartige Sachhaftung allgemein. Ein

⁷⁷ Vgl. z. B. Grimm, W. III 713 a. E., VI 235 § 57, Oesterr. W. I 34 Z. 41, 67 § 24–25, VI 57 § 36, 109 Z. 8 ff., VII 40 Z. 18 ff., 45 Z. 14 ff. u. s. w. (ein halbes Hufeisen, eine alte Sichel, ein Hufnagel vom Ross u. s. w.). Mitunter hat aber nur der Gemeindegenosse hierauf Anspruch, während der Fremde materielle Sicherheit leisten muß; Oesterr. W. I 34 Z. 37 ff., 35 Z. 4 ff.

⁷⁸ Wilda S. 311 ff., Planck, Gerichtsv. I 821–824; vgl. Urk. Lothars III. v. 1142 b. Stumpf, Acta imperii Nr. 107, Sachsensp. III Art. 20 § 2 (durch dat he recht mede bekome). Ebenso im nord. R., v. Amira I 248 Anm. 1 u. 4.

⁷⁹ Bayr. L.R. II c. 6 § 24; Mittermaier § 152; Wilda S. 312; Beseler S. 210; Erdmann I 302.

⁸⁰ Mittermaier § 152; Wilda S. 313; Beseler S. 313. Nach älterem deutschem Recht sollte sofort eine Abschätzung durch herangezogene Nachbarn stattfinden; L. Wisigoth. l. 8 t. 3 c. 13, l. Bajuv. t. 14 c. 17, Sachsensp. II Art. 47 § 2–3, Planck II 824 Anm. 9. Später trat alsbaldige gerichtliche oder obrigkeitliche Abschätzung an die Stelle; Pr. L.R. I, 14 § 433 ff., Feldpol.O. v. 1847 § 56, Ges. v. 1. Apr. 1880 § 82; vgl. Nägeli S. 58, 65, 76.

⁸¹ v. Amira I 244, Brunner II 534; vgl. auch Nägeli S. 92 ff. Daß aber schon in den Volksrechten bei der Schüttung der Zweck materieller Sicherung waltet, zeigt sich darin, daß nach den meisten der Eigenthümer das Thier nur gegen baare Zahlung des Ersatz- oder Bußgeldes oder gegen materielle Sicherheitsleistung (vgl. ed. Roth. c. 346: Angelobung mit Bürgenstellung) zurück erhält. Auch das Personalpfand muß mit dem Bußgelde ausgelöst werden; ed. Liutpr. c. 146.

⁸² Wilda S. 314 ff.; Meibom S. 239 ff.; Stobbe S. 668 ff. Ob ein eigentliches Pfandrecht angenommen wurde, ist schwer zu entscheiden. Heusler II 206

eigentliches Pfandrecht wird trotzdem auch heute im gemeinen Recht durch Pfändung nicht begründet⁸³. Allein das Zurückbehaltungsrecht des Pfandnehmers ist mit pfandrechtlichen Wirkungen ausgestattet. Partikularrechtlich ist es zu einem wirklichen Pfandrecht erhoben⁸⁴.

Die Haftung des genommenen Pfandes erstreckt sich auf die Forderungen des Pfandnehmers wegen Ersatzes des Schadens und aller Auslagen und Kosten⁸⁵. Ueberdies aber haftet das Pfand für die vom Gepfändeten verwirkte Buße, die im älteren deutschen Recht als Folge der Rechtsverletzung eintrat⁸⁶ und sich partikularrechtlich in freilich oft stark veränderter Bedeutung als „Pfandgeld“ erhalten hat⁸⁷.

entscheidet sich dafür; wenn er sich aber auf den Namen „pfant“ oder „pignus“ beruft, so übersieht er, daß derselbe schon in den Volksrechten in Fällen, die er selbst ausscheiden will, begegnet: dispignerare in ed. Roth. c. 346, pignerare in ed. Liutpr. c. 146, pignus in l. Wisigoth. l. 8 c. 5 § 1. Umgekehrt ist es schwerlich richtig, wenn Wilda S. 315 ff. u. Meibom S. 241 ff. dem Pfandnehmer jede dingliche Verfolgung des entlaufenen Thieres versagen; vgl. dagegen Purgoldt IV 20, Samuelsohn S. 11, Stobbe S. 669 Anm. 14. Allein ein Pfandrecht folgt noch nicht aus der Zulässigkeit der Fahrnißklage gegen irgend einen dritten Besitzer der abhanden gekommenen Sache, sondern würde erst erwiesen sein, wenn feststände, daß der Pfandnehmer mit der Fahrnißklage auch gegen den Eigentümer selbst, dem das Vieh wieder zugelaufen wäre, durchdränge. Im Allgemeinen wird man für das mittelalterliche Recht bei einem Zurückbehaltungsrecht mit pfandrechtlichen Wirkungen stehen bleiben müssen; vgl. Brunner II 534 Anm. 22, der es dem kaufmännischen Retentionsrecht vergleicht. Doch mag vereinzelt eine Fortbildung zu eigentlichem Pfandrecht erfolgt sein, wie sie auch in Schweden begegnet; vgl. v. Amira II 259 u. dazu I 244.

⁸³ Dies ist die herrschende Meinung; vgl. Wilda S. 316, v. Wächter II 409 Anm. 23, Unger II 339 Anm. 4 a, Stobbe S. 685, Erdmann I 303. A. M. Samuelsohn S. 49 ff.

⁸⁴ So im Sächs. Gb. § 493. Im Bayr. L.R. (vgl. Kreittmayr, Anm. zu II c. 6 § 24), im Oesterr. Gb. (obwohl Zeiller, Kommentar III 775, von einem „gesetzlichen Pfandrecht“ spricht) u. im Preufs. L.R. ist von einem Pfandrecht nicht die Rede. Auch die Preufs. Feldpol.O. v. 1847 § 6 u. das Ges. v. 1. April 1880 § 78 begnügen sich, die „Haftung“ der gepfändeten Sachen auszusprechen; diese Haftung ist aber ganz die eines Faustpfandes, vgl. Dernburg § 123 S. 261. Das Zürch. Gb. § 878 (jetzt 402) stellt das genommene Pfand hinsichtlich der Realisation im Falle der Nichtzahlung einem freiwilligen Faustpfande gleich.

⁸⁵ Wilda S. 313 ff.; Pr. L.R. I, 14 § 439—440, Feldpol.O. v. 1847 § 6, Ges. v. 1. Apr. 1880 § 78; Oesterr. Gb. § 1321.

⁸⁶ Vgl. schon l. Sal. t. 9 § 7 (neben dem Schadensersatz eine Buße von 10 den.); ferner Sachsensp. II Art. 27 § 4, Art. 28 § 1—2, Art. 47 § 1—2, Schwabensp. (L.) c. 195, 196, 212. Es finden sich auch Bußen, die den Schadensersatz in sich schliessen.

⁸⁷ Wilda S. 303 ff. Das Pfandgeld wurde oft nicht mehr als Privatstrafe, sondern entweder als Vergütung für die Mühe der Pfändung oder aber als Zeichen

zum Theil aber nur noch nach Wahl des Berechtigten an Stelle des Schadensersatzes gefordert werden kann⁸⁸.

Wird das Pfand nicht eingelöst, indem der unbekannte Eigenthümer sich nicht rechtzeitig meldet, oder der bekannte Eigenthümer den geschuldeten Betrag nicht zahlt, so erfolgt der öffentliche Verkauf und die Befriedigung des Pfandnehmers aus dem Erlöse⁸⁹.

c. **Besitzsicherung.** Insoweit die Pfändung wegen Besitzstörung stattfindet, wirkt sie jedenfalls als außergewöhnliche Protestation, nach manchen Rechten aber zugleich als Unterbrechung einer begonnenen Verjährung⁹⁰.

der Besitzerhaltung aufgefaßt; es wurde vielfach für alle Fälle ohne Rücksicht auf das Maß des Verschuldens gleich hoch normirt; bei der Pfändung zu bloßem Besitztum wurde dem Pfandnehmer überhaupt nur der Anspruch auf Pfandgeld gewährt; endlich wurde mitunter noch ein an den Richter zu erlegendes zweites Pfandgeld eingeführt oder ein Theil des Pfandgeldes einer öffentlichen Kasse überwiesen. Vgl. über das sächs. Recht Kursächs. Konst. II c. 27, Wilda S. 303 ff., Haubold § 176 Anm. f.; über das preussische Recht Pr. L.R. I, 14 § 439, 441—445, 451 (das Pfandgeld, dessen Höhe der provinzialrechtlichen Festsetzung überlassen ist, soll, wenn bloß wegen Störung gepfändet ist oder Schadensersatz nicht gefordert wird, ganz dem Pfänder, wenn dagegen außerdem Schadensersatz gefordert wird, zur Hälfte der Ortskasse zufallen); über schweiz. Rechte Nägeli S. 58 u. 76; über das baltische Recht Erdmann I 304.

⁸⁸ So giebt das Sächs. Gb. § 493 die Wahl zwischen Schadensersatz und einem „Pfandschilling“ von 5 Neugroschen. Die Preufs. Feldpol.O. v. 1847 § 8—13 kennt ein nach Art und Zahl des gepfändeten Viehs und nach Beschaffenheit des betretenen Grundstücks mannichfach abgestuftes „Pfandgeld“, das regelmäßig zugleich Surrogat des Schadensersatzes ist, gestattet aber in schwereren Fällen noch die Forderung des geringeren Pfandgeldes neben dem Schadensersatz (§ 11); das Ges. v. 1. Apr. 1880 dagegen läßt stets nur die Wahl zwischen Schadensersatz und einem festen „Ersatzgeld“ von sehr ungleich normirter Höhe, das übrigens auch ohne vorausgegangene Pfändung gefordert werden kann und darum nicht mehr „Pfandgeld“ heißt (§ 69—76, 78 Abs. 1, 82, 86 Abs. 1, 87).

⁸⁹ Vgl. Grimm, W. IV 205; Geldern. Landr. a. a. O. Nr. 5—6; Kursächs. Konst. II c. 27; Bayr. L.R. II c. 6 § 24 Nr. 12; Pr. L.R. I, 14 § 438—439 u. 457, Preufs. Ges. v. 1. Apr. 1880 § 85—86. Dazu Wilda S. 316 ff., Göschen, Gosl. Stat. S. 416, Trummer a. a. O. II 130, v. Meibom S. 240 ff., Stobbe S. 608. — Nach dem preufs. Ges. v. 1880 kann der Gepfändete noch bis zum Zuschlage das Pfand einlösen (§ 85 Abs. 2). Ein etwaiger Ueberschuß fällt an den Gepfändeten, für den Fall aber, daß dieser nicht zu ermitteln ist, an die Ortsarmenkasse (Preufs. Ges. v. 1880 § 86 Abs. 3).

⁹⁰ So nach Kursächs. Konst. II c. 7 mit Ablieferung des Pfandes an das Gericht (vgl. Wilda S. 302, Haubold § 167), nach Sächs. Gb. § 586 mit erfolgter Anzeige. Anders Pr. L. R. I, 9 § 612: „Bloße Pfändungen unterbrechen die Verjährung nicht, wenn der Gepfändete dessen ungeachtet die Ausübung des Rechtes fortsetzt.“

Zweites Buch.

Besonderer Theil.



Erster Abschnitt.

Personenrecht.

Erstes Kapitel.

Das Recht der Einzelpersönlichkeit.

Erster Titel.

Die Einzelpersönlichkeit überhaupt.

§ 40. Begriff und Inhalt.

I. Begriff. Der Begriff der Einzelpersönlichkeit deckt sich nach heutigem deutschem Recht mit dem des Menschen. Dieser Begriff aber ist erst geschichtlich erarbeitet worden.

Ursprünglich galt unserem Recht nur der Volksgenosse als rechtsfähig. Der Volksfremde war rechtlos¹.

Schon im fränkischen Reich wurde die Persönlichkeit dem Menschen als solchem zuerkannt. Sie blieb aber kraft der erbten Rechtsordnung ausnahmsweise zahlreichen Menschen versagt, die als Unfreie zu den Sachen gehörten. Somit war die Stufe erreicht, über die das römische Recht niemals hinausgeschritten ist.

Das germanische Recht dagegen vollzog frühzeitig den Uebergang zu einer dritten Stufe, auf der es nur noch eine Minderung, keine Versagung der menschlichen Persönlichkeit gab². Den Hebel

¹ Vgl. unten § 56.

² Das Rechtsverhältniß einer halben Freiheit hatte schon die alte Zeit bei den Liten gekannt.

für diesen Fortschritt bildete das Hofrecht, das für seinen Bereich auch den Unfreien, die das Landrecht noch als „eigne“ Leute dem Eigentum ihres Herrn unterwarf, Rechtsfähigkeit verlieh. Mehr und mehr entwickelte sich so ein Zustand, bei dem die Persönlichkeit jedes Menschen grundsätzlich anerkannt, zugleich aber die Ungleichheit der Persönlichkeit grundsätzlich durchgeführt wurde. Schon im deutschen Mittelalter begannen Kräfte zu wirken, die auf Beseitigung jeder auch nur partiellen Verneinung der Persönlichkeit hinarbeiteten³. Doch folgte noch manche rückläufige Bewegung; insbesondere als nach der Rezeption nicht ohne Beihülfe des römischen Sklavenrechts, dessen wirkliche Einbürgerung freilich nirgend gelang, die überkommene Hörigkeit vielfach in eine strengere Leibeigenschaft verwandelt wurde.

Endlich aber wurde, nachdem die naturrechtliche Theorie der angeborenen Menschenrechte den Umschwung im Reiche der Gedanken vollendet hatte, auch in der Welt des positiven Rechts die vierte Stufe erklommen, auf der das geltende deutsche Recht steht⁴. Nunmehr ist kraft Rechtsnothwendigkeit jeder Mensch nicht nur Person, sondern Vollperson. Darum ist einerseits jeder Mensch nothwendig frei, so daß auch auswärtige Sklaverei oder Hörigkeit auf deutschem Boden erlischt⁵. Andererseits sind alle Menschen als Personen einander gleich, so daß es im Privatrecht keine Erhöhung oder Minderung der Persönlichkeit mehr giebt.

II. Inhalt. Der Inhalt der Persönlichkeit ist ein zwiefacher.

1. Rechtsfähigkeit. Sie bildet den wesentlichen Inhalt der Persönlichkeit und kann daher niemals fehlen. Doch kann sie eine verschiedene Färbung annehmen und demgemäß einen engeren oder weiteren Umfang haben⁶. Denn der Grundsatz der „Gleichheit“

³ Man denke nur an die berühmten Ausführungen Eikes von Repgow, der Sachsensp. III Art. 42 § 1—6 es für verjährtes Unrecht erklärt, daß ein Mensch einem anderen Menschen „eigen“ sein könne. — Erreicht wurde das Ziel bereits in den Städten.

⁴ Den naturrechtlichen Einfluß verräth das Oesterr. Gb. § 16: Jeder Mensch hat angeborne, schon durch die Vernunft einleuchtende Rechte und ist daher als Person zu betrachten.

⁵ Oesterr. Gb. § 16 u. Hofdekr. v. 19. Aug. 1826, vgl. Unger I 253; Schleswig-Holst. V. v. 1804 b. Falck IV 221; Sächs. Gb. § 31. — Anders noch Preuß. L.R. II, 5 § 196 (Fortbestand der Sklaverei bei vorübergehendem Aufenthalt in Preußen, Verpflichtung des ehemaligen Sklaven zur Abverdienung des Einkaufspreises bei dauernder Niederlassung), aufgehoben durch Ges. v. 9. März 1857.

⁶ Nicht bloß im öffentlichen Recht, sondern auch im Privatrecht ist z. B. der Vollkaufmann fähig, Rechte zu haben, die ein Nichtkaufmann nicht haben kann,

(oder der sogenannten „Gleichheit vor dem Gesetz“) bedeutet richtig verstanden nur Gleichwerthigkeit, nicht mechanische Gleichförmigkeit der Persönlichkeit, schließt daher eine Besonderung der Rechtsfähigkeit nach natürlichen und sozialen Schichten keineswegs aus. Der Verfügung ihres Subjektes aber ist die Rechtsfähigkeit schlechthin entzogen⁷.

2. Handlungsfähigkeit. Sie ist ein im Wesen der Persönlichkeit angelegter Inhalt und darum vorhanden, sobald ihre Voraussetzungen gegeben sind. Allein sie ist kein wesentliches Begriffsmerkmal der Persönlichkeit und kann daher ganz oder theilweise fehlen; nur sorgt dann das Privatrecht für die Ergänzung der Persönlichkeit durch eine in ihren Dienst gestellte fremde Handlungsfähigkeit. Soweit aber Handlungsfähigkeit besteht, ist auch sie der Verfügung ihres Subjektes entzogen⁸.

§ 41. Erwerb der Persönlichkeit.

I. Leibesfrucht. Die Leibesfrucht ist, weil kein Mensch, keine Person. Jedoch wird sie als werdender Mensch nicht bloß vom Strafrecht, sondern auch vom Privatrecht in ihrer möglichen künftigen Persönlichkeit anerkannt und geschützt. Gleich dem römischen Recht hält auch das deutsche Recht ihr für den Fall, daß sie Person wird, solche Rechte offen, die sie erwerben würde, wenn sie schon Person wäre¹. Es tritt also ein bedingter Rechtserwerb ein, der als nicht geschehen gilt, wenn keine Persönlichkeit entsteht. Während des Schwebezustandes kann im Bedürfnisfall der Leibesfrucht ein Pfleger zur Wahrung ihrer Rechte bestellt werden². Die gesetzlichen Per-

die Frau, der Fremde, der Ehrlose unfähig, Rechte zu haben, die andere Personen haben können.

⁷ Anders im älteren deutschen Recht, das abweichend vom römischen Recht die Selbstergebung in Unfreiheit oder Hörigkeit kannte; anders auch im kanonischen Recht, das den im Klostersgelübde enthaltenen Verzicht auf Rechtsfähigkeit mit Wirksamkeit bekleidet.

⁸ R.Ger. IV Nr. 47: Unwirksamkeit des Verzichtes auf Handlungsfähigkeit ohne einen selbstgewählten Vormund, trotz gerichtlicher Erklärung, Vormundbestellung und Bekanntmachung. Vgl. auch O.L.G. Hamb. b. Seuff. XXXVIII Nr. 208.

¹ Vgl. schon Sachsensp. III Art. 38 § 2 mit I Art. 38; Bayr. L.R. I c. 3 § 2; Preufs. L.R. I, 2 § 12; Oest. Gb. § 22; Sächs. Gb. § 32; Schweiz. Gb. b. Huber I 100—101.

² Preufs. L.R. II, 18 § 10—11, 962, 966—967, I, 9 § 371 ff., Preufs. Vorm.O. § 88 u. dazu Dernburg, Vormundschaftsr. § 101; Code civ. a. 393; Sächs. Gb. § 2535. — Darüber hinaus kennen manche Rechte bei Familienfideikommissen eine

sönlichkeitsrechte aber richten sich nach dem Zeitpunkte der Geburt³.

II. Geburt. Der Erwerb der Persönlichkeit erfolgt mit der Menschwerdung und tritt daher mit der Vollendung der Geburt ein⁴.

1. Erforderlich ist somit Leben nach der Geburt. Das todtgeborne oder während der Geburt verstorbene Kind ist niemals Person geworden. Ist es zweifelhaft, ob ein Kind todt zur Welt gekommen oder erst nach der Geburt verstorben ist, so muß das Leben nach der Geburt von dem, der Rechte darauf gründet, bewiesen werden. Manche Gesetzbücher kehren indess die Beweislast um, indem sie eine Vermuthung dafür aufstellen, daß das Kind oder doch das reif geborne Kind nach der Geburt gelebt habe⁵. Der Beweis des Lebens nach der Geburt konnte in Gemäßheit des germanischen Beweisrechts nur durch ein rechtsförmliches Beweismittel erbracht werden; als solches galt die Bekundung von Zeugen, die das Kind die vier Wände beschreien gehört⁶ oder die Augen zur Decke aufschlagen gesehen hatten⁷. Seit dem Untergange des alten Beweisrechts behielten diese Lebenszeichen nur noch die Bedeutung vorzugsweise sicherer Beweismittel⁸. Heute kann daher der Beweis

Vertretung der gesamten künftigen Nachkommenschaft; Oest. Gb. § 630 u. 644, vgl. auch Preuß. L.R. II, 4 § 95.

³ So die Staats- und Gemeindeangehörigkeit. Ebenso der Stand, Stobbe § 37 Anm. 4; a. M. Unger I 234, Beseler § 57 Anm. 1. Doch sollen nach der in manchen Gesetzen angenommenen Meinung Vieler von einem Verluste des Adels während der Schwangerschaft die schon empfangenen Kinder nicht betroffen werden.

⁴ Abweichend von der Privatrechtsordnung betrachtet das deutsche Strafrecht das Kind schon während der Geburt als Menschen und Person; R.Ger. in Str.S. I Nr. 206 u. IX Nr. 37.

⁵ Bayr. L.R. I c. 3 § 2; Oesterr. Gb. § 23; Sächs. Gb. § 34; Luzerner Gb. § 11, Berner § 11, Freiburger Art. 12. Auch das Project des Corp. jur. Frid. I, 1, 4 § 4 hatte diese Vermuthung, die aber das preuß. L.R. fallen gelassen hat. — Die noch von Glück II § 115 vertheidigte ältere Meinung, daß eine derartige Vermuthung gemeinrechtlich begründet sei, ist allgemein aufgegeben. Vgl. indess unten Anm. 22.

⁶ Sachsensp. I Art. 33 u. Sächs. Lehnr. Art. 20 § 1; Dortmunder Urtheilsb. a. 61 b. Frensdorff, Dortm. Stat. S. 161; Gosl. Stat. S. 13 Z. 5 ff.; Ges. der Emsiger § 22 b. Richthofen, Fries. Rechtsq. S. 200; Ostfries. L.R. II Art. 123; Recht der Zipser Sachsen b. Schröder, Gesch. des ehel. Güterr. II, 1 S. 64; Grimm, W. III 104 § 13; andere Stellen b. Grimm, R.A. S. 75, Siegel, Das deut. Erbr. S. 12, Stobbe § 37 Anm. 6.

⁷ L. Alam. tit. 95; Schwabensp. (L.) c. 324; Brünner Schöffenb. c. 350; Grimm, W. I 106, 290.

⁸ So schon Leipziger Schöffenstuhl im 17. Jahrh. b. Carpzov, Defn. for. III

auch auf beliebige andere Weise, namentlich durch das Gutachten von Sachverständigen, geführt werden⁹.

2. Erforderlich ist ferner menschliche Gestalt. Mißgeburten sind Menschen; keine Menschen dagegen sind bloße Molen, mag auch in ihnen eine Zeit lang sich Leben regen¹⁰.

3. Erforderlich war endlich nach älterem deutschem Recht mindestens insoweit Lebensfähigkeit, als ein wegen verfrühter Geburt lebensunfähiges Kind die Rechtsfähigkeit nicht erlangte¹¹. In dieser Beschränkung ist auch nach heutigem gemeinem Recht Lebensfähigkeit als erforderlich anzusehen¹². Unbedingt stellt das fran-

c. 17 d. 19. Noch das Preuss. L.R. I, 1 § 13 hebt die Stimme als sichersten Lebensbeweis hervor. — Viele nehmen an, schon im mittelalterlichen Recht seien das Beschreiben der Wände oder das Öffnen der Augen nur beispielsweise genannt; so Eichhorn § 334 Anm. e, Beseler § 57 Anm. 4, Gerber § 34 Anm. 2, Siegel, Erbrecht S. 11 ff.; vgl. aber Runde § 208, Mittermaier § 44 a, Stobbe § 37 Anm. 7.

⁹ Seuff. II N. 124. — Beweisbedürftig ist auch der Zeitpunkt der Geburt, daher bei einer Zwilling- oder Drillingsgeburt die Erstgeburt; läßt sich hier aber ein Beweis nicht erbringen, so muß das Loos entscheiden; Pr. L.R. I, 1 § 14—16. Vgl. übrigens unten Anm. 22.

¹⁰ Entscheidend ist heute das Gutachten der Aerzte; Unger I 233 Anm. 11, Beseler S. 221, Stobbe I 295, Gengler S. 55. Ausdrückliche Bestimmungen finden sich im Bayr. L.R. I c. 3 § 2 Nr. 5, Preuss. L.R. I, 1 § 17, Sächs. Gb. § 33.

¹¹ Sachsensp. I Art. 33: of it kint bewist wirt und gesen also grot, dat it lifhaftich mochte wesen; I Art. 36 § 1: dat dat kint leven moge. Rigaisches Stadtr. IV t. 5 § 3 u. dazu Erdmann, Liv-, Est- u. Curl. P.R. I 71 Anm. 4. Vgl. auch Westfäl. Weisth., die eine gehörige Schreifähigkeit fordern, b. Grimm, W. III 147 § 2, 194, 197, 201, 202, 206. Trotz solcher Quellenzeugnisse bestreiten Manche das Erforderniß der Vitalität im älteren deut. R.; so Siegel, Erb. S. 11, Heusler, Inst. I 101, Gengler S. 55. — Auf dem gleichen Gedanken beruht es, wenn die l. Wisigoth. IV t. 2 c. 17 u. 18 für das Erbwerden des Kindes Taufe und zehntägiges Leben fordert. Auch im nordischen Recht hieng ursprünglich der Eintritt der Rechtsfähigkeit vom Vollzuge der Wasserweihe (später Taufe ab; K. Maurer, Ueber die Wasserweihe des germanischen Heidenthums, München 1880; Brunner, R.G. I 76 Anm. 41.

¹² Uebereinstimmend Falck, Schlesw.-Holst. P.R. IV 86 ff., Beseler § 57 c, Walter § 53, Stobbe I 298, zum Theil auch Gengler S. 55. — Sehr bestritten ist, ob das römische Recht auf dem gleichen Standpunkt steht. Nachdem die früher herrschende bejahende Ansicht durch den Angriff Savignys II 385 ff. längere Zeit hindurch fast verdrängt war, ist sie von Wächter, Comm. de partu vivo non vitali p. I—V, Lips. 1863—1866, erfolgreich wieder vertheidigt worden; vgl. Windscheid, Pand. I § 52 Anm. 8, Dernburg, Pand. I § 50 Anm. 4, Hölder, Pand. I § 19. Dagegen Bekker I § 45 Beil. I u. Regelsberger I § 58 II. Für die Entscheidung der Streitfrage fällt jedenfalls die Einwirkung des deutschen Rechts auf die ältere Doktrin stark ins Gewicht. — Strafrechtlich ist die Lebensfähigkeit unerheblich; R.Ger. Str.S. II Nr. 168.

zösische Recht das Erforderniß der Lebensfähigkeit auf¹³, während die deutschen Gesetzbücher es nicht kennen¹⁴.

III. *Beurkundung der Geburt.* Die Geburten und gleich ihnen die Eheschließungen und die Sterbefälle werden amtlich verzeichnet. Seit alter Zeit dienten diesem Zweck die von den Pfarrämtern geführten Kirchenbücher, die der Staat als öffentliche Beurkundungen der Personenstandsverhältnisse anerkannte und demgemäß mehr und mehr seiner Ordnung und Aufsicht unterwarf¹⁵. Die Kirchenbücher und die aus ihnen ertheilten beglaubigten Auszüge haben für die Zeit, in der sie zugleich staatliche Einrichtungen waren, die Beweiskraft öffentlicher Urkunden über den Personenstand bewahrt¹⁶.

An ihre Stelle setzte zuerst die französische Gesetzgebung der Revolutionszeit von weltlichen Behörden geführte Civilstandsregister¹⁷. Dieselben wurden in Deutschland nach den Freiheitskriegen nur in den Gebieten des französischen Rechts beibehalten, im Uebrigen lediglich für Juden und Dissidenten mehrfach eingeführt¹⁸. Auch nachdem der Grundsatz der bürgerlichen Standesbuchführung in den deutschen Grundrechten (§ 21) allgemein ausgesprochen und durch mehrere Verfassungsurkunden sanktionirt war, erfolgte nur vereinzelt seine Verwirklichung¹⁹. Erst in Folge des Konfliktes mit der katholischen Kirche wurde er durch das preussische Gesetz vom 9. März 1874 und bald darauf durch das ihm nachgebildete Reichs-

¹³ Code civ. Art. 725 u. 906; dazu Zachariae I (8. Aufl.) § 40; Crome, Allg. Th. S. 108; C. Barazetti, Personenrecht nach dem Code Napol. u. dem bad. Landr., Karlsruhe 1893, S. 29 ff. Ebenso Bern. Civ.Gb. § 9; vgl. Huber I 100.

¹⁴ Auch dem Entw. ist es fremd; vgl. Motive I 28.

¹⁵ Vgl. Richter, Kirchenr. § 292, u. die dort angef. Schriften u. Gesetze.

¹⁶ Ausdrücklich wahrt das Personenstandsges. § 73 den bisher mit der Führung von Kirchenbüchern (oder Standesregistern älterer Art) betraut gewesenen Behörden Recht und Pflicht, auch fernerhin Zeugnisse über frühere Einträge zu ertheilen. — In Bezug auf kirchliche Handlungen (z. B. Taufe, Konfirmation, kirchliche Trauung) haben die Kirchenbücher auch jetzt, insoweit die fragliche Kirche als öffentliche Verbandsperson anerkannt ist, die Natur öffentlicher Urkunden; Sicherer, Komm. S. 2, Hinschius, Komm. § 1 Anm. 1.

¹⁷ Ges. v. 20. Sept. 1792, Code civ. Art. 34 ff.

¹⁸ Doch waren in der Regel auch die jüdischen Kultusbeamten oder Synagogenvorstände und bisweilen auch die Geistlichen der Dissidenten mit der Beurkundung des Personenstandes ihrer Glaubensgenossen betraut, anderswo die christlichen Ortsgeistlichen hierzu berufen; vgl. die amtliche Uebersicht über den bis 1872 bestehenden Rechtszustand in der Z. f. Kirchenr. XI 311 ff.

¹⁹ So in Frankfurt a. M. durch Ges. v. 19. Nov. 1850, in Hamburg durch Ges. v. 17. Nov. 1865; nur vorübergehend (1849—1851) in Anhalt.

gesetz vom 6. Febr. 1875 „über die Beurkundung des Personenstandes und die Eheschließung“ allgemein durchgeführt²⁰.

Seitdem werden von staatlich ernannten Standesbeamten für die einzelnen Standesamtsbezirke Standesregister geführt, die in Geburts-, Heiraths- und Sterberegister zerfallen und für die Beurkundung der dahin gehörigen Thatsachen „ausschließlich“ bestimmt sind²¹. Für diese Thatsachen erbringen die Standesregister und die aus ihnen gefertigten Auszüge im Falle ordnungsmässiger Eintragung als öffentliche Urkunden vollen Beweis, bis der Nachweis der Fälschung, der unrichtigen Eintragung oder der Unrichtigkeit der zu Grunde liegenden Anzeigen und Feststellungen erbracht ist²². Die Berichtigung einmal geschehener Eintragungen ist nur auf Grund einer gerichtlichen Anordnung zulässig²³.

²⁰ Zu dem Reichsgesetz v. 6. Febr. 1875 sind namentlich die Erläuterung von H. von Sicherer, Personenstand und Eheschließung in Deutschland, Erlangen 1879, und der Kommentar von P. Hinschius, 3. Aufl., Berlin 1890, anzuführen. Das Werk von Hinschius bringt auch einen Abdruck der Ausführungsverordnungen des Reichs (S. 228 ff.) und sämtlicher Einzelstaaten (S. 247—482). — In der Schweiz gilt das Bundesges. v. 24. Dez. 1874.

²¹ R.Ges. § 1—13. Ausser dem Hauptregister ist ein Nebenregister zu führen, das nach dem jährlichen Abschluss der Register der Aufsichtsbehörde einzureichen und von dieser nach erfolgter Prüfung dem Gericht erster Instanz zur Aufbewahrung zuzustellen ist; § 14. — Besondere Bestimmungen gelten: 1. für die Landesherren und die Mitglieder der landesherrlichen Häuser, für die der Landesherr den Standesbeamten ernennt und die Standesregister ordnet, § 72; 2. für die Beurkundung von Geburten und Sterbefällen auf See, die der Schiffer unter Zuziehung von zwei Schiffsoffizieren oder sonst glaubhaften Personen im Tagebuch vorzunehmen hat, um sodann dem nächsten erreichbaren Seemannsamt behufs Erwirkung der Einträge in das Standesregister Mittheilung zu machen, § 61—64; 3. für deutsche Reichsangehörige und Schutzgenossen im Auslande, für die der Reichskanzler einen diplomatischen Vertreter oder Konsul des Reichs zu standesamtlichen Beurkundungen ermächtigen kann; § 85 nebst R.Ges. v. 4. Mai 1870.

²² R.Ges. § 15 u. dazu Hinschius Anm. 4. Hiernach entsteht mit Rücksicht auf § 23 (vgl. unten Anm. 24) aus der Eintragung einer Geburt eine Vermuthung des Lebens nach der Geburt, dagegen aus der Eintragung einer Todtgeburt im Sterberegister nur eine Vermuthung des Todes, nicht eine Vermuthung des Nichtvorhandenseins von Leben nach der Geburt (vgl. Hinschius § 23 Anm. 52—53; a. M. Sicherer S. 106). Aus der gemäß § 22 Abs. 2 erfolgten Eintragung der Zeitfolge bei einer Zwillingsgeburt entsteht eine Vermuthung der Erstgeburt.

²³ R.Ges. § 65—66. Eines gerichtlichen Berichtigungsverfahrens bedarf es auch zur bloßen Ergänzung von Lücken; Seuff. XLIII Nr. 257, Hinschius § 65 Anm. 61 zu 2c. Jedoch läßt das Gesetz, abgesehen von den bis zum Abschluss der Eintragung zulässigen Aenderungen (§ 13 Abs. 4), gewisse Ergänzungen ohne Berichtigungsverfahren zu; so in § 22 Abs. 3 die nachträgliche Eintragung der offen gelassenen Vornamen, und zwar der richtigen Meinung nach auch im Falle

Was insbesondere die Beurkundung der Geburten betrifft, so sind nur die Geburten lebender Kinder in das Geburtsregister einzutragen²⁴. Zu diesem Behuf ist jede Geburt innerhalb einer Woche dem Standesbeamten des Ortes der Niederkunft anzuzeigen²⁵. Die Anzeigepflicht trifft der Reihe nach, so daß der ferner Verpflichtete nur im Falle des Nichtvorhandenseins oder der Verhinderung des näher Verpflichteten verpflichtet ist, den ehelichen Vater, die beteiligte Hebamme, den beteiligten Arzt, jede andere dabei anwesend gewesene Person, die Mutter, sobald sie dazu im Stande ist²⁶. Einzutragen sind die persönlichen Verhältnisse des Anzeigenden, Ort, Tag und Stunde der Geburt, Geschlecht und Vornamen des Kindes, Vor- und Familiennamen, Religion, Stand oder Gewerbe der Eltern²⁷. Die Anzeige und Eintragung der Vornamen des Kindes kann bis zum Ablauf von zwei Monaten nach der Geburt verschoben werden²⁸.

verspäteter Anmeldung, Seuff. XXXVII Nr. 87, Hinschius § 22 Anm. 49; ferner in § 26 die nachträgliche Eintragung der erst später erfolgten Feststellung der Abstammung des Kindes oder der Aenderung seiner Standesrechte durch Legitimation, Annahme an Kindesstatt oder andere Vorgänge, falls der Nachweis durch öffentliche Urkunden erfolgt, vgl. dazu Seuff. XLIII Nr. 256 u. Hinschius § 26 Anm. 62a–67; endlich in § 55 die Auflösung oder Nichtigkeitserklärung einer Ehe.

²⁴ Wenn ein Kind todt geboren oder in der Geburt verstorben ist, so erfolgt nur eine Eintragung im Sterberegister; R.Ges. § 23.

²⁵ R.Ges. § 17. Die Todtgeburt ist spätestens am nachfolgenden Tage anzuzeigen, § 23. — Wird die Anzeige über drei Monate verzögert, so darf die Eintragung nur mit Genehmigung der Aufsichtsbehörde nach Ermittlung des Sachverhalts erfolgen, § 27.

²⁶ R.Ges. § 18. Bei Geburten in öffentlichen Anstalten oder in Kasernen trifft die Anzeigepflicht den Anstaltsvorsteher oder den dazu besonders ermächtigten Beamten, § 20. Die Anzeige hat mündlich zu erfolgen, § 19; im Falle des § 20 genügt aber eine schriftliche amtliche Anzeige. — Bei Findlingen liegt dem Finder eine spätestens am nächstfolgenden Tage zu erstattende Anzeige an die Ortspolizeibehörde ob, die dann ihrerseits die erforderlichen Ermittlungen vorzunehmen und die Anzeige zum Geburtsregister zu machen hat, § 27. — Die Anzeigepflichten sind durch Strafandrohungen und durch ein mittels Ordnungsstrafen auszuübendes Zwangsrecht gesichert, § 68.

²⁷ R.Ges. § 22. Ueber den Inhalt der Einträge bei Findlingen vgl. § 27 Abs. 2. — Bezweifelt der Standesbeamte die Richtigkeit einer Anzeige, so ist er verpflichtet, sich in geeigneter Weise von derselben Ueberzeugung zu verschaffen, § 21. — Die Anerkennung eines unehelichen Kindes darf in das Geburtsregister nur eingetragen werden, wenn sie vor dem Standesbeamten oder in einer gerichtlichen oder notariellen Urkunde erklärt ist, § 25. — Ueber die Eintragung nachträglicher Feststellungen oder Veränderungen des Personenstandes des Kindes (§ 26) vgl. oben Anm. 23.

²⁸ R.Ges. § 22 Abs. 3; dazu oben Anm. 23.

§ 42. Verlust der Persönlichkeit.

I. Tod. Die Persönlichkeit erlischt durch den Tod; aller Schutz der Leichen und Gräber oder der Ehre Verstorbener beruht auf Rechten der Lebenden.

Den Beweis des Todes muß gleich dem jeder anderen Thatsache erbringen, wer Rechte darauf gründet. Ebenso muß, wer sich auf den Zeitpunkt des Todes und namentlich auf den Eintritt des Todes einer Person vor dem Tode einer anderen Person beruft, die behauptete Thatsache beweisen. Wenn daher mehrere Personen in einer gemeinsamen Gefahr umkommen, gilt bis zum Beweise des Gegentheils keine als vorverstorben. Eine Ausnahme besteht im gemeinen Recht kraft der römischrechtlichen Vermuthung, daß, wenn Eltern und Kinder in derselben Gefahr umkommen, die Eltern nach den unmündigen, aber vor den mündigen Kindern verstorben sind¹. Die Vermuthung ist jedoch nicht auszudehnen². Die meisten neueren Gesetzbücher kennen sie nicht, vermuthen vielmehr für die Gleichzeitigkeit des Todes aller Kommorienten³. Dagegen stellt das französische Recht eine ganze Reihe von Vermuthungen über Vorversterben auf⁴.

Erleichtert wird der Beweis auch hier durch die amtliche Beurkundung in den Kirchenbüchern und den an ihre Stelle getretenen Standesregistern und die aus ihnen ertheilten Todtenscheine⁵. Zur Anzeige eines Todesfalles, die spätestens am nächsten Wochentage bei dem Standesamte des Sterbebezirkes erstattet werden soll, ist das Familienhaupt und statt seiner der, in dessen Wohnung oder Behausung der Todesfall sich ereignet hat, verpflichtet⁶. Vor der

¹ Savigny, Syst. II 20 ff.; Vangerow, Pand. I § 33 Anm. 2; Windscheid, Pand I § 53 Anm. 5; Dernburg, Pand. I § 50 Anm. 17—19; Regelsberger I § 60. So auch nach bayr. R.; Roth, Bayr. C.R. III § 296 Anm. 8. Ebenso nach balt. R. (mit einer Ausnahme zu Gunsten der Fideikommiss); Erdmann I 72 ff. — Das Jüt. Low vermuthet für Vorversterben der Kinder; Paulsen § 189.

² Seuff. II Nr. 125; XL Nr. 176 (unanwendbar beim Zusammensterben des Vaters und seines unehelichen Kindes).

³ Preufs. L.R. I, 1 § 39; Oesterr. Gb. § 25; Sächs. Gb. § 2007; Weimar. Ges. v. 6. Apr. 1833 § 131; andere sächs. Ges. b. Heimbach § 74 Anm. 8, § 263 Anm. 5; Luzerner Gb. § 12, Aargauer § 22, Bündner § 14; Entw. II § 10.

⁴ Code civ. Art. 720—722; mehrere Schweiz. Gb. b. Huber I 102—103. Vgl. Zachariae I (8. Aufl.) § 41.

⁵ Vgl. oben § 41 Anm. 15—23 u. R.Ges. v. 6. Febr. 1875 § 56—60 u. 68.

⁶ Hinsichtlich der Sterbefälle in öffentlichen Anstalten, der Form der Anzeigen und der Feststellung ihrer Richtigkeit gelten gleiche Regeln wie bei Geburtsfällen;

Eintragung des Todesfalles in das Sterberegister darf ohne besondere ortspolizeiliche Genehmigung keine Beerdigung stattfinden; ist dies dennoch geschehen, so darf die Eintragung nur mit Genehmigung der Aufsichtsbehörde nach Ermittlung des Sachverhaltes erfolgen.

II. Fingirter Tod. Dem älteren deutschen Recht waren Fälle bekannt, in denen ein noch Lebender als verstorben erachtet wurde.

1. Friedlosigkeit. Eine vollkommene Zerstörung der Persönlichkeit war mit der Friedlosigkeit verknüpft. Nach ihrem Verschwinden wurde im französischen Recht die von einigen deutschen Strafgesetzbüchern aufgenommene Strafe des bürgerlichen Todes ausgebildet, kraft deren die Familien- und Vermögensrechte erloschen, die Erbfolge eröffnet wurde und die Rechtsfähigkeit für die Zukunft untergieng, immerhin aber ein Anspruch auf Unterhalt aus dem früheren Vermögen gewahrt blieb⁷. Heute ist diese Strafe durchweg abgeschafft⁸.

2. Klostertod. Nach deutschem Recht galt, wer in einen Mönchs- oder Nonnenorden eintrat, für das weltliche Recht (Land- und Lehnrecht) als verstorben, so daß die Erbfolge in sein Vermögen eröffnet wurde und seine Fähigkeit zu fernerm Vermögenserwerb und zum Abschlusse von Rechtsgeschäften erlosch⁹. Im gemeinen Recht wurde dieser Grundsatz durch die Regeln des kanonischen Rechtes verdrängt, nach denen die vermögensrechtliche Persönlichkeit des Ordensgeistlichen nicht untergeht, sondern auf das Kloster übergeht¹⁰. Dagegen hat das preussische Landrecht den deutschrechtlichen

§ 58 Abs. 1. Wenn eine amtliche Ermittlung über den Todesfall stattfindet, tritt an Stelle der Anzeige die schriftliche Mittheilung der zuständigen Behörde; § 58 Abs. 2. Ueber den Inhalt der Eintragungen vgl. § 59.

⁷ Code civ. (u. Bad. L.R.) Art. 22 ff. u. 725; Bayr. Strafgesetzb. v. 1813 Art. 7; Zachariae I § 162 ff. (8. Aufl. § 42), Savigny II 151 ff.

⁸ Für Bayern durch Ges. v. 1849, für Preussen durch ausdrückliches Verbot in V.U. Art. 10, für das ganze Reich durch Nichterwähnung im R.Str.Gb. — Für Frankreich durch Ges. v. 31. Mai 1854.

⁹ Sachsensp. I Art. 25 mit Glosse.

¹⁰ Als Individuum ist der Ordensgeistliche, da sein Vermögen an das Kloster fällt und er fortan für das Kloster erwirbt, auch nach kanonischem Recht vermögensunfähig; c. 7 C. 19 q. 3, c. 11 C. 12 q. 1, c. 11 C. 12 q. 1. Ein Erk. des O.L.G. Frankfurt v. 30. Mai 1892 h. Seuff. XLVIII Nr. 167 spricht ihm daher für das gemeine Recht die Parteifähigkeit (selbst bei einer auf Grund früherer Rechtsgeschäfte gegen ihn gerichteten Klage) ab. Hiergegen wird sich kaum etwas einwenden lassen; doch muß dann unbedingt statt seiner das Kloster (kraft Gesamtnachfolge und Repräsentation) im Prozeß als aktiv und passiv legitimirt gelten. — Die neueren Landesgesetze, die der Ordensperson nur die Einbringung

Grundsatz wiederhergestellt¹¹. Soweit hiernach der Ordensgeistliche der Rechtsfähigkeit entbehrt, ist auch durch das Verbot des „bürgerlichen Todes“, obschon der „Klostertod“ meist als ein Fall desselben angesehen wurde, an dem bisherigen Rechtszustande nichts geändert¹². Nur muß heute angenommen werden, daß mit dem Austritt aus dem Orden unbedingt die volle Rechtsfähigkeit wiederum auflebt¹³.

III. Vermutheter Tod. Um dem Zustand der Ungewißheit über Leben oder Tod eines Verschollenen ein Ende zu machen, ist eine Todesvermuthung und deren Feststellung durch Todeserklärung ausgebildet worden¹⁴.

1. Geschichte. Im älteren deutschen Recht gieng, wenn ein Abwesender als verschollen erschien, sein Vermögen in die Gewere seiner nächsten Erben über, die jedoch für den Fall der Wiederkehr des Verschollenen zur Rückgabe verpflichtet blieben und hierfür

eines bestimmten Theiles ihres Vermögens gestatten und ebenso dem durch sie vermittelten späteren Anfall von Vermögen an die todte Hand Schranken setzen, lassen im Uebrigen das gemeinrechtliche Prinzip unberührt. — Vgl. Singer, Die Behebung der für Ordenspersonen bestehenden Beschränkungen mit Rücksicht auf die Lehre von der Rechts- und Handlungsfähigkeit der Religiösen, Innsbruck 1880; Friedberg, Kirchenr. § 88; Roth, D.P.R. I 401 ff. — Ueber die in Deutschland anzuerkennende Rechtsfähigkeit russischer Mönche und Nonnen vgl. R.Ger. XXXII Nr. 46.

¹¹ Pr. L.R. II, 11 § 1199—1205; vgl. aber dazu § 1167.

¹² Insbesondere nimmt die preußs. Praxis an, daß die landrechtlichen Bestimmungen trotz V.U. Art. 10 fortgelten; O.Tr. Berl. Strieth. XL 247, Dernburg I § 40 Anm. 7, Stobbe § 38 Anm. 4. Auch das gemeine Recht ist durch Art. 10 nicht geändert; O.L.G. Frankfurt a. a. O. (oben Anm. 10) S. 261.

¹³ Dernburg a. a. O. S. 80; für das gem. R. Blätter f. Rechtsanw. XXVI 292 ff., 362 ff. Jedoch nur für die Zukunft, so daß der Ordensgeistliche das inzwischen Anderen angefallene eigne oder fremde Vermögen nicht zurückerhält.

¹⁴ Cropp in Heises u. seinen jur. Abh. II 115 ff.; Pfeiffer, Prakt. Ausf. II 236 ff., IV 351 ff.; Bruns, Die Verschollenheit, Jahrb. des gem. R. I 90 ff. (Kleinere Schriften, Weimar 1882, I 48 ff.); Hauser, Zeitsch. IV 315 ff.; C. F. Riesenfeld, Verschollenheit und Todeserklärung nach gemeinem u. preussischem Recht mit stäter Rücksicht auf die Vorschläge des Entwurfs, Breslau 1891; Beseler, D.P.R. S. 225 ff., Gerber § 34, Roth I 340 ff., Stobbe I 302 ff., Gengler § 22, Franken S. 68 ff.; Regelsberger, Pand. § 61; Roth, Kurhefs. P.R. I 118 ff., Bayr. C.R. I § 22, III § 296; Böhlau, Meckl. L.R. II § 127 ff.; Unger, Oest. P.R. I § 27; Förster, Preußs. P.R. I § 19, Dernburg I § 43—44; Zachariae, Franz. C.R. I § 151 ff. (8. Aufl. § 89 ff.), Crome, Allg. Th. S. 111 ff., Barazetti, Personenrecht S. 296 ff. u. bes. S. 313 ff.; Behaghel, Bad. L.R. § 36 ff.; Huber, Schweiz. P.R. I § 10. — Ueber die Vorschläge des Entw. I vgl. Motive I 38 ff., Hölder, Arch. f. c. Pr. LXXIII 23 ff., Gierke, Entw. S. 135 ff., Strohal, Jahrb. f. Dogm. XXX 144 ff., Verh. des XX. Juristent. I 258 ff., 280 ff., des XXI. Juristent. III 173 ff., 488 ff.

Sicherheit bestellen mußten¹⁵. Kehrte der Verschollene zurück, so konnte er das Seinige herausverlangen¹⁶. Kehrte er nicht zurück, so stellte sich der vorläufige Erbschaftserwerb als ein endgültiger heraus¹⁷. Feste Fristen für den Eintritt einer Todesvermuthung, wie sie frühzeitig im französischen, niederländischen und englischen Recht begegnen¹⁸, scheint das deutsche Recht nicht gekannt zu haben¹⁹. So lange aber der Tod des Verschollenen nicht als gewiß erschien, wurde er als lebend behandelt²⁰.

¹⁵ Vgl. Magdeb. Fr. I, 7 d. 6; Rechter Weg M 51 b. Böhlau II 325 Anm. 11; Lüb. Stadtbucheintr. v. 1373 b. Pauli Abh. III 133 u. Kraut § 195 Nr. 5; Oesterr. W. II 149 Z. 16 ff.

¹⁶ Jedoch nicht die inzwischen von den Erben gezogenen Früchte; Sachsensp. II Art. 44 § 2, Richtst. L.R. Art. 16 a. E. — Die Rückforderung geht auch gegen die dritte Hand; Wiener Stadtr. (Schuster) Art. 89.

¹⁷ Einem inzwischen näher berufenen Erben brauchte der besitzende Erbe nicht zu weichen; er war schon bei Eintritt der Verschollenheit (kraft einer Art erfrühter Erbfolge unter Lebenden), obschon nur bedingt, Rechtsnachfolger des Verschollenen geworden; vgl. Böhlau II 325 u. 327.

¹⁸ Bruns S. 127 ff. (häufig 7, manchmal 9 oder 10, in Holland 16 Jahre).

¹⁹ Man darf keineswegs mit Kraut, Vorm. II 227, dem Verschollenen nach Ablauf der Verschweigungsfrist das Recht zur Rückforderung seines Vermögens absprechen; vgl. Bruns S. 137 ff., Stobbe § 38 Anm. 13. Ebensowenig folgt daraus, daß die Sicherheitsbestellung nur für einen bestimmten Zeitraum (z. B. 31 Jahre) erfolgte (vgl. dazu Laband, Vermögensr. Kl. S. 367 u. 372), eine feste Frist für die Todesannahme. Vielmehr mußte, falls es erforderlich war, der Nachweis des Todes oder der Unmöglichkeit des Fortlebens erbracht werden; Magd. Fr. I, 7 d. 6, Rechter Weg B 79, Böhlau II 328. Vermuthlich diente ein Eid dessen, der den Tod behauptete, als Grundlage der richterlichen Feststellung; Bruns S. 138. Hierfür spricht Brünner Schöffeb. c. 496, wo sich der Eid zugleich auf die fruchtlose Anstellung von Nachforschungen bezieht.

²⁰ Vgl. bes. Böhlau II 328 u. 329—332. Die gegentheilige Ansicht von Kraut, Vorm. II 226 ff. u. 253, der Abwesende sei bis zum Wiedererscheinen als todt behandelt worden, ist schon von Bruns S. 133 ff. widerlegt. Darum fallen dem Verschollenen auch Erbschaften an und werden seinen Erben ausgehändigt; so (gegen Uebernahme der Verpflichtung zur Herausgabe binnen 31 Jahren) nach Salz. u. Tirol. Weisth. in Oest. W. I 2 § 7, 158 Z. 12 ff., 170 Z. 1 ff., II 100 Z. 38 ff.; anscheinend auch nach einem Clever Schöffenspruch, vgl. Böhlau II 329 Anm. 22. Anderswo sollte der Richter die dem Verschollenen angefallene Erbschaft in Besitz nehmen und erst nach 30 Jahren seinen Erben aushändigen; Oesterr. W. VII 741 Z. 1 ff., 746 Z. 28 ff., 810 Z. 30 ff., 831 Z. 32 ff., 853 Z. 5 ff. Nach Goslar. Stat. S. 14 Z. 19 ff. u. Magdeb. Fr. 1, 7 d. 2, 4 u. 5 konnte freilich, da hier eine persönliche Erbeslegitimation durch Eid im gehegten Ding gefordert wurde, der nach dem Verschollenen nächste Erbe nicht gehindert werden, die Erbschaft an sich zu ziehen; Böhlau II 329. — Gegen die Lebenspraesumption erklärt sich Brünner Schöffeb. c. 497: *de homine enim extra sensum existente dubium est, si vivat.*

Dem römischen Recht waren gesetzliche Vermuthungen über Leben und Tod unbekannt; das Vermögen eines Verschollenen wurde im Bedarfsfall von einem Curator bonorum absentis verwaltet, bis der Tod auf Grund freier richterlicher Beweiswürdigung als erwiesen angenommen wurde²¹. Dagegen entwickelte die romanistische Jurisprudenz in Italien unter dem Zwange der formalen Beweistheorie ein System fester Vermuthungen: der Verschollene sollte als verstorben gelten, wenn er die äußerste Lebensgrenze, die meist auf 100 Jahre bestimmt wurde, überschritten hatte; bis dahin sollte eine Lebenspräsuntion walten, die jedoch ein wiederum durch Präsuntionen erleichterter Gegenbeweis entkräften konnte²².

Seit der Rezeption verband man in Deutschland die italienische Lehre mit den einheimischen Gepflogenheiten²³. Man hielt an der deutschrechtlichen Einweisung der Erben fest, bildete dieselbe aber unter Heranziehung der römischrechtlichen Abwesenheitskuratel zu einer „cura anomala“ und mehr und mehr zu einer eigenartigen „Vormundschaft über Abwesende“ um²⁴. Bis zur Erreichung der Lebensgrenze vermuthete man für das Leben, von da an für den Tod des Verschollenen; gleichwohl regelte man mit dem älteren deutschen Recht die Erbfolge endgültig nach dem Zeitpunkt der Besitzeinweisung der Erben, so daß sich nunmehr eine mit der Lebensvermuthung in Widerspruch stehende erbrechtliche Universal-succession ex tunc ergab²⁵. Erst allmählich wurde nach langem Streit auch da, wo die Aushändigung des Vermögens an die Erben nicht durch eine bloße Vermögenskuratel verdrängt wurde, die successio ex tunc zu Gunsten der successio ex nunc meist aufgegeben²⁶. Außerdem wurde im sächsischen Gerichtsgebrauch und mehr und mehr in der ganzen gemeinrechtlichen Praxis statt des hundertsten Lebensjahres das siebzigste als vermuthliche Lebensgrenze angenommen²⁷, während

²¹ Bruns S. 92 ff., Riesenfeld S. 7 ff. — Einige Aushilfe gewährten auch die Fiktionen des jus postliminii.

²² Bruns S. 122 ff.

²³ Bruns S. 140 ff.; Böhlau II 332 ff.; Riesenfeld S. 20 ff.

²⁴ Hiervon ist im Vormundschaftsrecht zu handeln.

²⁵ Vgl. bes. Carpzov, Jurisp. for. III c. 15 def. 48—57; Bruns S. 141 ff., 150 ff., 169 ff.; Stobbe I 305. Diesen Widerspruch bemerkte man offenbar deshalb nicht, weil man trotz der äußerlichen Aufnahme der römischen Universal-succession in den deutschrechtlichen Vorstellungen der Sondernachfolge stecken blieb; Böhlau II 333 ff.

²⁶ Bruns S. 160 ff.; Riesenfeld S. 22.

²⁷ Bruns S. 148 ff., 174 ff.; Riesenfeld S. 20 ff. Einen Anhalt fand man in Psalm 90 v. 10: Unser Leben währet 70 Jahre und wenn es hoch kommt,

daneben von Schlesien aus sich ein anderes System verbreitete, nach dem die Todesvermuthung sich an den Ablauf der Verjährungszeit seit Beginn der Verschollenheit knüpfte²⁸. Endlich wurde seit der Mitte des 18. Jahrhunderts ein gerichtliches Aufgebotsverfahren ausgebildet, das im Falle fruchtloser öffentlicher Ladung des Verschollenen mit einem die Todeserklärung aussprechenden Urtheil schloß²⁹. Auf dieser Grundlage haben neuere Gesetzbücher und Gesetze den Gegenstand in einer im Einzelnen sehr buntscheckigen Weise geregelt³⁰. Dabei wurde meist in den Fällen sehr langer Abwesenheit oder des Verschwindens unter besonders lebensgefährlichen Umständen die Todeserklärung durch Fristverkürzung und Vereinfachung des Verfahrens erleichtert.

2. Voraussetzungen der Todesvermuthung.

a. Verschollenheit. Verschollenheit ist eine besonders geartete Abwesenheit. Sie liegt vor, wenn der Aufenthaltsort des Abwesenden unbekannt ist und über sein Leben oder seinen Tod seit längerer Zeit jede Kunde fehlt³¹.

Während der Verschollenheit wird bis zum Eintritt der Todesvermuthung das Leben vermuthet, so daß dem Verschollenen nicht nur alle seine bisherigen Rechte offen gehalten werden, sondern auch

sind es 80 Jahre. Daher wollten Manche, wenn der Abwesende erst kurze Zeit vor dem 70. Jahre verschollen war, 80 Jahre als Grenze setzen.

²⁸ So zuerst in einem Kaiserl. Reskr. an den Rath von Görlitz v. 1616 (nach 30 Jahren u. Jahr u. Tag). Vgl. Bruns S. 154 ff.; Riesenfeld S. 19 ff.

²⁹ In der sächsischen Praxis begegnet die Ediktalcitation seit 1752; gesetzlich vorgeschrieben wurde sie zuerst im Preufs. Ges. v. 1763 und dann bald allgemein. Vgl. Bruns S. 180 ff.; Riesenfeld S. 25.

³⁰ Preufs. L.R. I, 1 § 35—38, II, 18 § 821—855; Code civ. Art. 115—140; Oesterr. Gb. § 24, 277—278 u. Ges. v. 16. Febr. 1883; Sächs. Gb. § 37—44; Bayr. Ausf. Ges. z. C.Pr.O. v. 23. Febr. 1879 Art. 103—105; Hamburg. Ver. v. 14. Juli 1879; zahlreiche andere Partikulargesetze b. Roth § 61 Anm. 28—35, 38—41, 43—48, 52, 57, 61, 64, 86, 88—89, 97, 101, 103. Uebersicht der Partikularrechte auch in den Motiven zum Entw. I 33 ff. — Entw. I § 5—24, grundsätzlich umgearbeitet in Entw. II § 2—9. — Schweiz. Ges. b. Huber I § 10.

³¹ Vgl. Riesenfeld S. 39 ff. Wie lange die Nachrichtenlosigkeit gedauert haben muß, ist nach den Umständen durch richterliches Ermessen zu entscheiden; manche Gesetze fordern ein Jahr, so Pr. L.R. II, 18 § 20—21, Bayr. Ges. v. 23. Febr. 1879 Art. 94. — Manche Rechte, wie das mecklenburg., französ., zum Theil auch das schweizer. Recht, kennen eine besondere Verschollenheitserklärung, die (mit oder ohne Ediktalien) vor der vorläufigen Besitzeinweisung der Erben zu erlassen ist und nicht mit der Todeserklärung verwechselt werden darf; Kraut, Vorm. II 244, Bruns S. 152 u. 192, Böhlau II 358 u. 361, Riesenfeld S. 27 ff., 43 ff., Barazetti S. 313 ff., Crome S. 116 ff.

neue Rechte zuwachsen und namentlich Erbschaften anfallen können⁸². Diese Lebensvermuthung, die in den meisten deutschen Gesetzen ausdrücklich anerkannt ist⁸³, muß als ein wesentliches Stück des geschichtlich entwickelten deutschen Verschollenheitsrechts auch für das geltende gemeine Recht festgehalten werden⁸⁴. Sie ist freilich in unserem Jahrhundert lebhaft angefochten worden⁸⁵ und wird, wie zum Theil schon von der früheren Praxis⁸⁶, vom Reichsgericht ver-

⁸² Ob der Erbschaftserwerb des Verschollenen von Rechtswegen oder durch Antretung erfolgt und wer im letzteren Falle für ihn den Antritt erklären kann, entscheidet sich nach dem geltenden Erbrecht. — Wo die Lebensvermuthung verworfen wird, läßt man, da der Namens des Verschollenen die Erbschaft Fordernde den Beweis des Lebens desselben nicht erbringen kann, die Erbschaft dem nach ihm nächsten Erben anfallen.

⁸³ Preuß. L.R. I, 1 § 38, I, 9 § 468 ff., II, 18 § 832 u. dazu Dernburg, Preuß. P.R. I § 42; Oest. Gb. § 278 u. Ges. v. 9. Aug. 1854 § 131 b. Unger I 245 Anm. 42; Sächs. Gb. § 43 u. Schmidt, Vorl. § 10 B 4; Bayr. A.G. zur C.Pr.O. Art. 99 u. 106; Württ. V. v. 1817 u. Erl. des O.Trib. v. 17. Aug. 1826 b. Kraut, Grundr. § 34 Nr. 21; Lüb. V. v. 1829 § 12 ib. Nr. 20; zahlreiche andere Partikulargesetze b. Roth § 61 Anm. 156, ältere b. Bruns S. 171; auch viele schweiz. Ges. b. Huber I 105 ff.

⁸⁴ Dafür Leyser spec. 95 m. 24, Hommel, Rhaps. I 107 u. andere b. Bruns Anm. 161, 169, 174 u. 219 u. Unger I 245 Anm. 43 genannte ältere Schriftsteller; unter den Neueren bes. Kraut II 225 ff., Bruns S. 193 ff., Beseler § 58 Anm. 2, Stobbe § 38 Anm. 22, Gengler S. 68, Windscheid § 58 Anm. 2 und viele Andere (vgl. Riesenfeld S. 124 Anm. 2). Ebenso die gesammte ältere Praxis, vgl. Bruns S. 146 Anm. 125 u. S. 170. Desgleichen die neuere v. Berlin (Seuff. III Nr. 298 u. Entsch. XVII 91 b. Kraut Nr. 328), Darmst. (Seuff. IX Nr. 130, XXXII Nr. 328), Stuttgart (ib. XX Nr. 1), Jena (ib. XXII Nr. 8), früher auch Celle (ib. V Nr. 31).

⁸⁵ Mit besonderem Erfolge von Cropp a. a. O. II 145 ff., 156 ff.; übereinstimmend Pfeiffer, Prakt. Ausf. IV 360 ff., Schäffer, Z. f. Civilr. u. Proz. N. F. V 396 ff., Mühlenbruch b. Glück XLII 462 ff., Renaud I § 55, Mittermaier § 147 Anm. 27, Walter § 107 ff., Unger I 245 ff., Roth I 369 Anm. 160, Dernburg, Pand. I 118, Franken S. 69, Regelsberger § 61 III u. viele Andere (vgl. Bruns S. 195, Unger Anm. 44, Riesenfeld S. 125—126); theoretisch auch Riesenfeld S. 122 ff., der aber S. 126—127 die gemeinrechtliche Geltung der Lebenspraesumption zugiebt. — Angriffe gegen die Lebenspraesumption wurden zwar schon früher (zuerst 1702 von Lyncker) unternommen, jedoch fast ausschließlich, um die successio ex tunc zu rechtfertigen, und selbst da, wo diese festgehalten wurde, ohne Erfolg; Bruns S. 169 ff.

⁸⁶ Kurhess. Praxis b. Roth, Kurh. P.R. § 43 Anm. 31, § 161 Anm. 20—22; frühere bayr. b. Roth, Bayr. C.R. § 20 Anm. 79—81, Seuff. XXXIII Nr. 190; Braunschweig. b. Seuff. IX Nr. 49 u. Steinacker S. 26 Anm. 3; Hannover. b. Seuff. IX Nr. 254 XXXV Nr. 177; vgl. auch Seuff. III Nr. 185, VII Nr. 356, XII Nr. 1, XIV Nr. 149, XV Nr. 200, XXXI Nr. 207.

worfen³⁷. Auch ist sie nach einzelnen Gesetzen ausgeschlossen³⁸, nach andern nur für einen bestimmten Zeitraum begründet³⁹. Allein selbst wenn die gegen sie angeführten Gründe gewichtiger wären, als sie es sind⁴⁰, müßte doch zu ihren Gunsten das praktische Bedürfnis, dem sie entsprungen ist und kraft dessen sie sich seit dem Mittelalter in Deutschland zäh behauptet hat, den Ausschlag geben⁴¹.

b. Ablauf der Verschollenheitsfrist.

Nach dem sächsischen System, das für gemeines deutsches Recht zu erachten ist⁴², tritt die Todesvermuthung ein, sobald der Verschollene das siebzigste Lebensjahr vollendet haben würde⁴³. Doch muß zugleich eine längere Dauer der Verschollenheit vorliegen, so daß, wenn Jemand erst kurz vor Erreichung der Altersgrenze oder gar erst nach deren Ueberschreitung verschollen ist, der Tod erst nach Verlauf einer angemessenen (etwa fünfjährigen) Frist angenommen werden kann⁴⁴.

³⁷ R.Ger. b. Seuff. XLII Nr. 214, XLIII Nr. 2, XLIV Nr. 162.

³⁸ So in Verbindung mit der Festhaltung der *successio ex tunc* durch Code civ. Art. 136, vgl. R.Ger. XXVI Nr. 72. Auch durch Oldenb. V. v. 16. Febr. 1844 § 20; vgl. auch Seuff. I Nr. 160.

³⁹ So wird nach Zürch. Gb. § 13 ff. (jetzt § 11 ff.) regelmäßig 15 Jahre lang für das Leben, dann 15 Jahre lang weder für das Leben noch für den Tod, endlich nach 30 Jahren für den Tod vermuthet; ähnlich nach anderen Schweiz. Ges.; vgl. Huber I 106 u. 120 ff. Böhlau II 408 ff. will auch in Mecklenburg die Lebenspraesumption nur für 30 Jahre gelten lassen.

⁴⁰ Beruft man sich auf den Verstofs gegen die Wahrscheinlichkeit, so darf man auch bei der Beerbung des Verschollenen keinen bestimmten Zeitpunkt annehmen; regulirt man aber seine Beerbung nach einem bestimmten Zeitpunkt, wie dies doch unumgänglich ist, so nimmt man damit einen Todestag und folgeweise bis dahin Fortleben an. Auch ist nicht abzusehen, warum der nächste Erbpraetendent hinter dem Verschollenen seinen Anspruch durchsetzen soll, ohne den Beweis des Todes zu führen; ist aber ohne Praesumption nicht auszukommen, so muß zunächst für die Fortdauer des erweislich vorhanden gewesenen Zustandes vermuthet werden.

⁴¹ Entw. II § 9 erkennt die Lebensvermuthung voll und allseitig an; über Entw. I § 4 vgl. Gierke, Entw. S. 136 u. 137, Riesenfeld S. 128—133.

⁴² A. M. Roth § 61 Anm. 18—19, Dernburg, Pand. I 119. Vgl. aber Bekker, Pand. I § 47, Riesenfeld S. 32, Regelsberger I 250, Seuff. XXV Nr. 5.

⁴³ Das gemeine Recht wird auch von einer Anzahl von Partikularrechten festgehalten; vgl. dieselben b. Roth I 853—857. Ueberdies spielt auch in fast allen Gesetzen, die eine feste Verschollenheitsfrist haben, neben derselben das 70. Lebensjahr eine Rolle; vgl. Pr. L.R. I, 1 § 38 u. unten Anm. 49—50. Das 80. Lebensjahr gilt in Oesterreich u. unter Umständen in Schleswig-Holstein, das 100. noch nach französ. R. als Lebensgrenze; vgl. unten Anm. 49.

⁴⁴ Manche wollen hinter 70 Jahren erst 80 und dann 100 Lebensjahre ent-

Verbreiteter ist heute das sogenannte schlesische System, nach dem stets eine längere Dauer der Verschollenheit genügt. Die Frist, deren Lauf im Zweifel von der letzten Kunde an zu berechnen ist⁴⁵, beträgt noch heute nach österreichischem und französischem Recht 30 Jahre⁴⁶, ist dagegen im sächsischen Gesetzbuch auf 20 Jahre⁴⁷, im preussischen Landrecht und in zahlreichen anderen deutschen Gesetzen auf 10 Jahre herabgesetzt⁴⁸. Doch wird hier überall zugleich auf das Lebensalter Rücksicht genommen, so daß entweder auch mit der Erreichung der Altersgrenze die Todesvermuthung eintritt⁴⁹ oder doch, wenn die Verschollenheit erst im Greisen-

scheiden lassen (Smalcalder b. Bruns S. 186, Beseler S. 227); Andere zunächst 80 Lebensjahre und dann 5 Verschollenheitsjahre (Puchta, Pand. § 115, Gerber § 34); wieder Andere immer 100 Lebensjahre (Brunns S. 201, Regelsberger § 61 Anm. 8); noch Andere stets 5 Verschollenheitsjahre (Glück, Komm. VII 493 ff. u. die b. Riesenfeld S. 78 Anm. 7 Genannten). Doch ist dies Alles willkürlich, es kann nur richterliches Ermessen entscheiden; Stobbe I 311; Bekker I 161. Die Partikularrechte helfen in verschiedener Weise; vgl. unten Anm. 49—50.

⁴⁵ So nach Preufs. L.R. II, 18 § 828, Sächs. Gb. § 38, Entw. II § 2 Abs. 2. Also nicht, wie Manche annehmen (vgl. Riesenfeld S. 71), schon von der Entfernung an. Aber auch nicht erst vom Eintritt der Verschollenheit an; vgl. jedoch Code civ. Art. 129 (30 Jahre seit der provisorischen Besitzeinweisung). — Die Frist läuft aber bei Minderjährigen erst vom Tage der Volljährigkeit an; Preufs. L.R. II, 18 § 829, Sächs. Gb. § 38, Bayr. Ges. Art. 103 Abs. 2, andere Ges. b. Roth I 344—345 u. 348, Entw. II § 2 Abs. 2; abweichend Reufs ä. L. b. Roth 348.

⁴⁶ Oesterr. Gb. § 24, Code civ. Art. 129; ebenso braunschw. Reskr. v. 5. Apr. 1830 b. Steinacker § 4 Anm. 4 u. Frankf. Ges. v. 9. März 1847 b. Bender § 9; ferner schweiz. Ges. b. Huber I 111 ff. Ueber den Ursprung dieser Frist und ihre frühere Verbreitung Bruns S. 154 ff. u. oben Anm. 28. — 25 Jahre nach Mainz. u. Würzb. R. b. Roth I 350—351.

⁴⁷ Sächs. Gb. § 38; mehrere sächs.-thür. Ges. b. Roth I 348—349.

⁴⁸ So schon Preufs. V. v. 23. Okt. 1763 und nach ihr Pr. L.R. II, 18 § 823; ebenso die meisten sächs.-thüring. Ges., sowie Ges. f. Bremen, Lübeck, Oldenburg, Schaumburg-Lippe, Hannover u. Hamburg b. Roth § 61 Anm. 28—35, 37—41, 43; das Bayr. Ges. Art. 103—105; Entw. II § 2 Abs. 1.

⁴⁹ So mit Vollendung des 70. Lebensjahres nach Schwarzb., Dessau., Kurpfälz. u. Wismar. R. (Roth § 61 Anm. 44—46, 101 u. 103); ebenso, falls mindestens 5 Jahre Verschollenheit vorliegen, nach Meining. u. Reufs j. L. (ib. Anm. 48—49), sowie mit dem Zusatz, daß bei Eintritt der Verschollenheit nach 65 Jahren stets 5 Jahre zu warten ist, nach Brem., Lüb., Oldenb., Schaumb., Hannov. u. Bayr. R. (ib. Anm. 37—42); ebenso, aber mit bloß 3jähriger Mindestfrist, nach Hamb. R. (ib. Anm. 43); ebenso, falls 10jährige Verschollenheit vorliegt, sonst erst mit Vollendung des 80. Lebensjahres, nach Schlesw.-Holst. R. (ib. Anm. 95). — So ferner mit Vollendung des 80. Lebensjahres, falls 10jährige Verschollenheit vor-

alter ihren Anfang genommen hat, die Verschollenheitsfrist abgekürzt wird⁵⁰.

Eine noch kürzere Verschollenheitsfrist wird meist für Fälle bestimmt, in denen die Umstände des Verschwindens einen alsbaldigen Tod wahrscheinlich machen. Gewöhnlich regeln die Gesetze nur die Seeverschollenheit⁵¹ und die Kriegverschollenheit⁵². Manche Gesetze aber enthalten eine generelle Klausel, so daß, wie dies ja auch entschieden dem Bedürfnis entspricht, durch jede bei dem Eintritt der Verschollenheit waltende Lebensgefahr (z. B. auch Grubenunglück, Bergsturz, Theaterbrand, Ballonfahrt) die Verschollenheitsfrist verkürzt wird⁵³. Nach den großen Kriegen sind überdies vielfach Spezialgesetze ergangen, die für alle nicht zurückgekehrten Teilnehmer die Todesvermuthung an den Ablauf einer bestimmten Frist nach dem Friedensschluß knüpften⁵⁴.

3. Verfahren. Die Todesvermuthung tritt nach heutigem deutschem Recht nicht mehr von Rechtswegen, sondern nur kraft gerichtlicher Todeserklärung ein⁵⁵. Nur insoweit, als es sich lediglich

liegt, nach Oesterr. Gb. § 24. — So endlich mit Vollendung des 100. Lebensjahres nach Code civ. Art. 129.

⁵⁰ So auf 5 Jahre, falls die Verschollenheit nach 65 Jahren eintrat, nach Preufs. L.R. II, 18 § 830 u. vielen sächs.-thür. Ges. (Roth § 61 Anm. 30—35 u. 49); ebenfalls auf 5 Jahre, jedoch erst vom 70. Lebensjahre an, nach Sächs. Gb. § 39 und Sondersh., Meining. u. Frankf. R. (Roth § 61 Anm. 45, 48, 64); nach 3 Jahren vom 68. Lebensjahre an in Reufs j. L. (ib. Anm. 49). Entw. II § 2 will sich ans preussische Recht anschließen.

⁵¹ Preufs. L.R. I, 1 § 36 u. Ges. v. 24. Febr. 1851 § 2; Oesterr. Gb. § 24; Sächs. Gb. § 41; Meckl. R. b. Böhlau II 351 ff.; Bayr. Ges. Art. 105; andere Ges. b. Roth § 61 Anm. 35, 38, 40, 41, 43, 96. Regelmäßig genügen 3 Jahre nach Untergang oder Verschollenheit des Schiffes; nach Sächs. Gb. erst 5 Jahre; nach jetzigem preufs. R., dem Entw. II § 4 folgen will, schon 1 Jahr.

⁵² Preufs. L.R. I, 1 § 35 (1 Jahr nach Friedensschluß, falls Verwundung feststeht); Oesterr. Gb. § 24 (3 Jahre); Sächs. Gb. § 41 (5 Jahre); Entw. II § 3 (3 Jahre nach Beendigung des Krieges, wenn während des Krieges vermißt).

⁵³ So nach Oesterr. Gb. § 24 u. Hamb. V. v. 15. Okt. 1819 auf 3 Jahre, nach Bad. L.R. Art. 129a u. Frankf. Ges. v. 9. März 1847 auf 10 Jahre; vgl. auch Brem. u. Oldenb. R. b. Roth § 61 Anm. 37 u. 39. Mit Recht will (im Gegensatz zu Entw. I) auch Entw. II § 5 in allen derartigen Fällen die Todesvermuthung 3 Jahre nach dem gefährlichen Ereigniß eintreten lassen.

⁵⁴ Gesetze nach den Freiheitskriegen b. Roth § 61 Anm. 27—29, 34, 37, 41, 44, 48, 49, 62, 67, 79, 82, 84, 92. Nach den letzten Kriegen ergingen die preufs. Ges. v. 24. Febr. 1866 u. 2. Apr. 1872, sowie ähnliche Gesetze in anderen Staaten, vgl. Roth § 61 Anm. 30, 31, 38, 39, 42, 45, 48, 50, 82, 84, 93.

⁵⁵ So auch Entw. II § 6 u. 9. — Dagegen begnügt sich das französische Recht mit der *déclaration d'absence* (Code civ. Art. 116—128), die eine bloße Verschollenheitserklärung ist (oben Anm. 31), später aber ohne Todeserklärung in die Todes-

darum handelt, ob der Verschollene einen Erbanfall oder anderen Anfall noch erlebt habe, wird nach manchen Gesetzen auch ohne Todeserklärung angenommen, daß er mit Erreichung der Lebensgrenze verstorben sei⁵⁶.

Das Todesklärungsverfahren wird nur auf Antrag bei dem zuständigen Gericht und zwar regelmäßig dem Gericht des letzten Wohnsitzes eingeleitet. Antragsberechtigt ist der Ehegatte des Verschollenen, sein vermuthlicher Erbe, aber auch sein gesetzlicher Vertreter, sowie überhaupt Jedermann, der an der Beseitigung der Ungewißheit ein rechtliches Interesse hat⁵⁷. Der Antragsteller muß das Vorhandensein der gesetzlichen Voraussetzungen der Todeserklärung glaubhaft machen und meist seine Angaben eidlich erhärten⁵⁸.

Das Verfahren selbst besteht in einem eigenthümlich gestalteten Aufgebotsverfahren mit öffentlicher Ladung des Verschollenen⁵⁹. Nur bei sehr hoher Wahrscheinlichkeit des Todes findet partikularrechtlich ein abgekürztes Verfahren ohne öffentliche Ladung statt⁶⁰.

Führt das Verfahren zu keiner Ermittlung der Schicksale des Verschollenen, so ergeht ein Urtheil, das dahin lautet, daß der Verschollene für verstorben zu erachten sei⁶¹.

vermuthung übergeht, wenn 30 Jahre seit dem *envoi provisoire* oder 100 Jahre seit der Geburt verstrichen sind (Code civ. Art. 129 ff.); vgl. Zachariae I § 147 (8. Aufl. § 90 u. 95), Riesenfeld S. 26 ff., Crome S. 121; abweichend Barazzetti S. 370 ff.

⁵⁶ So 70 Jahre nach der Geburt in den Gebieten des preussischen Landrechts (I, 1 § 38) und den gemeinrechtlichen Gebieten Preussens (Ges. v. 12. März 1869 § 3 Abs. 3), sowie in Bayern (Ausf. Ges. Art. 100); 90 Jahre nach der Geburt im K. Sachsen (Gb. § 45); 100 Jahre nach der Geburt in Weimar (Ges. v. 1. März 1839 § 7).

⁵⁷ Manche Partikularrechte schränken indess das Antragsrecht ein; auch ist für das gemeine Recht das Antragsrecht des Kurators bestritten; Roth § 61 Anm. 111—113, Stobbe I 308 ff., Riesenfeld S. 88 ff.

⁵⁸ Roth § 61 Anm. 114; Riesenfeld S. 85—86.

⁵⁹ Vgl. oben § 38 Anm. 24 ff., Stobbe I 309, Riesenfeld S. 89 ff. Das Nähere gehört ins Prozeßrecht; mit Recht will auch Entw. II im Gegensatz zu Entw. I, der ausführliche Einzelbestimmungen über das Verfahren enthielt, diese in die C.Pr.O. als § 836a—836r verweisen.

⁶⁰ So nach Pr. L.R. II, 18 § 854 bei 40jähriger Verschollenheit; ferner oft bei Seeverschollenheit (z. B. Preufs. Ges. v. 28. Febr. 1851 § 5) u. Kriegverschollenheit (bes. nach den neueren Spezialgesetzen oben Anm. 54). Nach dem von Entw. II vorgeschlagenen § 836g der C.Pr.O. kann die Bekanntmachung in öffentlichen Blättern bei Kriegs-, See- und anderer Unfallverschollenheit und bei Ablauf von 100 Jahren seit der Geburt unterbleiben.

⁶¹ Das Urtheil hat die Natur eines Ausschlussurtheils. Vgl. Stobbe I 309 Anm. 30, Riesenfeld S. 98 ff., Gengler S. 68.

4. Wirkung der Todeserklärung. Die Todeserklärung bewirkt eine für und wider Jedermann rechtskräftige Feststellung der Todesvermuthung⁶².

Demgemäß werden nun alle Rechtsfolgen des natürlichen Todes als eingetreten behandelt. In vermögensrechtlicher Hinsicht gilt die Persönlichkeit des Verschollenen als erloschen, so daß für ihn kein Rechtserwerb mehr stattfindet, seine unvererblichen Vermögensrechte (z. B. ein Nießbrauch) ihr Ende erreichen, im Uebrigen in sein Vermögen die Erbfolge eröffnet wird⁶³, auch die durch seinen Tod bedingten Ansprüche Dritter (z. B. auf eine Lebensversicherungssumme oder Witwenpension) in Kraft treten⁶⁴. Ebenso aber muß in personenrechtlichen Verhältnissen der Verschollene nun als todt behandelt werden⁶⁵. Insbesondere erscheint daher seine Ehe als gelöst, so daß der zurückgebliebene Gatte ohne Weiteres zur Wieder-
verheirathung schreiten kann⁶⁶. Manche Gesetze fordern indess noch

⁶² Riesenfeld S. 100 ff. — Keine „Fiktion“, wie das R.Ger. b. Seuff. XLIII Nr. 2 S. 2 sagt. Daher auch keine Eintragung in die Sterberegister; Sicherer a. a. O. S. 393, Hinschius, Komm. zum Personenstandsges. § 56 Anm. 25. Anders in der Schweiz nach Bundesges. v. 24. Dez. 1874 Art. 24.

⁶³ Roth I 363; Stobbe I 310; Riesenfeld S. 144 ff. — Anomaler Weise wird nach einigen Partikularrechten das Vermögen den Erben nur gegen *cautio de restituendo* ausgehändigt; Roth § 61 Anm. 20, 32, 37, 39, 49, 56, 57, 103.

⁶⁴ Beseler S. 227; Riesenfeld S. 133; Stobbe § 38 Anm. 34a.

⁶⁵ Vgl. Unger I 243, Beseler S. 227, Bluntschli S. 17, Stobbe § 38 Anm. 34, Dernburg, Pand. I § 51 Anm. 9, Riesenfeld S. 101 ff., jetzt auch Gengler S. 69 (anders 3. Aufl. S. 60). Dagegen halten Andere grundsätzlich an der älteren Ansicht fest, daß die Todeserklärung nur für die Vermögenssphäre wirke; vgl. Glück II 397, Roth, D.P.R. I 364, Eccius in Holtzendorffs Rechtslexikon III 1075 u. die übrigen b. Riesenfeld S. 101 Anm. 2 Genannten. — Mit der Todeserklärung endet daher das elterliche Recht (väterliche Gewalt, Recht des *Ebekonsensus* u. s. w.); Riesenfeld S. 134 ff. Ebenso die Vormundschaft über den Verschollenen; Riesenfeld S. 137 ff. Auch bestehen seine Urheberrechte nur noch mit der nach dem Tode laufenden Schutzfrist fort; Riesenfeld S. 133.

⁶⁶ Preufs. L.R. II, 1 § 665 ff.; Hannov. Ges. v. 23. Mai 1848 § 16; Hamb. Ges. v. 15. Okt. 1819 Art. 14; Brem. Ges. v. 3. Juli 1826 § 11; Lüb. Ges. v. 30. Dez. 1829 § 8 Abs. 2; Bayr. Ausf.Ges. v. 23. Febr. 1879 Art. 118—119, vgl. Roth, Bayr. C.R. I 182; Elsass-Lothr. Ges. v. 21. Okt. 1873 § 7 Abs. 2 für die in den letzten Kriegen Verschollenen; Schlesw.-Holst. Praxis nach Falck IV 480; Württemb. nach Lang, Württ. Personenrecht S. 336. — Das Gleiche aber ist mit den in der vorigen Anm. Eingangs genannten Schriftstellern und Scheurl, Das gem. deut. Eherecht § 53 S. 271, als gemeinrechtlich überall anzunehmen, wo das Partikularrecht nicht entgegensteht. Denn wenn auch das kanonische Recht in c. 19 X de spons. 4, 1 die Wiederverheirathung bis zur Gewisheit des Todes verbietet und das ältere evangelische Recht einen Desertionsprozess forderte, so sind doch diese Bestimmungen durch die Ausbildung der modernen Todeserklärung mit

einen besonderen richterlichen Ausspruch über die Beendigung der Ehe⁶⁷. Und nach einigen Gesetzen gilt die Ehe überhaupt nicht als gelöst, bis sie auf Grund eines Ehescheidungsprozesses förmlich geschieden ist⁶⁸.

Bestritten ist, welcher Zeitpunkt als Todeszeit des Verschollenen zu gelten hat. Wird davon abgesehen, daß im französischen Recht und einzelnen deutschen Partikularrechten sich in Verbindung mit der vorläufigen Besitzeinweisung der Erben die endgültige Regelung der Erbfolge nach dem Zeitpunkt des Eintritts der Verschollenheit (*successio ex tunc*) erhalten hat⁶⁹, so sind im Uebrigen die älteren Ansichten, die die Todesvermuthung auf den Beginn der Verschollenheit oder doch der Verschollenheitskuratel zurückbeziehen wollten, heute allgemein aufgegeben⁷⁰. Dagegen ist noch heute der seit der Ausbildung der Todeserklärung durch richterliches Urtheil entbrannte Streit nicht ausgetragen, ob dieses Urtheil „konstitutive“ oder nur „deklarative“ Kraft habe. Die Anhänger der konstitutiven Kraft des Urtheils behandeln den Tag der Todeserklärung als Todestag⁷¹. Diese Ansicht ist in mehrere Gesetze übergegangen⁷² und

ihrer allseitigen Wirkung beseitigt. A. M. Roth I 365, Eccius a. a. O. v. Sicherer S. 223, Hinschius zu § 34 des Personenstandsges. Anm. 22. Das bisherige Reichsrecht hat die Frage keineswegs, wie Manche annehmen, entschieden; vgl. Riesenfeld S. 141. Entw. I § 1235 will die Wiederverheirathung ohne Weiteres zulassen.

⁶⁷ Oest. Gb. § 112—114 u. Ges. v. 16. Febr. 1883 § 9; Sächs. Gb. § 1708; Oldenb. V. v. 15. Febr. 1844 § 18.

⁶⁸ Bad. L.R. Art. 232a; Kurhess. R. b. Roth, Kurh. P.R. I 120 Anm. 32 u. S. 358; Französ. R. b. Hinschius a. a. O. S. 122, Crome S. 122 u. Barazetti S. 414 ff.; Schweiz. R. b. Huber I 124.

⁶⁹ Code civ. Art. 129, vgl. Crome S. 120 u. Barazetti S. 378 ff.; Anhalt-Bernb. V. v. 2. Dez. 1779 Art. 12 u. 14 b. Roth § 61 Anm. 30; Darmst. V. v. 1774 u. 1776 ib. Anm. 86—87; Wimpfener Stadtr. V, 1 Art. 22; Nassau. Ed. v. 21. Mai 1781 b. Bertram § 1786; Meckl. R. nach Böhlau II § 147.

⁷⁰ Vgl. über die Anhänger dieser Ansichten Bruns S. 160, Riesenfeld S. 107.

⁷¹ Vgl. Gesterding, Ausbeute von Nachforschungen (1826) I 342; Eichhorn, D.P.R. § 327; Mittermaier § 448 Anm. 8 ff.; Renaud I § 55; Reyscher, Württ. P.R. I § 157 Anm. 6; Dernburg, Pand. I 121; Gengler S. 70; Andere b. Bruns S. 200 u. Riesenfeld S. 101 Anm. 1.

⁷² Preufs. Ver. v. 1763 u. Pr. L.R. I, 9 § 867, II, 1 § 665, II, 18 § 835; Oesterr. Gb. § 278 (vgl. aber unten Anm. 75); Weimar. Ges. v. 3. Apr. 1833 § 21 u. andere sächs.-thür. Ges. b. Heimbach § 76 Anm. 11 u. § 263 Anm. 3 u. Roth § 61 Anm. 120; Bayr. Ges. v. 1879 Art. 118 (jedoch nur, wenn die Todeserklärung vor dem 71. Geburtstage erfolgt). Dabei wird bald der Tag der Rechtskraft, bald schon der der Verkündigung des Urtheils als maßgebend erklärt. — Einige Gesetze

hat auch in der Praxis Anklang gefunden⁷⁰. Mit Recht indess wird in der gemeinrechtlichen Theorie und Praxis überwiegend angenommen, daß der Todeserklärung nur deklarative Bedeutung zukommt, als Todestag daher schon der Tag zu betrachten ist, an dem die gesetzlichen Voraussetzungen der Todesvermuthung erfüllt waren⁷⁴. Auch die neuere Landesgesetzgebung hat sich meist in diesem Sinne entschieden⁷⁵. Offenbar entspricht der Geschichte und dem Wesen der Todesvermuthung lediglich eine Auffassung, nach der das Gericht nur eine bereits vorhandene Wahrscheinlichkeit feststellt; aber auch mit den Anschauungen und Bedürfnissen des Lebens ist die Bestimmung des Todestages nach fester gesetzlicher Regel besser vereinbar, als ein System, das über die wichtigsten Fragen den von Zufall und Willkür abhängigen Zeitpunkt der Erledigung des gerichtlichen Verfahrens entscheiden läßt⁷⁶. Somit gilt in Ermangelung abweichender gesetzlicher Bestimmungen als Todestag der Tag, an dem die Thatsache verwirklicht war, aus der die Todesvermuthung entspringt⁷⁷. Dies ist, wo die Todeserklärung sich auf das Lebensalter stützt, der das entscheidende Lebensjahr vollendende Geburtstag; wo auf langjährige Verschollenheit, der Tag des Ablaufes der Verschollen-

lassen den Tag des fruchtlosen Ablaufes der Aufgebotsfrist entscheiden; so Brem. v. 3. Juli 1826 § 16, Lüb. v. 30. Dez. 1829 § 11, Oldenb. v. 3. März 1844 § 16, Goth. v. 2. Jan. 1844 § 104, Hannov. v. 23. Mai 1848 § 13.

⁷⁰ Kurhess. Pr. b. Pfeiffer, Prakt. Ausf. IV 379 ff. u. Roth, Kurh. P.R. § 48 Anm. 27; Seuff. V Nr. 31, XXII Nr. 8.

⁷⁴ Vgl. bes. Leyser sp. 96 m. 9, Hommel, Rhaps. 107 § 3, Cropp II 139, Pfeiffer a. a. O. S. 371 ff., Savigny II 18 ff., Bruns S. 198 ff., Unger I 236 ff., Walter § 109, Beseler § 58 Anm. 13, Roth, D.P.R. I 363, Stobbe I 314 ff., Regelsberger I 252, Riesenfeld § 17 u. die hier S. 110—111 Anm. Genannten; ferner Erk. b. Seuff. I Nr. 160, XXV Nr. 5, Württemb. Pr. b. Lang a. a. O. § 3 Anm. 3, Mecklenb. b. Böhlau II 359 Anm. 29.

⁷⁵ Schlesw.-Holst. V. v. 9. Nov. 1798 § 2 b. Falck IV 89; Zahlreiche sächs.-thür. Ges. b. Heimbach § 76 Anm. 9 u. § 263 Anm. 1 u. Roth § 61 Anm. 21; Frankf. Ges. v. 17. Febr. 1847 § 7; Sächs. Gb. § 43; Hamb. Ges. v. 14. Juli 1879 § 6 (mit Ausnahmen); zum Theil auch Bayr. Ges. v. 1879 (vgl. oben Anm. 72); endlich insbesondere das Oesterr. Ges. v. 16. Febr. 1883 § 8, das die bis dahin geltende konstitutive Kraft der Todeserklärung abschaffte, weil der Ringtheaterbrand ihre praktische Unbrauchbarkeit enthüllte.

⁷⁶ Einen schlagenden Beweis hierfür liefert die Geschichte der österreichischen Gesetzgebung; vgl. Strohal a. a. O. S. 145 ff. Vgl. auch Gierke, Entw. S. 135 ff., Riesenfeld S. 111 ff., Brunner, Verh. des XXI. Juristent. III 178 ff. So hat denn auch, während Entw. I § 21 der Todeserklärung konstitutive Kraft verlieh, Entw. II § 7 ihre bloß deklarative Kraft zu Grunde gelegt.

⁷⁷ Das österr. Ges. v. 1883 § 8 schreibt Angabe des vermutheten Todestages im Urtheil vor. Ebenso Entw. II § 7.

heitsfrist; wo auf das Verschwinden in Lebensgefahr, der Tag, der nach der Beschaffenheit der Gefahr als äußerste Lebensgrenze erscheint⁷⁸.

5. Wegfall der Wirkung. Da die Todeserklärung nur eine Vermuthung ausspricht, wird sie hinfällig, sobald die Vermuthung durch Gegenbeweis widerlegt wird⁷⁹. Dann muß der dem wahren Sachverhalt entsprechende Zustand hergestellt werden, wie er ohne Todeserklärung bestünde. Allein diese Herstellung ist keine schrankenlose. Vielmehr schützt die Rechtsordnung die Handlungen, die inzwischen im Vertrauen auf die Glaubwürdigkeit jener feierlichen gerichtlichen Feststellung vorgenommen sind⁸⁰.

a. Todesnachweis. Wird der Tod des Verschollenen bewiesen, so müssen nunmehr, falls sich ein anderer als der vermuthete Zeitpunkt des Todes ergibt, die Erbfolge und die sonstigen Rechtswirkungen des Todes nach der wahren Todeszeit geregelt werden. Wer aber demgemäß Vermögen, das er als vermutheter Erbe oder aus einem anderen Rechtsgrunde besessen hat, erstatten muß, braucht, falls ihm nicht böser Glaube nachgewiesen wird, nur die Bereicherung herauszugeben⁸¹. Auch unterliegt die Erbschaftsklage des wahren Erben der gewöhnlichen Verjährung, deren Lauf mit der Einweisung der vermeintlichen Erben beginnt⁸².

b. Lebensnachweis. Wird das Leben des Verschollenen bewiesen, wie dies am schlagendsten durch seine Rückkehr geschieht,

⁷⁸ Oesterr. Ges. § 8; Entw. II § 7. Bei der Unfallverschollenheit wird dies regelmäßig der Tag des Ereignisses sein; bei der Seeverschollenheit der Tag des erwiesenen oder vermutheten Unterganges des Schiffs; bei der Kriegverschollenheit, wo sie auf Verwundung in der Schlacht gegründet wird, der Tag der Schlacht, wo auf Nichtrückkehr, der Tag des Friedensschlusses. Die neueren Spezialgesetze haben übrigens für die seit den letzten Kriegen Vermissten gemeinsame gesetzliche Todestage fixirt; so in Preußen den 31. Dez. 1864, 31. Dez. 1866 u. 30. Juni 1871; weitere Nachweise h. Roth § 61 Anm. 121.

⁷⁹ Und zwar von Rechtswegen ohne neues Urtheil; Dernburg I 121, Riesenfeld S. 155. Vgl. Preufs. L.R. II, 18 § 842, 847; Code civ. Art. 132; Oest. Gb. § 278; Sächs. Gb. § 44; Bayr. Ges. v. 1879 Art. 119.

⁸⁰ Riesenfeld S. 155. Wer dagegen eine bestimmte Kunde über den Tod oder das Leben des Verschollenen hatte, kann diesen Schutz nicht in Anspruch nehmen.

⁸¹ Pr. L.R. II, 18 § 842—845, Oesterr. Gb. § 278, Hamb. Ges. v. 14. Juli 1879 § 9, andere Ges. h. Roth § 61 Anm. 147, Schweiz. Ges. b. Huber I 127 ff.; vgl. Stobbe I 315, Riesenfeld S. 157 ff. Dazu Entw. I § 2089. — Ueber den Schutz Dritter, die in gutem Glauben von dem vermeintlichen Erben rechtsgeschäftlich erworben haben, vgl. Pr. L.R. II, 18 § 849—851 u. Entw. I § 2090.

⁸² Unger I § 27 Anm. 35; Roth § 61 Anm. 147; Riesenfeld S. 158.

so zeigt sich, daß seine Rechte niemals erloschen waren⁸³. Er kann daher sein Vermögen zurückfordern⁸⁴ und muß nur die Wirkungen des gutgläubigen Besitzes wider sich gelten lassen⁸⁵. Dieses Rückforderungsrecht unterliegt gemeinrechtlich keiner Verjährung⁸⁶. Manche Gesetze lassen indess das Rückforderungsrecht mit Ablauf der Verjährungsfrist erlöschen⁸⁷ und geben nur zum Theil dem Zurückgekehrten dann noch einen Anspruch auf Unterhalt⁸⁸. Auch die Familienrechte des Verschollenen stellen sich als fortbestehend heraus⁸⁹. Insbesondere ist seine Ehe, falls sie nicht geschieden ist, niemals gelöst⁹⁰. Doch müssen die inzwischen im Vertrauen auf die

⁸³ Ebenso ergibt sich, daß die durch seinen Tod bedingten Ansprüche noch nicht fällig waren; der Versicherer kann also die ausgezahlte Lebensversicherungssumme, jedoch vom gutgläubigen Empfänger ohne Zinsen, zurückfordern, Pr. L.R. II, 8 § 2299.

⁸⁴ Bruns S. 187, Roth I 365, Dernburg I 121, Riesenfeld S. 161 ff. Die Klage auf Herausgabe des Vermögens wird nach Analogie der Erbschaftsklage behandelt; Entw. I § 2089. — Aeltere Landesrechte geben singularer Weise dem Zurückgekehrten nur einen Anspruch auf die Nutzungen oder auf lebenslänglichen Unterhalt; Roth § 61 Anm. 144—145, Stobbe § 38 Anm. 45.

⁸⁵ Sein Anspruch wird von den Gesetzen bald auf die Bereicherung, bald auf die Hauptsache ohne die Früchte eingeschränkt; vgl. Roth § 61 Anm. 141—143, auch die schweizer. Ges. b. Huber I 125—130. Auch muß er, wenn schon an sich sein Anspruch gegen jeden Besitzer geht, den gutgläubigen Erwerb Dritter aus lästigen Rechtsgeschäften mit den vermeintlichen Erben nach Pr. L.R. II, 18 § 849—851 anerkennen; ebenso ohne Beschränkung auf lästige Geschäfte Entw. I § 2090. Dem bösgläubigen Besitzer dagegen kann er alles Empfangene mit den Früchten abfordern; Pr. L.R. II, 18 § 844—845, Oldenb. V. v. 16. Febr. 1844 § 29, andre Ges. b. Roth § 61 Anm. 140, Dernburg a. a. O. Anm. 14, Riesenfeld S. 161.

⁸⁶ Stobbe § 38 Anm. 45 b, Roth I 366. A. M. Unger § 27 Anm. 36 Riesenfeld S. 162.

⁸⁷ Oetting. V. v. 1756, Preufs. V. v. 1763 b. Bruns S. 187, Oldenb. V. v. 1844 § 28, Bayr. Ges. v. 1879 Art. 121 u. andere Ges. b. Roth § 61 Anm. 146. Ebenso (und zwar gleichfalls ohne Gewährung eines Unterhaltsanspruches) Entw. I § 2090, vgl. Motive V 597.

⁸⁸ Preufs. L.R. II, 18 § 852 u. andre Ges. b. Roth § 61 Anm. 146; vgl. Riesenfeld S. 164 ff. — Das Pr. L.R. a. a. O. § 853 u. Code civ. Art. 133 gewähren einen gleichen Unterhaltsanspruch nach Ablauf der 30 jährigen Verjährung auch noch den Deszendenten des Verschollenen.

⁸⁹ Riesenfeld S. 169 ff. Die elterliche Gewalt des Todtgeglaubten läßt auch Entw. I § 1557 u. 1560, jedoch erst durch eine Willenserklärung an das Gericht, wieder aufleben; dagegen soll nach Entw. I § 1703, 1704 u. 1735 die Vormundschaft des Verschollenen und über den Verschollenen durch die Todeserklärung für immer enden.

⁹⁰ Pr. L.R. II, 1 § 667, Sächs. Gb. § 1709, Hannov. Ges. v. 1848 § 16, Brem. V. v. 1826 § 29 Abs. 2, Oldenb. v. 1844 § 18 Abs. 3; v. Sicherer a. a. O.

Richtigkeit der Todesvermuthung begründeten neuen Familienrechtsverhältnisse in Kraft bleiben⁹¹. Hat daher der zurückgebliebene Ehegatte sich wieder verheirathet, so besteht die neue Ehe und die alte Ehe ist aufgelöst⁹². Dagegen hält das kanonische Recht unbedingt die erste Ehe aufrecht, so daß die neue Ehe als nichtig erscheint⁹³. Ihm folgen manche Partikularrechte⁹⁴. Das französische Recht giebt nur dem rückkehrenden Ehegatten, das sächsische Gesetzbuch dem doppelt Verheiratheten ein Recht zur Anfechtung der neuen Ehe⁹⁵. Nach hamburgischem Recht gilt die neue Ehe, ausgenommen den Fall, daß sie unbeerbt, die erste Ehe aber beerbt ist⁹⁶.

Zweiter Titel.

Einfluss natürlicher Zustände.

§ 43. Geschlechtsunterschied.

Im älteren deutschen Recht¹ war wegen der innigen Verbindung von öffentlichem Recht und Privatrecht die Frau, da sie gerichtsun- und heeresunfähig war, auch in der Privatrechtsfähigkeit dem Manne

S. 220, Stobbe I 316, Riesenfeld S. 171. Selbstverständlich erfolgt auch die Wiedereinsetzung in die ehelichen Vermögensrechte; Entw. I § 1327 Z. 4, 1332 u. 1430 Abs. 1.

⁹¹ So kann z. B. eine ohne den erforderlichen Konsens des Todtgegläubten geschlossene Ehe nicht angefochten werden.

⁹² Pr. L.R. II, 1 § 666, Brem. V. § 29 Abs. 1, Lüb. V. v. 1829 § 16; für nichtkatholische Ehen auch Hannov. Ges. § 16, Oldenb. V. § 18. Ebenso Entw. I § 1464. Das Gleiche ist für das gemeine Recht anzunehmen; Dernburg, Pand. I 121; a. M. Friedberg, Kirchenr. § 152, Sicherer S. 223, Riesenfeld S. 171. Doch muß die zweite Ehe im Falle der Bösgläubigkeit des doppelt Verheiratheten für nichtig erachtet werden (so ausdrücklich Lüb. V. u. Entw. I a. a. O.) und ist auch bei bösem Glauben des anderen Theils mindestens anfechtbar (Hannov. Ges. § 16). Stellt sich die zweite Ehe als nichtig heraus, so besteht die erste Ehe; Entw. I § 1464 Abs. 3.

⁹³ c. 1 C. 84 q. 1 et 2. Doch gelten die Kinder aus der Scheinehe als eheliche; die gegentheilige Bestimmung des Oesterr. Gb. (Unger I 244 Anm. 37) ist aufgehoben, vgl. Stobbe § 38 Anm. 49.

⁹⁴ So das Württemb. R. nach Sicherer S. 218 Anm. 2; für katholische Ehen auch das Hannov. u. Oldenb. R., oben Anm. 92. Ebenso das österr. R., Unger I 244. Für das schweiz. R. nimmt Huber I 131 das Gleiche an.

⁹⁵ Code civ. Art. 139; dazu Zachariae I § 159 (8. Aufl. § 99), Crome S. 122, Barazetti S. 416 ff. Sächs. Gb. § 1710.

⁹⁶ Hamb. Ges. v. 14. Juli 1879 § 14.

¹ Weinhold, Die deutschen Frauen in dem Mittelalter, Wien 1851, 2. Aufl. 1881. Thudichum, Geschichte des deutschen Privatrechts, Stuttgart 1894, S. 44 ff.

nicht gleichgestellt². Vielmehr war sie in ihrer Handlungsfähigkeit durch lebenslängliche Stellung unter Vormundschaft, in ihrer Rechtsfähigkeit durch Unfähigkeit zur Munt, durch Zurücksetzungen im Erbrecht oder doch bei der Erbfolge in Grundbesitz und durch Lehnsunfähigkeit beschränkt³.

Mit der Trennung von öffentlichem und Privatrecht ist, während im öffentlichen Recht die unvollkommene Rechts- und Handlungsfähigkeit der Frauen fortbesteht, im Privatrecht die grundsätzliche Gleichstellung beider Geschlechter durchgedrungen⁴. Doch gilt diese Regel auch heute nicht ausnahmslos. Es versteht sich von selbst, daß das Eherecht für Mann und Frau, das Elternrecht für Vater und Mutter eine ungleiche Stellung begründet. Außerdem aber haben sich Reste der Geschlechtsvormundschaft, die regelmässige Unfähigkeit der Frauen zur Vormundschaft und zur Familienrathsmitgliedschaft und ihre erbrechtliche Zurücksetzung bei Lehen, Haus- und Stammgütern, Familienfideikommissen und Bauergütern erhalten. Auch sind die römischen Interzessionsbeschränkungen der Weiber vom gemeinen Recht und mit mancherlei Umbildungen von Landesrechten aufgenommen und erst neuerdings vielfach wieder beseitigt⁵.

Alle Unterschiede von der privatrechtlichen Stellung der Männer aber fallen nach heutigem wie schon nach mittelalterlichem Recht für Handels- und Gewerbefrauen im Bereiche ihres Betriebes weg⁶.

Ist das Geschlecht zweifelhaft, so entscheidet die vorherrschende Bildung⁷.

² Doch galt ihre Persönlichkeit keineswegs als minderwerthig. Vielmehr legen ihr manche Volksrechte und auch jüngere fries. u. sächs. Quellen (und zwar zum Theil gerade wegen ihrer Wehrlosigkeit) erhöhtes Wergeld und erhöhte Buße bei; Grimm, R.A. S. 404 ff., Schröder, R.G. S. 335, Brunner, R.G. II 614 ff., Stobbe § 39 Anm. 1a, Thudichum S. 45. Später freilich wird ihr Wergeld auf die Hälfte herabgesetzt; Sachsensp. III Art. 45 § 2, Schwabensp. (L.) c. 310.

³ Hiervon ist unten im Familienrecht, Erbrecht und Lehnrecht zu reden.

⁴ Preufs. L.R. I, 1 § 24: Die Rechte beider Geschlechter sind einander gleich, soweit nicht durch besondere Gesetze oder rechtsgültige Willenserklärungen Ausnahmen bestimmt werden. Sächs. Gb. § 46.

⁵ Näheres bei den einzelnen Rechtsinstituten. Vgl. übrigens auch oben § 18 Anm. 33. — Ueber das schweiz. Recht vgl. Huber I 131 ff., über das baltische Erdmann I § 17.

⁶ H.G.B. Art. 6, R.Gew.O. § 11; Thöl H.R. § 42, Behrend, H.R. § 34—35. Nachweise über das ältere deut. R. b. Stobbe § 39 Anm. 3—4, über das französ. u. ital. R. b. Goldschmidt, H.R. I, 1, 1 S. 221 u. 245. — Andererseits stellt aber das geltende Gewerberecht für Arbeiterinnen besondere Rechtssätze auf.

⁷ Beseler, D.P.R. S. 229, Stobbe I 319 ff., Unger I 279, Dernburg I 128; Sächs. Gb. § 46. So auch bei der Eintragung ins Geburtsregister; Sicherer

§ 44. Altersunterschied.

I. Jugendliches Alter.

1. Altersstufen¹, Das deutsche Recht kannte ursprünglich nur eine einzige Grenze zwischen unreifem und reifem Alter. Wer sie erreicht hatte, war zu seinen Jahren oder Tagen, zu den „bescheidenen“, „vogtbaren“ oder „mundbaren“ Jahren gekommen². Für ihn fielen also die lediglich aus der Unmündigkeit folgenden Beschränkungen der Handlungsfähigkeit weg³. Doch konnte der Mündige nach wie vor einer fremden Munt unterworfen und hierdurch in seiner Handlungsfähigkeit beschränkt sein. Denn er war zwar der

u. a. O. S. 78 ff., Hinschius a. a. O. S. 76 Anm. 42. — Das ältere deutsche Recht nahm das Vorkommen von Zwittern an; sie sind nach Sachsensp. I Art. 4, falls die schon alte Deutung von „altvil“ als Zwitter richtig ist und nicht darunter mit Höfer, *Altville* im *Sachsenspiegel*, Halle 1870) Blödsinnige oder (nach der bei Thudichum S. 201 gebilligten Erklärung von Sachsse u. Haupt) Wechselbälge zu verstehen sind, lehns- und erbunfähig. Auch das Bayr. L.R. I c. 3 § 2 Nr. 2 nimmt Zwitter als möglich an und läßt dann das Geschlecht wählen. Ebenso das Pr. L.R. I, 1 § 19—23, nach dem zunächst den Eltern, nach vollendetem 18. Jahr dem Zwitter die Wahl zusteht, Dritte aber, deren Rechte vom Geschlecht des Zitters abhängen, einen auch gegen die Wahl entscheidenden Ausspruch von Sachverständigen herbeiführen können.

¹ Vgl. zum Folgenden Grimm, R.A. S. 410 ff., Kraut, Vorm. I 110 ff., Rive, Vorm. I 50 ff., 72 ff., 212 ff., II, 1 S. 58 ff., II, 2 S. 61 ff., Stobbe I § 40, Heusler, Inst. I 101 ff., II 489 ff., Schröder, R.G. S. 65 ff., 260 ff., 680, Brunner, R.G. I 76 ff., 89 ff. Thudichum, *Gesch. des deut. Privatr.* S. 24 ff. u. 39 ff.

² Diese u. ähnliche Ausdrücke weist Kraut, Vorm. I 111 nach. Die langob. Quellen sprechen von „legitima aetas“, friesische unterscheiden „unjährige“ und „jährige“ Kinder.

³ Kraut I 115 ff.; Heusler, Inst. II 484. Insbesondere ist nun das jugendliche Alter als solches kein Hindernis mehr für Heeres- und Gerichtsfähigkeit, Fidesfähigkeit, Ehefähigkeit, volle strafrechtliche Verantwortlichkeit, vermögensrechtliche Verfügungs- und Verwirkungsfähigkeit. Nur ist mit dem Wegfall des Altershindernisses nicht ohne Weiteres die volle Fähigkeit in jeder Richtung begründet, da sie durch ein anderes Hindernis ausgeschlossen sein kann. So trat sicherlich die Heeres- und Gerichtsfähigkeit, wie sie in der Urzeit erst durch eine förmliche Aufnahme nach Prüfung und Anerkennung der Wehrhaftigkeit erworben wurde (Tac. Germ. c. 13), auch später erst nach öffentlicher Feststellung der Mannesreife ein. Denn wie sie nicht bloß durch weibliches Geschlecht, sondern auch durch leibliche und geistige Mängel für immer ausgeschlossen blieb, so mußte sie durch die nach der Mündigkeit fortdauernde Unreife aufgeschoben werden. Die Mündigkeitstermine bedeuten also in den wichtigsten Beziehungen — und zwar um so entschiedener, je weiter wir in der Vergangenheit zurückgehen — nur früheste Grenzen des wirklichen Eintrittes voller Fähigkeit.

Munt über Andere und darum auch über sich selbst fähig⁴, besaß aber keineswegs nothwendig diese als „Selbmündigkeit“ bezeichnete volle Herrschaft über sich selbst⁵. Vielmehr fiel, da die väterliche Munt über Söhne erst mit deren Ausscheiden aus der Hausgemeinschaft endete, nur für vaterlose Knaben regelmäßig Mündigkeit und Selbmündigkeit zusammen⁶. Weiber aber wurden überhaupt niemals selbmündig, so daß für sie die Erlangung der Altersreife stets nur eine beschränktere Bedeutung hatte⁷.

Während der Eintritt der Mündigkeit in der Urzeit von der individuellen Geschlechtsreife abhängig gewesen zu sein scheint⁸, sind seit der Zeit der Volksrechte überall feste Mündigkeitstermine anerkannt. Sie waren Anfangs auffallend kurz bemessen⁹. Am verbreitetsten war der Termin von 12 Jahren¹⁰. Daneben begegnet der

⁴ Dies gerade besagen die Ausdrücke „mundbar“ und „vogtbar“. Vgl. Sachsensp. I Art. 42 § 2; Ditmars. L.R. v. 1447 § 185: en junghe, dede olt is 11 jahr und ses weken, de schal und mach sin eghen vormunt wesen.

⁵ Der Ausdruck „selbmündig“ begegnet schon in Ed. Rothar. c. 204; ebenso im Lüb. R. b. Hach II 203.

⁶ Doch ist es sehr wahrscheinlich, daß stets eine freiwillige Verlängerung der Altersvormundschaft zulässig war; vgl. L. Rib. 81, Freiburg. Stadtr. v. 1120 § 34, Alt. Kulm. R. IV 106, Heusler II 490 ff.

⁷ Darum erwähnen manche Quellen bei der Festsetzung der Mündigkeitstermine nur die Knaben. Allein da auch für Mädchen die Ehefähigkeit, die Zurechnungsfähigkeit und manches Andere von der Mündigkeit abhängt, überdies aber mit der Abschwächung der Geschlechtvormundschaft die Frage, ob sie unter Altersvormundschaft oder bloßer Geschlechtvormundschaft ständen, immer wichtiger wurde, so werden die Mündigkeitstermine mehr und mehr auf sie mitbezogen. Nur selten, aber doch nicht immer bloß unter dem Einfluß des römischen Rechts, wird der Mündigkeitstermin für Mädchen anders (meist früher, hier und da auch später) als für Knaben bestimmt; Kraut I 161 ff., Stobbe § 40 Anm. 11.

⁸ Dafür spricht die Art und Weise, wie nach mittelalterlichen Quellen (Sachsensp. I Art. 42 § 1, Grimm, W. III 521) die Mündigkeit bei ungewissem Alter ermittelt werden soll; vgl. Stobbe I 321. A. M. Kraut I 164.

⁹ Dies erklärt sich nur theilweise aus der Einfachheit der Lebensverhältnisse, vornehmlich aus dem oben Anm. 3 u. 6 Bemerkten.

¹⁰ Er gilt im westfränkischen Recht, l. Sal. t. 24 § 1, sowie in Hessen, Schröder, Forsch. z. deut. Gesch. XIX 141 ff.; im sächsischen Recht, Kraut, Vorm. I 114 u. Grundr. § 34 Nr. 29–30; nach altem Kulm. R. (Leman) IV 106; im altbayr. u. altösterr. R., Stobbe § 40 Anm. 5; nach Freiburg. Stadtr. v. 1120 § 49; nach kl. Kaiserr. II Art. 17; desgleichen nach älterem langob. R., ed. Roth. c. 155; nach nordischen Rechten, Rive I 51 ff., 73; nach späterem angelsächs. R. b. Schmid S. 70 u. 154. — Mit dem Zusatz von Jahr und Tag (13 Jahre 6 Wochen 3 Tage) im sächs. Lehnrecht, Vetus auctor I § 64, Sachsensp. Lehnart. Art. 26 § 1.

noch kürzere Termin von 10 Jahren¹¹, aber auch ein längerer von 15¹², vereinzelt auch von 14 oder 16 Jahren¹³.

Als diese Termine als verfrüht empfunden wurden, schritt man vielfach zur Verlängerung der Unmündigkeit. Insbesondere wurden statt 12 oft 18 Jahre als Grenze bestimmt¹⁴. Anderswo hielt man an dem Mündigkeitstermin von 12 Jahren fest, führte aber eine zweite Altersgrenze ein, bis zu deren Erreichung der Mündige, obwohl er der Munt über Andere und über sich selbst fähig war, freiwillig unter Vormundschaft verharren konnte¹⁵. Dieser zweite Termin wurde im sächsischen Recht und sonst auf 21 Jahre gelegt¹⁶, während in manchen Rechten 24 oder auch unter dem Einfluss des römischen Rechts 25 Jahre dafür eintraten¹⁷. Zur Unterscheidung beider Altersstufen wurden die Ausdrücke „binnen seinen Jahren“ und „binnen seinen Tagen“ üblich. Blieb der zu seinen Jahren Gekommene unter

¹¹ So bei den Angelsachsen nach Hlothar u. Eadric c. 6 b. Schmid S. 12; mit dem Zuschlage von Jahr u. Tag auch in Ditmarschen, vgl. oben Anm. 4.

¹² So nach rheinfränk. u. burgund. Recht, l. Rib. 81 u. l. Burg. 87; ebenso nach späteren französ. Quellen, Kraut, Vorm. I 133 ff.; in Aachen (aber für Mädchen 14 Jahre), Lörtsch, Aachener Rechtsdenkm. S. 113 Art. 52; in den Stadtr. v. Kolmar § 32 u. Dattenried § 32 b. Gaupp I 120 u. II 181; in Leobschütz, Kraut I 133; in nordischen Rechten, Rive I 52 u. 73. Für einzelne Beziehungen auch nach Augsb. Stat. v. 1276 (Meyer) Art. 40 u. 68.

¹³ 14 Jahre in l. Wisigoth. IV t. 3 c. 4 u. Schwabensp. (L.) c. 60 u. 63, wo römischer Einfluss wahrscheinlich ist; aber auch nach Berner Handf. v. 1218 § 52, Bayr. L.R. v. 1346 Art. 121 u. 325, Oesterr. L.R. Art. 52 u. s. w.; vgl. Stobbe § 40 Art. 6 u. 11. 16 Jahre nach Tiroler L.O. v. 1532 III Art. 52 u. Henneb. L.O. v. 1539 III 6, 8; vgl. Kraut I 157 Anm. 15.

¹⁴ So im langob. R. seit ed. Liutpr. c. 19 u. 117; nach lüb. R. b. Hach II Art. 101, 102, 203, Hamb. v. 1270 V Art. 3, Brem. v. 1303 Art. 8, Braunschw. Rathsver. v. 1408 c. 49 u. anderen niedersächs. Stadtr., Kraut I 135 ff.; nach Frankf. R. im 15. Jahrh., Orth, Anm. I 9 ff.; nach Ditmars. Landr. v. 1567 Art. 24; nach Bayr. L.R. v. 1518 t. 51 Art. 4, österr. Statutarr. b. Hasenöhr I S. 107 ff., Nürnbr. Ref. v. 1564 t. 39 Art. 11. Ebenso nach Aurea bulla c. 7 § 4 für Kurfürsten, was dann im hohen Adel vorbildlich wurde. — 20 Jahre begegnen in Augsb. Stat. Art. 95, Rigischem Ritterr. c. 40, Oesterr. W. IV 354 Z. 39, französ. u. nord. Rechten, vgl. Kraut I 137.

¹⁵ Sachsensp. I Art. 42 § 1, Vetus Auctor I § 64, Erfurter Stat. v. 1306 § 9, französ. Stat. b. Kraut I 144. Nach dem oben Anm. 6 Bemerkten bestand die Neuerung zunächst nur in der Setzung einer festen Altersgrenze für die Zulässigkeit der Vormundschaftsverlängerung. Um so weniger darf man mit Thudichum S. 31 an eine Herübernahme von römischem Recht denken.

¹⁶ Sachsensp. I Art. 42 § 1, Lehnr. Art. 26; ebenso mehr und mehr im französ. u. engl. R., Kraut I 147 ff.

¹⁷ 24 Jahre im Vetus Auctor I § 65, kl. Kaiserr. II 17, vgl. Kraut I 137 u. 141. 25 zuerst im Schwabensp. (L.) c. 51 (hinter 18 J.), 61 u. 63, dann im lüb. R. b. Hach II Art. 102 (hinter 18 J.).

Vormundschaft, so war seine Rechtsstellung die bisherige. Schon im Mittelalter aber wurde die Erstreckung der Vormundschaft bis zur vollen Altersreife nicht nur allgemein gebräuchlich, sondern vielfach nothwendig, so daß sich zuletzt auch hier eine einfache Verlängerung der Unmündigkeit ergab¹⁸.

Nach der Rezeption wurde die römische Unterscheidung von *impubes* und *minores* zwar aufgenommen, jedoch ihrer grundsätzlichen Bedeutung entkleidet. Denn allgemein wurde eine einheitliche Vormundschaft bis zur Volljährigkeit festgehalten und das Maß der Handlungsfähigkeit für Unmündige und Minderjährige bei Verkehrsgeschäften gleich bestimmt¹⁹. Nur die römische Ausscheidung eines besonderen Kindesalters während der ersten 7 Jahre drang durch. Im Uebrigen ist auch im heutigen gemeinen Recht zwischen Unmündigkeit und Minderjährigkeit ein durchgreifender Unterschied nicht begründet²⁰. In den Partikularrechten ist von einem solchen vollends nicht die Rede²¹.

Als Termin der Altersreife wurde im gemeinen Recht der römische von 25 Jahren aufgenommen²², nur für den hohen Adel blieben 18 Jahre maßgebend. In den Partikularrechten aber herrschte bunte Mannichfaltigkeit. Während die preussische und österreichische Gesetzgebung sich für 24²³, andere Gesetze für 23 oder 22 Jahre oder noch andere Termine entschieden²⁴, wurden im sächsischen Recht und sonst 21 Jahre festgehalten²⁵. Nach dem Vorgange eines preussi-

¹⁸ Kraut I 148 ff., 153 ff.; Böhlau II 83 ff.; Stobbe I 325.

¹⁹ Hierfür sind die Bestimmungen der R.Pol.O. v. 1548 t. 31 § 1 u. v. 1577 t. 32, wie immer ihre gesetzgeberische Absicht gedeutet werden mag, jedesfalls ein vollwichtiges Zeugnis.

²⁰ Freilich fehlt es nicht an Vertheidigern der strikten Geltung des römischen Rechts, vgl. Windscheid § 71 Anm. 9; vgl. aber Kraut II 97 ff., Pfeiffer, Prakt. Ausf. VII 99 ff., Beseler S. 619, Stobbe § 40 Anm. 16 e, Franken S. 76, Dernburg, Pand. § 54, Seuff. II Nr. 270, III Nr. 311, XI Nr. 25, XIII Nr. 241, XXVIII Nr. 135.

²¹ Auch das Preuss. L.R. u. das Oesterr. Gb. knüpfen, obwohl sie einen besonderen Mündigkeitstermin von 14 Jahren haben, an denselben keine Steigerung der Handlungsfähigkeit; Pr. L.R. I, 1 § 25 u. I, 5 § 14, Oesterr. Gb. § 21 u. 244.

²² Ebenso in vielen Partikularrechten; Kraut I 153 ff., Stobbe § 40 Anm. 17.

²³ Preuss. L.R. II, 18 § 696; Oest. Gb. § 21 (schon seit 1753); ebenso Oldenburg. R.

²⁴ 23 Jahre in Nassau u. seit Ges. v. 30. Juni 1865 in Württ.; 22 in Kurhessen; 22 für Männer u. 18 für Weiber in Hamburg.

²⁵ Sächs.-thür. R. b. Haubold § 52 u. Heimbach § 75 Anm. 1—2, Sächs. Gb. § 47. Ebenso Bayr. L.R. I, 7 § 36, Code civ. Art. 388, Schlesw.-Holst. V. v. 24. Okt. 1837.

schen Gesetzes v. 9. Dez. 1869 hat das Reichsgesetz v. 17. Febr. 1875 diesen Termin von 21 Jahren zum allgemeinen Volljährigkeitstermin erhoben²⁶. Nur für die Mitglieder der landesherrlichen Familien und des fürstlichen Hauses Hohenzollern ist die Fortgeltung abweichender Termine nach Hausrecht oder gemeinem Privatfürstenrecht vorbehalten²⁷.

2. Besondere Mündigkeitstermine bestehen daneben nach heutigem wie nach älterem deutschem Recht für einzelne Rechtssphären. Sie gehören zum Theil dem öffentlichen Recht an; so die staatsrechtliche, kirchenrechtliche, strafrechtliche Altersreife, die Eidesmündigkeit u. s. w. Privatrechtliche Bedeutung haben die besonderen Termine für Testirmündigkeit²⁸, Verlöbnißmündigkeit²⁹, Ehemündigkeit³⁰, Fähigkeit zur Uebernahme einer Vormundschaft³¹, Fähigkeit zur Selbstbestimmung des religiösen Bekenntnisses³².

3. Jahrgabung. Schon im Mittelalter konnten der Kaiser, die kaiserlichen Pfalzgrafen und die Landesherrn ausnahmsweise

²⁶ Derselbe gilt auch nach baltischem R. (Erdmann I 77 ff.) u. in den Ländern des französ. u. engl. R.; dagegen tritt die Volljährigkeit auch heute in Oesterreich erst mit 24, in der Schweiz schon mit 20 Jahren ein.

²⁷ R.Ges. v. 17. Febr. 1875 § 2. Regelmäßig gelten 18 Jahre, jedoch in Mecklenburg 19, in den herzogl. sächs. Häusern, in Anhalt, Reufs u. Waldeck 21; auch gilt nach manchen Hausgesetzen (z. B. in Baden) der besondere Termin nur für den Landesherrn selbst, nicht für die übrigen Familienglieder.

²⁸ Gemeinrechtlich 14 Jahre für Knaben u. 12 für Mädchen; dagegen für beide Geschlechter 14 Jahre nach Pr. L.R. I, 12 § 17—18, Oest. Gb. § 569 u. Sächs. Gb. § 2066, 16 Jahre nach Württ. L.R. III 2 § 2 u. Bremer Ges. v. 28. Juni 1870 § 6, 18 Jahre nach Lüb. u. Braunsch. R., Volljährigkeit nach Hamb. R.; Entw. I § 1912 will 16 Jahre bestimmen.

²⁹ Nach kanon. R. u. älterem deut. R. 7 Jahre, jedoch mit Zulassung der Auflösung bei erreichter Mündigkeit, vgl. Richter, Kirchenr. § 289 III, Stobbe § 40 Anm. 24; nach Sächs. Gb. § 1570 für den Bräutigam 18, die Braut 16 Jahre; nach Pr. L.R. II, 1 § 76 Ehemündigkeit.

³⁰ Nach R.Ges. v. 6. Febr. 1875 § 28 für Männer 20, für Weiber 16 Jahre, aber mit Zulassung der Dispensation. Ueber das ältere deut. R. u. die mannichfachen Bestimmungen der späteren Partikularrechte vgl. Kraut I 123 ff., Stobbe § 40 Anm. 26—27. Das Oest. Gb. § 49 verlangt für beide Geschlechter nur 14, der Code civ. Art. 144 18 u. 15, das Schweiz. Bundesges. v. 24. Dez. 1874 Art. 27 18 u. 16 Jahre.

³¹ Nach Sächs. Gb. § 1885 erst mit 25 Jahren.

³² Vielfach 14 Jahre (Pr. L.R. II, 2 § 84, Oldenb. V.U. Art. 34, Oesterr. Ges. v. 25. Mai 1868 Art. 4), aber auch 16 (Frankf. Ges. v. 5. Sept. 1811 § 11, Bad. Ges. v. 9. Okt. 1860 § 5), 18 (Kurbess. Ges. v. 29. Okt. 1848 § 1, Weimar. v. 6. Mai 1857 § 10) oder 21 Jahre; vgl. A. B. Schmidt, Der Austritt aus der Kirche, Leipzig 1893, S. 83—121 u. 271 ff.

einem Minderjährigen die Volljährigkeit verleihen⁸³. Später wurde die römische *venia aetatis* rezipiert, in den Partikularrechten aber wesentlich umgebildet⁸⁴. So wurde das erforderliche Mindestalter anders bestimmt⁸⁵, die gemeinrechtliche Beschränkung der Wirkungen der Jahrgebung beseitigt⁸⁶ und das Verfahren geordnet⁸⁷. Daneben kennen einzelne Partikularrechte die Einräumung einer unvollkommenen Selbständigkeit ohne Jahrgebung⁸⁸. Auch tritt erfrühte Volljährigkeit da, wo der Satz „Heirath macht mündig“ gilt, ohne Weiteres durch Verheirathung ein⁸⁹.

4. Wirkungen der Altersunreife. Die Hauptwirkung der Altersunreife ist ihr Einfluß auf die allgemeine Handlungsfähigkeit. Nach älterem deutschem Recht war der Unmündige an sich handlungsfähig, jedoch in seiner Handlungsfähigkeit dadurch beschränkt, daß er einerseits keine Handlung, die Selbmündigkeit forderte, vornehmen konnte⁴⁰, andererseits auch an solche Handlungen, die er gültig vollzogen hatte, nach erreichter Mündigkeit nicht gebunden war⁴¹. Später wurde das römische Recht in dieser Lehre aufgenommen, aber unter dem Einfluß deutschrechtlicher Anschauungen wesentlich umgestaltet. Das Ergebniss dieser Entwicklung ist für den ganzen Umfang der preussischen Monarchie durch das Gesetz v. 12. Juli 1875 fixirt worden⁴².

⁸³ Stobbe § 40 Anm. 34—36.

⁸⁴ Kraut, Vorm. II 168 ff.

⁸⁵ So für beide Geschlechter auf 18 Jahre nach Sächs. Gb. § 1968, Preuss. Vorm.O. v. 5. Juli 1875 § 61, Entw. II § 13; 20 Jahre nach Oesterr. Gb. § 252.

⁸⁶ Preuss. Vorm.O. § 98 (anders Pr. L.R. II, 18 § 724 ff.), Oesterr. Gb. § 252, Braunsch. Ges. v. 19. Mai 1876 § 1, Entw. II § 12; vgl. Roth, D.P.R. I 384 Anm. 61.

⁸⁷ Während in manchen Staaten die Volljährigkeitserklärung dem Landesherren vorbehalten ist (Roth § 65 Anm. 13), erfolgt sie nach Preuss. Vorm.O. § 61 u. 98 u. Oest. Gb. § 252 durch das Vormundschaftsgericht nach Vernehmung der Angehörigen und Prüfung der Sachlage; erforderlich ist Einwilligung des Minderjährigen und, wenn er in väterlicher Munt steht, des Vaters.

⁸⁸ Vgl. z. B. Pr. L.R. II, 18 § 728 ff., Oest. Gb. § 247—248, auch Sächs. V. v. 9. Jan. 1865 § 20.

⁸⁹ Davon im Familienrecht. — In Württemberg wird nach Ges. v. 21. Mai 1828 Art. 1 auch durch Anstellung im Staats- oder öffentlichen Schuldienst Volljährigkeit bewirkt.

⁴⁰ So, da er nicht vor Gericht auftreten konnte, keine gerichtliche Handlung; so keine Verfügung über seine Person; so aber auch keine Verfügung über das in der Hand des Muntwalts befindliche Vermögen.

⁴¹ L. Burg. 87; Ed. Liutpr. 58; Heusler, Inst. II 444 ff. u. 498; Schröder, R.G. S. 260.

⁴² Dieses Gesetz liegt dem Entw. I § 65—69 zu Grunde, während Entw. II

a. Kinder bis zu 7 Jahren gelten hiernach abweichend vom älteren deutschen Recht als vollkommen handlungsunfähig, ihre Rechtshandlungen als nichtig⁴³.

b. Minderjährige über 7 Jahre sind beschränkt handlungsfähig. Sie können ohne Genehmigung ihres Muntwalts zwar Rechte erwerben und sich von Verbindlichkeiten befreien, aber nicht veräußern und sich nicht verpflichten⁴⁴. Jedoch wird jeder von einem Minderjährigen ohne die erforderliche Genehmigung geschlossene Vertrag durch nachträgliche Genehmigung des Muntwalts oder des inzwischen volljährig gewordenen Minderjährigen selber vollwirksam⁴⁵. Und der andere Theil bleibt an den Vertrag gebunden, bis diese Genehmigung entweder ausdrücklich oder durch Nichtertheilung in einer dafür gesetzten Frist verweigert ist⁴⁶.

c. Minderjährige über 7 Jahre sind insoweit handlungsfähig, als sie der Handlungsfähigkeit bedürfen, um sich in einer selbständigen Lebensstellung, die sie mit Genehmigung ihres Muntwalts einnehmen, zu erhalten und zu bethätigen⁴⁷. Insbesondere steigert sich, wenn

§ 78—87 stärker abweicht. Mit ihm stimmen auch das österr., sächs. u. schweiz. Recht in den Grundzügen überein. Dagegen gelten im französ. u. bad. R. vielfach andere Regeln, vgl. Zachariae § 334—335 (8. Aufl. § 313 ff.), Behagel § 76, Roth, D.P.R. I 382—383, Crome, Allg. Th. S. 275 ff., Barazetti, Personenr. S. 41 ff.

⁴³ Preufs. Ges. § 1, Oest. Gb. § 865, Sächs. Gb. § 81, Entw. II § 78. Ein Grund, warum ihnen die Erwerbsfähigkeit versagt wird, ist nicht einzusehen. — Das französ. Recht kennt diese Altersstufe nicht.

⁴⁴ Preufs. Ges. § 2, Oest. Gb. § 244, 310 u. 865, Sächs. Gb. § 787 u. 1911, Schweiz. O.R. Art. 30, Entw. II § 80—81.

⁴⁵ Preufs. Ges. § 3, Oest. § 865, Sächs. § 787, Schweiz. Art. 32 Abs. 1, Entw. II § 82; R.Ger. XI Nr. 74, XXV Nr. 60, XXIX Nr. 34. Ueberall wird dann das Geschäft als nicht erst von der Genehmigung, sondern schon vom Abschluss an gültig behandelt.

⁴⁶ Preufs. Ges. § 4, Oest. § 865, Sächs. § 787, Schweiz. Art. 32 Abs. 2; ebenso Entw. I § 65 Abs. 3—5, während Entw. II § 83 dem anderen Theil bis zur Genehmigung den Rücktritt gestatten will, falls er nicht beim Vertragsschluss die Minderjährigkeit oder den Mangel der vom Minderjährigen behaupteten Einwilligung des Vertreters gekannt hat. — Die Erklärungsfrist beträgt nach dem Preufs. Ges. § 4 u. Entw. I § 65 Abs. 5 u. II § 82 zwei Wochen nach ergangener Aufforderung, nach Sächs. Gb. 30 Tage; dagegen kann nach gem. R., Oest. Gb. § 865 u. Schweiz. O.R. Art. 32 Abs. 2 der andere Theil eine „angemessene“ Frist setzen oder gerichtlich setzen lassen. — Wird dieses sog. „negotium claudicans“ hinfällig, so muß der Minderjährige die aus ihm empfangene Bereicherung herausgeben; Frankf. Ref. II, 11 § 12—13, Bayr. L.R. I, 7 § 17 Nr. 4, Pr. L.R. II, 2 § 126 u. 133, Schweiz. O.R. Art. 33.

⁴⁷ So kann der mit Genehmigung des Muntwalts außerhalb des Elternhauses lebende Minderjährige die für seinen Unterhalt und seine Lebensbedürfnisse unentbehrlichen Verträge schließen, der studirende Minderjährige Honorarschulden ein-

sie in gehöriger Weise zum Betriebe eines Erwerbsgeschäftes ermächtigt sind⁴⁸, ihre Handlungsfähigkeit zur vollen Geschäftsfähigkeit für solche Rechtsgeschäfte, wie sie jener Betrieb mit sich bringt⁴⁹. Auch sind Minderjährige, denen ihr Muntwalt gestattet hat, in Dienst oder Arbeit zu treten, hierdurch ein für alle Mal zum selbständigen Abschlusse der die Eingehung oder Beendigung eines Dienst- oder Arbeitsverhältnisses der gestatteten Art betreffenden Rechtsgeschäfte ermächtigt⁵⁰.

d. Wer sich arglistig für geschäftsfähig ausgegeben hat, haftet dem anderen Theil, falls diesen keine Schuld trifft, mit seinem Vermögen für Schadloshaltung⁵¹.

e. Von den römischen privilegia minorum ist die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, die dem deutschen Recht unbekannt und für dasselbe entbehrlich war⁵², gemeinrechtlich aufgenommen⁵³, jedoch

gehen u. s. w.; vgl. Württ. L.R. II, 28 § 4, Pr. L.R. I, 5 § 20, II, 2 § 127—130, Sächs. Gb. § 1825; Seuff. IX Nr. 305 u. 306, X Nr. 61; Böhlau II § 89 Anm. 6, Stobbe § 40 Anm. 57—59.

⁴⁸ Gemeinrechtlich genügt die Genehmigung des Vaters oder Vormunds; das Preufs. Ges. § 5 fordert bei der Genehmigung des Vormunds die Zustimmung des Vormundschaftsgerichts; Entw. II § 86 will in jedem Fall (also auch bei der Genehmigung des Vaters) die Mitwirkung des Vormundschaftsgerichts vorschreiben.

⁴⁹ Nürnberg. Ref. XIII, 4 § 3, Preufs. Ges. § 5, Württ. Ges. v. 30. Juni 1865 Art. 3, Bayr. R. b. Roth I § 26 Anm. 25, Schweiz. O.R. Art. 34, Entw. II § 86. Doch bleibt nach dem preufs. Ges. u. dem Entw. das Erforderniß obervormundschaftlicher Mitwirkung zu solchen einzelnen Rechtsgeschäften, die der Vater oder Vormund allein nicht genehmigen könnte, bestehen. — Näheres über Minderjährige als Kaufleute b. Thöl, H.R. I § 41, Behrend I § 33.

⁵⁰ Kraut, Vorm. II 630, Stobbe § 40 Anm. 56; Preufs. Ges. § 6 (auch Pr. L.R. II, 5 § 6 u. 8, Gesinde-O. § 6 u. 8); deut. Seemanns-O. v. 27. Dez. 1872 § 6. — Der Eintritt in Gesindedienst ist nach manchen Partikularrechten mündigen Minderjährigen (Meckl. R. b. Böhlau II § 89 u. Seuff. XX Nr. 25) oder Minderjährigen über 18 Jahre (holst. R. b. Paulsen § 84 u. Falck V 85 Anm. 89) sogar ohne vormundschaftliche Genehmigung gestattet.

⁵¹ Preufs. Ges. § 7, Oest. Gb. § 248, Schweiz. O.R. Art. 38 Abs. 3. Nach Sächs. Gb. § 1832 u. 1912 kann der andere Theil nach seiner Wahl Vertragserfüllung oder Erstattung des Geleisteten fordern.

⁵² Hatte der Unmündige selbst gehandelt, so war er nicht gebunden; oben Anm. 41. Die Vertretungsmacht des Muntwalts aber war ursprünglich beschränkt (oben § 33 Anm. 56), so daß Prozesse über das Vermögen des Mündels ruhten (L. Rib. t. 81, Heusler, Inst. II 493, Schröder, R.G. S. 316, Laß in den Unters. z. D. St. u. R.G., H. XXXIX S. 12, Stobbe § 40 Anm. 74, Brunner, R.G. II 518), Liegenschaftsveräußerungen und Verpflichtungsgeschäfte des Vormunds vom mündig Gewordenen angefochten werden konnten (Heusler II 497 ff., Stobbe § 40 Anm. 75). Als dann die volle Vertretungsmacht durchdrang (oben § 33 Anm. 59), sorgte die Ausbildung der Obervormundschaft für den Schutz des Mündels.

⁵³ Roth, D.P.R. I 488 ff., Stobbe I 339 ff., Bayr. L.R. I c. 7 § 80 u. 36

neuerdings in einer Reihe von Beziehungen reichsrechtlich abgeschlossen⁵⁴ und partikularrechtlich ganz oder fast ganz wieder abgeschafft⁵⁵. Auch die römischen Verjährungsprivilegien, die im älteren deutschen Recht nicht ohne Vorbild waren⁵⁶, sind zwar in das gemeine Recht übergegangen⁵⁷, durch die neuere Gesetzgebung aber theils eingeschränkt, theils beseitigt⁵⁸.

II. Greisenalter. Das ältere deutsche Recht gab dem Greise, der „über seine Tage gekommen“ war, die Befugniß, sich wieder unter Vormundschaft zu stellen, ohne sein Wergeld und seine Buße damit zu kränken⁵⁹. Heute ist nicht hohes Alter an sich, sondern nur die ihm etwa entspringende Gebrechlichkeit oder Geistesschwäche Bevormundungsgrund. Doch knüpfen sich an das Greisenalter noch einzelne Rechtsfolgen, wie die Entschuldigung von der Vormundschaft und gewissen öffentlichen Dienstleistungen und partikularrechtlich das häuerliche Altentheilsrecht. Das Greisenalter, das nach älterem deutschem Recht mit 60 Jahren begann, tritt heute gemeinrecht-

Nr. 6, Seuff. XXIII Nr. 9, XXVI Nr. 249, 256, XXX Nr. 224, XXXII Nr. 152, XL Nr. 4, XLVII Nr. 178, R.O.H.G. XXII 308 ff., R.Ger. IV Nr. 46, XV Nr. 41. Das französ. R. gewährt sie sogar 10 Jahre lang von erreichter Volljährigkeit; Code civ. Art. 1304 ff., Roth I 491 ff.

⁵⁴ Gegen prozessuale Versäumnisse durch C.Pr.O. § 210; vgl. R.Ger. XVII Nr. 17. Gegen die abgekürzte Verjährung von Klagen wider Handelsgesellschafter, Genossen eingetragener Genossenschaften und aus dem Reichshaftpflichtgesetz durch H.G.B. Art. 149 u. 172, R.Ges. v. 1. Mai 1889 § 117 u. R.Ges. v. 7. Juni 1871 § 8.

⁵⁵ Ganz im österr. Gb. § 1450 u. im Sächs. Gb., Schmidt, Vorl. II 122. Gegen Rechtsgeschäfte in Preußen durch Ges. v. 12. Juli 1875 § 9; hier aber nicht gegen Fristversäumnis, R.Ger. VI Nr. 46. Vgl. auch revid. lüb. R. I, 7 Art. 10 u. Rost. Stadtr. I, 7 Art. 20, dazu Böhlau II 102. — Ausdrücklich versagen manche E.G. zum H.G.B. dem minderjährigen Kaufmann die Restitution gegen den Handelsbetrieb seines Vertreters (Meckl. § 7) oder sowohl gegen diesen wie gegen den vormundschaftlich verstatteten eignen Handelsbetrieb (Württ. Art. 7, Hess. Art. 22, Bayr. Art. 7). Im letzteren Falle aber tritt schon nach gemeinem Gewohnheitsrecht eine die Restitution ausschließende Geschäftsmündigkeit ein; Thöl, H.R. § 41 Anm. 4 ff., Böhlau II § 90 Anm. 6, Stobbe I 340; a. M. Behrend, H.R. I 159 ff.

⁵⁶ Der Unmündige verschwieg sich nicht; oben § 35 Anm. 15.

⁵⁷ Roth I 465 ff., III 261 ff., Stobbe I 341 ff.; Seuff. VI Nr. 143, X Nr. 224, XXI Nr. 93, XXIII Nr. 6, XXVIII Nr. 1 u. 4.

⁵⁸ Reichsgesetzlich beseitigt sind sie bei der Verjährung der oben Anm. 54 erwähnten Klagen; dies ist aber auf andere abgekürzte Verjährungsfristen des Handelsrechts nicht auszudehnen, R.Ger. XXIX Nr. 9. Allgemein verwirft sie R.O.H.G. XXII 307 ff. bei Wechselklagen. Ueber die partikularrechtlichen Einschränkungen und Beseitigungen vgl. Roth I 466 ff. u. III 261 ff. Entw. II § 171 kennt nur eine Hemmung der Verjährung gegen Minderjährige ohne gesetzlichen Vertreter.

⁵⁹ Sachsensp. I Art. 42 § 1. Andere Quellennachweise b. Stobbe § 41 Anm. 1. — Vgl. auch Thudichum a. a. O. S. 42 ff.

lich erst mit 70 Jahren, partikularrechtlich aber auch schon mit 60 Jahren ein⁶⁰.

§ 45. Gesundheit.

I. Leibliche Gesundheit. Nach älterem deutschem Recht war, weil einerseits die ursprüngliche Abhängigkeit des Vollgenossenrechts von der Waffenfähigkeit¹ auf das Privatrecht zurückwirkte, andererseits die Ausübung rechtlicher Herrschaft durch ihre sinnliche Bethätigung bedingt schien, unvollkommene Leibesbeschaffenheit von Einfluß auf die privatrechtliche Persönlichkeit.

1. Geminderte Rechtsfähigkeit hatten völlig verkrüppelte oder mißgestaltete Menschen; sie erbten weder nach Landrecht noch nach Lehnrecht, sollten vielmehr von den nächsten Verwandten in Pflege genommen und aus der Erbschaft erhalten werden². Ebenso machte der Aussatz für die Zukunft erbunfähig³. Blinde und Stumme, Hand- und Fußlose erbten nach Landrecht, aber nicht nach Lehnrecht⁴. Diese Sätze wurden schon im Mittelalter gemildert⁵, um endlich bis auf ihre lehnrechtlichen Rückstände zu verschwinden.

2. Geminderte Handlungsfähigkeit folgte nicht bloß aus dauerndem, sondern auch aus zeitigem Siechthum. Denn während der körperlich Rüstige nur zur Veräußerung von Liegenschaften des

⁶⁰ So hinsichtlich der Befreiung von der Vormundschaftspflicht nach Preuß. L.R. II, 18 § 208 u. Vorm.O. § 23 Nr. 2, Oest. Gb. § 195, Sächs. Gb. § 1897 u. anderen b. Roth II § 186 Anm. 39 angef. Gesetzen; ebenso Entw. I § 1643 Z. 2. Desgleichen hinsichtlich der Befreiung von der Pflicht zur Uebernahme von Selbstverwaltungsämtern nach Preuß. Kreis-O. § 8. Ebenso im Bauernrecht, Stobbe § 41 Anm. 3. — 65 Jahre befreien nach Ger.Verf.Ges. § 35 u. 85 vom Schöffen- und Geschwornenamte.

¹ Noch nach Rietberger Landr. v. 1697 § 5 b. Grimm, W. III 103, kann nur der wehrhafte Mann das Gemeinderecht gewinnen.

² Sachsensp. I Art. 4: uppe altvil (vgl. oben § 43 Anm. 7) und uppe dverge neirstirft weder len noch erve, noch uppe kropelkint; sve denne de erven sint unde ire nesten mage, de solen se halden in irer plage. Gosl. Stat. S. 10 Z. 19 ff., während nach S. 15 Z. 1 ff. erbfähig bleibt, wer gesund geboren und später zum Krüppel geworden ist.

³ Sachsensp. a. a. O.: de meselseke man ne untveit weder len noch erve; hevet he't aver untvagen er der süke, he behalt it u. erft it als ein ander man. Gosl. Stat. 10 Z. 19 ff. — Nach ed. Roth. 176 gilt er „tanquam mortuus“.

⁴ Sachsensp. a. a. O.; früher empfangene Lehen verliert aber nicht, wer solchen Gebrechen verfällt. — Anders schon II F. 36.

⁵ Die nicht ganz deutliche Stelle im Rechtsb. n. Dist. I, 5 d. 10 scheint schon eine bloße Vormundschaft über Gebrechliche anzunehmen; vgl. Kraut, Vorm. II 198 ff. — Länger erhielt sich ihr Ausschluss vom Heergewäte; Gosl. Stat. 3 Z. 13 ff., Rechtsb. n. Dist. I, 8 d. 2, Grimm, W. III 203, 208.

Erbenlaubes bedurfte, konnte der Sieche auch über seine Fahrhabe nicht zum Nachtheil der rechten Erben verfügen. Das alte Recht forderte daher vor der Verfügung die Ablegung einer nach Stand und Geschlecht verschiedenen Kraftprobe⁶. Durchweg waren Verfügungen auf dem Siechbett unkräftig; nur eine Kleinigkeit oder was man selbst mit der Hand über den Bettrand reichen konnte, mochte man noch vergeben⁷. Obschon bereits im Mittelalter die von der Kirche geförderte gegentheilige Auffassung laut wurde, daß die Handlungsfähigkeit allein vom geistigen und nicht vom leiblichen Zustande abhängt⁸, erhielten sich Beschränkungen der Verfügungsfähigkeit Siecher bis in die neuere Zeit⁹. Heute sind sie verschwunden.

Doch können auch heute im Bedürfnisfall Gebrechliche oder doch Blinde, Taube und Stumme auf eignen Antrag und nöthigenfalls selbst ohne solchen unter Vormundschaft gestellt werden¹⁰, womit dann zwar nicht nach gemeinem Recht¹¹, wohl aber nach Partikularrechten eine Beschränkung ihrer rechtlichen Handlungsfähigkeit eintritt¹². Im Uebrigen wird nur ihre thatsächliche Handlungsfähig-

⁶ Der Ritterbürtige mußte gewappnet das Ross besteigen, der Bauer eine Furche pflügen, die Frau einen Kirchgang machen; man mußte ungehabt und ungestabt zur Stelle kommen u. s. w.; Sachsensp. I Art. 52 § 2 u. Glosse dazu; Dortmund. Stat. IV 45 b. Frensdorff S. 120; Görlitzer Landr. Art. 45 § 6; Grimm, R.A. S. 95 ff.

⁷ Dortmunder Stat. I 14 b. Frensdorff S. 28; Magdeb. R. v. 1261 § 18, 1804 § 24; Gosl. Stat. S. 9 Z. 14 ff. u. 24; Görlitz. Landr. Art. 45 § 7; Albrecht, Gewere S. 201 ff., Behrend, Stendaler Urtheilbuch S. 84 ff., Stobbe § 41 Anm. 9.

⁸ Ed. Liutpr. 6; kl. Kaiserr. II c. 36: wan der sin gut gibet, der gibt das mit dem mut und nit mit dem libe.

⁹ Priv. f. die Oberlausitzer Vassallen v. 1544 b. Kraut, Grundr. § 242 Nr. 8; Württ. V. v. 1552 b. Schröder, Ehel. Güterr. II, 2 S. 13; revid. lüb. R. I Art. 10 § 3. Anders Solms. L.R. II, 23 § 3.

¹⁰ Kraut, Vorm. II 206 ff., Roth, D.P.R. II § 202 u. 210, Stobbe, D.P.R. IV 522 ff.; Hamb. Stadtr. III, 6 Art. 11, Lüb. Vorm.O. § 91 ff., Sächs. Ges. v. 20. Febr. 1882 § 4 ff. — Nach Pr. L.R. II, 18 § 15 ff. u. Preuß. Vorm.O. § 81 Nr. 3 nur Taube, Blinde u. Stumme (sonst muß eine Pflegschaft nach Vorm.O. § 90 anshelfen); ebenso nach Entw. I § 1727. Nach Oesterr. Gb. § 275 nur Taubstumme.

¹¹ Seuff. XXX Nr. 41; Böhlau, Meckl. L.R. II 109 u. 307 ff., Roth II § 202 Anm. 9, Stobbe IV 523.

¹² So nach Sächs. Gb. § 81. Aber auch nach Pr. L.R. I, 5 § 25 und darum doch wohl auch nach Preuß. Vorm.O. § 81, obschon Dernburg, Vorm. § 96, das Gegentheil annimmt (R.Ger. XIV Nr. 71 S. 282 läßt die Frage offen und verneint nur die Beschränkung der Handlungsfähigkeit durch eine nach § 90 eingeleitete Pflegschaft). Auch Entw. II § 88 stellt Bevormundete dieser Art den Minderjährigen gleich.

keit in dem Umfange gemindert, in dem durch das körperliche Gebrechen eine Willenserklärung erschwert oder ausgeschlossen wird¹³.

II. Geistige Gesundheit.

1. Geisteskrankheit. Schon das ältere deutsche Recht betrachtete Geisteskranke als unvollkommen handlungsfähig und stellte sie unter Vormundschaft¹⁴. Später wurde das römische Recht aufgenommen, erfuhr aber manche Umbildung¹⁵. Insbesondere wurde ein eignes gerichtliches Entmündigungsverfahren wegen Geisteskrankheit ausgebildet¹⁶, das heute reichsgesetzlich geregelt ist¹⁷. Im Zusammenhang hiermit haben im Gegensatz zum gemeinen Recht, das auch dem bevormundeten Geisteskranken die Handlungsfähigkeit nur nach Maßgabe seines wirklichen Geisteszustandes entzieht und somit in lichten Zwischenräumen beläßt¹⁸, die neueren Gesetze die gerichtliche Entmündigung zu einem selbständigen Handlungsunfähigkeitsgrunde erhoben¹⁹, so daß der Entmündigte bis zur Wiederaufhebung der Entmündigung auch in lichten Zwischenräumen oder nach ein-

¹³ Hierauf beruhen zum Theil besondere Formvorschriften für Rechtsgeschäfte Blinder, Tauber und Stummer; Pr. L.R. I, 5 § 171, I, 12 § 123 (dazu R.Ger. XXXI 229), Entw. I § 1921, 1922, 1944.

¹⁴ Sachsensp. L.R. III Art. 3, Richtst. L.R. Art. 43 § 7, Rechtsb. n. Dist. IV, 14 d. 5, Schwabensp. (W.) c. 314, Lüb. R. (Hach) I Art. 89, II Art. 173, Dortm. Stat. b. Frensdorff S. 302 Nr. 95 u. 96, Augsb. Stat. b. Meyer S. 129 Art. 60, Oest. W. IV 351; Kraut, Vorm. II 191, Rive, Vorm. I 157 ff., II, 1 S. 167 ff. u. II, 2 S. 174 ff., Stobbe IV 512 ff. — Uebrigens fielen von Geburt blödsinnige Kinder sicher in die Klasse der unvollkommen Rechtsfähigen, oben Anm. 2.

¹⁵ Kraut, Vorm. II 205 ff. Daß der Unterschied zwischen Vormundschaft und Kuratel auch hier bedeutungslos wurde, ist später zu zeigen.

¹⁶ Gemeinrechtlich entschied die Vormundschaftsbehörde zugleich im Wege der freiwilligen Gerichtsbarkeit über den Geisteszustand. Dagegen schreiben die Preufs. A.Ger.O. I, 38 § 8 ff., Code civ. Art. 492 u. Oest. Gb. § 273 ein Streitverfahren mit förmlichem Richterspruch vor.

¹⁷ C.Pr.O. § 593 ff. (sehr verbesserungsbedürftig).

¹⁸ Kraut, Vorm. II 207, Stobbe § 274 Anm. 24, Dernburg, Pand. I § 56; Bayr. L.R. I c. 7 § 37 Nr. 3. Unrichtig meint Roth, D.P.R. § 201 Anm. 22, dies sei durch C.Pr.O. § 613 geändert.

¹⁹ Pr. L.R. I, 4 § 25 u. I, 12 § 20—22, Code civ. Art. 502, Oest. R. nach Unger II 25, Sächs. Ges. v. 20. Febr. 1882 II u. III (anders noch Gb. § 1984 u. 2069), Entw. II § 78 Z. 3. Dabei wird regelmäÙig den Entmündigten unterschiedslos die Handlungsfähigkeit völlig abgesprochen, während das Pr. L.R. I, 1 § 29 u. I, 4 § 23 u. 26 nur „Rasende und Wahnsinnige“ den Kindern, „Blödsinnige“ den Unmündigen gleichstellt. — Keine Entmündigung erfolgt wegen bloßer Geisteschwäche; doch ist hier zum Theil eine Pflegschaft zulässig, deren Wirkungen dieselben wie bei der Pflegschaft wegen körperlicher Gebrechen sind, Roth II § 210, Seuff. XXV Nr. 245, oben Anm. 11—12.

getretener Genesung nicht rechtswirksam handeln kann²⁰. Ueberdies wird aber auch ohne Entmündigung die Handlungsfähigkeit durch jeden dauernden oder vorübergehenden Zustand krankhafter Störung der Geistessthätigkeit insofern ausgeschlossen, als derselbe die freie Willensbestimmung aufhebt²¹.

2. Verschwendung. Lange vor Aufnahme der römischen *cura prodigi* war dem deutschen Recht eine Entmündigung von Verschwendern geläufig²²; sie wurden auf Antrag von Verwandten und mitunter auch von Amtswegen durch Gericht oder Rath unter Vormundschaft gestellt und hierdurch in ihrer Handlungsfähigkeit beschränkt²³. Heute ist in Deutschland nach gemeinem Recht und allen Landesrechten eine Entmündigung wegen Verschwendung zulässig²⁴. Das Verfahren ist reichsgesetzlich geregelt²⁵. Mit der Zu-

²⁰ Die Wiederaufhebung wirkt also nur *ex nunc*. Wird aber der amtsgerichtliche Entmündigungsbeschluss auf erhobene Anfechtungsklage durch rechtskräftiges Urtheil als unbegründet aufgehoben, so wirkt diese Aufhebung zwar für die Handlungen des inzwischen bestellten Vormundes auch nur *ex nunc*, dagegen für die Handlungen des Entmündigten *ex tunc*. C.Pr.O. § 613; Motive z. Entw. I 130 ff.

²¹ Pr. L.R. I, 4 § 23—24 u. 27—30, Oest. Gb. § 21 u. 865, Sächs. Gb. § 81, Entw. II § 78 Z. 2; Seuff. XXV Nr. 117, XL Nr. 5 u. 177, XLVII Nr. 98; Stobbe IV 515, Dernburg I § 56, Regelsberger § 64 u. 133. Auch sinnlose Trunkenheit, Fieberdelirium, Nachtwandeln, hypnotischer Zustand u. s. w. haben diese Wirkung.

²² Hamb. Stadtr. v. 1270 III Art. 7; Augsb. Stadtr. (Meyer) Art. 100 § 3; kl. Kaiserr. II c. 11; Priv. f. Breslau v. 1339 u. f. Dortmund v. 1379 b. Kraut, Grundr. § 195 a Nr. 7—8; Urk. b. Lörsch u. Schröder Nr. 206, 310 u. 346; Klever Stat. des 15. Jahrh. tit. 57 § 2 in der Z. f. R.G. IX 431; Grimm, W. V 201 § 16—18, VI 374 § 72; Lüb. R. (Hach) II Art. 102. Vgl. Kraut, Vorm. II 210 ff., ganz besonders aber Stobbe IV § 275 I.

²³ Der Verschwender wird ausdrücklich für „unmundlich“ erklärt (Lörsch u. Schröder Nr. 346); er soll „sines gudes nicht weldich syn“ (Hamb. Stadtr. a. a. O.); soweit ihm nicht die Verfügung über bestimmte Mittel belassen ist (Lörsch u. Schröder Nr. 206, Grimm, W. V 201 § 16—17), sind seine Verträge ungültig (Klever Stat. a. a. O., Grimm, W. V 201 § 16—18 u. VI § 72, Lüb. R. II Art. 102).

²⁴ Der Begriff der Verschwendung ist gemeinrechtlich bestritten; vgl. Seuff. XII Nr. 2, XIII Nr. 81, XL Nr. 219 u. 220, XLVII Nr. 205, R.Ger. VII Nr. 105 S. 349 ff., XXI Nr. 28. Die Landesrechte sehen theils eine unbegründete und fortdauernde Vermögensvergeudung als ausreichend an (Pr. L.R. I, 1 § 30), theils fordern sie die Gefahr eines Nothstandes für den Verschwender oder seine Familie (Oest. Gb. § 273, Sächs. Gb. § 1987 u. Ges. v. 20. Febr. 1882 § 81 c, Hamb. Vorm.O. v. 1879 Art. 86). Im letzteren Sinne entscheidet sich Entw. II § 14 Z. 2. — Nach manchen Gesetzen bedarf es zunächst einer fruchtlosen obrigkeitlichen Vermahnung (z. B. Bayr. L.R. I c. 7 § 37 Nr. 2, noch in Kraft nach Entsch. des Obst. L.G. b. Seuff. XXXVIII Nr. 188).

²⁵ C.Pr.O. § 621 ff. (ähnlich wie bei Geisteskrankheit; doch findet das Ver-

stellung des Entmündigungsbeschlusses tritt für den Entmündigten eine Beschränkung der Handlungsfähigkeit ein²⁶. Dieselbe besteht im Allgemeinen in der Gleichstellung mit einem Minderjährigen²⁷. Doch erstreckt sich der Verlust der Selbständigkeit gemeinrechtlich nur auf vermögensrechtliche Geschäfte²⁸, während die neueren deutschen Gesetze die gleiche Wirkung für die personenrechtlichen Verhältnisse anordnen²⁹. Umgekehrt ist die gemeinrechtliche Ausdehnung der Handlungsunfähigkeit auf letztwillige Verfügungen in manchen Landesrechten ganz oder theilweise beseitigt³⁰.

3. Trunksucht. Wird künftig eine Entmündigung wegen Trunksucht eingeführt, so wird auch durch sie eine Beschränkung der Handlungsfähigkeit bewirkt werden³¹.

fahren hier nur auf Antrag und ohne Mitwirkung der Staatsanwaltschaft statt, während ältere Partikularrechte, wie die A. Preufs. G.O. I, 38 § 39 u. das Bayr. L.R. I c. 7 § 37 Nr. 1, eine Einleitung von Amtswegen kannten). — Früher entschied auch hier nach gemeinem Recht die Vormundschaftsbehörde, nach preufs. R. das Prozeßgericht.

²⁶ C.Pr.O. § 623; R.Ger. I Nr. 45. Auch wenn also die durch C.Pr.O. § 627 vorgeschriebene Bekanntmachung oder die Bestellung des Vormundes noch nicht erfolgt ist, müssen Dritte die Entmündigung schon gegen sich gelten lassen; Stobbe § 275 Anm. 27. Ueber die Wirkungen der partikularrechtlichen vorläufigen Interdiktion vgl. Stobbe Anm. 23—25. — Von der Aufhebung des Entmündigungsbeschlusses durch rechtskräftiges Urtheil auf Grund einer Anfechtungsklage gilt Gleiches wie bei Geisteskranken; C.Pr.O. § 624 u. oben Anm. 20.

²⁷ Nur nach französ. R. (Code civ. Art. 513) tritt nur die Nothwendigkeit der Mitwirkung eines Beistandes zu einzelnen Rechtsgeschäften ein; nach Bad. L.R. Art. 513a kann aber, wenn der Verschwender sich nicht bessert, eine völlige Mundtodterklärung folgen; Zachariae (7. Aufl.) § 140, Behaghel § 81, Roth § 215.

²⁸ Glück, Komm. XXXIII 251 ff., Roth § 203 S. 475 ff., Motive zum Entw. I 149.

²⁹ Preufs. L.R. I, 1 § 31, II, 2 § 356, II, 18 § 349—350, Preufs. Vorm.O. § 83; Sächs. Gb. § 84, 1988, 1998 u. Ges. v. 20. Febr. 1882 § 15; Sächs.-thür., Lüb., Brem. u. Hamb. Ges. b. Roth § 203 Anm. 24; Oest. Gb. § 273 u. 49; Schweiz. Ges. v. 22. Juni 1881 Art. 5 u. 6; Entw. II § 88. — Doch gilt das Erforderniß vormundschaftlicher Genehmigung zur Eheschließung als aufgehoben durch R.Ges. v. 6. Febr. 1875 § 29, vgl. Sicherer S. 148 ff., Hinschius Anm. 90 zu § 29; Entw. I § 1232 will es wieder einführen.

³⁰ Nach Pr. L.R. I, 12 § 27—34 u. Oest. Gb. § 568 kann der Verschwender über die Hälfte seines Vermögens verfügen; nach manchen Gesetzen kann er mit obrigkeitlicher Erlaubniß testiren (Stobbe § 276 Anm. 38); nach schlesw.-holst. R. ist er unbeschränkt testirfähig, Falck IV 112 Anm. 3. Das Sächs. Gb. § 2072 hält am gemeinen R. fest; ebenso viele andere Ges., vgl. Roth § 203 Anm. 42, Stobbe § 276 Anm. 37. — Entw. I § 1912 will ihn für testirfähig erklären.

³¹ Entw. II § 88 mit § 14 Z. 3.

Dritter Titel.

Einfluss der Standesunterschiede.

§ 46. Das Ständewesen überhaupt.

I. Begriff. Stand ist zunächst ein sozialer Begriff. Man versteht darunter einen Inbegriff von Menschen, die vermöge einer gleichartigen Stellung eine gesellschaftliche Lebenseinheit bilden. Je nachdem diese Stellung durch Geburt oder Beruf bestimmt wird, unterscheidet man Geburts- und Berufsstände. Auch Besitzstände, Bildungsstände u. s. w. kann es geben.

Zum Rechtsbegriff wird der Begriff eines Standes, sobald mit der Zugehörigkeit zu demselben besondere Rechte und Pflichten verknüpft sind¹.

II. Privatrechtliche Bedeutung des Ständewesens. Die Geschichte des deutschen Ständewesens gehört nicht hierher. Nur über die grundsätzlichen Veränderungen, die im Laufe der geschichtlichen Entwicklung die Bedeutung des Ständewesens für das Privatrecht erfahren hat, ist Einiges zu bemerken.

1. Im älteren deutschen Recht war die ständische Gliederung gleichzeitig für das öffentliche Recht und für das Privatrecht bedeutungsvoll. Auf ihr ruhte der gesammte Aufbau des Gemeinwesens: an die besondere Stellung im Volksverbande aber schloß sich immer zugleich die Bildung eines besonderen Privatrechts an.

Dagegen wurde in neuerer Zeit das Privatrecht von der politischen Ordnung mehr und mehr losgelöst. Soweit daher der Stand heute auf die privatrechtliche Stellung der Person einwirkt, besteht dieses Sonderrecht unabhängig von den ständischen Einrichtungen, die sich im Staatsrecht finden.

2. Im älteren deutschen Recht überwog seit dem Untergange der ursprünglichen gemeinen Freiheit die ständische Rechtsbildung. Auch solche Sonderrechte, die von Hause aus keineswegs ständischer Art waren, wie das Lehnrecht, das Hofrecht oder das Weichbildrecht², prägten sich allmählich zum Besitzthum einzelner Stände aus. Das gemeine Landrecht selbst verengte sich thatsächlich zum Standesrecht³. So lebte endlich jeder Stand nach seinem besonderen Privatrecht und entwickelte eigenthümliche Formen des Grundbesitzes

¹ Preufs. L.R. I, 1 § 6—7.

² Vgl. Heusler, Inst. I 37 ff.

³ Denn es lebten nach ihm nur noch Ritter und vollfreie Bauern.

und mancherlei andere Rechtsinstitute, von denen die Angehörigen der übrigen Stände völlig ausgeschlossen waren.

Dagegen trat in neuerer Zeit, seitdem die grundsätzliche Ungleichheit der grundsätzlichen Gleichheit des Rechtes wich, die ständische Gliederung, wie im öffentlichen Recht vor dem allgemeinen Staatsbürgerthum, so im Privatrecht vor der freien Einzelpersönlichkeit zurück. Heute ist daher die Grundlage des gesamten Privatrechtssystems das gemeine bürgerliche Recht, von dem der Stand nur einzelne Abweichungen erwirken kann. Eine Ausnahme bildet nur das geschlossene Sonderrecht des hohen Adels.

3. Im älteren deutschen Recht waren es wesentlich Geburtsstände, nach denen sich das Recht schied. Alle Standesbildung wurzelte ursprünglich in dem Gegensatz von Freiheit und Unfreiheit, der durch die Steigerung der Freiheit zum Adel und ihre Herabminderung zur Halfreiheit oder Hörigkeit sich in eine ständische Stufenleiter verwandelte. Sodann wurden zwar neue Standesbildungen vorzugsweise durch Herrschafts- und Dienstverhältnisse und mehr und mehr auch durch freie Berufsgemeinschaft hervorgetrieben. Allein auch die neuen Dienst- und Berufsstände schlossen sich im Laufe der Zeit meist wieder zu Geburtsständen ab. So erschienen auch die vier großen Stände, die als hoher Adel, niederer Adel, Bürgerstand und Bauerstand aus dem Mittelalter hervorgiengen, hauptsächlich als Geburtsstände. Doch wahrten sie berufsständische Elemente, und neben ihnen blieben reine Berufsstände die Träger wichtiger Sonderrechtsbildungen.

Dagegen hat im neueren Recht von den alten Geburtsständen allein der hohe Adel seine privatrechtliche Sonderstellung behauptet. Die anderen Geburtsstände haben ihre rechtliche Bedeutung fast völlig eingebüßt⁴. Auch solche Rechtsinstitute, die ein Geburtsstand für sich ausgebildet hat und noch heute vorzugsweise anwendet, sind grundsätzlich allen Ständen zugänglich gemacht. Was daher heute an ständischem Sonderrecht begegnet, ist vorzugsweise an einen Berufsstand geknüpft. Der Berufsstand aber ist durch Beseitigung der ehemaligen Schranken der Berufswahl vom Geburtsstande losgelöst⁵.

⁴ Preufs. V.U. Art. 4: Standesvorrechte finden nicht statt.

⁵ Vgl. Preufs. St.O. v. 1808 § 9: „Jeder Edelmann ist, ohne allen Nachtheil seines Adels, befugt, bürgerliche Gewerbe zu treiben, und jeder Bürger oder Bauer ist berechtigt, aus dem Bauer- in den Bürgerstand und aus dem Bürger- in den Bauernstand zu treten“.

§ 47. Der hohe Adel¹.

I. Begriff. Der hohe Adel umfaßt die Geschlechter, denen im alten deutschen Reiche zur Zeit seiner Auflösung erbliche Reichsstandschaft zustand. Ihm gehören somit heute sowohl die „landesherrlichen“ oder „souveränen“ wie die „standesherrlichen“ oder „mediatisirten“ Häuser an².

II. Geschichte. Der Ursprung des hohen Adels liegt in der seit dem 12. Jahrhundert vollzogenen Abschließung des aus Fürsten, Grafen und freien Herren zusammengesetzten deutschen Herrenstandes zu einem Geburtsstande. Da dieser Stand kraft seiner Reichstagsfähigkeit im Reiche und kraft seiner sich zur Landeshoheit verdichtenden amtlichen und eignen Machtbefugnisse in den Territorien herrschte, sonderten sich nun die zu solcher Herrschaft berufenen Geschlechter, die eigentlich die alleinigen Erben der altgermanischen Vollfreiheit waren, von den übrigen freien Geschlechtern als „edle“, „semperfreie“ oder „hochfreie“ ab. Als dann später ein zweiter Geburtsstand, dem die Eigenschaft des Adels zugesprochen wurde, entstand, wurde der ehemals alleinige Adel von ihm als „hoher“ Adel unterschieden.

Schon seit dem 14. Jahrhundert schuf sich dieser Stand, wie bereits oben bemerkt ist, auf dem Wege der Familiengesetzgebung

¹ Hierher gehört die Litteratur des Privatfürstenrechts. Neuere Darstellungen finden sich in dem oben § 19 Anm. 26 angef. Werke von A. W. Heffter, Die Sonderrechte u. s. w., und der Uebersicht von H. v. Schulze-Gävernitz in Holtzendorffs Encykl. I (5. Aufl.) S. 1349 ff. Von älteren Arbeiten sind hervorzuheben: J. J. Moser, Familienstaatsrecht der deutschen Reichsstände, Frankf. u. Leipz., 2 Bde., 1775, auch Teutsches Staatsrecht Bd. 12—26; J. St. Pütter, *Primaе lineae juris privati Principum speciatim Germaniae*, 3. ed. Göttingen 1789 (zuerst 1768), auch Beiträge zum d. Staats- u. Fürstenr., Göttingen 1789, Erörterungen u. Beispiele zum d. Staats- u. Privatfürstenr., Göttingen 1793—94; J. E. Kohler, Handb. des Privatfürstenrechts der vormals reichsständischen, jetzt mittelbaren Fürsten und Grafen, Sulzb. 1832; Heffter, Beitr. zum deut. Staats- u. Fürstenr., Berlin 1829; H. Schulze, Aus der Praxis des Staats- u. Privatrechts, Leipzig 1876. Vgl. ferner Beseler, D.P.R. § 175 ff., Franken, D.P.R. S. 82 ff., sowie die oben § 19 Anm. 1 u. 26 angef. Schriften. — Quellenwerk: H. Schulze, Die Hausgesetze der regierenden deutschen Fürstenhäuser, 3 Bde., Jena 1862 bis 1882.

² Ein Verzeichniß dieser Familien b. Heffter, Sonderrechte S. 325 ff. Es gehören zu ihnen auch die ehemaligen „Personalisten“, die schon zu Reichszeiten die Landeshoheit verloren, aber die Reichsstandschaft bewahrt hatten; nicht dagegen die Inhaber einer Landeshoheit, die nicht zum Reichsfürstenrathe admittirt waren. Vgl. Württ. Adelsstat. v. 1817 § 1 b. Kraut, Grundr. § 36 Nr. 8.

und der Gewohnheitsrechtsbildung auch ein besonderes Privatrecht, das er dem eindringenden römischen Recht gegenüber festhielt. Dieses „Privatfürstenrecht“ entwickelte aus altgermanischen Keimen eigenthümliche familienrechtliche und vermögensrechtliche Einrichtungen, deren leitender Gedanke die dauernde Erhaltung des Glanzes und der Stellung der Familie durch Unterordnung der einzelnen Familienglieder unter die Einheit des Hauses war. Das Privatfürstenrecht enthielt aber, da die Landeshoheit selbst als ein Bestandtheil des Familiengutes erschien, zugleich wesentliche Stücke des sich unterhalb des Reichsstaatsrechtes ausbildenden territorialen Staatsrechts.

Mit der Auflösung des alten Reiches brach die bisherige Stellung des hohen Adels zusammen. Einige Familien erlangten die Souveränität, die übrigen wurden in Unterthanenfamilien verwandelt. Die letzteren blieben aber hochprivilegierte Geschlechter, denen die deutsche Bundesakte Art. 14 ausdrücklich zusicherte, daß sie nach wie vor zum hohen Adel gerechnet werden, das Recht der Ebenbürtigkeit behalten und im Genuß ihres besonderen Personen-, Familien- und Güterrechts bleiben sollten. Somit bildete also der hohe Adel auch fernerhin einen einheitlichen Geburtsstand mit besonderem Privatrecht. Nur nahm das alte Privatfürstenrecht bei den beiden Klassen der hochadligen Häuser dadurch eine besondere Beschaffenheit an, daß bei den regierenden Häusern ein Theil desselben in das Staatsrecht des Landes übergieng, bei den standesherrlichen Häusern umgekehrt sein staatsrechtlicher Inhalt ganz erlosch.

Seit der Auflösung des deutschen Bundes ist die bundesrechtliche Garantie des Sonderrechts des hohen Adels weggefallen. Das Reich hat sie nicht erneuert. Dagegen besteht das Sonderrecht selbst in dem vom Bunde gewährleisteten Umfange insoweit fort, als es nicht neuerdings aufgehoben ist. Bisher hat die Landesgesetzgebung, nachdem die im Jahre 1848 erfolgten Eingriffe in den Rechtszustand der standesherrlichen Häuser wieder beseitigt sind, die privatrechtliche Sonderstellung des hohen Adels im Wesentlichen geschont. Auch die neueren Reichsgesetze haben dieselbe in der Hauptsache unberührt gelassen, in einigen Punkten aber Ausnahmen vom gemeinen Rechte nur für die landesherrlichen Familien mit Einschluß des fürstlichen Hauses Hohenzollern vorbehalten³.

³ So hinsichtlich der Volljährigkeitstermine (oben § 44 Anm. 27), der Beurkundung des Personenstandes (oben § 41 Anm. 21), der Erfordernisse der Eheschließung und der Gerichtsbarkeit in Ehesachen (Personenstandsges. § 72). Auch ist es für das Privatrecht nicht ohne Bedeutung, daß nach den E.G. zum G.V.Ges. § 5, zur C.Pr.O. § 5, zur Str.Pr.O. § 4 u. zur Konk.O. § 7 allen diesen Gesetzen

Somit ist auch heute der hohe Adel ein einheitlicher Geburtsstand, der insoweit nach seinem besonderen Privatrecht lebt, als dessen Geltung nicht durch Reichs- oder Landesgesetz ausgeschlossen wird. Quelle dieses Sonderrechts ist für jede Familie zunächst ihr aus Hausgesetz oder Hausobservanz fließendes Hausrecht, dahinter das gemeine Privatfürstenrecht⁴. Von dem Inhalte des Rechtes des hohen Adels ist bei den einzelnen Rechtsinstituten zu handeln. Hier ist nur das zu erwähnen, worauf die Abschließung des Standes gegenüber den anderen Ständen des Volkes beruht.

III. Erwerb. Die Zugehörigkeit zum hohen Adel wird lediglich durch die Mitgliedschaft in einer der geschichtlich berechtigten Familien erworben. Nur durch den Eintritt einer bisher nicht hochadligen Familie in die Reihe der souveränen Häuser würde dieser Kreis sich erweitern. Dagegen ist eine Verleihung des hohen Adels heute unmöglich⁵. Auch ist der persönliche hohe Adel, der ehemals den geistlichen Reichsständen gebührte, heute weggefallen.

Die Mitgliedschaft in einer hochadligen Familie entsteht allein durch Geburt aus einer standesmäßigen Ehe. Weder durch Adoption noch durch Legitimation wird der Eintritt in eine hochadlige Familie bewirkt⁶. Ist aber die Ehe nicht standesgemäß, so folgt das Kind „der ärgeren Hand.“

IV. Standesrechte. Die privatrechtliche Sonderstellung des hohen Adels beruht auf zwei Prinzipien: der genossenschaftlichen Verfassung des hochadligen Hauses und der Fortgeltung des germanischen Ebenbürtigkeitsrechtes für sämtliche Mitglieder des Standes. Im Uebrigen gehören die Vorrechte, die in umfassendem Mafse den Landesherrn kraft ihrer erhabenen persönlichen Stellung, in geringerem Umfange den Mitgliedern der regierenden Häuser kraft ihrer personenrechtlichen Verknüpfung mit dem Landesherrn, in einzelnen Verhältnissen den Häuptern und zum Theil auch den

für die landesherrlichen Familien und nur für sie das besondere Haus- und Landesrecht vorgeht. — Nach dem Entw. des E.G. soll das künftige Reichsprivatrecht in Ansehung der landesherrlichen Häuser unbedingt durch besonderes Haus- oder Landesrecht gebrochen werden (Art. 33), in Ansehung der standesherrlichen Häuser die Landesgesetze und nach ihrer Mafsgabe die Hausgesetze insoweit unberührt lassen, als sie sich auf die Familienverhältnisse und die Güter dieser Häuser beziehen (Art. 34).

⁴ R.Ger. II Nr. 39 S. 149., XXVI Nr. 26 S. 149 ff.

⁵ Sie war schon zu Reichszeiten sehr erschwert; vgl. J.R.A. § 197 u. Wahlkap. Art. 1 § 5 b. Kraut, Grundr. § 36 Nr. 3—4.

⁶ Vgl. Heffter, Sonderrechte § 75—80.

Mitgliedern der standesherrlichen Häuser gewährt sind, wesentlich dem öffentlichen Recht an⁷.

1. Hausverfassung. Das hochadlige Haus ist eine genossenschaftliche Körperschaft und als solche ein im Wechsel der Glieder beständiges Rechtssubjekt⁸. Die Verfassung des Hauses richtet sich nach dem Hausrecht, weist aber überall gleichartige Grundzüge auf. Unter den Mitgliedern des Hauses ist der regierende Herr das geborne Haupt; die dem Mannsstamme angehörigen Männer, die Schwertmagen oder „Agnaten“, sind geborne Vollgenossen; die Töchter, Gemahlinnen und Witwen gehören dem Hause als Schutzgenossinnen an. Oberstes Organ des Hauses ist der regierende Herr; in den wichtigsten Angelegenheiten aber stellt er nicht für sich allein, sondern nur zusammen mit den jeweiligen Agnaten oder doch einem sie vertretenden Familienrathe das Haus dar⁹. Dem Hause als solchem gebührt die schon besprochene Satzungsgewalt¹⁰. Ihm steht ferner eine Familiengewalt über die einzelnen Mitglieder zu, die namentlich bei den regierenden Häusern stark ausgeprägt ist; sie wird vom regierenden Herrn, jedoch zum Theil unter Mitwirkung des Familienraths, ausgeübt und äußert sich in dem Erforderniß der Einwilligung zu Eheschließungen, in der Anordnung und Beaufsichtigung der Vormundschaften, in der Aufsicht über die Kindererziehung und die Haus- und Hofhaltung aller Mitglieder und in der die Ehre, Ordnung und Wohlfahrt des Hauses hütenden Familiendisziplin¹¹. Das Haus als solches ist endlich Eigen-

⁷ So nach Reichsrecht die Befreiung aller Mitglieder des hohen Adels von der Militärpflicht (R.Ges. v. 9. Nov. 1867 § 1), der Vorbehalt von Austragsgerichten für die Standesherrn (E.G. zum G.V.Ges. § 7), die Vorrechte der Mitglieder der landesherrlichen Familien bezüglich des Erscheinens vor Gericht, der Eidesleistung und des Zeugnisses (C.Pr.O. § 196 Abs. 2, 340 Abs. 2, 441 Abs. 2); ferner nach Landesrecht Steuerprivilegien, politische Rechte, Ehrenrechte u. s. w.

⁸ Kohler, Handb. § 69; Beseler, Erbv. II, 2 § 15 ff., D.P.R. § 175, Z. f. d. P. u. ö. R. d. G. V 540 ff.; Gierke, Genossenschaftsr. I 412 ff., II 825, Z. f. d. P. u. ö. R. d. G. V 557 ff. („die juristische Persönlichkeit des hochadligen Hauses“); Heffter, Sonderr. § 40; H. v. Schulze-Gävernitz b. Holtzendorff a. a. O. S. 1862 ff.; auch R.Ger. XXII Nr. 51 S. 250, XXVI Nr. 26 S. 137, während XVIII Nr. 42 S. 202 die Frage offen bleibt. — Gegen die Persönlichkeit des Hauses erklären sich Gerber, Jahrb. f. Dogm. II 359 ff., D.P.R. § 222 Anm. 1, Mejer, Z. f. d. P. u. ö. R. d. G. V 281 ff., Stobbe, D.P.R. I 432 ff.

⁹ Vgl. R.Ger. XXII Nr. 51 S. 220 ff.: über Güter u. Rechte der Familie kann nach Privatfürstenrecht das Haupt einseitig nicht verfügen; vielmehr wird das Haus als „Gesamtperson“ durch den jeweiligen ebenbürtigen Mannsstamm repräsentirt.

¹⁰ Vgl. oben § 19 III 1, IV 3 b, V 1 a u. c u. V 3.

¹¹ Heffter, Sonderr. § 43; H. v. Schulze-Gävernitz a. a. O. S. 1863 ff.;

thümer des Hausvermögens, an dem aber dem Familienhaupte und den einzelnen Familiengliedern verschiedenartige hausverfassungsmäßige Sonderrechte zustehen¹².

2. Ebenbürtigkeit¹³. Im hohen Adel und in ihm allein hat sich das Ebenbürtigkeitsrecht erhalten, das einst der Kern aller Standesgenossenschaft war. Während aber im Mittelalter die Ebenbürtigkeit für die gesammte Rechtsstellung bedeutungsvoll war, indem Jedermann nur vom gleich oder besser Gebornen (vom „Genossen“ oder „Uebergenossen“), nicht aber vom „Ungenossen“ gerichtet oder beurtheilt, mit Zeugniss oder Eid überführt, vor Gericht vertreten, zum Zweikampf gefordert, mit Urtheilsschelte angegriffen, bevormundet und beerbt werden konnte, äussert sie sich heute nur noch als Voraussetzung einer vollwirksamen Ehe.

a. Mifsheirath¹⁴. Seitdem die ursprüngliche Nichtigkeit von Ehen zwischen Freien und Unfreien verschwunden war, bildete der Standesunterschied niemals mehr ein Ehehinderniss. Allein der unebenbürtigen Ehe wurden solche Wirkungen versagt, die der höheren Standesgenossenschaft minderwerthige Elemente zugeführt hätten. Darum wurde die tiefer geborne Frau nicht Genossin des Mannes und darum folgten die Kinder aus ungleichen Ehen der ärgeren Hand¹⁵. Diese Grundsätze, die bei den übrigen Ständen mehr und mehr der Anschauung wichen, dafs die Frau stets den Stand des Mannes theile („Ritters Weib hat Ritters Recht“) und das eheliche Kind dem Vater folge, wufste der hohe Adel sich auch nach der Auf-

Bayr. Hausges. v. 1808 (b. Schulze I 312 ff.) Art. 11—26, 54, 73—76, 79—83. — Hierher gehört auch, dafs nach Preufs. L.R. I, 11 § 676—677 Darlehen an Mitglieder des königl. Hauses zur Klagbarkeit des königlichen Konsenses bedürfen; eine Bestimmung, die durch § 5 des E.G. zur C.Pr.O. nicht aufgehoben ist, vgl. Dernburg, Preufs. P.R. II § 177 Anm. 4.

¹² Ueber das hochadlige Hausgut unten Buch III Abschn. II.

¹³ Göhrum, Geschichtliche Darstellung der Lehre von der Ebenbürtigkeit nach dem gem. deut. Recht, 2 Bde., Tüb. 1846; R. Schröder, Z. f. R. G. III 461 ff., VII 147 ff., Rechtsgesch. S. 448 ff.; Heusler, Inst. I 155 ff.

¹⁴ Pütter, Ueber Mifsheirathen teutscher Fürsten und Grafen, Gött. 1796; Zöpfl, Ueber Mifsheirathen in den regierenden deutschen Fürstenhäusern, Stuttg. 1853; Dieck in Weiskes Rechtslex. VII 215 ff.; H. Schulze im deut. Staatswörterb. III 187 ff., Deut. Staatsr. I 218 ff.; Heffter, Beitr. I 1 ff., Sonderr. S. 106 ff.; F. Brockhaus in Holtzendorffs Rechtslex. I 581 ff., II 781 ff.; Beseler, D.P.R. § 176; Stobbe, D.P.R. IV § 218; Gengler, D.P.R. § 137; Bornhak, Arch. f. öff. R. V. 385 ff.; Laband, Die Thronfolge im Fürstenth. Lippe, Freiburg 1891, S. 4 ff. — Quellenstellen b. Kraut, Grundr. § 41.

¹⁵ Vgl. die Stellen b. Kraut § 41 Nr. 2 ff.; auch Graf u. Dietherr II. Nr. 216 ff.

nahme der fremden Rechte zu erhalten. Freilich wurden sie auch bei ihm zeitweise stark erschüttert. Allein gegen diese freiere Strömung reagierte das Standesbewusstsein mit solcher Kraft, daß ein festes gemeines Gewohnheitsrecht im Sinne der unvollkommenen Wirkung ungleicher Ehen entstand¹⁶. Dasselbe ist bis heute in Geltung verblieben¹⁷. Zum Theil ist es in den Hausgesetzen und hinsichtlich der Thronfolge auch in den Verfassungsurkunden ausdrücklich bestätigt¹⁸.

Somit hat auch heute die Ehe eines Mitgliedes des hohen Adels mit einem unebenbürtigen Ehegatten trotz bürgerlicher und kirchlicher Gültigkeit als „Mißheirath“ („ungleiche Ehe“, „disparagium“) nicht die vollen Ehwirkungen. Ist die Frau unebenbürtig, so tritt sie nicht in den Stand des hochadligen Mannes ein, theilt nicht seinen Rang, seinen Namen und sein Wappen¹⁹ und hat keinen Anspruch auf die standesrechtlichen und hausgesetzlichen Vermögensvortheile während und nach der Ehe; die Kinder aber folgen dem Stande der Mutter, haben nur Anspruch auf eine ihrem Stande entsprechende Versorgung und sind, da sie keine Mitglieder des hochadligen Hauses werden, von allem Antheil an den Rechten und dem Vermögen des Hauses (daher in regierenden Häusern auch von der Thronfolge) ausgeschlossen²⁰. Ist der Mann unebenbürtig, so behält die hochadlige Frau nach heutigem Recht ihren Stand und Namen; die Kinder aber folgen dem Vater und gehören dem hochadligen Hause der Mutter

¹⁶ Mittelbar wurde dasselbe reichsgesetzlich anerkannt, indem die Wahlkapitulation v. 1742 Art. 22 § 4 den Kaiser verpflichtete, den „aus ohnstrittig notorischer Mißheirath“ erzeugten Kindern eines Reichsstandes nicht die väterlichen Titel, Ehren und Würden beizulegen und noch weniger sie zum Nachtheil der wahren Erbfolger ohne deren besondere Einwilligung für ebenbürtig und successionsfähig zu erklären, auch frühere derartige Eingriffe als null und nichtig anzusehen. Schon in der Wahlkap. v. 1658 Art. 44 (Kraut Nr. 41) war eine ähnliche Zusage enthalten, die aber namentlich Karl VI nicht beachtet hatte, als er durch Urk. v. 1727 (Kraut Nr. 42) die aus der Ehe des Herzogs Anton Ulrich zu Sachsen-Meiningen mit der Tochter des Hauptmanns Schurmann entsprossenen Nachkommen „für rechtgebohrne Fürsten und Fürstinnen“ erklärte. Diese kaiserliche Standeserhöhung wurde nunmehr durch kaiserl. Dekr. v. 25. Sept. 1744 als kraftlos festgestellt. Auch in anderen Fällen wurden Mißheirathen die Standeswirkungen abgesprochen; vgl. bes. R.H.R. Erk. seit 1748 b. Heffter, Sonderr. S. 115.

¹⁷ R.Ger. II Nr. 39, XVIII Nr. 42, Seuff. XLVI Nr. 167.

¹⁸ Nachweise b. Heffter, Sonderr. S. 125 ff., G. Meyer, Staatsr. S. 220 Anm. 16, Laband a. a. O. 11 ff.

¹⁹ R.Ger. II Nr. 39 S. 147 ff.

²⁰ Ueber die der Frau und den Kindern verbleibenden Rechte vgl. Heffter, Z. f. D. R. II, 2 S. 1 ff., Sonderr. § 66.

auch nicht als Kognaten an²¹. Für den unobenbürtig Verheiratheten selbst hat die Mißheirath gemeinrechtlich keine nachtheiligen Folgen; das Hausgesetz kann aber solche Folgen bestimmen und insbesondere dem Mißheirathenden die Fähigkeit zur Erbfolge in das Hausvermögen absprechen²².

Welche Ehen standesungleich seien, war eine Frage, die in den verschiedenen Phasen der ständischen Entwicklung ungleich beantwortet werden mußte. So drang auch erst im Laufe des 18. Jahrhunderts mit der schrofferen Abschließung des Herrenstandes die Ansicht durch, daß diesem Stande kein anderer ebenbürtig sei²³. Diese Ansicht hat sich nur mit mancherlei Schwankungen behauptet und ist auch heute nicht unbestritten²⁴. Unbestritten sind nur die beiden Sätze, daß einerseits alle Mitglieder des deutschen hohen Adels einander ebenbürtig sind, ihnen aber Mitglieder ausserdeutscher christlicher Fürstenhäuser mit völkerrechtlich anerkannter Souveränität gleichstehen²⁵, andererseits Mitglieder bürgerlicher Familien der Ebenbürtigkeit entbehren²⁶. Der richtigen Meinung nach erkennt aber das gemeine Privatfürstenrecht überhaupt nur Hochadlige als ebenbürtig an und betrachtet daher auch die Ehe mit irgend einem Mitgliede des niederen Adels als Mißheirath²⁷. Es ist somit nicht nur

²¹ Sie haben daher auch keine eventuellen Successionsrechte.

²² R.Ger. XVIII Nr. 42 S. 214 ff. (so das Anhalt-Bernburg-Schaumburgische Hausrecht, weshalb eine mit dem Baron Washington verheirathete Oldenburgische Prinzessin nicht in die Grafschaft Holzappel succediren konnte).

²³ Während der Sachsenspiegel noch alle Volfreien als ebenbürtig ansieht (vgl. I Art. 16 § 2: svar't kint is vri u. echt, dar behalt it sines vaders recht, III Art. 72), sagt der Schwabensp. (W.) c. 57: ez ist nieman sempervri wan des vater u. muoter sempervri waren; . . u. ist joch diu muoter sempervri u. der vater mittervri oder ist der vater sempervri u. die muoter mittervri, so werdent diu kint doch niht wan mittervrien. Vergl. ferner die Urk. b. Kraut § 41 Nr. 38—40.

²⁴ Der in dem Zusatz zur Wahlkap. v. 1792 Art. 22 § 4 (Kraut Nr. 44) in Aussicht gestellte Reichsschluss, der „die noch erforderliche nähere Bestimmung“ treffen sollte, „was eigentlich notorische Mißheirathen seyen“, ist nie zu Stande gekommen.

²⁵ Dies gilt auch von solchen Häusern, die die Souveränität erst neuerdings erworben haben (Bonaparte, Bernadotte); ebenso von entthronten Häusern.

²⁶ Freilich wollten Bluntschli, D.P.R. § 195, nur Verbindungen mit dem niederen Bürgerstand, Zöpfl, Ueber hohen Adel u. Ebenbürtigkeit, Stuttgart 1853, S. 137 ff., u. Mittermaier, D.P.R. § 378—379, nur solche mit Personen leibeigner oder knechtischer Herkunft als Mißheirathen gelten lassen. Allein seitdem das R.Ger. mehrfach (Entsch. II 150 ff., Seuff. XLVI Nr. 167) festgestellt hat, daß nach gemeinem Recht auch dem höheren Bürgerstande die Ebenbürtigkeit fehlt, darf der Streit hierüber als erledigt gelten.

²⁷ So Pütter a. a. O. S. 350, Eichhorn, D.P.R. § 292, Kohler a. a. O.

die früher oft vertheidigte Meinung, daß gemeinrechtlich die Ebenbürtigkeit sich auf den gesammten Adel erstrecke²⁸, sondern auch die neuerdings aufgestellte Meinung, daß zwischen reichsfürstlichen und reichsgräflichen Häusern zu unterscheiden und bei letzteren gemeinrechtlich die Ehe mit einem Mitgliede des niederen Adels für eine Mißheirath nicht zu halten sei²⁹, unrichtig. Allein das gemeine Privatfürstenrecht wird hier wie überall durch Hausgesetz oder Hausobservanz gebrochen. Und vielfach haben in der That im Gegensatz zu den kurfürstlichen und altfürstlichen Häusern die neufürstlichen oder blos reichsgräflichen Häuser ihr Hausrecht minder streng gestaltet und die Grenzen der standesgemäßen Ehe erweitert³⁰. Auch kann jede unebenbürtige Ehe unter Zustimmung aller Agnaten für vollwirksam erklärt werden, da das durch den Mannsstamm dargestellte Haus sein Hausrecht für den einzelnen Fall durch eine Ausnahmesatzung abzuändern vermag³¹. Ist aber eine Ehe durch das für sie maßgebende Hausrecht als vollwirksam anerkannt, so verschafft sie den aus ihr entspringenden Kindern mit der Mitgliedschaft in dieser hochadligen Familie zugleich die Zugehörigkeit zum Stande und somit die Ebenbürtigkeit mit allen anderen Familien des hohen Adels³².

b. Ehe zur linken Hand³³. Unter dem Namen der „Ehe

§ 40 ff., Göhrum II 310 ff., Phillips, D.P.R. II § 184 a, Beseler, D.P.R. § 176, Gerber, D.P.R. § 224, Zachariae, D.St.R. I § 68, H. Schulze, Staatswörterb. III 195 ff. u. b. Holtzendorff S. 1365, G. Meyer, D.St.R. S. 219, Brockhaus a. a. O. I 583, Laband a. a. O. S. 6 ff. — Dagegen hat das R.Ger. im Erk. v. 5. Dez. 1893 die gemeinrechtliche Geltung dieses Satzes verneint; Entsch. in C. S. XXXII Nr. 88.

²⁸ So J. J. Moser, Familienstaatsr. II 130 ff., Runde, D.P.R. § 578, Dieck a. a. O. S. 222 Klüber, Oeff. R. des deut. Bundes § 303, Zöpfl, Mißheirathen S. 74 ff., Heffter, Beitr. I 24 ff., Sonderr. S. 119, Gengler, D.P.R. S. 507.

²⁹ So Stobbe, D.P.R. IV 44, Schröder, R.Gesch. S. 763; auch Praejud. des O.Tr. Berlin v. 29. Jan. 1846 b. Kraut a. a. O. Nr. 47.

³⁰ Vgl. H. Schulze in Holtzendorffs Encykl. S. 1366.

³¹ Göhrum II 398, Heffter, Sonderr. S. 124, Beseler § 176 Anm. 7, Gerber, Grundzüge des deut. Staatsr. S. 94, H. Schulze a. a. O. u. D.St.R. I § 96 S. 223, Gengler S. 510. — A.M. hinsichtlich regierender Häuser G. Meyer, D.St.R. S. 221, Seydel, Bayr. Staatsr. I 393.

³² Mithin kann ein Fürstenhaus, das bei sich strengere Grundsätze befolgt, die Ebenbürtigkeit des Mitgliedes eines anderen Hauses nicht deshalb anzweifeln, weil es aus einer Ehe stammt, die nach jenen Grundsätzen eine Mißheirath wäre.

³³ B. de Niebelschütz, De matrimonio ad morganaticam commentatio, Hal. 1851; Kohler a. a. O. § 51 ff.; Heffter, Sonderr. § 67 ff.; Mittermaier,

zur linken Hand“, der „morganatischen Ehe“ oder des „matrimonium ad legem Salicam“ begegnet seit alter Zeit eine Ehe, bei der die Wirkungen der standesgemäßen Ehe vertragsmäßig ausgeschlossen sind⁸⁴. Aus der von der Kirche durchgesetzten Erhebung der altgermanischen Kebsche zu einer wahren Ehe hervorgegangen⁸⁵, wird sie im langobardischen Lehnrecht erwähnt⁸⁶ und galt daher auch nach der Rezeption als gemeinrechtliches Institut. Heute kann sie gemeinrechtlich nur dann als zulässig angesehen werden, wenn der Abschluß einer vollwirksamen Ehe unmöglich ist⁸⁷. Denn sonst sind die personenrechtlichen Wirkungen der Ehe der vertragsmäßigen Festsetzung entzogen. Somit kann eine Ehe zur linken Hand nur noch zwischen einem Mitgliede des hohen Adels und einer ihm unebenbürtigen Frau eingegangen werden⁸⁸. Landesgesetze, die auch Mitgliedern anderer Stände die Eingehung einer solchen Ehe mit landesherrlicher Genehmigung gestatteten, sind todter Buchstabe geblieben und heute jedenfalls außer Uebung⁸⁹.

Die Ehe zur linken Hand ist eine gültige Ehe, der gewisse Ehwirkungen fehlen. Das Nähere bestimmt der Vertrag⁴⁰. Dieser kann die gesetzlichen Folgen der Mißheirath hinsichtlich des Ausschlusses der Frau und der Kinder vom Standesrecht des hohen Adels weder mindern noch mehren, sondern lediglich feststellen. Dagegen kann er die der Frau und den Kindern zum Ersatz eingeräumten persönlichen Rechte und Vermögensansprüche im Rahmen der allgemeinen Rechtsordnung beliebig regeln.

D.P.R. II § 414; Stobbe, D.P.R. IV § 214; Gengler, D.P.R. § 141; Brunner in Holtzendorffs Rechtslex. II 804 ff. — Quellenstellen b. Kraut § 42.

⁸⁴ „Zur linken Hand“ heißt sie wegen der Trauungsform; „morganatisch“ weil die Frau nur Morgengabe, nicht Witthum erhielt; „ad legem Salicam“ wohl, weil man sie in Italien aus fränkischem Adelsrecht herleitete.

⁸⁵ Vgl. die Stellen b. Kraut Nr. 1—9.

⁸⁶ II F. 26 § 16; II F. 29.

⁸⁷ Unrichtig ist die Ansicht, durch das Personenstandsgesetz sei reichsrechtlich die Eingehung einer Ehe zur linken Hand überhaupt ausgeschlossen (Dernburg, Preufs. P.R. III § 3 Anm. 15) oder doch nur noch Mitgliedern regierender Häuser gestattet (Roth, D.P.R. II 16).

⁸⁸ Niebelschütz p. 31, Gerber § 224 Anm. 9, Beseler § 176 III, Heffter, Sonderr. § 69, Stobbe IV 46. — Brunner a. a. O. S. 805 u. Gengler S. 526 wollen sie auch mit einer standesgleichen Frau zulassen.

⁸⁹ So Preufs. L.R. II, 1 § 835—944 u. dazu Dernburg III § 3; Gothaisches Eheges. v. 15. Aug. 1834 § 27.

⁴⁰ Ein Beispiel in der Verkündigung König Friedrich Wilhelms III über seine Ehe mit der Gräfin Harrach in der Preufs. G.S. v. 1824 S. 209 (auch bei Kraut Nr. 12).

§ 48. Der niedere Adel.

I. Begriff. Der niedere Adel umfaßt alle von einem deutschen Staat als adlig anerkannten Personen, die nicht zum hohen Adel gehören.

II. Geschichte. Sein Ursprung liegt in der Entwicklung, die den sozialen Gegensatz zwischen ritterlichem und bürgerlichem Leben, wie er sich seit der Verdrängung des Volksheeres durch das Lehnsherr im Anschluß an den berufsmäßigen Reiterdienst gebildet hatte, vermöge des Begriffes der „Ritterbürtigkeit“ zu einem Geburtsunterschiede verfestigte. So entstand ein neuer Geburtsstand, in dem Geschlechter ungleicher und zwar theils freier theils unfreier Herkunft genossenschaftlich verbunden und endlich unter Abstreifung aller Unfreiheit zu einem „Adel“ verschmolzen wurden. Dieser Stand errang zum kleineren Theil als „Reichsritterschaft“ Reichsunmittelbarkeit ohne Reichsstandschaft und Landeshoheit, im Uebrigen als „landsässige Ritterschaft“ territoriale Landstandschaft und grundherrliche Befugnisse. Kraft seiner bevorzugten öffentlichrechtlichen Stellung schuf er sich auch ein besonderes Privatrecht, das aber bei dem Mangel fester Familienverfassungen und der Zersplitterung der ritterschaftlichen Körperschaftsverfassungen nicht bis zu einem geschlossenen Sonderrecht gedieh. Daher erwehrte er sich auch nicht gleich dem hohen Adel des römischen Rechts und der Juristenherrschaft, trat vielmehr grundsätzlich unter das gemeine Recht und bewahrte nur in der Form von Ausnahmen ständische Vorrechte und Sondereinrichtungen. Je mehr dann im modernen Staat die öffentlichrechtliche Stellung des niederen Adels vernichtet wurde¹ und gleichzeitig seine ständische Geschlossenheit sich lockerte², desto mehr verschwanden auch die privatrechtlichen Unterschiede zwischen Adligen und Nichtadligen³. Heute ist

¹ Durch die Beseitigung der landständischen Verfassungen, der patrimonialen Gerechtsame und der Exemtionen und Privilegien.

² Das Merkmal der Geburt wurde durch massenhafte Adelsverleihungen abgeschwächt; der besondere Beruf verlor, obschon in gewissem Umfange an Stelle des Ritterdienstes Offizier- und Beamtenberuf trat, seine Bedeutung, je mehr der Staatsdienst allen Ständen und zugleich dem Adel jeder andere Beruf zugänglich wurde; die Verbindung mit ritterlichem Grundbesitz löste sich, seitdem die Rittergüter auch von Bürgerlichen erworben werden konnten und grundbesitzloser Adel häufig wurde.

³ Auch Rechtsinstitute, die vom niederen Adel und für ihn ausgebildet worden waren, wie z. B. die Familienfideikomnisse, wurden allgemein zugänglich. Und viele Adelsrechte wurden zu Realrechten der adligen Güter, deren Erwerb Jedem offen steht.

der Adel im Wesentlichen nur noch ein sozialer Vorzug, der aber vom Recht anerkannt wird⁴ und einzelne Rechtsfolgen äußert.

III. Erwerb.

1. Geburt. Der niedere Adel entsteht durch eheliche Abstammung von einem adligen Vater⁵. Das uneheliche Kind eines adligen Vaters kann den Adel durch Legitimation erwerben⁶. Doch hat nur die Legitimation durch nachfolgende Ehe stets diese Wirkung⁷. Die Legitimation durch Reskript begründet den Adel nicht, falls sie nur dazu bestimmt ist, den Makel der unehelichen Geburt zu tilgen; soll sie aber den Eintritt in die Familie bewirken, so theilt sie auch den Adel mit⁸. Annahme an Kindesstatt gewährt den Adel nicht⁹.

2. Heirath. Im niederen Adel folgt die Frau stets dem Stande des Mannes: „Ritters Weib hat Ritters Recht“¹⁰.

3. Verleihung. Das Recht der Adelsverleihung, das einst zu den kaiserlichen Reservatrechten gehörte, steht heute jedem deutschen

⁴ Nur in Bremen versagt die V.U. § 17 dem Adel die Anerkennung.

⁵ Das uneheliche Kind der adligen Mutter ist nicht adlig; Runde, D.P.R. § 368—369, Eichhorn, D.P.R. § 60, Pr. L.R. II, 2 § 641, Bayr. Adelsed. v. 1818 § 1, Oesterr. Gb. § 165.

⁶ Immer aber bleibt es unadelig geboren und daher von solchen Rechten ausgeschlossen, die adlige Geburt fordern; Runde § 369, Eichhorn § 60.

⁷ Reichshofrathskonkl. v. 1715 (b. Kraut, Grundr. § 48 Nr. 6); Pr. L.R. II, 9 § 5; Bayr. Adelsed. § 2. — Auch hier hat sich die römischrechtliche Ansicht nur langsam durchgesetzt; vgl. über die frühere Bekämpfung des Adels der Mantelkinder Eichhorn § 60 Anm. g, Mittermaier § 66 Anm. 6 ff., Wilda, Z. f. D. R. IV 316 ff. Ausdrücklich versagt eine schlesw.-holst. V. v. 1778 b. Falck IV 232 der Legitimation durch nachfolgende Ehe diese Wirkung. Für das heutige gemeine Recht aber ist im Gegensatz zum Recht des hohen Adels hier der Legitimation durch nachfolgende Ehe die volle Wirkung nicht abzuspochen.

⁸ Manche Partikularrechte fordern stets die ausdrückliche Mitverleihung des Adels im Reskript (Haubold § 91 Anm. e, Stobbe § 44 Anm. 13), andere überdies die Einwilligung der Agnaten (Tirol. L.O. III, 37, Bayr. Adelsed. § 2). Nach Pr. L.R. II, 2 § 603—605 erhält das Kind durch die Legitimation den Stand des Vaters, aber nur durch Familienschluß den Adel der bestimmten Familie. — Gemeinrechtlich spricht die Vermuthung für volle Wirkung der Legitimation; Falck a. a. O. IV 232 u. V 37 ff., Beseler S. 788, Gerber § 37 Anm. 1. A. M. Kind, Quaest. for. III c. 4, Eichhorn § 60, Mittermaier § 66 III, Roth, D.P.R. I § 70. Anm. 16, Gengler S. 598.

⁹ Es bedarf daher landesherrlicher Verleihung (Pr. L.R. II, 2 § 634 u. Anh. § 100, Oest. Gb. § 182) und zum Erwerbe des Adels der bestimmten Familie überdies des Agnatenkonsenses (Pr. L.R. I, 18 § 366, Bayr. Adelsed. § 2, Beseler S. 789).

¹⁰ Graf u. Dietherr IV Nr. 14.

Landesherrn zu. Sind im „Adelsbriefe“ („diploma nobilitatis“) die schon gebornen Nachkommen nicht, wie dies freilich meist zu geschehen pflegt, ausdrücklich mitgeadelt, so ist die Adelsverleihung gemeinrechtlich auf sie nicht auszudehnen¹¹. Dagegen erstreckt sich nach preussischem Recht die Adelsverleihung auch auf die schon vorhandenen Nachkommen, falls sie nicht ausdrücklich ausgenommen sind¹².

IV. Verlust. Da der Adel heute nicht mehr, wie nach früheren Gesetzen, durch den Betrieb eines niederen Gewerbes erlischt¹³, auch die dem älteren Recht bekannte Aberkennung des Adels durch Strafurtheil nicht mehr stattfindet¹⁴, so giebt es nur noch zwei Verlustgründe des Adels.

1. Verheirathung. Die adlige Frau, die einen bürgerlichen Mann heirathet, folgt dem Stande des Mannes. Heirathet sie aber in weiterer Ehe einen adligen Mann, so gilt ihr Geburtsadel als niemals erloschen¹⁵.

2. Verzicht. Auf den Adel kann verzichtet werden¹⁶, jedoch nach den meisten Partikularrechten nur durch eine ausdrückliche, dem Staate gegenüber abgegebene Erklärung¹⁷. Als Verzicht gilt im Falle der Adoption durch einen Bürgerlichen die Ablegung des adligen Namens, während die Adoption als solche den Geburtsstand nicht berührt und auch die Verbindung des bürgerlichen Adoptivnamens mit dem adligen Geburtsnamen dem Adel nicht schadet¹⁸. Kein Verzicht liegt im bloßen Nichtgebrauch. Bei längerem Nichtgebrauch bedarf es aber zur Wiederaufnahme des Adels seiner staatlichen Aner-

¹¹ Vgl. J. L. Klüber, *De nobilitate codicillari*, Erl. 1788, § 5, Eichhorn § 60 Anm. s, Beseler S. 789, Stobbe I 370. — A. M. Hommel, *Rhaps.* 409.

¹² Pr. L.R. II, 9 § 11.

¹³ Vgl. oben § 46 Anm. 5. — Doch wird in Bayern dadurch noch heute der Adel suspendirt; *Adelsed.* § 21, Seydel, *Bayr. Staatsr.* I 596.

¹⁴ Strafverlust des Adels kannte z. B. das *Bayr. Str. Gb.* v. 1818 I Art. 23 nebst *Adelsed.* § 17, das *Preufs. Str. Gb.* v. 1851 Art. 12 Z. 2 u. 22. Der Verlust traf nicht die schon gebornen Kinder und die Frau. — Gemeinrechtlich war der Strafverlust nicht; *Mittermaier* § 67, *Beseler* S. 789 ff.; a. M. *Stobbe* I 371.

¹⁵ Pr. L.R. II, 9 § 84—90.

¹⁶ *Walter*, *D.P.R.* § 460, *Mittermaier* § 67 Anm. 1; a. M. *Beseler* S. 791.

¹⁷ *Bayr. Adelsed.* § 18; *Reyscher*, *Württ. P.R.* I 321; *Falck a. a. O.* IV 236.

¹⁸ Pr. L.R. II, 2 § 685, II, 9 § 83; *Oest. Gb.* § 182; *Mittermaier* § 67 Anm. 7—9; *Stobbe* I 372.

kennung¹⁹. Von der Anerkennung eines vorhandenen Adels unterscheidet sich die Erneuerung eines verloren gegangenen oder doch nicht erweislich erhaltenen Adels, die der Neuverleihung gleichsteht²⁰.

V. Arten des Adels. Da vielfach durch Stiftungssatzungen oder familienrechtliche Verfügungen ein Rechtserwerb von besonders geartetem Adel abhängig gemacht wird, haben einzelne Unterscheidungen beim Adel rechtliche Bedeutung.

1. Ahnenadel oder alter Adel ist im Gegensatz zu neuem Adel vorhanden, wenn durch mehrere Geschlechterfolgen hindurch alle Vorfahren adlig waren²¹. Dabei berechnet man die Ahnenzahl nach der Zahl der Vorfahren in der Geschlechterfolge, bis zu der hinauf Adel gefordert wird. Man spricht also von 2, 4, 8, 16 Ahnen u. s. w. Der Beweis des Ahnenadels wird durch die Ahnenprobe geführt²². Ahnenadel von größerem oder geringerem Alter wird namentlich vielfach für den Erwerb gewisser Stiftspründen, Würden und Orden, nicht selten auch für die Folgefähigkeit in ein Familienfideikommiss verlangt²³. Werden bei einer Adelsverleihung „gemalte Ahnen“ mitverliehen, so wird hierdurch eine sonst mangelnde Successionsfähigkeit nicht begründet²⁴.

2. Uradel und Briefadel unterscheiden sich dadurch, daß jener von väterlicher Seite seit unvordenklicher Zeit vererbt, dieser nachweislich verliehen ist²⁵.

3. Neben dem Erbadel kommt partikularrechtlich ein persönlicher Adel vor²⁶.

¹⁹ Pr. L.R. II, 9 § 94—95 u. Anh. § 120.

²⁰ Pr. L.R. II, 9 § 96—97.

²¹ R. G. Telgmann, Von der Ahnenzahl, Hannover 1733; Runde § 375 ff., Eichhorn § 65 u. 69, Mittermaier § 71, Beseler § 174, Stobbe I 373. — Daher heißt es: „der Sohn ist adeliger als der Vater“; Graf u. Dietherr I Nr. 98—99.

²² J. G. Estor, Praktische Anleitung zur Ahnenprobe, Marburg 1750; Runde § 376—384; Mittermaier § 68; Pr. L.R. II, 9 § 24—31. Nachzuweisen ist für alle auf der „Ahnentafel“ befindlichen Personen sowohl die Ritterbürtigkeit („Ritterprobe“) wie die eheliche Geburt („Filiationsprobe“).

²³ Wie nach dem Sachsensp. I Art. 51 § 3, so genügen im Zweifel auch heute 4 Ahnen; vgl. Mittermaier § 171, Preufs. Cab.O. v. 4. Sept. 1830. Zum Genuß von Stiftspründen werden oft 16 Ahnen gefordert; Stobbe § 44 Anm. 32.

²⁴ „Gemalte Ahnen zählen nicht“; Graf u. Dietherr II Nr. 97. Vgl. Pr. L.R. II, 9 § 23.

²⁵ Runde § 364, Eichhorn § 59, Walter § 455. Uradel kann ganz neuer Adel sein (wenn die Mutter bürgerlich ist), Briefadel sehr alter Adel.

²⁶ Runde § 364, Eichhorn § 58. Früher stand gemeinrechtlich den Doktoren der Rechte und den fürstlichen Räten persönlicher niederer Adel zu;

VI. **Standesrechte.** Hinsichtlich der Rechtsstellung des niederen Adels ist der ehemalige tiefgreifende Unterschied zwischen reichsunmittelbarem und landsässigem Adel heute nur noch von geringer Bedeutung. Der Reichsritterschaft wurden zwar durch die deutsche Bundesakte Art. 14 mancherlei Vorrechte zugesichert. Diese sind aber seither meist entweder weggefallen oder inhaltslos geworden. Dem niederen Adel überhaupt stehen in den Einzelstaaten noch einzelne öffentlichrechtliche Privilegien zu²⁷. Für das Privatrecht ist Folgendes hervorzuheben.

1. **Sonderrecht.** Von der Regel, daß für den niederen Adel das gemeine Privatrecht gilt, bestehen hier und da im Familiengüterrecht und im Erbrecht noch Ausnahmen²⁸. Der Reichsritterschaft wurde der Fortbestand ihres besonderen Privatrechts einschließlich der Autonomie, jedoch nur nach Maßgabe der Landesgesetze, durch die Bundesakte gewährleistet²⁹. In Bayern gehört zu den Sonderrechtsinstituten des Adels das im Uebrigen allen Ständen zugängliche Familienfideikommiß³⁰.

2. **Ebenbürtigkeit.** Für den niederen Adel gilt gemeinrechtlich kein Ebenbürtigkeitsrecht. Aber auch die partikularrechtlichen Nachklänge eines solchen sind heute verschwunden³¹.

R.A. v. 1500 t. 23 § 6—8, R.P.O. v. 1580 t. 14 § 2. Heute ist persönlicher Adel z. B. in Württemberg mit gewissen Aemtern und Orden verbunden (Reyscher § 179 u. 194), in Bayern — und zwar hier unter Erstreckung auf die Frau — mit gewissen Orden (Adelsed. § 5, Seydel, Bayr. Staatsr. I 589 ff.).

²⁷ So namentlich bei der Bildung der Landesvertretung. Auch die Hoffähigkeit läßt sich hierher stellen. — Wesentlich publizistischer Natur war auch das Recht der Siegelmäßigkeit (d. h. der Errichtung von Rechtsgeschäften, die im Uebrigen vor die Behörden gewiesen sind, durch unterschriebene und besiegelte Urkunde); dasselbe ist aber jetzt auch in Bayern, wo es sich am längsten erhielt, jedoch auch anderen Personen zustand, völlig beseitigt; vgl. Pözl, Bayr. Verfassungsr. (5. Aufl.) § 16, Seydel a. a. O. S. 599 Anm. Z. 4.

²⁸ Vgl. Roth, D.P.R. I § 70 Anm. 20—23.

²⁹ Vgl. oben § 19 Anm. 31. Soweit ihr Sonderrecht noch besteht, soll es nach dem Entw. des E.G. Art. 34 auch durch das künftige Gesetzbuch nicht aufgehoben werden, während das Sonderrecht des übrigen niederen Adels durch das Gesetzbuch gebrochen werden soll.

³⁰ Bayr. Ed. v. 1818 § 1: Familienfideikommissse können künftig nur zum Besten adeliger Personen und Familien errichtet werden.

³¹ So die Bestimmungen des Preufs. L.R. II, 1 § 30—33 u. 940, wonach adlige Männer mit Frauen aus dem Bauer- oder niederen Bürgerstande ohne besondere Dispensation keine gültige Ehe eingehen konnten; aufgehoben durch Ges. v. 22. Febr. 1869, während bis dahin das O.Trib. die Ansicht anderer Gerichte, daß die Aufhebung durch V.U. Art. 4 erfolgt sei, konstant verwarf. So auch ein

3. **Adelszeichen.** Die Mitglieder des niederen Adels haben das Recht zur Führung von Adelsprädikaten, die in mehrfacher Abstufung bestehen und nur durch landesherrliche Verleihung erhöht werden können. Doch giebt es weder ein unzweideutiges Adelsprädikat⁸² noch ein sicheres Unterscheidungsmerkmal zwischen Prädikaten des niederen und des hohen Adels⁸³. Auch ist dieses Recht kein im Rechtswege verfolgbares Privatrecht, sondern wird nur vom öffentlichen Recht durch das Verbot der unbefugten Führung von Adelsprädikaten geschützt⁸⁴.

Dagegen ist das Recht jedes Adligen auf Führung seines adligen Familiennamens und seines adligen Familienwappens ein im Rechtswege verfolgbares Privatrecht⁸⁵. Doch gilt das Gleiche heute vom bürgerlichen Namen und Wappen⁸⁶.

4. **Vorrechte kraft Satzung oder Rechtsgeschäft.** Die Hauptbedeutung des Adels liegt heute darin, daß durch die Satzungen von Körperschaften und Stiftungen, adligen Stiftern, Ordensinstituten, Familienstiftungen u. s. w., durch Fideikommissurkunden, durch Rechtsgeschäfte von Todeswegen und unter Lebenden der Erwerb bestimmter Rechte, die Zulassung zu Mitgliedschaftsrechten, Würden, Pfründen, Stipendien und sonstigen Vermögensvortheilen, die Erbfolgefähigkeit in gewisse Güter u. s. w. von Adel oder besonders geartetem Adel abhängig gemacht werden kann und vielfach abhängig gemacht ist.

§ 49. Der Bürgerstand.

Der Bürgerstand des Mittelalters umfasste die Angehörigen der städtischen Gemeinwesen. Er war ein geschlossener

Württ. Dekr. v. 1808, das die Verheirathung königlicher Vassallen mit einer bürgerlichen Frau an königliche Erlaubniß band; aufgehoben 1828.

⁸² Selbst das „von“ vor dem Namen ist nicht erforderlich; es fehlte z. B. beim Städtadel, der es erst neuerdings meist angenommen hat. Andererseits beweist das „von“ noch nicht den Adel.

⁸³ Die Titel „Freiherr“, „Graf“, „Fürst“, „Herzog“ kommen heute auch beim niederen Adel vor.

⁸⁴ Str.G.B. § 360 Z. 8.

⁸⁵ Runde § 386—393; Eichhorn § 62—63; Mittermaier I § 70; Beseler I 807 ff.; Bayr. Adelsed. § 9; R.Ger. V Nr. 45. Dies Recht wird auch durch Führung des Namens ohne Adelsprädikat verletzt; R.Ger. XXIX Nr. 32 S. 130—131.

⁸⁶ Von diesen Rechten wird daher unten die Rede sein; vgl. § 83 I 1 u. § 84 II.

Stand im Rechtssinne. Durch volle Freiheit, körperschaftliche Autonomie und Selbstverwaltung, städtische Reichsstandschaft oder doch Landstandschaft, ausschließliche Berechtigung zu „bürgerlicher Nahrung“ ausgezeichnet, schuf er sich im Weichbildrecht auch ein eignes Privatrecht.

Gerade die städtische Einwohnerschaft aber war es, die zuerst die Standesschranken sprengte. Aus der Erweiterung des städtischen Begriffes des Bürgerthums erwuchs das Staatsbürgerthum. Der Bürgerstand wurde zum vornehmsten Träger des gemeinen Rechts, das wir heute das „bürgerliche“ nennen. So gieng alles besondere Privatrecht des Bürgerstandes als solchen unter. Nur die einzelnen bürgerlichen Berufsstände blieben Träger von Sonderrechten.

Der Bürgerstand des heutigen Rechts hat nicht mehr die Bedeutung eines Standes im Rechtssinne. Von dem Begriff des Bürgers als des Mitgliedes einer Stadtgemeinde¹ ist der Begriff des Bürgerstandes völlig abgelöst. Den Bürgerstand bilden im weiteren Sinne alle Personen, die nicht adlig sind, im engeren Sinne alle Personen, die nicht adlig sind und auch nicht dem Bauernstande angehören².

Partikularrechtlich wird der Bürgerstand im engeren Sinne in den höheren und niederen Bürgerstand eingetheilt³. Jener bildet dann zusammen mit dem Adel die Gruppe der höheren Stände, dieser zusammen mit den Bauern die Gruppe der niederen Stände. An diese Unterscheidung knüpfen sich noch einzelne Rechtsfolgen⁴.

¹ Pr. L.R. II, 8 § 2: Ein Bürger im eigentlichen Verstande wird derjenige genannt, welcher in einer Stadt seinen Wohnsitz aufgeschlagen und daselbst das Bürgerrecht gewonnen hat.

² Pr. L.R. II, 8 § 1: Der Bürgerstand begreift alle Einwohner des Staats unter sich, welche ihrer Geburt nach weder zum Adel noch zum Bauernstande gerechnet werden können und auch nachher keinem dieser Stände einverleibt sind. — Dazu gehören auch Landbewohner (z. B. bürgerliche Gutsbesitzer, Pächter, Fabrikanten, Beamte, Lehrer), nicht aber adlige Stadtbürger (also auch nicht mehr die ehemaligen Patrizier, sofern ihr Adel anerkannt ist, vgl. die Stellen b. Kraut § 45 Nr. 22—23).

³ Bayr. L.R. IV c. 10 § 4 Nr. 5; Pr. L.R. II, 1 § 31 (zum höheren Bürgerstande werden hier gerechnet alle öffentlichen Beamten aufser den geringeren Subalternen, Gelehrte, Künstler, Kaufleute, Unternehmer erheblicher Fabriken und diejenigen, welche gleiche Achtung mit diesen in der bürgerlichen Gesellschaft genießen). Vgl. Eichhorn § 67, Maurenbrecher II § 600.

⁴ So nach Pr. L.R. II, 1 § 701 bezüglich der Ehescheidungsgründe, I, 6 § 112—114 bezüglich des Anspruchs auf Schmerzensgeld; früher auch bei der Eheschließung, vgl. oben § 48 Anm. 31.

§ 50. Der Bauernstand.

Der Bauernstand umfaßt alle Bewohner des platten Landes, die mit eigener Hand Landbau treiben¹.

Dieser Stand setzte sich einst aus sehr ungleichen Geburtsständen zusammen. Es gab vollfreie, vogtbar freie, hörige und leibeigene Bauern. Zugleich aber wirkten die Unterschiede des bäuerlichen Besitzrechtes auf die persönliche Rechtsstellung zurück. Bauern auf freiem, belastetem oder gemindertem Eigenthum, Bauern auf geliehenem Gut und grundbesitzlose Leute hatten vielfach ungleiches Recht. Der Bauernstand erschien somit als ein in sich mannichfach geschichteter Stand mit einer Fülle ständischer Sonderrechtsbildungen.

Dies Alles aber gehört der Rechtsgeschichte an. Der heutige Bauernstand ist lediglich noch ein freier Berufsstand. Alle persönliche Unfreiheit ist beseitigt². Mit ihr sind zugleich solche privatrechtlichen Lasten aufgehoben, die lediglich Ausflüsse einer personenrechtlichen Abhängigkeit waren³. Auch die sachenrechtlichen Einschränkungen und Lasten des bäuerlichen Besitzes sind durch die neuere Agrargesetzgebung zum großen Theil weggeschafft⁴; soweit sie aber fortbestehen, sind sie für das Personenrecht von keiner Bedeutung mehr. Die Klassenunterschiede nach der Größe und Art des bäuerlichen Besitzes haben nur noch auf die körperschaftlichen Rechtsverhältnisse in Gemeinden und Agrargenossenschaften Einfluß⁵.

Ein besonderes Privatrecht besteht heute für den Bauernstand als solchen nicht. Die älteren partikularrechtlichen Be-

¹ Pr. L.R. II, 7 § 1: Unter dem Bauernstande sind alle Bewohner des platten Landes begriffen, welche sich mit dem unmittelbaren Betriebe des Ackerbaues und der Landwirthschaft beschäftigen, insofern sie nicht durch adlige Geburt, Amt oder besondere Rechte von diesem Stande ausgenommen sind.

² Vgl. über die früheren Verhältnisse Runde § 536—557, Eichhorn § 69—72, Mittermaier § 90—96 u. die Quellenstellen b. Kraut § 46 Nr. 6—60; über die Aufhebung Mittermaier § 99 und die b. Kraut zu § 46 angef. Schriften, sowie die Quellenstellen ebenda Nr. 61—79.

³ Wie z. B. Gebundenheit an die Scholle, Heirathsbeschränkungen, Gesindezwang, Leibzins und ähnliche Abgaben, Besthaupt und andere persönliche Erbrechte der Leibherrn; vgl. die Gesetze b. Kraut § 46 Nr. 61—63, 66—68, 70—71, 73—77. Die Aufhebung erfolgte theils ohne, theils mit Entschädigung. Bei der Frage, ob gewisse Abgaben aufgehoben sind oder nicht, kann noch heute die Untersuchung der alten Leibeigenschaftsverhältnisse praktisch wichtig werden; vgl. z. B. Kühne, Das Hundekorn, Stettin 1879.

⁴ Hiervon ist später zu handeln.

⁵ Nur in dieser Richtung kommt daher der Begriff des „Bauern“ im engeren Sinne — als des Besitzers eines Bauerhofes — in Betracht. Vgl. unten § 72—74.

schränkungen der rechtsgeschäftlichen Fähigkeit der Bauern sind aufgehoben oder aufser Uebung⁶. Das Sonderrecht aber, das der Bauernstand für seinen Grundbesitz erzeugt oder empfangen hat, erscheint, seitdem der Erwerb von Bauergütern Jedermann zugänglich ist, nicht mehr als Standesrecht, sondern als Sonderrecht eines bestimmten Sachenkreises⁷.

§ 51. Berufsstände.

I. **Gewerbliche Berufsstände.** Innerhalb des mittelalterlichen Bürgerstandes schufen sich die einzelnen gewerblichen Berufsstände, wie namentlich der Kaufmannsstand und der Handwerkerstand, ein umfassendes Sonderrecht von theils öffentlichrechtlichem theils privatrechtlichem Inhalt. Auch heute stellt das Handelsrecht besondere Privatrechtssätze für Kaufleute und namentlich für Vollkaufleute, sowie für Handelsmäkler und Handlungsgehilfen auf. Ebenso gelten nach Seerecht für Seeleute, nach Bergrecht für Bergleute eigenthümliche Normen. Und das gesammte Gewerberecht knüpft eine Fülle von Rechtsfolgen an die Zugehörigkeit zum Gewerbebestande oder zu einer bestimmten Gattung von Gewerbetreibenden und an die Unterscheidung von selbständigen Unternehmern, gewerblichen Beamten, Gehülfen und Lehrlingen, Fabrikarbeitern u. s. w. Doch sind Handelsrecht, Seerecht, Bergrecht und Gewerberecht heute keineswegs durchgängig berufsständische Sonderrechte. Vielmehr erscheinen sie zugleich als Sonderrechte für bestimmte Verkehrsverhältnisse und Sacharten. Darum kann die privatrechtliche Bedeutung der gewerblichen Berufsstände nur im Zusammenhange dieser Rechtsgebiete dargestellt werden.

II. **Oeffentliche Berufsstände.** Die besondere Rechtsstellung, die mit der Erfüllung eines öffentlichen Berufes im Dienste des Staates, der Kirche oder eines anderen öffentlichen Verbandes begründet wird, äußert sich vor Allem in öffentlichrechtlichen Standesrechten und Standesplichten, wirkt aber auch auf das Privatrecht ein. Darum gelten für öffentliche Beamte, Militärpersonen und Geistliche mancherlei besondere Privatrechtssätze¹. So sind die Mitglieder dieser

⁶ So z. B. ihre Wechselunfähigkeit, das Erforderniß des gerichtlichen Abschlusses und der gerichtlichen Prüfung und Bestätigung ihrer Verträge oder doch gewisser Verträge, die Vorschrift gerichtlicher Form für ihre Bürgschaften (Bayr. L.R. IV c. 10 § 4, aufgehoben 1872); vgl. Stobbe § 41 Anm. 40.

⁷ Davon unten Buch III Abschn. III.

¹ Gemeinrechtliche Bestimmungen dieser Art trifft das Reichsbeamteneges. v. 31. März 1873 für Reichsbeamte und das Reichsmilitärgeg. v. 2. Mai 1874 für Militärpersonen. Im Uebrigen gilt mannichfach ungleiches Partikularrecht.

Stände vielfach in der Handlungsfähigkeit beschränkt; sie bedürfen zum Theil einer höheren Genehmigung zur Eheschließung², zur Uebernahme von Vormundschaften³, zum Erwerbe von Grundstücken⁴, zur Aufnahme von Darlehen⁵, zum Gewerbebetriebe⁶ und zum Eintritt in den Dienst einer Erwerbsgesellschaft⁷. Andererseits sind sie durch die der Pfändung ihres Dienst Einkommens gezogenen Schranken bevorrechtet⁸. Besondere Grundsätze gelten ferner für das Soldatentestament⁹. Endlich sind die Mitglieder dieser Stände insoweit, als sie zusammen mit dem Adel und den sonst noch dazu gerechneten „schriftsässigen“ Personen ehemals einen befreiten Gerichtsstand vor höheren Landesgerichten hatten, noch heute in manchen Ländern dem statutarischen ehelichen Güterrecht nicht unterworfen, so daß sie nach einer anderen Güterordnung als die „amtssässigen“ Stände leben¹⁰.

² So alle Militärpersonen (Reichsmilitär-ges. § 40, Hinschius, Komm. zum Personenstandsges. § 38 Anm. 37); ebenso in Bayern und Württemberg alle öffentlichen Beamten, anderswo bestimmte Beamtenklassen (vgl. die Uebersicht b. Hinschius a. a. O. Anm. 38 S. 133—135).

³ So nach Reichsmilitär-ges. § 41, Preufs. Vorm.O. § 22. Nach dem Reichsmilitär-ges. § 41 sind Militärpersonen u. Civilbeamte der Militärverwaltung überdies zur Ablehnung einer Vormundschaft befugt.

⁴ Vgl. Bayr. Ed. v. 26. Mai 1818 § 21 b. Kraut § 47 Nr. 1, wo den äußeren Justiz-, Polizei- und Finanzbeamten der Erwerb von Gutsrealitäten in ihrem Amtsbezirk untersagt ist; andere beschränkende Gesetze b. Roth, D.P.R. II § 242 Anm. 7. — Dagegen sind die für Militärpersonen früher in Preußen (Pr. L.R. II, 10 § 27 ff. u. 35 ff.) bestehenden Beschränkungen im Erwerbe, der Veräußerung und der Verpfändung von Grundstücken durch das Reichsmilitär-ges. § 42 aufgehoben.

⁵ Beschränkungen der Darlehnsfähigkeit bestehen noch nach Pr. L.R. I, 11 § 678 ff. für Subalternoffiziere, Unteroffiziere und Soldaten; Näheres b. Dernburg, Preufs. P.R. II § 177.

⁶ Reichsbeamten-ges. § 16; Reichsmilitär-ges. § 43; Bayr. Ed. v. 1818 § 21 b. Kraut § 47 Nr. 1. Das Reichsbeamten-ges. § 16 verbietet überdies jede Uebernahme eines Nebenamtes oder einer Nebenbeschäftigung, womit eine fortlaufende Remuneration verbunden ist, ohne Genehmigung.

⁷ Nach dem Reichsbeamten-ges. § 16 darf kein Reichsbeamter ohne Genehmigung in den Vorstand, Verwaltungs- oder Aufsichtsrath irgend einer auf Erwerb gerichteten Gesellschaft eintreten; ist die Stelle mittelbar oder unmittelbar mit Remuneration verbunden, so darf die Genehmigung nicht ertheilt werden. Aehnlich Preufs. Ges. v. 10. Juni 1874 für alle unmittelbaren Staatsbeamten.

⁸ Vgl. z. B. Reichsbeamten-ges. § 19, Reichsmilitär-ges. § 45, Württ. Dienst-pragm. v. 28. Juni 1821 § 11 b. Kraut § 47 Nr. 5. Soweit die Gehaltsansprüche unpfändbar sind, sind sie auch unübertragbar; Reichsbeamten-ges. § 6.

⁹ Reichsmilitär-ges. § 44.

¹⁰ So in Pommern, Holstein, Hannover, Kurhessen, Bayern, Mecklenburg, Fürstenth. Lübeck; vgl. Roth § 70 Anm. 29. Näheres im Eherecht. — Ueber die in Bayern durch V. v. 16. Juni 1816 erfolgte Unterstellung aller Offiziere unter das bayrische Landrecht vgl. Roth, Bayr. C.R. I § 33 Anm. 4.

Vierter Titel.

Einfluss der Ehre.

§ 52. Geschichtliche Entwicklung des Rechtes der Ehre¹.

I. Ueberhaupt. Die Ehre ist an sich ein sittlich-sozialer Begriff. Wären Sittlichkeit und Recht von einander völlig getrennt, so könnte der Ehrbegriff überhaupt nicht in das Rechtsgebiet eindringen. Es könnte weder ein Recht auf Ehre noch Rechtsfolgen der Ehrenminderung geben. Bis zu einem gewissen Grade ist ja in der That die Ehre für das Recht unerreichbar: unmöglich kann das Recht Jedem die Ehre geben, die ihm gebührt, und nothwendig muß es auch im sittlich Unwürdigen die formale Persönlichkeit schützen. Allein es giebt ein Zwischengebiet, auf dem der sittlich-soziale Werth des Menschen und seine rechtliche Geltung auf einander einwirken. Dieses Zwischengebiet kann enger oder weiter abgesteckt und ungleich ausgebaut werden. Kein lebendiges Recht aber wird ihm jemals seine Anerkennung versagen.

Das germanische Recht suchte die Verbindungsfäden zwischen sittlicher und rechtlicher Ordnung reich und fest zu spinnen. Es schuf daher auch ein besonders ausgebildetes Ehrenrecht. Hierbei gieng es von zwei Grundgedanken aus:

1. Aus der Persönlichkeit entspringt ein Recht auf Ehre. Dieses Recht wird von der Gesammtheit anerkannt und geschützt. Der Einzelne aber ist berechtigt und verpflichtet, vor Gericht und außer Gericht seine und der Seinigen Ehre zu vertreten und im Nothfalle mit den Waffen (insbesondere einst im gerichtlichen Zweikampf) zu vertheidigen.

Ist die Ehre Ausfluß der Persönlichkeit, so muß, so lange Rechtsungleichheit besteht, erhöhter Persönlichkeit höhere, geminderter Persönlichkeit geringere Ehre gebühren². Jeder besonderen Färbung

¹ Budde, Ueber Rechtlosigkeit, Ehrlosigkeit und Echtlosigkeit, Bonn 1842. Hillebrand, Ueber die gänzliche und theilweise Entziehung der bürgerlichen Ehre nach den deutschen Rechtsbüchern des Mittelalters, Gießen 1844. Köstlin, Z. f. D. R. XV 151 ff. Osenbrügge, Studien S. 111 ff. — Heusler, Inst. I § 43—45. Schröder, R.G. S. 452, 712, 723 ff. — Eichhorn, D.P.R. § 83 ff.; Mittermaier I § 100 ff.; Phillips I § 35 ff.; Maurenbrecher I § 146 ff.; Beseler § 61; Stobbe I § 47—48; Gengler § 19 ff. — Binding, Die Ehre, Leipzig 1890. — Quellenstellen b. Kraut, Grundr. § 49—51.

² Ueber die Folgen der ungleichen Ehre der verschiedenen Stände vgl. Heusler I 192 ff.

aber, die die Persönlichkeit durch Stand oder Verband empfängt, muß eine besondere Ehre, eine Standesehre, Genossenschaftsehre u. s. w., entsprechen.

2. Unversehrte Ehre ist Grundlage des Rechtes der Persönlichkeit. Nur wer an seiner Ehre unbefleckt ist, ist „vollkommen an seinem Recht.“ Ehrverlust zieht Rechtsverlust, Ehrminderung Rechtsminderung nach sich.

II. Das Recht des deutschen Mittelalters. Schon in alter Zeit erkennbar³, sind diese Grundgedanken im deutschen Mittelalter zu einem vielgliedrigen System entfaltet. Dasselbe gruppirt sich um drei mehr oder minder scharf ausgeprägte Typen der Rechtsschwächung: Echtlosigkeit, Rechtlosigkeit, Ehrlosigkeit⁴.

1. Echtlosigkeit deckt sich mit Friedlosigkeit und besteht im Verluste der Rechtsfähigkeit (der „ehe“) und folgeweise auch aller Ehre⁵. Der Echtlose entbehrt der Persönlichkeit: er kann keinerlei Rechte haben⁶, an ihm kann nicht gefrevelt werden⁷. Echtlosigkeit tritt entweder durch friedlos legendes Strafurtheil oder von selbst als Folge der Reichsoberacht ein⁸.

2. Rechtlosigkeit ist Mangel der Gerichtsfähigkeit (des „rechtes“)⁹ und damit der Ehrenrechte des freien Mannes. Der Recht-

³ Vgl. Tac. Germ. c. 6: nec sacris adesse aut concilium inire ignominioso fas. Cap. Miss. d. a. 809 c. 28 (M. G. L. Sect. II P. II 51): ut postquam quisque ad mortem fuerit iudicatus, neque iudex fiat neque scabinus neque testis neque ad sacramentum recipiatur; sed unde alii jurare debent, ipse semper ad iudicium Dei examinandus recedat (also die spätere Rechtlosigkeit). Cap. Aquisgr. d. a. 809 c. 1 (ib. S. 148). Stellen b. Kraut § 49 Nr. 2 u. 6.

⁴ Die Terminologie schwankt bisweilen, aber doch im Ganzen nur unbedeutend; vgl. Budde S. 131 ff. Unter den Neueren hat der Umstand Verwirrung angerichtet, daß der Ausdruck „unecht“, der technisch den „Unehelichen“ bedeutet, mitunter statt „echtlos“ gebraucht wird (Sachsensp. I Art. 38 § 3), hier und da auch „echtlos“ oder „elos“ statt „rechtlos“ (Kraut § 49 Nr. 16 vgl. mit Nr. 17) und umgekehrt „rechtlos“ statt „echtlos“ (Sachsensp. I Art. 38 § 2).

⁵ Daß man mit der „Echt“ und dem „gemeinen Frieden“ zugleich das „Recht“ und die „Ehre“ einbüßt, wird oft ausdrücklich hervorgehoben; vgl. Frider. I Const. d. a. 1187 b. Kraut Nr. 7 (universo jure et honore et legalitate sua privatus), Gl. zu Sachsensp. III Art. 27 ib. Nr. 27 (ehre, echt und recht), Verfemungsformeln ib. Nr. 4 u. 5 (echtlos, rechtlos, friedelos, ehrlos). In der Echtlosigkeit ist also die Rechtlosigkeit und die Ehrlosigkeit stets enthalten.

⁶ Sachsensp. I Art. 38 § 2—3, Art. 51 § 1.

⁷ Sachsensp. III Art. 45 § 11; Gl. zu Sachsensp. I Art. 38 § 2.

⁸ Stellen b. Kraut Nr. 3—5, 7, 15, 25, 27, 92.

⁹ Für diese Deutung spricht der gewöhnliche Sinn des Wortes „recht“, die Art der ältesten Erwähnung des Instituts (oben Anm. 3) und die Betonung gerade der auf das Gericht bezüglichen Folgen in den Quellen. Unrichtig nehmen Budde

lose ist Person, daher des Familien- und Vermögensrechtes fähig¹⁰. Allein er ist eine minderwerthige Person. Darum ist er vor Allen vom Vollgenossenrecht in der Gerichtsversammlung ausgeschlossen; er kann nicht Richter, Schöffe, Fürsprech oder Zeuge sein¹¹, entbehrt bei gerichtlichen Klagen und Zweikämpfen des Vormundes¹² und wird nicht zum Reinigungseide zugelassen¹³. Ebenso erkennen ihn Gemeinden und Genossenschaften nicht als gleichberechtigtes Mitglied an; in den Städten wird ihm das Bürgerrecht und die Rathsfähigkeit versagt¹⁴; Gilden und Zünfte weigern ihm die Aufnahme¹⁵. Auch darbt er des Lehnrechts¹⁶. Rechtsverletzungen an ihm sind möglich und strafbar¹⁷, werden aber meist geringer geahndet¹⁸. Er hat kein Wergeld und nur eine scheinbare oder unvollkommene Busse¹⁹. Doch treten bei den verschiedenen Klassen der rechtlosen Leute nicht alle diese Folgen in gleicher Strenge ein.

a. Kraft Urtheils ist rechtlos, wer zu einer schimpflichen Strafe, die den Leib dem Henker preisgiebt, verurtheilt ist²⁰. Die Verurtheilung als solche macht rechtlos. Mag daher auch die Strafe durch Vergleich oder durch Ablösung mit Geld oder auf einem anderen Wege abgewandt sein, so bleibt doch die Rechtlosigkeit bestehen²¹. Denn die öffentliche Feststellung, daß der Schuldige seine

S. 5 ff. u. Schröder S. 452 hier „recht“ für „Stand“, Heusler S. 190 ff. für die durch den Stand bedingte Rechtsstellung.

¹⁰ Sachsensp. I Art. 51 § 1; Magdeb. R. f. Görlitz v. 1304 § 136; Schwabensp. (W.) c. 38; Gosl. Stat. S. 8 Z. 28 ff.

¹¹ Sachsensp. I Art. 61 § 4, II Art. 12 § 3, III Art. 65 § 1, 70 § 1; Richtst. L.R. Art. 32 § 8; Schwabensp. (W.) c. 54 u. 75.

¹² Sachsensp. I Art. 48 § 1, III Art. 16 § 2; Rechtsb. n. Dist. I 49 d. 4. Darum hat er auch nicht „erholunge u. wandil“; Kraut Nr. 71.

¹³ Sachsensp. I Art. 39, II Art. 26 § 2; Stellen b. Kraut Nr. 65 u. 66; Planck, Gerichtsv. II 22 ff. u. 59. — Heusler I 194 u. 197 erblickt hierin nur eine Folge der mit Rechtlosigkeit kraft Urtheils verbundenen „Ehrlosigkeit“; vgl. indefs Görl. L.R. Art. 47 § 19 (Kraut Nr. 31), wonach sogar umgekehrt, wer durch Urtheil gezwungen oder aus Muthwillen das glühende Eisen trägt, „an sine rechte gekrenket wirt“.

¹⁴ Rechtsb. n. Dist. V 2 pr. (b. Kraut Nr. 73).

¹⁵ Gosl. Stat. S. 76 Z. 25 ff.

¹⁶ Sachsensp. Lehn. Art. 2 § 1.

¹⁷ Sachsensp. III Art. 45 § 11; Gl. zu Sachsensp. I Art. 38.

¹⁸ Kraut Nr. 72 u. 90; Stobbe § 47 Anm. 17, 22 u. 26.

¹⁹ Sachsensp. III Art. 45 § 10—11; vgl. auch L. Fris. V 1.

²⁰ Nach Sachsensp. I Art. 38 § 1 u. Art. 65 § 1 Strafen zu Hals und Hand oder zu Haut und Haar (körperliche Züchtigung). Manche Quellen führen die mit solchen Strafen bedrohten Verbrechen auf; Kraut Nr. 28 u. 29.

²¹ Sachsensp. a. a. O. u. II Art. 13 § 1 u. Art. 19 § 2; Gosl. Stat. S. 93 Z. 10 ff.; Görl. Landr. Art. 47 § 15.

leibliche Unantastbarkeit verwirkt hat, wird nicht aus der Welt geschafft. In diesem ursprünglichsten Falle gilt Rechtlosigkeit strengster Art²². Wird der Verurtheilte gekränkt, so gebührt ihm nur eine Spottbusse²³.

b. Kraft Berufsmakels ist rechtlos, wer ein schimpfliches Gewerbe betreibt. Diese Rechtlosigkeit ergreift zum Theil auch die Kinder²⁴. Der Sachsenspiegel befehlet mit ihr gedungene Kämpen nebst ihren Kindern und Spielleute²⁵. Andere Quellen fügen Frauenwirth, feile Dirnen, christliche Wucherer und bald vor Allem den Henker hinzu²⁶. Die Rechtlosigkeit dieser Leute ist nur in wenigen Punkten gemildert²⁷. Auch sie haben nur eine Scheinbusse²⁸. Immerhin sind sie nicht Diebes oder Räubers Genossen²⁹.

c. Kraft Geburtsmakels ist rechtlos, wer unehelich geboren ist³⁰. Für die „unechten“ Leute (Schmutz- oder Unflathkinder, Nebenkinder, Bankharte, Pfaffenkinder) entstand ohne eigne Schuld vermöge ihrer Familienlosigkeit und ihres Ursprunges aus der Sünde eine schlechtere soziale Stellung, der bis in die neuere Zeit eine geminderte Rechtsfähigkeit entsprach³¹. Doch hat sich erst in christlicher Zeit und nicht überall gleichmäÙig ihre Zurücksetzung so gesteigert, daß sie zu den rechtlosen Leuten gezählt wurden³². Auch

²² Auch treten für neue Verbrechen strengere Strafen ein; Sachsensp. II Art. 62 § 2, Gosl. Stat. S. 38 Z. 11 ff.

²³ Sachsensp. III Art. 45 § 9: zwei Besen und eine Scheere (Symbole der Züchtigung).

²⁴ Kraut Nr. 72 u. 88.

²⁵ Sachsensp. I Art. 38 § 1 u. Gl. zu I Art. 39 (Kraut Nr. 26). Unter den ersteren sind Leute, die gerichtliche Zweikämpfe für Lohn ausfechten, unter den letzteren das ganze Volk der Fahrenden zu verstehen.

²⁶ Vgl. Stobbe § 49 Anm. 17a—20; über den Henker z. B. Augsb. Stadtr. Art. 27 (Meyer S. 70) u. Brünner Schöffeb. c. 691.

²⁷ Auf Spielleute darf man keine Kämpen leiten; Sachsensp. I Art. 50 § 2. Inwieweit sie den Reinigungseid haben, erhellt nicht. Die Zeugnissfähigkeit spricht das Brünner Schöffeb. c. 691 dem Henker ab.

²⁸ Sachsensp. III Art. 45 § 9: Spielleute den Schatten eines Mannes, Kämpen und ihre Kinder das Blinken eines Kampfschildes gegen die Sonne.

²⁹ Sachsensp. I Art. 50 § 2. Sie bilden vielmehr eigne Genossenschaften; vgl. Gierke, Genossenschaftsr. I 445 ff., Osenbrüggen S. 136 ff. u. 391 ff., Heusler I 195.

³⁰ Unehelich geboren ist auch das vom Echtlosen erzeugte Kind, da seine Ehe gelöst ist; Sachsensp. I Art. 38 § 3. Vgl. im Uebrigen über eheliche und uneheliche Geburt das Familienrecht.

³¹ Daß sie nicht erben und nur von Nachkommen beerbt werden (Kraut Nr. 76—86 b), ist Folge ihrer Familienlosigkeit u. gehört nicht hierher.

³² Sachsensp. I Art. 38 § 1. Ueber ihre bessere Stellung im nord. R. vgl.

jetzt blieb ihre Rechtlosigkeit unvollständig; sie sind nicht Diebes oder Räubers Genossen⁸³, behalten den Reinigungseid⁸⁴ und sind zeugnissfähig⁸⁵. Allein von der Vollberechtigung im Gericht, vom städtischen Bürgerrecht, von den Zünften, vom Lehnrecht sind sie ausgeschlossen⁸⁶. Sie haben kein Wergeld und nur eine geringfügige Buße⁸⁷. Auch versagt ihnen die Kirche die Ordination⁸⁸ und das ehrliche Begräbnis⁸⁹.

3. Ehrlosigkeit ist Verlust der Ehre (d. h. ursprünglich des Glanzes), mithin eine Minderung des sittlichen Werthes, die zunächst den Verlust der sozialen Achtung nach sich zieht, mittelbar aber auf die rechtliche Geltung der Person herabmindernd einwirkt. Hierbei sind aber mehrere Verhältnisse zu unterscheiden.

a. Bescholtenheit. Unehrrbarer Lebenswandel zerstört den guten Ruf, macht „bescholten“ oder „übel beleumdet.“ Damit ist eine Minderung der Rechtsfähigkeit an sich noch nicht verbunden⁴⁰. Wohl aber wird der thatsächliche Mangel an Ehre rechtlich erheblich, sobald im Einzelfalle zum Erwerbe eines Rechts Unbescholtenheit gefordert wird⁴¹.

b. Ehrloserklärung. „Ehrlos“ im technischen Sinne ist, wer durch Urtheil für ehrlos erklärt ist. Die Aberkennung der Ehre ist eine schwere Strafe⁴². Sie ist in der Friedloslegung stets ent-

Wilda, Z. f. D. R. XV 237 ff., über ihre mildere Behandlung nach manchen deutschen Quellen Rive, Z. f. R.G. III 210 ff. Vgl. auch Osenbrüggen S. 133, Stobbe I 404 ff.

⁸³ Sachsensp. I Art. 50 § 2.

⁸⁴ Siegel, Sitzungsber. der Wiener Akad. XLII 201 ff.; Stobbe § 47 Anm. 27; Heusler I 197.

⁸⁵ Bisweilen aber nur beschränkt; Gosl. Stat. S. 93 Z. 5 ff., kl. Kaiserr. I Art. 19, andere Stellen b. Stobbe § 47 Anm. 28.

⁸⁶ So nach den oben Anm. 11—12 u. 14—16 angef. Stellen; vgl. ferner Gierke, Genossenschaftsr. I 356 Anm. 28, 403 Anm. 217; Stobbe § 47 Anm. 29—32.

⁸⁷ Sachsensp. III Art. 45 § 9: ein Fuder Heu.

⁸⁸ Richter, Kirchenr. § 105; Hinschius, Kirchenr. I 11, II 476.

⁸⁹ Noch im 18. Jahrh. befohlen Braunsch. u. Hess. Ver. die Auslieferung ihrer Leichen an die Anatomie; Stobbe § 47 Anm. 35.

⁴⁰ Sachsensp. I Art. 5 § 2: wif mach mit unkuschheit irs livers ire wifliken ere krenken, ire recht ne verlüst se darmede nicht. Gosl. St. S. 10.

⁴¹ So zum Erwerbe des Gemeinderechts u. des städtischen Bürgerrechts, Gierke, Genossenschaftsr. II 272 Anm. 12 u. 694 Anm. 20; des Zunftrechts, ib. I 365 Anm. 27.

⁴² Richtst. L.R. Art. 28 (es gibt fünf schwere Strafen, indem Leben, Gesundheit, Recht, Ehre u. gemeiner Friede genommen werden können), Art. 41 § 7.

halten⁴³ und scheint auch mit der Rechtloserklärung wegen Verbrechen regelmäßig verbunden gewesen zu sein⁴⁴, kann aber auch selbständig erfolgen⁴⁵. Begründet wird sie durch ehrlose That. Ehrlos ist eine Handlung, die wider die Treue verstößt; denn alle Ehre kommt von Treue⁴⁶. Man kann die Ehre verwirken, weil man wider die allgemein menschliche Treue (z. B. durch Meineid oder falsches Zeugnis) handelt⁴⁷ oder eine besondere Treupflicht (z. B. gegen den Dienstherrn oder den Dienstmann, den Blutsfreund oder den Genossen) verletzt⁴⁸ oder ein unter Verpfändung der Treue oder der Ehre abgegebenes Versprechen (Treuwort oder Ehrenwort) bricht⁴⁹. Wer für ehrlos erklärt ist, genießt kein Vertrauen mehr; er wird nicht mehr zum Eide verstattet⁵⁰, ist als Zeuge nicht glaubwürdig⁵¹ und wird von allen öffentlichen Aemtern und von den Versammlungen und Genossenschaften ehrbarer Männer ausgeschlossen⁵².

c. Verlust einer Sonderehre. Die einzelnen ständischen

Sachsensp. I Art. 40: den verdelt man sin ere u. sin lenrecht. Schwabensp. (L.) c. 278. Daher können auch nur streng ebenbürtige Schöffen darauf erkennen; Sachsensp. II Art. 12 § 1–2, III Art. 19.

⁴³ Oben Anm. 5.

⁴⁴ Dies nimmt Heusler I 196 ff. an. Häufig wird ausdrücklich neben Rechtlosigkeit auch Ehrlosigkeit als Folge der Verurtheilung genannt; Sachsensp. II Art. 13 § 1 u. Art. 19 § 2, Gosl. Stat. S. 93 Z. 10, andre Stellen b. Kraut Nr. 33, 35–36, 38–40, Heusler a. a. O. — Niemals dagegen heißen die anderen Klassen der Rechtlosen „ehrlos“.

⁴⁵ Beseler S. 237 ff.; Heusler I 197.

⁴⁶ Gl. zu Sachsensp. III Art. 78 § 1: wente alle ere van truwe kumpt. Vgl. Sachsensp. I Art. 40, Schwabensp. (L.) c. 278, Stellen b. Kraut Nr. 43–51.

⁴⁷ Gosl. Stat. S. 94 Z. 23 ff. u. S. 96 Z. 39 ff.

⁴⁸ Const. pac. Frider. II d. a. 1235 c. 11 b. Kraut Nr. 35–36; Sachsensp. I Art. 40, III Art. 78 u. 84 § 2; Gl. zu Sachsensp. III Art. 8. Ehrlos wird auch der wegen Untreue abgesetzte Vormund; Schwabensp. (W.) c. 55, Richtst. L.R. Art. 33 § 9: wert en halemandet . . also verdelet man eme . . sin ere.

⁴⁹ Urk. v. 1336 b. Kraut Nr. 51: were aver dat sache, dat wir eyniche wysz hierwyder deden, so solin wir truwelos, erlos ind meyneydich sin. Auch hier wird Verurtheilung vorausgesetzt; Beseler § 61 Anm. 21. — Näheres im Obligationenrecht.

⁵⁰ Naumburger Stat. v. 1337 § 14 b. Kraut Nr. 64.

⁵¹ Kraut Nr. 43–44.

⁵² Denn überall hält man Bescholtene fern, der Ehrlose aber ist ein gerichtlich Bescholtener. — Seine öffentlich konstatierte Bescholtenheit bewirkt auch, daß ihm der Mangel an Ehre und Treue öffentlich vorgehalten werden kann, ohne daß er wegen Beleidigung klagen könnte; diese Folge wurde für den Fall des Bruches eines Treuwortes oft vertragsmäßig anerkannt und näher bestimmt; davon im Obligationenrecht.

oder genossenschaftlichen Personenkreise, die ein besonderes Recht und Gericht besitzen, haben und hüten auch ihre besondere Ehre. So giebt es eine Lehnsehre, eine Rittersehre, eine Bürgerehre, eine Kaufmannsehre, eine Handwerksehre⁵³. Wer sich seines Standes oder seiner Genossenschaft unwürdig zeigt, büßt diese Sonderehre ein und kann ihrer durch Urtheil des Genossengerichtes verlustig erklärt werden. Es versteht sich von selbst, daß der, dem die gemeine Ehre fehlt, auch für jede Sonderrechtssphäre als ehrlos gilt. Dagegen kann umgekehrt die Sonderrechtsehre aberkannt werden, ohne daß gleichzeitig die gemeine Ehre verloren gieng⁵⁴. Der Verlust der Sonderehre bewirkt als solcher nur den Untergang oder die Minderung der Rechtsfähigkeit im Bereiche des Sonderrechts⁵⁵. Schon im Mittelalter aber begann mit der wachsenden Zersplitterung und Abschließung der besonderen Rechtskreise auch der besondere Ehrbegriff den gemeinen Ehrbegriff zu verschlingen⁵⁶.

III. Der Einfluß der Rezeption. Nach der Aufnahme der fremden Rechte glaubte man die römische Lehre von der Infamie als praktisch behandeln zu können. Da aber das Recht der Ehre im innersten Kern durch nationale Anschauungen bedingt ist, vermochte man die fremden Rechtsinstitute in Deutschland nicht zu wirklichem Leben zu erwecken. Vielmehr erhielt sich das einheimische Recht, wurde aber durch die römischen Begriffe mannichfach verwirrt und umgebildet⁵⁷. Man darf diesen romanistischen Umgestaltungsprozeß nicht als ungeschehen behandeln⁵⁸. Doch darf man

⁵³ Vgl. Kraut Nr. 53—54; Gierke, Genossenschaftsr. I 347, 365, 387 u. 388 ff.

⁵⁴ Richtig meint Heusler I 198, daß Aberkennung des Lehnrechtes wegen Lehnsuntreue im Lehngericht noch nicht ehrlos vor dem Landgericht gemacht habe, daß sich dies aber nicht umkehren lasse. Aehnlich verhält es sich bei der Ausstoßung aus dem Ritterstande oder aus einer Gilde oder Zunft.

⁵⁵ Vom Verluste eines vererblichen Standesrechtes werden auch die künftigen Nachkommen betroffen; in diesem Sinne sagt das kl. Kaiserr. III Art. 7 von den Reichsdienstmannen: ist eyner so unselig dar her sin ere verlieset, der hat se allen den verlorn, die nach im komen, dy werdin geworpen ut erme rechten.

⁵⁶ Irrig aber war die ältere Meinung, die die mittelalterlichen Begriffe „Ehre“ und „Ehrlosigkeit“ nur auf das Standesrecht beziehen wollte; so noch Eichhorn, D.R.G. § 349, D.P.R. § 83 II, Marezoll, Ueber die bürgerliche Ehre, ihre gänzliche Entziehung und theilweise Schmälerung, Gießen 1844, S. 229 ff., Phillips I § 35.

⁵⁷ Vgl. Mittermaier I § 101, Wächter, Württ. P.R. I 903 ff., Unger, Oest. P.R. I 268 ff., Beseler, D.P.R. S. 241, Stobbe I 407.

⁵⁸ Wie Budde S. 126, Savigny II 224 ff., Gerber, D.P.R. § 39, thun.

noch weniger im römischen Recht die durch das deutsche Recht nur modifizierte Grundlage der weiteren Entwicklung erblicken⁵⁹. Auch haben sich nicht etwa auf diesem Gebiet römisches und deutsches Recht neben einander behauptet⁶⁰. Ueberall vielmehr waren es die deutschen Rechtsinstitute, an die sich die Rechtsbildung anlehnte.

1. Die Echtlosigkeit verschwand allmählich mit dem Untergange der Friedlosigkeit und des aus ihr hervorgegangenen bürgerlichen Todes⁶¹.

2. Die Rechtlosigkeit wurde beibehalten, aber stark verändert.

a. Die Rechtlosigkeit kraft Urtheils wurde unter den Begriff der römischen *infamia juris mediata* gebracht. Sie wurde daher als Ehrverlust bezeichnet und mit der alten Ehrloserklärung zusammengeworfen. Doch wirkte die ehemalige Unterscheidung von Rechtlosigkeit und Ehrlosigkeit insofern nach, als ein zwiefacher Grund des Ehrverlustes anerkannt blieb.

Einerseits wurde der Ehrverlust nach wie vor als Folge einer entehrenden Strafe behandelt. Als solche galt namentlich jede Strafe, die mit Berührung von Henkershand verknüpft war⁶².

Andrerseits wurde der Ehrverlust als selbständige Strafe bei der Verurtheilung wegen einer ehrlosen Handlung verhängt. Dies sollte nach Reichsrecht insbesondere in den Fällen des Meineides, der Verkuppelung von Weib oder Kind, der Gotteslästerung, der Fahnenflucht, der Ausfertigung von Urkunden über die Abtretung jüdischer Forderungen gegen Christen an Christen und schließlich auch des Duells geschehen⁶³.

Immer aber blieb der Ehrverlust eine nur durch Strafurtheil festzusetzende schwere Strafe. Zeitweise wußten freilich an manchen Orten die Juristen auch die römische Infamie wegen Verurtheilung aus einem Privatdelikt oder aus bestimmten Vertragsverhältnissen

⁵⁹ Wie die meisten Aeltern thun; vgl. z. B. Glück, *Kommi.* V 129 ff., *Marezoll a. a. O.* S. 321 ff., *Heffter, Lehrb. des gem. deut. Strafr.* (5. Aufl.), *Braunschweig* 1854, § 174—175, aber auch *Dernburg, Pand.* I 137.

⁶⁰ Dies meinte *Eichhorn, D.P.R.* § 84.

⁶¹ *Oben* § 42 Anm. 8.

⁶² Vgl. *Mittermaier* § 102 Anm. 12—17, *Heffter a. a. O.* § 175 Anm. 8—11; *Kulm. R. V.*, 2 c. 2 b. *Kraut* § 51 Nr. 5. Dahin gehörten auch *Pranger, Stäupung, Brandmarkung, Landesverweisung*. Doch war im Einzelnen das hier entscheidende Landesrecht sehr verschieden. — Die Zünfte wollten sogar unschuldig Gefolterte nicht aufnehmen; *Gierke, Genossenschaftsr.* I 918.

⁶³ *C.C.C. Art.* 107, 108, 122, *R.P.O. v. 1577 t. 1* § 7, *Reuterbestallung v. 1570* § 62—63, *R.A. v. 1551* § 80 b. *Kraut* § 51 Nr. 1—4 u. 6.

(Depositum, Sozietät, Mandat, Tutel) zur Geltung zu bringen. Allein auf die Dauer ließ sich eine so schroffe Vergewaltigung des nationalen Rechts nicht durchsetzen⁶⁴.

b. Die Rechtlosigkeit kraft Berufsmakels oder Geburtsmakels faßte man meist als einen Fall der im Uebrigen bei uns niemals praktisch gewordenen römischen *infamia juris immediata* auf, knüpfte sie aber zum Theil auch an die römische *infamia facti* an. Man bezeichnete diese geringere Ehre bestimmter Personenklassen nun als Anrühigkeit. Dabei trug man in sie die ihr ursprünglich fremde Vorstellung eines sittlichen Makels hinein⁶⁵. Um so entschiedener setzte sich das ganze Rechtsinstitut mehr und mehr in einen Widerspruch mit den modernen Anschauungen, unter deren Einfluß es allmählich zerbröckelte und endlich untergieng.

Die Anrühigkeit wegen Berufsmakels dehnten namentlich die Zünfte auf einen wachsenden Kreis von Gewerben aus, die als „unehrlich“ gelten sollten; selbst den Kindern und Enkeln dessen, der ein solches Gewerbe getrieben hatte, wurde die Zulassung zu einem ehrbaren Handwerk versagt⁶⁶. Hiergegen schritt die Reichsgesetzgebung ein⁶⁷. Zuletzt duldete das Reichsrecht nur noch die Anrühigkeit der Scharfrichter und der Schinder mit Einschluss derjenigen Kinder, die an der „verabscheuten“ Arbeit ihrer Eltern bereits Theil genommen hatten⁶⁸.

Die Anrühigkeit wegen Geburtsmakels blieb im gemeinen Recht bestehen und wurde nur in ihren Wirkungen abgeschwächt. Doch wurde der Legitimation die Kraft beigelegt, dem unehelichen Kinde die volle Rechtsfähigkeit zu verschaffen⁶⁹, und eine besondere Form der Legitimation (*legitimatio minus plena* oder

⁶⁴ Vgl. Glück a. a. O. S. 196, Stobbe I 407, Dernburg I § 58 Anm. 23.

⁶⁵ Schon in der Gl. zu Sachsensp. III Art. 16 heißt es: *rechtelose Iude . . dat synt de, de an der ere bevecket syn.*

⁶⁶ Gierke, Genossenschaftsr. I 918; Stobbe I 417. Leinweber, Müller, Bader, Zöllner, Stadtknechte, Gerichtsdieners, Thurm-, Holz- und Feldhüter, Todtengräber, Nachtwächter, Bettelvögte, Gassenkehrer, Bachfeger, Schäfer, Musikanten u. s. w. galten als anrühig!

⁶⁷ R.P.O. v. 1548 t. 37 u. v. 1577 t. 38; R.Schl. v. 1731 Art. 4. — Landesgesetze b. Gierke a. a. O. S. 925 Anm. 25, Stobbe I 417 Anm. 68.

⁶⁸ R.Schl. v. 1772 § 5 (der R.Schl. v. 1731 Art. 4 erstreckte die Anrühigkeit noch auf alle Kinder und Kindeskinde). Vgl. Pr. L.R. II, 8 § 280. — Auch die durch Theilnahme am Gewerbebetriebe anrühig gewordenen Kinder sollten durch kaiserliche oder landesherrliche „Ehrhaftmachung“ zunftfähig werden.

⁶⁹ Vgl. hinsichtlich der Zunftfähigkeit R.Schl. v. 1731 Art. 11 u. die bei Gierke a. a. O. angeführten Landesgesetze.

ad honores) ausgebildet, die lediglich auf die Tilgung des Geburtsmakels gerichtet war⁷⁰.

3. Was die Ehrlosigkeit des deutschen Rechts betrifft, so wurde

a. die Bescholtenheit mit der römischen *infamia facti* oder *turpitude* in Verbindung gebracht und auf diesem Wege zu dem gemeinrechtlichen Institut der Verächtlichkeit umgebildet⁷¹.

b. Die Ehrlosigkeit kraft Urtheils floß, wie schon erwähnt ist, mit der Rechtlosigkeit kraft Urtheils zusammen, so daß auch hinsichtlich der Folgen zwischen Verlust des „Rechtes“ und Verlust der „Ehre“ nicht mehr unterschieden wurde⁷².

c. Die ständische und genossenschaftliche Sonder-ehre fand bei der Jurisprudenz geringe Beachtung. Hier erhielten sich daher die altgermanischen Anschauungen und Gebräuche. Vielfach aber trat in Folge der Absperrung des volkstümlichen Rechtslebens von dem Luftstrom der allgemeinen Rechtsentwicklung eine Entartung des Ehrbegriffes im Sinne ständischer und korporativer Ausschließlichkeit ein. In manchen Volkskreisen verlor sich die Handhabung der besonderen Ehre ins Starre und Äußerliche, ja ins Absurde. Doch wurde in der stacheligen Hülle auch der gesunde Kern nationaler Rechtsgedanken mit merkwürdiger Zähigkeit behütet. Die Geschichte der Handwerksehre, der Studentenehre, der Offiziers-ehre liefert hierfür die Belege. Bis heute ist der Zwiespalt zwischen dem romanistisch umgebildeten gemeinen Ehrenrecht und dem germanistisch gestalteten besonderen Ehrenkodex der einzelnen Stände und Verbände nicht überwunden und bildet oft genug die Quelle widerstreitender innerer Empfindungen und unlösbarer äußerer Konflikte.

IV. Die neueste Entwicklung. Seit der zweiten Hälfte des vorigen Jahrhunderts griffen in das Recht der Ehre neue Ideen umgestaltend ein. Insbesondere drängte einerseits die Idee der Rechtsgleichheit auch hier zur Nivellirung der Unterschiede, andererseits die Idee der Humanität zur Abschwächung der verschuldeten und zur Beseitigung der unverschuldeten Ehrenminderungen.

Vor Allem wurde der Ehrverlust durch die modernen Straf-

⁷⁰ Sie begegnet schon seit dem Ende des 13. Jahrh.; vgl. Stobbe § 48 Anm. 59, Urk. b. Lörsch u. Schröder Nr. 182 u. 281.

⁷¹ Vgl. Eichhorn, D.P.R. § 90, Marezoll S. 397, Mittermaier § 104-II.

⁷² Entscheidend hierfür wurde der Gebrauch des Wortes und Begriffes der „Infamie“ für Ehrlosigkeit wie Rechtlosigkeit; vgl. R.Notar.O. v. 1512 § 2, Württ. L.R. III t. 10.

gesetzbücher unter dem Namen des „Verlustes der bürgerlichen Ehre“ oder „der bürgerlichen Ehrenrechte“ neu geordnet. Sie knüpften nach wie vor die Rechtsminderung theils an die Verurtheilung zu einer entehrenden Strafe⁷³, theils an eine besondere Aberkennung der Ehrenrechte wegen ehrloser Handlung⁷⁴. Neben dem Verluste der Ehre aber führten sie eine bloße Schmälerung⁷⁵ und neben der dauernden Aberkennung aller oder gewisser Ehrenrechte ihre Aberkennung auf Zeit⁷⁶ ein. Auf einer Mischung aller dieser Einrichtungen beruht auch das geltende deutsche Reichsstrafrecht.

Die Anrühigkeit des gemeinen Rechts wurde durch die Landesgesetzgebung mehr und mehr beseitigt. Zunächst wurden die unehelich Gebornen hinsichtlich der allgemeinen Rechtsfähigkeit den ehelich Gebornen gleichgestellt⁷⁷. Sodann erhielten auch die Schinder gleiche Ehre mit anderen Staatsbürgern⁷⁸.

Die Voraussetzungen und die Wirkungen der Bescholtenheit wurden im neueren Rechte immer mehr auf die individuellen Verhältnisse abgestellt.

Das Recht der ständischen und genossenschaftlichen Sonderehre wurde nicht nur vielfach neu belebt, sondern in gewissem Umfange auch durch die Gesetzgebung wieder anerkannt und gepflegt.

Im Ganzen hat durch die neueste Entwicklung die Lehre von der Ehre gerade für das Privatrecht mehr, als zu wünschen wäre, an Bedeutung verloren. Keineswegs aber ist sie privatrechtlich bedeutungslos⁷⁹.

⁷³ Vgl. z. B. Bayr. Str.G.B. v. 1813 I Art. 23 b. Kraut § 51 Nr. 13; Preufs. Str.G.B. v. 1851 § 11 (Zuchthausstrafe). Nach dem Sächs. KriminalGb. v. 1838 Art. 9 (Kraut Nr. 14) entzieht nur „wirklich erlittene Zuchthausstrafe“ die Ehrenrechte.

⁷⁴ Vgl. z. B. Preufs. Str.G.B. v. 1851 § 7, 61, 67, 175.

⁷⁵ Vgl. Mittermaier § 102 Anm. 19—21; Heffter a. a. O. § 132; Preufs. Str.G.B. v. 1851 § 25 u. 63.

⁷⁶ Sie stammt aus dem französ. R. (Code pén. Art. 42) u. findet sich z. B. im Württ. Str.G.B. v. 1839 Art. 28, bes. aber im Preufs. v. 1851 § 21—22.

⁷⁷ Pr. L.R. II, 2 § 662 (jedoch noch mit einer Einschränkung durch II, 8 § 279); Oest. Gb. § 162; K. Sächs. Ges. v. 23. März 1831 b. Kraut Nr. 20; andere Gesetze b. Stobbe § 48 Anm. 62—63.

⁷⁸ In Preußen durch Cab.O. v. 4. Dez. 1819 u. 21. Okt. 1827 b. Kraut Nr. 25. Vgl. ferner Unger, Oesterr. P.R. I 274 Anm. 24, Roth, Kurh. P.R. S. 144 ff., Stobbe § 48 Anm. 73.

⁷⁹ Was Franken S. 86 hierüber bemerkt, beruht auf sehr oberflächlicher Betrachtung.

§ 53. Geltendes Recht der Ehre.

I. Ueberhaupt. Die beiden Grundgedanken, von denen das germanische Recht ausgieng, beherrschen auch das heutige Recht.

1. Aus der Persönlichkeit entspringt ein Recht auf Ehre. Dieses Recht, das auf Achtung des Werthes der eignen Persönlichkeit durch jeden Anderen geht, ist ein durch Klage und Selbsthilfe geschütztes Recht an der eignen Person¹. Es besteht in mehrfacher Abstufung und ist besonderer Färbung fähig.

2. Unversehrte Ehre ist Grundlage des unversehrten Rechtes der Persönlichkeit. Mängel in der Ehre ziehen daher Minderungen der Rechtsfähigkeit nach sich. Hierbei kommt die Ehre in der vierfachen Abstufung der Menschenehre, der Bürgerehre, der Sonderehre und der Individuallehre in Betracht.

II. Menschenehre. Jedem Menschen gebührt als solchem ein Recht auf die allgemein menschliche Ehre, d. h. auf die Achtung seiner Menschenwürde. Diese Ehre ist heute schlechthin unverlierbar und muß auch beim Verbrecher geachtet werden².

III. Bürgerehre. Jedem Menschen gebührt als Staatsbürger ein Recht auf die „bürgerliche Ehre“, d. h. auf die Achtung seiner Würde als Mitträger der Staats- und Rechtsgemeinschaft. Diese Ehre kann ganz oder theilweise verloren werden.

1. Fälle. Ein Verlust oder eine Minderung der bürgerlichen Ehre tritt heute lediglich kraft Selbstverwirkung durch ein diese Folge feststellendes Strafurtheil ein. Das geltende deutsche Strafrecht kennt sowohl einen Verlust der Ehre für immer³ wie einen Verlust der Ehre für eine bestimmte Zeit⁴. Es kennt daneben eine Schmälerung der Ehre für immer⁵ und eine Schmälerung der Ehre für eine bestimmte Zeit⁶. Die Wiederherstellung der aberkannten bürgerlichen Ehre ist nur durch Begnadigung möglich.

¹ Vgl. unten § 82 III

² Vgl. oben § 42 Anm. 8.

³ Durch besondere richterliche Aberkennung wegen Ehrlosigkeit der Handlung; zulässig neben Todesstrafe oder lebenslänglicher Zuchthausstrafe; Str.G.B. § 32.

⁴ Durch besondere richterliche Aberkennung wegen Ehrlosigkeit der Handlung; zulässig (in den Fällen der §§ 161, 181 u. 302d nothwendig) neben zeitiger Zuchthausstrafe auf 2—10, neben Gefängnisstrafe von mindestens 8 Monaten bei den gesetzlich dazu geeigneten Straftaten auf 1—5 Jahre; Str.G.B. § 32.

⁵ Durch Verurtheilung zur Zuchthausstrafe, womit dauernd die Heeresfähigkeit und die Amtsfähigkeit untergeht; Str.G.B. § 31.

⁶ Durch Aberkennung der Amtsfähigkeit auf 1—5 Jahre; Str.G.B. § 35; vgl. § 81, 83, 84, 87—91, 94, 95, 128, 129, 358.

2. **Wirkungen.** Die Wirkung des Verlustes der bürgerlichen Ehre ist eine Minderung der Rechtsfähigkeit. Vor Allem büßt der Ehrlose die öffentlichrechtliche Fähigkeit zur aktiven Theilnahme am Staats- und Gemeindeleben ein: die Heeresfähigkeit⁷; die Amtsfähigkeit⁸; die Fähigkeit, in öffentlichen Angelegenheiten zu stimmen, zu wählen oder gewählt zu werden oder andere politische Rechte auszuüben⁹; die Fähigkeit zur Führung von Würden, Titeln, Orden und Ehrenzeichen¹⁰. Schon diese öffentlichen Folgen greifen zugleich in das Privatrecht ein, indem mit einem Amte oder Orden auch die ihm entspringenden Vermögensrechte verloren werden¹¹. Darüber hinaus aber knüpfen sich an den Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte theils nach Reichsrecht theils nach Landesrecht mancherlei weitere Wirkungen, die eine Minderung der Privatrechtsfähigkeit einschließen¹².

So nach dem Reichsstrafgesetzbuch die Unfähigkeit, Vormund, Nebenvormund, Kurator, gerichtlicher Beistand oder Mitglied eines Familienraths zu sein, es sei denn, daß es sich um Verwandte absteigender Linie handle und die obervormundschaftliche Behörde oder

⁷ Str.G.B. § 34 Z. 2.

⁸ Str.G.B. § 34 Z. 3. Unter den „öffentlichen Aemtern“, zu deren Bekleidung der Ehrlose unfähig ist, sind Anwaltschaft, Notariat, Geschwornen- und Schöffendienst mitbegriffen; § 31 Abs. 2. Die zur Zeit bekleideten Aemter gehen für immer verloren; § 33, § 35 Abs. 2.

⁹ Str.G.B. § 34 Z. 4. Die aus Wahlen bereits erlangten Rechte gehen dauernd verloren; § 33.

¹⁰ Str.G.B. § 34 Z. 3. Die bereits erworbenen Ehrenrechte dieser Art gehen für immer verloren; § 33. — Auch das Recht, die Landeskarte zu tragen, erlischt; § 34 Z. 1.

¹¹ Vgl. hinsichtlich der Ehrenzulage für Inhaber des eisernen Kreuzes R.Ges. v. 2. Juni 1878 § 3. — Ergeht das Strafurtheil, das den Amtsverlust bewirken würde, erst nach Beendigung des Amtes, so kann es das Amt nicht mehr entziehen und wirkt daher auch auf den Pensionsanspruch nicht mehr ein; R.Ger. XXI Nr. 33. Dagegen sind die Partikularrechte, die die Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte während des Ruhestandes als einen selbständigen Verlustgrund des Pensionsanspruches behandeln, d. r. M. nach in Kraft geblieben; R.Ger. II Nr. 20.

¹² Unrichtig ist die Behauptung, daß über die Wirkungen des Verlustes der bürgerlichen Ehrenrechte ausschließlich das Strafgesetzbuch und spätere Reichsgesetze entscheiden; so Mandry S. 106 ff., Roth, D.P.R. I 391. Nur die eigentlichen Straffolgen sind durch das Reichsstrafrecht ausschließend geregelt, dagegen bleibt die Festsetzung sonstiger und insbesondere privatrechtlicher Folgen der durch Straferkenntniß konstatarnten Unwürdigkeit offen; Stobbe, D.P.R. I 411 ff., Binding, Strafr. I 327 ff.; vgl. auch Franken, D.P.R. S. 86; R.Ger. II Nr. 20 (oben Anm. 11).

der Familienrath die Genehmigung ertheile¹³. Partikularrechtlich wirkt der Ehrverlust auch auf das Eherecht und das Elternrecht ein¹⁴.

Der Ehrlose ist ferner nach gemeinem Lehnrecht lehnsunfähig¹⁵.

Er ist unfähig, Sollennitätszeuge zu sein¹⁶.

Als Schiedsrichter kann er abgelehnt werden¹⁷.

Er darf als Gewerbetreibender sich nicht mit der Anleitung von Arbeitern unter 18 Jahren befassen¹⁸ und ist von manchen Gewerbebetrieben ausgeschlossen¹⁹.

Eine besondere Bedeutung hat der Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte für das Genossenschaftsrecht. Bei eingetragenen Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaften bildet er einen gesetzlichen Ausschließungsgrund²⁰. Den Mitgliedern eingeschriebener Hülfskassen entzieht er das Stimmrecht²¹. Er schließt von dem Eintritt in eine Innung aus und beraubt das Innungsmitglied des Stimmrechts und der Ehrenrechte in der Innung²². Bei öffentlichen Krankenkassen

¹³ Str.G.B. § 34 Z. 6. So meist schon nach früherem Recht, vgl. Stobbe § 48 Anm. 43.

¹⁴ Schwere Strafe als Ehescheidungsgrund nach Pr.L.R. II, 1 § 704, Code civ. Art. 232, Oest. Gb. § 115, Sächs. Gb. § 1740, protestantischem Kirchenrecht, R.Ger. I Nr. 120, IX Nr. 47, XIII Nr. 46. Nicht zu billigen ist das Erk. des R.Ger. XX Nr. 77, das in der Rheinprovinz Zuchthausstrafe nebst zehnjährigem Ehrverlust nicht mehr als Scheidungsgrund aus Code civ. Art. 232 gelten lassen will, weil die Zuchthausstrafe heute keine „peine infamante“ sei (vgl. aber oben Anm. 5) und zeitweiliger Verlust der Ehrenrechte kein Fall des Verlustes der bürgerlichen Ehre. — Ueber Verwirkung der väterlichen Gewalt vgl. Pr. L.R. II, 2 § 255.

¹⁵ II F. 21 § 10, II F. 97 pr. Vgl. Stobbe § 48 Anm. 54, § 119 Anm. 20—21.

¹⁶ Vgl. Str.G.B. § 34 Z. 5; Hinschius, Komm. zum Personenstandsges. § 53 Anm. 15; Entw. I § 1249 Abs. 2, § 1917 Abs. 2 Z. 2.

¹⁷ C.Pr.O. § 858.

¹⁸ R.Gew.O. § 106 (nach der ursprünglichen Fassung durfte er nur keine Lehrlinge halten).

¹⁹ Nach R.Gew.O. § 53 kann die Approbation als Apotheker und als anerkannter Arzt oder Thierarzt für die Dauer des Ehrverlustes zurückgenommen werden. Durch § 57 in seiner ursprünglichen Fassung war der Ehrlose vom Hausirgewerbe ausgeschlossen. Ueberdies bleibt der Ehrverlust überall erheblich, wo wegen „Unzuverlässigkeit“ die Genehmigung zu einem Gewerbebetriebe versagt oder ein Gewerbebetrieb untersagt werden kann; vgl. § 32, 34, 35, 53. — Unbedingt spricht das R.Prefsges. v. 7. Mai 1874 § 2 dem Ehrlosen das Recht ab, verantwortlicher Redakteur einer periodischen Druckschrift zu sein.

²⁰ R.Ges. v. 4. Juli 1868 § 38, v. 1. Mai 1889 § 66.

²¹ R.Ges. v. 7. Apr. 1876 § 21.

²² R.Gew.O. § 100 Abs. 6 u. § 100 a. Nur fakultativ bei älteren Innungen nach § 83 u. 86.

nimmt er das Stimmrecht²³, bei Berufsgenossenschaften für Unfallversicherung das Stimmrecht und die Wahlbarkeit zum Arbeitervertreter²⁴, bei Versicherungsanstalten für Alters- und Invaliditätsversorgung die Wahlbarkeit in den Ausschuss²⁵. Uebrigens aber kann das Satzungsrecht freier Genossenschaften an den Ehrverlust die Versagung oder den Verlust der Mitgliedschaft oder die Entziehung einzelner Mitgliedschaftsrechte knüpfen²⁶.

In gleicher Weise kann das Satzungsrecht von Anstalten und Stiftungen die Zulassung zu Aemtern oder den Erwerb oder Genuss von stiftungsmässigen Rechten vom Besitz der bürgerlichen Ehrenrechte abhängig machen²⁷. Auch kann die Stiftungsurkunde eines Familienfideikommisses den Ehrlosen für successionsunfähig erklären²⁸.

Endlich ist zu beachten, daß überall, wo schon mit der bloßen „Bescholtenheit“ Rechtsnachtheile verbunden sind, die Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte als eine zweifellos bescholten machende Thatsache in Betracht kommt²⁹.

IV. **Sonderehre.** Dem Menschen kann als Mitglied eines besonderen Personenkreises eine besondere Ehre gebühren, die sich in dem Anspruch auf Achtung seiner Würde als Mitträger einer bestimmten Gemeinschaft äußert. Diese Sonderehre kann ganz oder theilweise verloren werden.

Das heutige Recht erkennt, da es die Persönlichkeit jedes Menschen an sich als gleichwerthig behandelt, eine höhere oder geringere Ehre einzelner Berufs- oder Geburtsklassen nicht mehr an³⁰. Darum ist auch die Anrühigkeit der Schinder und

²³ R.Ges. v. 15. Juni 1883 § 37.

²⁴ R.Ges. v. 6. Juli 1884 § 34 u. 42. Vgl. auch R.Ges. v. 5. Mai 1886 § 44 u. v. 11. Juli 1887 § 35.

²⁵ R.Ges. v. 22. Juni 1889 § 50.

²⁶ Vgl. Stobbe § 48 Anm 58.

²⁷ Das bad. Stiftungsges. v. 5. Mai 1870 § 21 enthält eine gesetzliche Bestimmung über den Ausschluss von Stiftungsverwaltungen.

²⁸ Das Bayr. L.R. III c. 10 § 10 Nr. 4 sprach dies als gesetzliche Folge des Ehrverlustes aus, ist aber nicht mehr in Geltung; vgl. Lewis, Familienfideik. S. 44 u. 339, Roth, Bayr. C.R. II § 230 Anm. 11, Stobbe § 48 Anm. 55.

²⁹ So z. B. bei der querela inofficiosi testamenti von Geschwistern; bei dem Recht zur einseitigen Aufhebung von Dienstverhältnissen (H.G.B. Art. 62—65, R.Gew.O. § 111—112 u. 133 a) oder Gesellschaftsverhältnissen (H.G.B. Art. 125) u. s. w. — Auch zur Ausübung des Patronats ist der Ehrlose regelmässig unfähig; Hinschius, Kirchenr. III § 137 Anm. 2 ff.

³⁰ Die unaustilgbaren Unterschiede, die die öffentliche Meinung hinsichtlich der sozialen Ehre der Klassen statuirt, sind freilich auch heute eine Macht, wirken aber nur vermöge der Sitte.

der unehelich Gebornen, obwohl sie als formell gemeinrechtliches Institut nicht ausdrücklich beseitigt ist, aus dem geltenden Recht verschwunden⁸¹.

Dagegen ist die besondere Färbung der Ehre durch die Zugehörigkeit zu einem bestimmten Stande oder Verbände auch heute von rechtlicher Bedeutung. Nur beschränken sich ihre Wirkungen auf das Sonderrecht dieses Personenkreises. Verlust oder Schmälerung der Sonderehre kann also nur zur Minderung der Rechtsfähigkeit innerhalb der besonderen Sphäre und schlimmstenfalls zum Ausschluss aus derselben führen.

Die Ordnung und Handhabung des Rechtes der Sonderehre ist bei freien Verbänden Sache der Autonomie⁸². Bei öffentlichrechtlichen Verbänden greift die staatliche Gesetzgebung beschränkend und regelnd ein⁸³. So sind die Innungen ausdrücklich mit der „Aufrechthaltung und Stärkung der Standesehre unter den Innungsmitgliedern“ betraut, können aber diese Aufgabe nur mit den ihnen gesetzlich verliehenen Mitteln erfüllen⁸⁴. Ebenso ist die korporative Wahrung der Kaufmannsehre und namentlich der Ausschluss von der Börse wegen Verlustes der Kaufmannsehre unter staatlicher Autorität geordnet⁸⁵. Bei gewissen öffentlichen Berufsständen sind behufs Reinhaltung der Standesehre Genossengerichte alter Art als „Ehrengerichte“ konstituiert und mit weitreichenden Befugnissen ausgestattet. So vor Allem die Ehrengerichte der Offiziere⁸⁶

⁸¹ Auch hinsichtlich der Inoffiziositätsquerel der Geschwister können sie nicht mehr zu den *personae turpes* gerechnet werden; vgl. hinsichtlich der unehelichen Kinder Hommel, Rhaps. 615, Mittermaier § 104 Anm. 12, Roth, Bayr. C.R. III § 842 Anm. 48, Stobbe § 48 Anm. 65, Gengler, D.P.R. S. 59, Seuff. I Nr. 91; hinsichtlich der Schinder Gerber § 41 Anm. 8, Stobbe § 48 Anm. 74, Gengler S. 59.

⁸² Die allgemeinen Schranken der Satzungsgewalt müssen selbstverständlich auch hier beachtet werden. — Bei eingetragenen Genossenschaften müssen die Gründe, aus denen ein Ausschluss zulässig sein soll, im Statut festgesetzt sein; R.Ges. v. 1. Mai 1889 § 66 (früher § 38).

⁸³ Beschränkungen der kirchlichen Straf- und Zuchtgewalt hinsichtlich der Einwirkung auf die Ehre finden sich z. B. im Preufs. Ges. v. 13. Mai 1873 § 1 u. 4, Hess. Ges. v. 26. Apr. 1875 § 1 u. 4.

⁸⁴ R.Gew.O. § 97.

⁸⁵ In den Börsenordnungen und den Satzungen der kaufmännischen Korporationen; vgl. Gierke, Genossenschaftsr. I 949 Anm. 134, Behrend, Handelsr. I 428, E. Löning, Verwaltungsr. S. 518.

⁸⁶ Preufs. Ges. v. 2. Mai 1874 (auch in den drei anderen Kontingenten eingeführt); vgl. Laband, Staatsr. II 687 ff.

und die Ehrengerichte der Rechtsanwälte³⁷. Auch die Disziplinargerichtsbarkeit über die öffentlichen Beamten hat unter Anderem die Aufgabe, die Sonderehre des Beamtenberufs zu hüten³⁸. Nicht minder spielt bei der akademischen Disziplin die Studentenehre eine Rolle³⁹.

V. Individualehre. Jeder Mensch hat als Individuum eine individuelle Ehre, die auf dem sittlich-sozialen Werth seiner Persönlichkeit beruht und durch seine Lebensführung sich erhöht oder mindert. Ein Recht auf ihre Anerkennung besteht aber im Allgemeinen nicht⁴⁰.

Doch wird einerseits eine äußere Konstatirung ihrer Erhöhung über das Durchschnittsmaß durch die Verleihung von Auszeichnungen aller Art versucht. Die Staaten vertheilen Titel, Orden und Ehrenzeichen, die Städte Ehrenbürgerrechte, Genossenschaften Ehrenmitgliedschaften, gewerbliche Vereinigungen Ehrendiplome und Ausstellungsmedaillen u. s. w. Daraus entstehen Rechte auf Führung oder Tragung, die auch wieder verloren werden können⁴¹. Gegen unbefugte Anmaßung öffentlicher Ehreenauszeichnungen schreitet die öffentliche Gewalt ein⁴². Zum Theil aber kann einem derartigen Rechte auch der Privatrechtsschutz gegen unbefugte Anmaßung nicht versagt werden⁴³.

³⁷ Rechtsanwaltsordn. v. 1. Juli 1878 § 49 u. 62 ff., dazu § 5—6 u. 28; vgl. Laband, Staatsr. II 428 ff.

³⁸ Die Pflicht des Beamten, „durch sein Verhalten in und außer dem Amte der Achtung, die sein Beruf erfordert, sich würdig zu zeigen“ (Reichsbeamteneges. § 10), ist eine in der besonderen Berufsehre wurzelnde Standespflicht; L. Stein, Verwaltungslehre I, 1 (2. Aufl.) S. 235 ff., H. Schulze, Preuss. Staatsr. (2. Aufl.) I 313 ff., Deut. Staatsr. I 323. A. M. Laband I 445 u. Seydel, Bayr. Staatsr. III 394, die aber beide „besondere“ und „höhere“ Ehre verwechseln.

³⁹ Vgl. Bad. akadem. Vorschr. v. 19. März 1868 § 29: Einschreiten gegen Handlungen, „wodurch sie ihre oder ihrer Commilitonen Standesehre beflecken“; Preuss. Disciplinavorschr. f. Studirende v. 1. Okt. 1879 § 25 Z. 3: „durch welche sie ihre oder ihrer Genossen Ehre verletzen.“

⁴⁰ Wenn Jhering, Zweck im Recht I 188 ff., unter Berufung auf abweichende Erscheinungen im älteren römischen Recht für die Zukunft die Ausbildung eines festen Rechtsanspruches auf wohlverdiente Orden, Titel und andere Ehren in Aussicht stellt, so tritt er hierbei mit der germanischen Auffassung der Ehre in schroffen Widerspruch.

⁴¹ Vgl. oben Anm. 10—11.

⁴² Str.G.B. § 360 Z. 8. Vgl. die französ. Loi relative à l'usurpation des médailles et récompenses industrielles v. 30. Apr. 1886.

⁴³ So ist das Recht eines Gewerbetreibenden auf Führung von Preismedaillen durch Klage gegen Unbefugte auf Unterlassung der Führung geschützt; Kohler, Das Recht des Markenschutzes S. 76 ff., Seuff. XLVI Nr. 46. Vgl. unten § 82 Anm. 20.

Andrerseits bleibt eine Minderung der individuellen Ehre auch insoweit, als davon die gemeine Bürgerehre oder eine besondere Gemeinehre nicht berührt wird, nicht ohne Rechtsfolgen. Insbesondere wirkt, wenn durch einen sittlich verwerflichen Lebenswandel die soziale Würde und der Ruf eines Individuums auf ein sehr tiefes Niveau herabgedrückt sind, die dadurch entstehende Bescholtenheit (Verächtlichkeit) auch auf die rechtliche Geltung der Persönlichkeit herabmindernd ein⁴⁴. Die Bescholtenheit ist freilich kein nach fester gesetzlicher Regel ein für alle Mal konstatirter Rechtszustand, sondern wird im Einzelfalle vom Richter oder der sonst berufenen staatlichen oder körperschaftlichen Behörde als thatsächlich vorhanden festgestellt⁴⁵. Wird sie aber festgestellt, so raubt sie der bescholtenen Person überall, wo ein Rechtsverhältniß Vertrauenswürdigkeit oder sittliche Reinheit fordert, die volle und gleiche Berechtigung. So im Vormundschaftsrecht⁴⁶, im Eherecht⁴⁷, im Erbrecht⁴⁸, bei gewissen Vertragsverhältnissen⁴⁹, im Gewerberecht⁵⁰, im Genossenschaftsrecht⁵¹ und hinsichtlich der Uebertragung öffentlicher Funktionen⁵².

⁴⁴ In gewissem Umfange mindert auch der Konkurs die Rechtsfähigkeit, indem er z. B. von der Börse, vom Eintritt in eine Innung (R.Gew.O. § 83 u. 100) u. s. w. ausschließt.

⁴⁵ Immer wird eine Bescholtenheit bei Landstreichern, gewerbsmäßigen Bettlern, liederlichen Dirnen, Zuhältern, Trunkenbolden anzunehmen sein (nicht aber, wie Stobbe I 419 will, ohne Weiteres auch bei Seiltänzern, Gauklern, Zigeunern). Bescholtenheit kann namentlich auch durch Bestrafungen wegen unehrenhafter Handlungen ohne Aberkennung der Ehrenrechte entstehen; in Bezug auf den theils nothwendigen theils zulässigen Ausschluss von gewissen Gewerbebetrieben sind die Strafen, die diese Wirkung haben, nach Strafgrund, Art und Höhe gesetzlich bestimmt; R.Gew.O. § 57 u. 57 b (mit § 43, 44 a, 58 u. 62).

⁴⁶ Grund der Unfähigkeit zum Vormunde; Preuss. Vorm.O. § 21 Z. 5, Oest. Gb. § 191.

⁴⁷ Grund zur Verweigerung des Ehekonsenses; Oest. Gb. § 53. Ehescheidungsgrund; Pr. L.R. II, 1 § 707 („schimpfliches Gewerbe“).

⁴⁸ Grund zur querela inofficiosi testamenti für Geschwister; Roth, Kurh. P.R. I 147 Anm. 54 ff., Bayr. C.R. III § 342 Anm. 48. Enterbungsgrund; Pr. L.R. II, 2 § 409, Oest. Gb. § 768 u. 769.

⁴⁹ Grund zur Entlassung aus Dienstverhältnissen (H.G.B. Art. 64 Z. 6, R.Gew.O. § 123 Z. 2, § 133 c Z. 6) u. zur Auflösung von Gesellschaftsverhältnissen (H.G.B. Art. 125).

⁵⁰ Grund zur Versagung oder Entziehung des Rechts zu Gewerbebetrieben, die Zuverlässigkeit fordern; R.Gew.O. § 30, 32, 33, 33 a, 34, 35, 40, 42 b, 43, 44 a, 53, 57, 57 b, 58, 62.

⁵¹ Grund zur Versagung der Aufnahme; im Uebrigen vgl. oben Anm. 32 ff.

⁵² Grund zur Versagung von Aemtern und Ehrenstellen, auch der Rechtsanwaltschaft (Rechtsanwaltsordn. § 5).

Fünfter Titel.

Einfluß der Religion.

§ 54. Der Einfluß der Religion überhaupt.

I. Geschichtliche Entwicklung.

1. Im Mittelalter war, da Kirche und Reich nur als zwei Seiten des gottgewollten Menschheitsstaates galten¹, die weltliche Rechtsstellung durch die Mitgliedschaft in der Einen und alleinigen Kirche bedingt². Der Ketzer verwirkte sein Recht³.

2. Nach der Reformation wurde in blutigem Ringen die reichsrechtliche Anerkennung zweier christlicher Religionsparteien erkämpft⁴, während das Verbot anderer Religionen in Kraft blieb⁵. Aber nur den Reichsständen gewährte das Reichsrecht innerhalb dieses Rahmens volle Bekenntnisfreiheit und vom Bekenntnis unabhängige Rechtsgleichheit⁶. Die Unterthanen der Reichsstände unterwarf es dem landesherrlichen Religionsbanne (jus reformandi)⁷. Für sie beruhte daher alle Religionsfreiheit auf den Einschränkungen, durch die das Reichsrecht die landesherrlichen Befugnisse ermäßigte und den furchtbaren Satz „cujus regio ejus religio“ abstumpfte. Vor Allem durfte der Landesherr den religiösen Besitzstand des Normaljahres 1624 nicht antasten⁸. Im Uebrigen sollte er Andersgläubige mit keinem schärferen Zwange als dem zur Auswanderung ohne Vermögensverkürzung verfolgen⁹. Duldete er sie aber im Lande, so mußte er ihnen neben Gewissensfreiheit mit Hausandacht den Genuß des Privatrechts einschließlic

¹ Gierke, Genossenschaftsr. III 517 ff.

² Sachsensp. I Art. 1—2. Darum soll, wer im Kirchenbanne verharrt, auch der Reichsacht verfallen; Const. Frid. II d. a. 1220 c. 7 M.G.L. II 236. Vgl. Hinschius, Kirchenr. V 393 ff.

³ Const. Frid. II d. a. 1220 c. 6 M.G.L. II 243 (Auth. Credentes praeterea zu l. 4 C. 1, 5); Sachsensp. II Art. 13 § 7; vgl. Sachsse, Z. f. D. R. XIV 102 ff.

⁴ R.A. v. 1555 § 15 u. 24; I.P.O. Art. 5 u. 7. „Katholiken“ und „Augsburgischer Konfession Verwandte“; zu den letzteren nach I.P.O. Art. 7 auch die „Reformirten“ gehörig.

⁵ I.P.O. Art. 7 § 2: sed praeter religiones supra nominatas nulla alia in sacro imperio Romano recipiatur vel toleretur.

⁶ I.P.O. Art. 5 § 1 (aequalitas exacta mutuaque).

⁷ I.P.O. Art. 3 § 30.

⁸ I.P.O. Art. 5 § 31, 32, 34. (Zwischen Lutheranern und Reformirten entschied das Jahr 1610).

⁹ R.A. v. 1555 § 24; I.P.O. Art. 5 § 36. (Das sog. flebile beneficium emigrationis).

des Erbrechts, der Theilnahme an Kaufmannsgilden und Zünften, der Rechte aus Stiftungen und des ehrlichen Begräbnisses gewähren¹⁰.

3. Seit dem achtzehnten Jahrhundert brach sich in den größeren Ländern die Idee der „Toleranz“ Bahn, die in zwei Richtungen über das Reichsrecht hinausführte¹¹. Einerseits wurde die Duldung abweichender Bekenntnisse und zwar unter Durchbrechung des reichsrechtlichen Verbotes auch der Sekten zum Prinzip erhoben; doch war hiermit nur Gewissensfreiheit mit Hausandacht, keineswegs auch das Recht der religiösen Genossenschaftsbildung und der öffentlichen Religionsübung allgemein zugestanden. Andererseits wurde die Privatrechtsfähigkeit grundsätzlich vom religiösen Bekenntnis gelöst; da aber hinsichtlich der öffentlichen Rechtsfähigkeit nicht das Gleiche geschah, blieben auch im Privatrecht schon wegen seines Zusammenhanges mit dem öffentlichen Recht mancherlei Ausnahmen bestehen.

4. In unserem Jahrhundert gieng man in beiden Richtungen mehr und mehr weiter.

Einerseits wurde, freilich meist erst seit 1848 und bis heute nicht durchweg, auch die religiöse Gemeinschaftsbildung nebst der öffentlichen Religionsübung allgemein freigegeben¹². Nur hinsichtlich der Erlangung der Körperschaftsrechte blieben Religionsgenossenschaften zum Theil besonderen Beschränkungen unterworfen¹³.

Andererseits wurde nicht nur die privatrechtliche, sondern auch die öffentlichrechtliche Fähigkeit für unabhängig von der Religion erklärt. Die deutsche Bundesakte verfügte, daß die Verschiedenheit der christlichen Religionsparteien keinen Unterschied im Genuß der bürgerlichen und politischen Rechte begründen solle¹⁴. Durch die neueren Verfassungsurkunden wurde die Gleichstellung auf alle Religionsbekenntnisse ausgedehnt¹⁵. Die Reichsgesetzgebung erhob diesen Grundsatz zu zwingendem gemeinem Recht¹⁶.

¹⁰ I.P.O. Art. 5 § 35. — Der Erwerb von Grundeigenthum war nicht ausdrücklich erwähnt und wurde bisweilen versagt; Stobbe § 45 Anm. 8.

¹¹ Vgl. Toleranzedikt Josephs II. v. 1781 u. Oest. Gb. § 89; Pr. L.R. II, 11 § 1—8; Code civ. Art. 8.

¹² Hierüber entscheidet das Landesrecht; vgl. Preufs. V.U. Art. 12. Anders z. B. noch in Mecklenburg.

¹³ Vgl. unten § 69 Anm. 45.

¹⁴ D.B.A. Art. 16. Gemeint waren aber nur die bisher reichsrechtlich anerkannten Religionsparteien, nicht die Sekten, Kraut § 52 Nr. 8; vgl. noch Württ. V.U. § 27, Sächs. V.U. § 33 (ib. Nr. 10—11).

¹⁵ Vgl. Preufs. V.U. Art. 12; auch Württ. Ges. v. 31. Dez. 1861 u. a.

¹⁶ R.G. v. 3. Juli 1869. Vgl. schon Freizügigkeitsges. v. 1. Nov. 1867 § 1.

II. Heutiges Recht. Nach dem geltenden deutschen Privatrecht ist die Religion ohne Einfluss auf die Privatrechtsfähigkeit als solche, entbehrt aber gleichwohl nicht aller privatrechtlichen Bedeutung.

1. Jede „Beschränkung der bürgerlichen und staatsbürgerlichen Rechte“ auf Grund des religiösen Bekenntnisses ist reichsrechtlich aufgehoben¹⁷.

2. Die Geltung besonderer Privatrechtssätze für die Angehörigen der einzelnen Bekenntnisse ist hiervon an sich nicht betroffen¹⁸. Doch ist das persönliche Eherecht, in dem sich vorzugsweise im gemeinen Recht und den meisten Partikularrechten eine Sonderung des Privatrechts nach Religionsbekenntnissen erhalten hatte, zum größten Theil reichsrechtlich unabhängig vom Bekenntnis geordnet, so daß konfessionelles Eherecht nur noch in den dem Landesrecht vorbehaltenen Fragen und zwar hauptsächlich nur bezüglich der Ehescheidungsgründe Anwendung finden kann¹⁹.

3. Auch die Anknüpfung von Rechtsfolgen an Religionsverschiedenheit ist insoweit, als sie keine Zurücksetzung des einen Bekenntnisses hinter dem anderen enthält, nicht beseitigt; nur das Ehehinderniß der Religionsverschiedenheit ist reichsrechtlich aufgehoben²⁰.

4. Da selbstverständlich das Kirchenrecht konfessionell geblieben ist, wird auch die Fähigkeit zum Erwerbe oder doch zur Ausübung der im Kirchenrecht wurzelnden Privatrechte nach wie vor durch das religiöse Bekenntnis bedingt²¹.

5. Kraft Satzungsrechtes kann die Mitgliedschaft in einer

¹⁷ Vgl. Windscheid § 55 Anm. 3, Stobbe I 380 ff., Roth, D.P.R. § 69, Mandry § 6.

¹⁸ Unrichtig Roth § 69 Anm. 12. Vgl. über das jüdische Recht § 55 II 3.

¹⁹ Hinschius, Komm. § 77 Anm. 38; Roth a. a. O.; Mandry a. a. O. Z. 3.

²⁰ Aber erst durch das R.Ges. v. 6. Febr. 1875 § 39; vgl. Hinschius S. 148 ff. — Dagegen ist der Ehescheidungsgrund des Religionswechsels (z. B. nach Sächs. Gb. § 1744) reichsrechtlich nicht beseitigt; Stobbe § 45 Anm. 15–16, Mandry § 6 Z. 5. Ebensowenig der Enterbungsgrund des Religionswechsels (Partikularrechte b. Stobbe § 45 Anm. 17); Mandry a. a. O.; a. M. Stobbe I 381. Noch weniger Bestimmungen, nach denen bei der Auswahl des Vormunds auf das religiöse Bekenntnis des Mündels Rücksicht zu nehmen ist; Preuss. Vorm.O. § 19.

²¹ Hierher gehören Kirchstuhlrechte (vgl. Seuff. XXXVII Nr. 132: das als Realrecht mit einem Grundstück verbundene Kirchstuhlrecht ruht, so lange der Eigenthümer nicht der Landeskirche angehört); Begräbnisrechte an kirchlichen Friedhöfen (R.Ger. XI Nr. 69); Patronatrechte (doch trifft nach deutschem Recht die Unfähigkeit nur die keiner anerkannten christlichen Religionspartei Angehörigen, Hinschius, Kirchenr. III 32 ff. u. 92, Friedberg, Kirchenr. § 120, Pr. L.R.

privatrechtlichen Genossenschaft oder der Genuss von Stipendien und anderen Vortheilen aus Stiftungen nur den Angehörigen eines bestimmten religiösen Bekenntnisses zugänglich sein. Ebenso kann die Stiftungsurkunde eines Familienfideikommisses ein bestimmtes Bekenntnis zur Voraussetzung der Folgefähigkeit machen²².

6. Endlich kann auch durch Rechtsgeschäft unter Lebenden oder von Todes wegen ein Rechtserwerb an die Bedingung geknüpft werden, daß die berufene Person einem bestimmten Bekenntnis angehöre. Eine solche Bedingung ist jedoch als unsittlich anzusehen, wenn sie beabsichtigt, einen vermögensrechtlichen Beweggrund für den Entschluß über die Beibehaltung oder den Wechsel des Bekenntnisstandes zu schaffen²³.

§ 55. Rechtsverhältnisse der Juden.

I. Aelteres Recht¹. Da die Juden ursprünglich als Volksfremde (§ 56) und später als Ungläubige (§ 54) keinen Antheil am

II, 11 § 340 u. 582); natürlich auch alle mit kirchlichen Aemtern und Würden verbundenen Vermögensrechte.

²² Vereinzelt steht der Widerspruch von Thudichum, Deutsches Kirchenrecht des 19. Jahrh., Leipzig 1877, I 78 ff.

²³ Die früher herrschende Ansicht gieng dahin, daß die Bedingung des Beharrens bei der bisherigen Religion zulässig, die des Uebertritts zu einer andern Religion unzulässig sei; vgl. Runde § 367 u. Eichhorn § 79 Anm. h, sowie die von ihnen angeführten Schriftsteller. Unter den Neueren wollen Viele jede Bedingung dieser Art verwerfen; so Savigny III 185, Maurenbrecher § 153 Anm. 6, Reyscher, Württ. P.R. § 178, Thudichum a. a. O. S. 76 ff., Roth, D.P.R. § 69 Anm. 20, weitere Angaben b. Stobbe § 45 Anm. 20. Andere halten auch die Bedingung des Religionswechsels für zulässig; so Selchow nach Runde § 367 Anm. b, Thibaut, Pand. § 954, Vangerow, Pand. I 138, Wächter, Württ. P.R. II 725 Anm. 18 (Pand. I 375 nur mit Vorbehalt). Der richtigen Ansicht nach kommt es auf die Absicht im Einzelfall an, so daß sowohl die Bedingung der Beibehaltung wie die des Wechsels der Religion je nach den Umständen gültig oder ungültig ist; vgl. Mittermaier § 115 IV, Bluntschli § 27 Anm., Walter § 27 Anm. 9, Gerber § 43 Anm. 6, Stobbe I 383, Franken S. 85, Unger, Oest. P.R. II 86 ff., auch Windscheid, Pand. § 94 Anm. 18; ebenso R.Ger. XXI Nr. 51.

¹ Stobbe, Die Juden Deutschlands während des Mittelalters, Braunschweig 1886. — Zeitschrift für die Geschichte der Juden in Deutschl., herausg. v. Geiger, Braunschweig 1886 ff.; darin bes. Höniger, Zur Geschichte der Juden Deutschlands im früheren M.A., I 65 ff., II 136 ff. — Eichhorn, D. Rechtsgesch. § 297 u. 350; Walter, R.G. § 431 ff.; Brunner, R.G. I 275 ff.; Schröder, R.G. S. 221 u. 453 ff.; Thudichum, Gesch. des D.P.R. S. 210 ff. — Heusler, Inst. I 147 ff. — Runde, D.P.R. § 638 ff.; Eichhorn, D.P.R. § 80 ff.; Mittermaier, D.P.R. I § 116 ff.; Walter, D.P.R. § 78 ff.; Renaud, D.P.R. I § 142 ff.; Stobbe, D.P.R. I § 46; Böhlau, Meckl. L.R. II 310 ff.

Volksrecht hatten, beruhte ihre gesammte Rechtsstellung auf einem Ausnahmerecht.

1. Judenschutz. Die Juden erlangten Rechtsfähigkeit durch ihre Aufnahme als Schutzgenossen. Der ihnen gewährte Schutz hatte nicht nur nach Zeit und Ort einen verschiedenen rechtlichen Inhalt, sondern wurde auch thatsächlich in sehr ungleichem Maße wirksam². Während er bis zu den Kreuzzügen leidliche Sicherheit bot, versagte er während der Judenverfolgungen und behielt seitdem ein stark prekäres Gepräge, so daß die durch ihn nur suspendirte Rechtlosigkeit der Juden immer wieder hervorbrach³.

Oberster Schutzherr der Juden war von je der König⁴, der ihnen den Königsfrieden verlieh⁵, hierfür aber von ihnen mancherlei Abgaben bezog⁶. Seit dem zwölften Jahrhundert steigerte sich das königliche Schutzrecht zu einem Regal, das einerseits mehr und mehr als nutzbares Recht aufgefaßt und behandelt wurde, andererseits die Abhängigkeit der Juden als eine Art von Hörigkeit erscheinen ließ. Die Juden hießen daher nun kaiserliche Kammerknechte⁷.

Gleich anderen Regalien gelangte auch das Judenregal schon im Mittelalter mehr und mehr in die Hände der Landesherren und Städte⁸. Später galt es als selbstverständliches Stück der Landeshoheit, deren Trägern die Reichsgesetze seit dem sechszehnten Jahr-

² Die Gründe hierfür lagen weit weniger in einer Wandelung der nationalen und religiösen Gesichtspunkte, als in der Veränderung der wirtschaftlichen Zustände; vgl. Roscher, Zeitschr. f. d. ges. Staatsw. XXXI (1875) S. 508 ff., Heusler I 149 ff.

³ Dies zeigt sich besonders darin, daß mehr und mehr den Juden der Schutz nur für eine Reihe von Jahren zugesagt wurde, nach deren Ablauf sie der Willkür verfielen. Ja es kam die Anschauung auf, daß, weil der Königsschutz jedesfalls vom Könige nur für seine Lebenszeit ertheilt sei, der neu gekrönte König den Juden allenthalben im Reich alle ihre Güter nehmen möge, „dazu ihr Leben und sie tödten bis auf eine Anzahl, der lutzel sein soll, zu einer Gedechnus“; Urk. v. 1462 b. Kraut § 53 Nr. 6.

⁴ Schon der fränkische König scheint einen allgemeinen Judenschutz geübt zu haben, den er in den besonderen Schutzbriefen für einzelne Juden nur erhöhte; Waitz, Verf.Gesch. V 371 ff., Heusler I 149, Brunner I 276; a. M. Stobbe, Juden S. 10 ff., Schröder S. 219 u. 454

⁵ Treuga Henr. IV d. a. 1103 c. 1 (M.G.L. II 267); Sachsensp. II Art. 66 § 1, III Art. 7 § 3.

⁶ Urk. b. Kraut § 53 Nr. 9—14.

⁷ Schon im Wormser Judenpriv. v. 1157 sagt Friedrich I. von allen Juden, daß sie „ad cameram nostram attineant“. Als „servi camerae nostrae“ werden sie 1236, 1262 (Kraut Nr. 5), 1312 (Schröder S. 454) bezeichnet. Vgl. Schwabensp. (W.) c. 214: des romischen küniges kamer ze eigen.

⁸ Urk. b. Kraut § 53 Nr. 9—15, Aurea B. Art. 9 § 1—2.

hundert die Ordnung des Judenrechts vollständig überließen⁹. Meist ergingen besondere Judenordnungen, die in den einzelnen Ländern ein sehr verschiedenes Maß von Duldung gewährten¹⁰.

2. Judengemeinden. Im Mittelalter waren es genossenschaftlich verbundene Judengesammtheiten (*universitates Judaeorum*), denen Schutz zugesagt, Privilegien ertheilt und Pflichten auferlegt wurden¹¹. Daher bildeten die örtlichen Judengemeinden nicht bloß religiöse, sondern zugleich bürgerliche und politische Verbände, die in wachsender, anscheinend zuerst selbsterstrebter, dann aufgezwungener äußerer Absonderung von der übrigen Bevölkerung als schutzhörige Körperschaften unter eignen Vorstehern und Gerichten lebten. In neuerer Zeit büßten die Judengemeinden ihre bürgerliche und politische Bedeutung mehr und mehr ein. Die Landesherren betrachteten lediglich die von ihnen besonders aufgenommenen einzelnen Juden als ihre Schutzunterthanen. Im Zweifel galten die den Juden ertheilten Schutzbriefe nur für ihre Person, bisweilen aber wurden sie ausdrücklich auf ihre Nachkommen oder einen Theil derselben erstreckt. Die durch Schutzbriefe mit einem Niederlassungsrecht ausgestatteten Juden wurden nun als „Schutzjuden“ oder „vergleitete Juden“ (*Judaei recepti*) von den im Lande bloß geduldeten „unvergleiteten Juden“ unterschieden¹².

3. Jüdisches Recht¹³. Im Mittelalter lebten die Juden unter sich nach ihrem nationalen Recht, das ihre rabbinischen Gerichte handhabten. Dagegen konnten sie sich den Christen gegenüber nur in beschränktem Umfange kraft besonderer Privilegien auf das jüdische Recht berufen¹⁴. In neuerer Zeit wurde die Zuständigkeit der jüdischen Gerichte mehr und mehr eingeengt¹⁵. Mit der Unter-

⁹ R.P.O. v. 1530 t. 27, v. 1548 t. 20 (Kraut Nr. 17).

¹⁰ Nachweisungen b. Kraut vor § 53.

¹¹ Vgl. Speirer Priv. v. 1084 u. 1090 b. Kraut Nr. 7—8, Wormser Judenpriv. Friedrichs I. v. 1157; Gierke, Genossenschaftsr. I 337 ff.

¹² Vgl. Eichhorn, D.P.R. § 81 Anm. a—f, Mittermaier § 117 Anm. 8—10.

¹³ Vom jüdischen Recht als solchem ist im deutschen Privatrecht nicht zu handeln; über Quellen u. Litteratur desselben vgl. Ortloff, Grundz. S. 210 ff., Kraut, Grundr. zu § 54, Beseler, D.P.R. S. 247, Gengler, D.P.R. S. 96.

¹⁴ Für die Juden galt also nicht, wie Stobbe, D.P.R. I 386, meint, das Personalitätsprinzip; vgl. Brunner I 275 ff., Heusler I 151. Vielmehr war ihr nationales Recht ein bloß geduldetes Recht, das der ordentliche Richter keineswegs in gleicher Weise wie germanisches Stammesrecht zu achten hatte.

¹⁵ Stobbe § 46 Anm. 7; Böhlau, Meckl. L.R. II 312 ff. — In Preußen wurde 1812, in Bayern 1813, in Hildburghausen 1814, in Holstein 1863 die Rabbiner-

werfung unter die ordentlichen Landesgerichte traten die Juden im Allgemeinen unter das gemeine Recht. Doch blieb ihr nationales Recht überall für die mit Religion und Kultus zusammenhängenden Verhältnisse (Ehesachen, Eid, Sabbathruhe) entscheidend¹⁶ und wurde zum Theil in rein jüdischen Fällen auch für familiengüterrechtliche und erbrechtliche Fragen nach wie vor als maßgebend anerkannt¹⁷.

4. Sonderrecht für die Juden. Im Uebrigen und namentlich gegenüber den Christen galt für die Juden ein auf Ausnahmesatzungen beruhendes Sonderrecht, das ursprünglich für sie durchweg an Stelle des ihnen verschlossenen Volksrechtes trat, seit ihrer Unterwerfung unter das gemeine Recht aber eine Summe von Abwandlungen desselben durch privilegia favorabilia et odiosa darstellte.

a. Begünstigt waren die Juden im Mittelalter vor Allem durch das Recht des Zinsnehmens¹⁸, das zwar gemeinrechtlich seit der allgemeinen Gestattung des zinsbaren Darlehns keine Spuren hinterließ¹⁹, partikularrechtlich aber in der Zulassung eines höheren Zinssatzes nachwirkte²⁰. Außerdem wurde ihnen im Mittelalter das ihrem nationalen Recht entlehnte Vorrecht zugestanden, redlich und öffentlich gekaufte oder in Pfand genommene Sachen auch dann, wenn sie geraubt oder gestohlen waren, nur gegen Ersatz des Kauf- oder Pfandschillings herauszugeben²¹. Dieses Vorrecht hob aber die Reichsgesetzgebung auf²².

b. Zurückgesetzt waren sie vor Allem durch den Ausschluss

jurisdiktion ganz aufgehoben; Kraut § 53 Nr. 35, Ortloff S. 212, Stobbe § 46 Anm. 8.

¹⁶ Eichhorn § 82, Mittermaier § 118, Renaud § 145, Beseler S. 228, Gerber § 46, Stobbe I 387 ff.; Preuß. Ges. v. 11. März 1812, Hannov. Ges. v. 30. Sept. 1842 § 4, Bayr. Ges. v. 1851 Art. 1—2 b. Kraut § 53 Nr. 35 u. 38 u. § 54 Nr. 12 u. 15.

¹⁷ So noch im Hildburghaus. Ed. v. 11. Mai 1814 § 4 u. im Mecklenb. Ed. v. 22. Febr. 1812 § 13 b. Kraut § 54 Nr. 11 u. 14. Aufgehoben durch das Preuß. Ges. v. 1812, das Bayr. Ges. v. 1851, das Holstein. Ges. v. 14. Juli 1863 § 5, in Mecklenburg (Böhlau II 318) u. s. w.

¹⁸ Stobbe, Die Juden S. 103 ff. u. 233 ff. (und zwar zu sehr hohen Prozenten, ib. S. 110 u. 234 ff.).

¹⁹ Die Reichsgesetze banden sie an die gleichen Zinsschranken wie Christen; R.P.O. v. 1577 t. 20 § 6.

²⁰ Preuß. L.R. I, 11 § 805 (8 Prozent); andere Gesetze b. Stobbe § 46 Anm. 35.

²¹ Priv. f. die Juden Speiers v. 1090 b. Kraut § 53 Nr. 8; Sachsensp. III Art. 7 § 4, Schwabensp. (W.) c. 214, Wiener Stadtrechtsb. Art. 145 (Schuster S. 141).

²² R.P.O. v. 1548 t. 20, 1577 t. 20 § 2. Partikularrechtlich wurde aber das Judenrecht gemeingültiges Recht; vgl. das Sachenrecht.

von den politischen Rechten in Gemeinde und Staat, die Nichtzulassung zu Gilden und Zünften und folgeweise zu zahlreichen Gewerbetrieben²³ und die Beschränkungen ihrer Niederlassungs- und Verehelichungsfreiheit²⁴. Dazu kamen in den meisten Ländern sehr eingreifende Beschränkungen im Erwerbe von Grundeigenthum²⁵. Reichsrechtlich war für solche Verträge zwischen Juden und Christen, bei denen eine wucherische Uebervorthellung als möglich erschien, obrigkeitliche Errichtung vorgeschrieben²⁶, auch die Abtretung jüdischer Forderungen gegen Christen an Christen verboten²⁷. Eine verbreitete Praxis versagte ferner den jüdischen Ehefrauen die Dotalprivilegien²⁸. Vielfach wurde endlich das Zeugniß von Juden gegen Christen als unglaubwürdig behandelt²⁹.

II. Heutiges Recht. Im Laufe unseres Jahrhunderts wurde die Rechtsstellung der Juden grundsätzlich umgestaltet. Die deutsche Bundesakte verhieß ein späteres Bundesgesetz, das ihre Gleichstellung mit den Christen durchführen sollte, jedoch niemals ergangen ist³⁰. In den meisten deutschen Staaten aber wurden die Rechtsverhältnisse der Juden durch Landesgesetze neu geordnet³¹. Dabei wurde der alte Rechtsboden schrittweise verlassen. Die letzten Reste der früheren Ungleichheit tilgte die Reichsgesetzgebung aus.

1. Aus Schutzgenossen wurden die Juden durch Aufnahme in das Bürgerrecht von Gemeinde und Staat in Vollgenossen ver-

²³ Vgl. Stobbe, Die Juden S. 103 ff., 232 ff., und über die späteren Milderungen D.P.R. § 46 Anm. 46.

²⁴ Eichhorn § 81, Stobbe, D.P.R. § 46 Anm. 61.

²⁵ Stobbe, Die Juden S. 176 ff., 275 ff., D.P.R. § 46 Anm. 20—33; vgl. Urk. Karls V. v. 1541 b. Kraut § 53 Nr. 24.

²⁶ R.A. v. 1551 § 79 (Kraut Nr. 31). Ueber die verschiedene Auslegung dieser Bestimmung und ihre ungleiche partikularrechtliche Ausgestaltung vgl. Stobbe I 395—396.

²⁷ R.A. v. 1551 § 78—80, R.P.O. v. 1577 t. 20 § 4. Ueber die Praxis u. die Partikularrechte in dieser Frage vgl. Stobbe I 396—397.

²⁸ So schon Gl. zum Sachsensp. III Art. 7 (Kraut Nr. 30); vgl. Strube, Rechtl. Bed. III Nr. 68, Stobbe § 46 Anm. 64, Seuff. VIII Nr. 15, XXI Nr. 240. — Gemeinrechtlich war diese Praxis nicht berechtigt; vgl. Seuff. XVII Nr. 217, Schlofs, Die Dotalprivilegien der Jüdinnen, Gießen 1856.

²⁹ Hierauf beruhte die in manchen Gesetzen angeordnete geringere Beweiskraft ihrer Handelsbücher; Stobbe § 46 Anm. 43.

³⁰ D.B.A. Art. 16. Bis dahin gewährleistete der Bund den Juden nur die ihnen „von den einzelnen Bundesstaaten bereits eingeräumten Rechte“.

³¹ Vgl. die Nachweise dieser Gesetze b. Eichhorn vor § 80, Ortloff, Grundz. S. 208 ff., Kraut vor § 53.

wandelt⁸². Wenn hiermit alle in ihrer Volksfremdheit wurzelnden Minderungen der Rechtsfähigkeit wegfielen, so wurden freilich nach wie vor manche Beschränkungen aufrecht erhalten, die aus ihrer Religionsstellung ausserhalb des Christenthums hergeleitet wurden. Gerade diese aber sind durch das neueste Recht grundsätzlich beseitigt (oben § 54).

2. Die Judengemeinden bestehen als blofse Religionsgenossenschaften (Synagogengemeinden) fort. Als solche geniessen sie die Rechte anerkannter Körperschaften mit öffentlicher Religionstübung, jedoch ohne die besonderen Vorrechte der christlichen Kirchen.

3. Das jüdische Recht findet auf dem Gebiete des Privatrechts nur noch in seltenen Fällen hinsichtlich der ihm durch Partikularrecht unterstellten Verhältnisse Anwendung⁸³. Nur im persönlichen Eherecht ist es für die nicht reichsrechtlich entschiedenen Fragen und daher namentlich für die Ehescheidungsgründe überall da massgebend geblieben, wo seine Geltung nicht landesrechtlich beseitigt ist⁸⁴.

4. Die kraft des Sonderrechts für Juden vormals begründeten Bevorzugungen und Zurücksetzungen sind sämtlich aufgehoben; die jüdische Religion kann nur noch insoweit auf das Privatrecht einwirken, als das religiöse Bekenntnis überhaupt privatrechtliche Bedeutung hat⁸⁵.

⁸² So in Preussen schon durch das Ed. v. 11. März 1812 (Kraut Nr. 35). Vgl. über die Entwicklung in Kurhessen Roth, Kurh. P.R. S. 153 ff., in Bayern Roth, Bayr. C.R. § 30, in anderen Staaten Stobbe § 46 Anm. 3.

⁸³ Vgl. Stobbe § 46 Anm. 11—19a. Wo das Partikularrecht schweigt, kann im Allgemeinen das jüdische Privatrecht nicht als anwendbar gelten; Seuff. XXIV Nr. 3. Auch gilt es jedenfalls nur unter Juden; Seuff. XI Nr. 112, Stobbe I 387. Stets ist eine Unterwerfung unter das jüdische Recht durch Vereinbarung möglich. — Wo der Richter jüdisches Recht anzuwenden hat, gelten die Regeln über die Anwendung von fremdem Recht; in der Hauptsache ist er auf die Gutachten von Rabbinern angewiesen.

⁸⁴ So gilt es in Bayern, Seuff. XXXVII Nr. 225, XLI Nr. 22, XLIV Nr. 191, XLVI Nr. 24, XLVII Nr. 200, XLIX Nr. 23; in Württemberg, R.Ger. ib. XLVII Nr. 201; in Hannover nach Ges. v. 1842 § 4; in Holstein nach Ges. v. 14. Juli 1863 § 8; vgl. ferner Sächs. Gb. § 1770. — Ein besonderes, im Anschluss an das talmudische Recht staatlich geordnetes Eherecht für die Juden findet sich im Oesterr. Gb. § 123—136.

⁸⁵ Vgl. oben § 54 unter II 3—6.

Sechster Titel.

Einfluss der Staats- und Gebietsangehörigkeit.

§ 56. Staatsangehörigkeit¹.

I. Begriff. „Staatsangehörigkeit“ ist Mitgliedschaft in einem Staatsverbande. Der Staatsangehörige ist „Unterthan“, insoweit er dem Staate unterworfen ist, „Staatsbürger“, insoweit er am Staate Theil hat. Wer einem Staate nicht angehört, ist für ihn „Fremder“ oder „Ausländer“.

Im Mittelalter entsprach der mannichfachen Abstufung der öffentlichrechtlichen Verbände ein mehrfach abgestufter Unterschied zwischen Einheimischen und Fremden, ohne dass hierbei eine scharfe Grenze zwischen staatlicher und bloß kommunaler Sonderung bestanden hätte. Später bildete sich neben der Reichsangehörigkeit die Zugehörigkeit zu einem landesherrlichen oder reichsstädtischen Territorium als wahre Staatsangehörigkeit aus, während es innerhalb des Territoriums nur noch eine verschiedene Gemeindeangehörigkeit geben konnte.

Auch heute besteht in Deutschland eine zwiefache Staatsangehörigkeit: die „Staatsangehörigkeit“ in einem deutschen Einzelstaate (in Elsaß-Lothringen eine entsprechende „Landesangehörigkeit“) und die daraus unmittelbar entspringende „Bundesangehörigkeit“ oder Reichsangehörigkeit. Erwerb und Verlust der Staatsangehörigkeit sind reichsgesetzlich geregelt².

¹ Grimm, R.A. S. 396 ff.; Brunner, R.Gesch. I 273 ff.; Heusler, Inst. I 144 ff.; Thudichum, Gesch. des D.P.R. S. 205 ff. — Runde, D.P.R. § 312 ff.; Eichhorn § 73 ff.; Mittermaier § 105 ff.; Maurenbrecher § 137 ff.; Renaud § 99 ff. u. 132 ff.; Walter § 58 ff.; Besler § 64; Roth § 67; Stobbe § 42 ff.; Franken S. 87 ff. — Unger, Oest. P.R. I § 39 ff.; Roth, Bayr. C.R. I § 28; Dernburg, Preuss. P.R. I § 45. — Mandry § 4. — Laband, Staatsr. I 154 ff.; G. Meyer, Staatsr. § 75 ff. — v. Bar, Internat. Privatr. I 164 ff. — Quellenstellen b. Kraut § 48.

² R.G. v. 1. Juni 1870. Erwerbsgründe sind Abstammung, Legitimation und Heirath, sowie Verleihung (Aufnahme eines Deutschen oder Naturalisation eines Ausländers); Verlustgründe sind Legitimation und Heirath, sowie Entlassung auf Antrag, Entziehung durch behördlichen Ausspruch und Verschweigung durch langjährigen Aufenthalt im Auslande. Das ältere deutsche Recht knüpfte die Staatsangehörigkeit bald an längeren Wohnsitz, bald an Erwerb des Gemeinderechts; vgl. über das Geschichtliche Rehm, Annalen des Deutschen Reichs 1892 Nr. 2. Das Nähere gehört ins Staatsrecht. — Ueber den Erwerb und Verlust der österreichischen Staatsbürgerschaft finden sich Bestimmungen im bürgerl. Gb. § 28—32.

Ungeachtet der verschiedenen Staatsangehörigkeiten aber besteht für ganz Deutschland ein „gemeinsames Indigenat“, wie es in einzelnen Beziehungen schon durch das ehemalige Bundesrecht gewährleistet worden war³, jetzt in vollem Umfange durch die Reichsverfassung gesichert wird⁴. Das Reichsindigenat bedeutet, daß der Deutsche überall in Deutschland heimisch sein und demgemäß auch in jedem Staate, dem er nicht angehört, als Inländer behandelt werden soll. Daher steht im Privatrecht der nicht staatsangehörige Reichsangehörige dem Staatsangehörigen gleich und wird von Rechtsätzen, die eine Rechtsminderung für Fremde enthalten, nicht betroffen. Nur von der Mitgliedschaftsstellung in dem besonderen Staatsverbände ist er ausgeschlossen; doch hat er das Recht, von dem Staat, in dessen Gebiet er einen Wohnsitz hat, die Aufnahme in die Staatsangehörigkeit zu fordern und so sich auch die politischen Rechte der Einheimischen zu verschaffen.

II. Privatrechtliche Bedeutung. Die Bedeutung der Staatsangehörigkeit für die Rechtsstellung des Individuums hat im Laufe der Zeit sich vollständig gewandelt.

Ursprünglich hieng, da alles Recht Volksrecht war, von der Volksangehörigkeit nicht nur die öffentlichrechtliche, sondern auch die privatrechtliche Persönlichkeit ab. Der Fremde („Elende“) war daher an sich rechtlos⁵. Er konnte bußelos erschlagen, gefangen, verknechtet werden. Kam er als Freund, so schützte ihn freilich das Gastrecht. Allein das Gastrecht war nur religiös geheiligte Sitte.

Mehr und mehr indess erlangten die Fremden eine beschränkte Rechtsfähigkeit. Von je konnte der Fremde Rechtsschutz erwerben, wenn er sich in die Munt eines Einheimischen ergab; denn

³ D.B.A. Art. 18 nebst späteren Bundesbeschlüssen. Die bundesrechtlichen Normen gelten noch im Verhältniß zu Deutsch-Oesterreich, Luxemburg, Limburg und Liechtenstein; Mandry § 4 I 3, Roth § 67, Dernburg a. a. O. Anm. 3, Stobbe I 360, Regelsberger § 67 I 1, Seuff. XXIV Nr. 187. Hinsichtlich des Urheberrechts ist das ehemalige Bundesindigenat durch die R.Ges. v. 11. Juni 1870 § 62 u. v. 9. Jan. 1876 § 21 ausdrücklich aufrecht erhalten; vgl. unten § 86 II 6.

⁴ R.V.U. Art. 3 (jedoch mit Einschränkungen für Bayern nach Vertr. v. 28. Nov. 1870). Vgl. Laband I 154 ff. — Insoweit durch spätere Reichsgesetze den Reichsangehörigen bestimmte Rechte an jedem Orte des Reichsgebiets unmittelbar zugesprochen sind, wie schon durch das Freizügigkeitsges. v. 1. Nov. 1867 § 1 das Recht des Aufenthalts und der Niederlassung, des Grundeigenthumserwerbes und des Gewerbebetriebes, ist der Art. 3 erledigt.

⁵ Heusler I 145; Brunner I 273 Anm. 1; Schröder, R.G. S. 225 ff.; Kraut Nr. 1. — A. M. Wilda, Strafr. S. 673 ff., Stobbe I 347 ff., Thudichum S. 205 ff.

hierdurch gewann er Antheil an dem Frieden und Recht seines Schutzherrn, der ihn vertrat und für ihn haftete⁶. Schon in fränkischer Zeit aber galt der König, der vor Allem den Fremden seinen Schutz mit Königsfrieden und Königsrecht zu ertheilen pflegte, ohne Weiteres als Schutzherr jedes Fremden, der keinen anderen Schutzherrn hatte⁷. Später entwickelte sich der subsidiäre Königsschutz zum ausschließlichen Königsschutz (Fremdenregal). Der Gedanke der geistlich-weltlichen Universalmonarchie trug dazu bei, den Fremdenschutz zu verallgemeinern. Als dann der aufblühende Weltverkehr eine rücksichtsvolle Behandlung der Fremden forderte, wurde ihre Rechtsstellung immer mehr verbessert und namentlich durch die Einrichtung der städtischen Gastgerichte befestigt⁸. Gleichwohl blieb das Fremdenrecht ein unvollkommenes Recht, das grundsätzlich nur beschränkte Rechtsfähigkeit gewährte.

Erst mit der wachsenden Ausbildung des internationalen Privatrechts drang langsam die Anschauung durch, daß dem Fremden die ihm nach seinem heimischen Recht gebührende volle Rechtsfähigkeit an sich überall zustehe⁹. Nunmehr erschienen die trotzdem in Fülle fortbestehenden Beschränkungen der Fremden als Ausnahmen von der Regel. Die neueste Rechtsentwicklung hat dann das Gebiet dieser Ausnahmen stetig eingeengt.

Heute gilt somit der Grundsatz der privatrechtlichen Gleichstellung Staatsangehöriger und Staatsfremder. Durch die Staatsangehörigkeit wird nur noch die Rechtsstellung als Mitglied im Staatsverbände, nicht mehr die Rechtsstellung als Individuum bedingt. Dieser Grundsatz herrscht im gemeinen deutschen Recht¹⁰ und ist in den deutschen Gesetzbüchern ausdrücklich anerkannt¹¹. Auch in den übrigen Kulturstaaten ist er durchgedrungen¹².

⁶ Vgl. noch Brokmerbrief § 129 b. Kraut Nr. 2.

⁷ Brunner I 274 ff.; Kraut Nr. 3—4.

⁸ Ueber die Gastgerichte vgl. Osenbrüggen, Studien S. 19 ff., Planck, Gerichtsv. II 411 ff., Runde § 315, Stobbe § 42 Anm. 33. Der Fremde war hier sogar durch den Anspruch auf schleunigere Rechtshilfe vor dem Einheimischen bevorzugt.

⁹ Dieses Prinzip sprachen zuerst die Postglossatoren aus; v. Bar S. 281 Anm. 1. Es blieb dann der Leitstern der gemeinrechtlichen Doktrin.

¹⁰ Vgl. v. Bar S. 281 Anm. 2; R.Ger. XXIX Nr. 32 S. 129 (bez. des Namenrechtes).

¹¹ Pr. L.R. Einl. § 41—42; Oest. Gb. § 33; Sächs. Gb. § 20.

¹² Engl. u. amerik. R. b. Bar I 283; Holländ. Gb. Art. 9; Ital. Gb. Art. 3; Schweiz. R. b. Huber I 144 ff. (jedoch mit Ausnahme der dem französischen Prinzip folgenden Kantone).

Nur das französische Recht hält noch heute prinzipiell an der beschränkten Rechtsfähigkeit der Fremden fest¹³.

Von dem Grundsatz der Gleichstellung der Fremden im Privatrecht gelten aber mancherlei Ausnahmen, die sich namentlich auf die mit dem öffentlichen Recht zusammenhängenden Privatrechte beziehen. Auch diese Ausnahmen treten zum Theil nicht für alle Fremden, sondern nur für die Angehörigen solcher Staaten ein, in denen nicht die Gleichstellung der Deutschen mit den Einheimischen in den betreffenden Verhältnissen verbürgt ist (Reciprozitätsprinzip, Prinzip der Gegenseitigkeit)¹⁴. In noch weiterem Umfange sind durch völkerrechtliche Verträge mit einzelnen fremden Staaten die Angehörigen dieser Staaten von den im Uebrigen für Fremde bestehenden Einschränkungen befreit worden. Andererseits kann auch heute eine Erweiterung der Ausnahmen vermöge des Vergeltungsrechtes (Retorsion, Gegenkehrung) eintreten¹⁵. Denn vermöge des Vergeltungsrechtes werden Fremde bei uns den gleichen Rechtsnachteilen unterworfen, die nach dem Rechte ihres Heimathstaates dort unsere Staatsangehörigen als Fremde treffen¹⁶. Doch ist die Anwendung des Vergeltungsrechtes vielfach an besondere Voraussetzungen gebunden¹⁷.

¹³ Code civ. Art. 11 u. 13: Fremde genießen, falls ihnen nicht durch staatliche Autorisation ein Wohnrecht verliehen ist, in Frankreich zwar die „droits naturels“, dagegen nur solche „droits civils“, die ihr Heimathstaat auf Grund besonderer völkerrechtlicher Verträge auch Franzosen einräumt. Vgl. Zachariae, Franz. C.R. I § 76—79 (8. Aufl. § 59—62), v. Bar I 283 ff., Barazetti, Personenr., S. 67 ff. — In den deutschen Gebieten des franz. R. ist dieses Prinzip, das auch in Frankreich durch neuere Gesetze immer mehr abgeschwächt ist und in der Praxis bereits stark zurücktritt, im Wesentlichen überwunden; vgl. Barazetti a. a. O. S. 78 ff., sowie Einführung S. 174 ff., Behaghel § 24, Crome, Allg. Th. S. 130 ff.

¹⁴ Vgl. z. B. O.Pr.O. § 102 Z. 1, § 106 Abs. 2, § 661 Z. 5; dazu unten Anm. 30.

¹⁵ Vgl. Leyser spec. 30; Runde § 317—319; Mittermaier § 110; Renaud I § 104; Franken S. 58 ff.; Regelsberger, Pand. § 67 I 2c; v. Bar I 299 ff.; Roth, Bayr. C.R. I § 28 Z. 3; Wächter, Württ. P.R. II § 86; Dernburg, Preufs. P.R. I § 45; Unger, Oest. P.R. I 305. — Bayr. L.R. I c. 2 § 18; Pr. L.R. Einl. § 43—45; Oest. Gb. § 33; Sächs. Gb. § 20 u. Ver. v. 9. Jan. 1865 § 3 u. 43—44; R.Gew.O. § 64; R.Konk.O. § 4; R.Pat.Ges. § 12 Abs. 2; R.Ges. v. 12. Mai 1894 § 22.

¹⁶ Die Retorsion tritt also nicht ein, wenn das ausländische Recht alle ihm unterworfenen Personen ungünstiger als unser Recht stellt; bisweilen aber ist sie auch auf solche Fälle ausgedehnt, Stobbe § 43 Anm. 9. — Verschieden von der Retorsion sind die Repressalien, — ein rein völkerrechtliches Zwangsmittel, das in der Erwidrerung der von einem fremden Staate unseren Staatsangehörigen rechtswidrig zugefügten Nachteile durch geeignete Mafsregeln zu Ungunsten der Angehörigen jenes Staates besteht.

¹⁷ An sich hat der Richter darüber zu entscheiden. So jetzt auch (da Pr. L.R. Einl. § 44 unpraktisch ist) in Preussen; Dernburg I § 45 Anm. 8. Bisweilen

Unerachtet der Gleichstellung der Fremden im Privatrecht hat aber die Staatsangehörigkeit an privatrechtlicher Bedeutung neuerdings dadurch gewonnen, daß im internationalen Privatrecht vielfach das Gesetz des Ortes der Staatsangehörigkeit anstatt des Gesetzes des Wohnsitzes zum Personalstatut erhoben ist und somit die Gestaltung wichtiger Privatrechtsverhältnisse von der Staatsangehörigkeit abhängt¹⁸.

III. Einzelne Beschränkungen der Fremden. Von den durch das ehemalige Fremdenrecht begründeten Zurücksetzungen sind diejenigen, die in der ursprünglichen Rechtlosigkeit der Fremden wurzelten, völlig verschwunden. So das Strandrecht¹⁹, das Wildfangsrecht²⁰, das Fremdlingsrecht (*jus albinagii*, *droit d'aubaine*)²¹. Von anderen Beschränkungen bestehen zum Theil nur noch geringfügige Reste. Doch sind auch einzelne Beschränkungen neu eingeführt worden.

1. Sehr allgemein waren früher wegen der publizistischen Be-

aber ist die Anordnung der Anwendung des Vergeltungsrechtes der Staatsregierung vorbehalten; vgl. z. B. Roth, Bayr. C.R. § 18 Anm. 20, Kurh. P.R. I 136. In den Fällen der R.Gew.O. § 64 Abs. 2 u. des R.Ges. zum Schutz der Warenbezeichnungen v. 12. Mai 1894 § 22 ist sie dem Bundesrathe, in den Fällen der R.Konk.O. § 4 u. des R.Pat.Ges. § 12 Abs. 2 dem Reichskanzler mit Zustimmung des Bundesrathes vorbehalten.

¹⁸ Vgl. oben § 29 Anm. 5—11.

¹⁹ Das Strandrecht ergriff sowohl die Person wie das Gut des Schiffbrüchigen; Brunner, R.G. I 273 Anm. 1. Schon die mittelalterliche Reichsgesetzgebung bekämpfte es; Const. Frid. II d. a. 1220 c. 9 (M.G.L. II 243 u. als *Authentica Navigia* hinter l. 18 C. de furtis 6, 2), Urk. K. Wilhelms v. 1255 u. K. Ludwigs v. 1316 b. Kraut § 77 Nr. 30—31; vgl. ferner C.C.C. Art. 218. Als Ersatz bildete sich der Bergelohn aus; vgl. jetzt H.G.B. Art. 742 ff. u. Strandungsordn. v. 17. Mai 1874. — Früher noch verschwand das entsprechende Grundruhrrecht an Strömen; vgl. Schröder, R.G. S. 520 Anm. 87, Urk. v. 1355 b. Kraut § 77 Nr. 31.

²⁰ Das Recht des Landesherrn, Fremde ohne Geleit als Hörige zu behandeln; vgl. Runde § 316, Mittermaier § 106, Renaud I 200, Schröder, R.G. S. 515 ff., Thudichum S. 208 ff.

²¹ Das Recht des Landesherrn auf die Verlassenschaft eines im Lande versterbenden Fremden. Dieses Recht, das aus der Nichtanerkennung der Persönlichkeit des Fremden entsprang und schon in die fränkische Zeit zurückreicht (Brunner I 275), wurde schon von K. Friedrich II. in der Const. d. a. 1220 c. 8 (M.G.L. II 243 u. als *Authentica Omnes peregrini* zu Cod. 6, 69) verworfen, erhielt sich aber trotzdem vielfach bis in die neuere Zeit, obschon in Deutschland meist zu einem Abzugsrecht oder einem Recht auf das beste Stück gemildert. Am zähesten wurde es in Frankreich festgehalten, durch Ges. v. 14. Juli 1819 aber auch hier abgeschafft. Vgl. Runde § 320—321, Eichhorn § 75, Mittermaier § 106, Renaud I 199, Stobbe I 358 ff., Schröder S. 515 ff., Kraut § 48 Nr. 5—7, v. Bar I 34 Anm. 21, II 312 ff., Zachariae § 79 (8. Aufl. § 62).

deutung des Grundbesitzes Fremde im Erwerb von Grundeigenthum und anderen Rechten an Grundstücken beschränkt²². Diese Beschränkungen sind neuerdings meist aufgehoben²³, indels nicht ganz beseitigt²⁴.

2. Manche Landesgesetze schliessen Fremde vom Erwerb inländischer Schiffsparten aus²⁵. Reichsrechtlich ist die Veräußerung einer Schiffspart an einen Ausländer zulässig, jedoch an die Zustimmung aller Mitrheder gebunden, weil durch sie das Recht der Führung der deutschen Flagge erlischt²⁶.

3. Nach manchen Gesetzen ist der Fremde unfähig zur Führung einer Vormundschaft²⁷. Die neueren Vormundschaftsordnungen haben diese Unfähigkeit meist beseitigt²⁸.

4. Die deutschen Landesgesetze fordern bei der Eheschließung von Ausländern bestimmte Nachweise und zum Theil eine behördliche Erlaubniß²⁹.

5. Hinsichtlich des Schutzes mancher Persönlichkeitsrechte

²² Vgl. Mittermaier I § 109 Anm. 19, Stobbe I 349—351; Dortmund. Stat. v. 1354 b. Frensdorff 205, revid. Lüb. R. I, 2 Art. 5, Württ. L.R. II, 9 (Kraut § 48 litt. b u. Nr. 13—14).

²³ So hat in Preußen das Ges. v. 28. Mai 1874 die nach Pr. L.R. II, 9 § 39 u. Kab.O. v. 28. März 1809 erforderliche Ministerialkonzession zum Erwerbe von Rittergütern durch Ausländer aufgehoben. In Kurhessen hat ein Ges. v. 1822 die älteren Bestimmungen beseitigt; Roth S. 134.

²⁴ In Württemb. hat das Ges. v. 1. März 1865 Art. 2—3 zwar den Erwerb von Grundstücken den Ausländern freigegeben, verlangt aber von ihnen die Stellung eines ansässigen Bürgen wegen Abtragung der öffentlichen Lasten; Mandry § 4 Anm. 13. Anderswo sind Beschränkungen kraft Retorsion noch zulässig; so nach Pr. L.R. Einl. § 43. Vgl. über das österr. R. Unger I 302, Jettel S. 31. — Alle derartige Beschränkungen fallen nicht nur gegenüber Reichsangehörigen, sondern auch gegenüber den Angehörigen der ehemaligen Bundesländer weg; D.B.A. Art. 18.

²⁵ Vgl. z. B. Schlesw.-Holst. V. v. 1803 b. Falck IV 137. Derartige Landesgesetze bestehen nach H.G.B. Art. 470 Abs. 2 fort, jetzt aber natürlich nur gegenüber Nichtdeutschen.

²⁶ H.G.B. Art. 470 Abs. 2 u. R.Ges. v. 25. Okt. 1867 § 2.

²⁷ Oest. Gb. § 192; Pr. L.R. II, 18 § 156—157; Württ. V. v. 7. März 1809. Unanwendbar sind solche Bestimmungen in Deutschland auf Reichsangehörige; Mandry § 4 Anm. 10, Roth § 67 Anm. 7, Böhlau II 201 ff., Stobbe § 43 Anm. 27 (wo die in der 1. Aufl. ausgesprochene gegentheilige Ansicht zurückgenommen ist), Regelsberger § 67 Anm. 4.

²⁸ Die Preufs. Vorm.O. v. 1875 § 20 verneint nur die Uebernahmepflicht; das Württ. Ges. v. 28. Juni 1876 (b. Franklin, Grundr. § 18) fordert zur Uebertragung einer Vormundschaft an Ausländer die Genehmigung des Justizministeriums.

²⁹ Personenstandsges. § 38 u. dazu Sicherer S. 268 ff., Hinschius S. 135 ff.

(der Urheberrechte, des Markenrechts, des Gebrauches des Namens oder der Firma zur Waarenbezeichnung) sind Ausländer den Inländern nicht ohne Weiteres gleichgestellt⁸⁰.

6. Ausländer werden als Staatsgläubiger nicht in das preussische Staatsschuldbuch eingetragen⁸¹.

7. Die ehemaligen Beschränkungen der Fremden im Gewerbe-recht sind durch die Reichsgewerbeordnung für den stehenden Gewerbebetrieb beseitigt; dagegen hängt die Zulassung von Ausländern zum Gewerbebetriebe im Umherziehen von einer frei versagbaren Gestattung ab⁸².

8. Da Ausländer des Wohnrechts im Staatsgebiet entbehren, ist ihr Ausschluss von den durch Wohnsitz im Inlande bedingten Privatrechten möglich (vgl. unten § 57 III).

9. Von den früher sehr zahlreichen prozessrechtlichen Zurücksetzungen der Ausländer kennt das geltende deutsche Recht nur noch die Verpflichtung des ausländischen Klägers, dem Beklagten auf dessen Verlangen Sicherheit wegen der Prozeskosten zu stellen, und die Versagung des Armenrechts⁸³. Auch im Konkursrecht sind jetzt ausländische Gläubiger den inländischen gleichgestellt, jedoch mit ausdrücklichem Vorbehalte des Vergeltungsrechtes⁸⁴.

10. Selbstverständlich kann das Satzungsrecht einer Körperschaft oder Stiftung für den Erwerb der von ihm gewährten Rechte oder Vortheile eine bestimmte Staatsangehörigkeit fordern⁸⁵.

⁸⁰ R.Ges. v. 11. Juni 1870 § 61, v. 9. Jan. 1876 § 20, v. 11. Jan. 1876 § 16, v. 1. Juni 1891 § 13; v. 30. Nov. 1874 § 20, v. 12. Mai 1894 § 23. Der Schutz richtet sich nach völkerrechtlichen Verträgen; hinsichtlich der Waarenbezeichnungen, des Namens oder der Firma und der Gebrauchsmuster tritt er aber ohne Weiteres für diejenigen Ausländer ein, in deren Heimathsstaat Gegenseitigkeit geübt wird. Vgl. übrigens oben Anm. 3, 15 u. 17, sowie über den Einfluss des Wohnsitzes unten § 57 Anm. 23. Näheres in § 84, 86, 91—93.

⁸¹ Preuss. Ges. v. 20. Juli 1883 § 4.

⁸² R.Gew.O. § 56b. Außerdem sind nach § 64 Abs. 3 Beschränkungen des Marktverkehrs der Ausländer kraft Retorsion zulässig. — Erwähnt sei noch, daß nach dem R.Ges. v. 5. Mai 1886 § 72 Ausländer, die dauernd das Reichsgebiet verlassen, von der Berufsgenossenschaft für Unfallversicherung wegen ihres Rentenanspruchs mit Kapital abgefunden werden können.

⁸³ C.Pr.O. § 102—103 u. § 106 Abs. 2. Beide Nachteile treten aber nicht ein, wenn sie im gleichen Falle Deutsche im Heimathsstaate des Ausländers nicht treffen; vgl. oben Anm. 14. — Ueber das ältere Recht vgl. Stobbe I 356 ff.

⁸⁴ R.Konk.O. § 4; Kohler, Konkursr. S. 665 ff. — Ueber die früheren Zurücksetzungen der ausländischen Gläubiger vgl. Stobbe § 42 Anm. 35 u. § 44 Anm. 29.

⁸⁵ In dieser Richtung bildet auch das Reichsindigenat keine Schranke, so daß

11. In engem Zusammenhange mit dem alten Fremdenrecht steht endlich das Abzugsrecht (*jus detractus*), das in den beiden Formen des Abschosses (*detractus realis*, *gabella hereditaria*) und der Nachsteuer (*detractus personalis*, *gabella emigrationis*, Nachschoss, Abfabrtsgeld) entwickelt ist³⁶. Der Abschoss besteht in einem Abzuge von dem kraft Erbanges außer Landes gehenden Vermögen, die Nachsteuer in einem Abzuge von dem Vermögen, das ein Auswandernder mit sich führt. Ursprünglich scheint der Abschoss aus einer Milderung des alten Rechtssatzes, der dem Fremden jedes Erbrecht versagte, hervorgegangen zu sein, während die Nachsteuer vielmehr in einer Beschränkung der Freizügigkeit Einheimischer wurzelte. Später aber überwog in beiden Fällen der Gesichtspunkt der Abschließung des eignen Gebiets gegen das fremde Gebiet, so daß das Abzugsgeld als ein Ersatz für die mit der Ausführung einer Vermögensmasse verknüpfte Einbuße an Steuern erschien. Abschoss und Nachsteuer wurden daher nunmehr lediglich von dem tatsächlich ausgeführten Vermögen erhoben³⁷. Der Abzug beträgt regelmäßig einen Bruchtheil des Reinvermögens, der beim Abschoss wie bei der Nachsteuer auf ein Zehntel festgesetzt zu sein pflegt, mitunter aber niedriger (bis hinab zu fünf Prozent) oder höher (bis hinauf zum „dritten Pfennig“) bemessen ist. Im Mittelalter fast für jedes kleine Gebiet zu Gunsten des Gerichtsherrn oder der Gemeinde ausgebildet, wurde das Abzugsrecht seit dem 16. Jahrhundert mehr und mehr als ein landesherrliches Regal betrachtet. Wenn es trotzdem kraft Verleihung oder Unvordenklichkeit auch fernerhin Gutsherren und Städten zustehen konnte, so wurde doch den Privatberechtigten seine Ausübung meist nur noch in dem Falle der Ausführung des

z. B. ein statutenmäßig nur an die Angehörigen eines bestimmten deutschen Einzelstaates verleihtes Stipendium durch Art. 3 der R.V. keineswegs allen Reichsangehörigen zugänglich geworden ist.

³⁶ Runde § 322—326, Eichhorn § 77—78, Mittermaier § 111—114, Renaud I § 100, 105—106, Gerber § 48, Stobbe I 355, 360 u. 363 ff.; Haubold § 219 ff., Reyscher I § 167 ff., Roth, Kurh. P.R. I 137 ff., Bayr. I § 28 Z. 4, Unger I 303; Mandry § 4 Anm. 16; Kraut § 38 Nr. 8—12. Sehr ausführliche Bestimmungen in Pr. L.R. II, 17 § 140—183.

³⁷ Somit hat der ausländische Erbe keinen Abschoss zu entrichten, wenn er sich im Inlande niederläßt (Gosl. Stat. S. 7 Z. 22 ff.). Auch zahlt der Auswandernde keine Nachsteuer von den Grundstücken, die er im Eigenthum behält (Pr. L.R. II, 17 § 144), wohl aber von dem mitgeführten Erlöse verkaufter Grundstücke (Kraut Nr. 10). — Der Abschoss wurde auch auf das als Brautschatz oder Geschenk an Fremde verabfolgte Vermögen ausgedehnt; Stobbe § 42 Anm. 21, Pr. L.R. II, 17 § 162.

Vermögens über die Staatsgrenzen gestattet („äußeres Abzugsrecht“), während die Abzugsrechte zwischen verschiedenen Gebieten desselben Staats („innere Abzugsrechte“) abgeschafft wurden. Das deutsche Bundesrecht beseitigte alle Abzugsrechte im Bereiche des Bundesindigenats und hob insoweit ausdrücklich auch die Privatberechtigungen ohne Entschädigung auf³⁸. Das Abzugsrecht zwischen deutschen und nichtdeutschen Staaten wurde hiervon nicht betroffen, ist aber seither durch völkerrechtliche Verträge gleichfalls mehr und mehr außer Kraft gesetzt und zum Theil gesetzlich aufgehoben³⁹. Soweit dies nicht der Fall ist, kann das Abzugsrecht noch heute, regelmäßig aber nur kraft Retorsion, ausgeübt werden⁴⁰.

IV. Gemeindeangehörigkeit. Während früher für manche Privatrechte, wie namentlich für das Recht der Verehelichung und des Gewerbebetriebes, neben oder statt der Staatsangehörigkeit die Gemeindeangehörigkeit gefordert wurde, hat im heutigen deutschen Rechte die Gemeindeangehörigkeit jede Bedeutung für die allgemeine Privatrechtsfähigkeit eingebüßt⁴¹. Der Unterschied zwischen Gemeindeangehörigen und Gemeindefremden kommt also nur noch für das besondere Gemeinderecht in Betracht. Ebenso verhält es sich überhaupt mit jeder Körperschaftsmitgliedschaft: sie ist für die allgemeine Rechtsfähigkeit der Person bedeutungslos, bildet aber die Voraussetzung der besonderen Rechtsfähigkeit im körperschaftlichen Rechtsbereiche.

§ 57. Gebietsangehörigkeit.

I. Im Allgemeinen. Sowohl im öffentlichen Recht wie im Privatrecht wirken auf die Rechtsstellung der Person gewisse Verknüpfungen mit einem Gebiet unabhängig von der Mitgliedschaft in dem auf dieses Gebiet gebauten Staats- oder Gemeindeverbande ein. Unterstellt schon der bloße Aufenthalt an einem Orte die Person in erheblichem Umfange der dort geltenden Rechtsordnung, so steigert

³⁸ D.B.A. Art. 18; B.B. v. 23. Juni 1817 b. Kraut Nr. 17.

³⁹ So in Preussen, wo die Cab.O. v. 11. Apr. 1822 die Abschofs- und Abfahrtsgelder nur „gegen andere Staaten, in denen das jus detractus nicht mehr zur Anwendung kommt“, aufhob, die V.U. Art. 11 aber unbedingt die Erhebung von Abzugsgeldern verbietet.

⁴⁰ Vgl. Mandry § 4 Anm. 16, Stobbe § 43 Anm. 19—21.

⁴¹ Das Recht der Verehelichung ist durch R.Ges. v. 4. Mai 1868 § 1, das Recht des Gewerbebetriebes durch R.Gew.O. § 18 ausdrücklich von der Gemeindeangehörigkeit unabhängig erklärt.

sich der Einfluss des örtlichen Rechts durch dauernde Beziehungen, vermöge deren die Person in der einen oder anderen Richtung als gebietsangehörig erscheint. Für das Privatrecht kommen, da wir von den einst sehr mannichfach abgestuften Verhältnissen der Schutzverwandtschaft hier absehen können¹, hauptsächlich drei Arten solcher Gebietsangehörigkeit in Betracht.

II. Gebietsangehörigkeit durch Grundbesitz. Wer in einem Gebiet mit Grundbesitz ansässig ist, ohne dem Gebietsverbande als Mitglied anzugehören, hat als Forense in diesem Gebiet eine besondere Rechtsstellung. Gemeinrechtlich ist er ohne Rücksicht auf Staatsangehörigkeit und Wohnsitz in allen den Grundbesitz betreffenden Rechtsverhältnissen dem Recht der belegenen Sache und dem dinglichen Gerichtsstande unterworfen. Manche Partikularrechte aber legten dem staatsfremden Grundbesitzer eine weitergehende Unterordnung unter das inländische Recht auf und dehnten namentlich den dinglichen Gerichtsstand auf alle gegen ihn gerichteten Klagen aus. Man spricht hier von einem im Gegensatz zum gemeinrechtlichen „landsassiat minus plenus“ begründeten „landsassiat plenus“². Seitdem die Civilprozessordnung den Gerichtsstand der belegenen Sache einheitlich geregelt hat³, ist dieser Unterschied im Wesentlichen bedeutungslos geworden⁴. Was endlich den gemeindefremden Grundbesitzer (Flurgenossen, Ausmärker, Ge-

¹ Von den Schutzverhältnissen bei Juden und Fremden war oben § 55 u. 56 die Rede, von den Schutzgenossen (Beisassen u. s. w.) der Stadt- und Landgemeinden wird unten § 71 ff. gesprochen werden. Das geltende deutsche Recht kennt „Schutzgenossen“ in den Konsulargerichtsbezirken (Laband, Staatsr. II 81 ff.) und in den Schutzgebieten (ib. I 791 ff.).

² Vgl. Böhlau, Z. f. Rechtsgesch. XI 296 ff.; Eichhorn § 75, Mittermaier § 109, Gerber § 47, Beseler I 250, Stobbe I 349 u. 362; Reyscher, Württ. P.R. § 165, Haubold § 391 Anm. a, Heimbach, P.R. § 124 Anm. 7, Emminghaus, Pand. S. 96 Nr. 1 ff., Dernburg, Preuß. Pr.R. § 45 Anm. 4. — Der vollste Landsassiat besteht da, wo der Fremde, um Grundbesitz zu erwerben oder zu behalten, Unterthan werden muß; vgl. Stobbe I 351 Anm. 10.

³ Die C.Pr.O. hat einerseits den dinglichen Gerichtsstand, der für dingliche Klagen ein ausschließlicher ist (§ 25), für gewisse mit dem Grundbesitz zusammenhängende persönliche Klagen wahlweise geöffnet (§ 26–27), andererseits (statt des alten *forum arresti*) für alle vermögensrechtlichen Klagen gegen eine Person, die im Deutschen Reich keinen Wohnsitz hat, — mag sie nun Ausländer oder Inländer sein, — einen Gerichtsstand an dem Orte begründet, wo sich Vermögen (Grundbesitz oder Fahrnis) derselben befindet (§ 24).

⁴ Soweit sich an ihn Wirkungen außer dem Gerichtsstande knüpfen, können sie jedenfalls nur noch gegen Reichsfremde eintreten.

meindeforensen) betrifft, so beschränken sich die Wirkungen dieses Verhältnisses heute auf das besondere Gemeinderecht⁵.

III. Gebietsangehörigkeit durch Wohnsitz⁶. Von erheblicher privatrechtlicher Bedeutung ist die durch Wohnsitz bewirkte Verknüpfung mit einem Gebiete.

Wohnsitz (Domizil) einer Person ist der Ort, der den dauernden räumlichen Mittelpunkt ihrer Lebensthätigkeit bildet⁷. Ein Wohnsitz wird durch Niederlassung mit der Absicht, den Niederlassungsort zum ständigen Mittelpunkt der Lebensthätigkeit zu machen, begründet⁸ und in entsprechender Weise durch Auflösung der Niederlassung mit dem Willen, diesen Mittelpunkt aufzugeben, aufgehoben⁹. Sowohl zur Begründung wie zur Aufhebung eines Wohnsitzes ist volle Handlungsfähigkeit erforderlich¹⁰. Das Kind

⁵ Z. B. hinsichtlich der Mittragung der Gemeindelasten und der Theilnahme an den Gemeinudenutzungen, zum Theil auch hinsichtlich der Gewährung eines Stimmrechts in Gemeindeangelegenheiten; vgl. Gierke, Genossenschaftsr. I 721 u. 730 Anm. 62.

⁶ Kierulff, Theorie I 122 ff.; Savigny, Syst. VIII 67 ff.; Windscheid, Pand § 36; Dernburg, Pand. I § 46; Hinschius in Holtzendorffs Rechtslex. III 1342 ff.; v. Bar a. a. O. I 151 ff.; Westlake a. a. O. S. 269 ff.; Regelsberger, Pand. I § 74.

⁷ Wo aber ist der Wohnsitz, wenn das Wohnhaus von einer Gebietsgrenze durchschnitten wird? Das O.L.G. Hamb. b. Seuff. XXXIX Nr. 179 läßt die Lage der Hausthüre mit Straßenzugang entscheiden.

⁸ Es müssen also Wille und Willensbethätigung zusammentreffen; Dernburg I 104 ff., R.Ger. XV Nr. 95. Ein ohne den Willen ständiger Niederlassung genommener Aufenthalt begründet keinen Wohnsitz, mag er sich auch fort und fort verlängern; Seuff. VII Nr. 242. Keineswegs aber braucht Aufenthalt für immer gewollt zu sein, vielmehr genügt Aufenthalt für unbestimmte Zeit; Seuff. XIV Nr. 65, XL Nr. 7 (R.Ger.). So namentlich auch beim Pächter; schwankende Praxis b. Seuff. XI Nr. 108, XX Nr. 183. Ebensowenig ist ununterbrochener Aufenthalt am Ort erforderlich; man kann sogar einen Wohnsitz an einem Orte erwerben, an dem man sich nur vorübergehend (z. B. in den Pausen zwischen Reisen) aufhalten will. — Ein Wohnrecht ist zur Begründung eines Wohnsitzes nicht erforderlich; R.Ger. VIII Nr. 37.

⁹ Auch hier müssen Wille und That zusammentreffen, so daß weder die bloße Absicht der Wohnortsveränderung noch die bloße dauernde Abwesenheit genügt; v. Bar I 154, R.O.H.G. XIII 383, R.Ger. XV Nr. 95, Entw. II § 17 Abs. 3.

¹⁰ Minderjährige können daher ihren Wohnsitz nicht selbständig ändern unrichtig Obst. L.G. f. Bayern b. Seuff. XLI Nr. 269. Dagegen ist eine Wohnsitzverlegung unter vormundschaftlicher Mitwirkung möglich; v. Bar I 158 ff., Entw. II § 18, Seuff. XLIII Nr 174.

theilt den Wohnsitz seines Vaters (das uneheliche den seiner Mutter) und behält ihn, bis es ihn rechtsgültig aufgegeben hat¹¹. Die Ehefrau theilt den Wohnsitz des Ehemannes¹². Außerdem haben Beamte am Amtssitze, Berufssoldaten am Garnisonorte einen gesetzlichen Wohnsitz¹³. Es ist möglich, daß eine Person gleichzeitig einen mehrfachen Wohnsitz hat¹⁴. Möglich ist auch der völlige Mangel eines Wohnsitzes, an dessen Stelle dann theils der letzte ehemalige Wohnsitz theils der jeweilige Aufenthaltsort für die mit dem Wohnsitz verknüpften Rechtsfolgen maßgebend ist¹⁵.

Neben dem vollen Wohnsitz giebt es einen unvollkommenen Wohnsitz, der die Person nur für einzelne Beziehungen mit einem Gebiet verknüpft¹⁶. Ein solcher wird vor Allem durch eine Handelsniederlassung oder sonstige gewerbliche Niederlassung für den ihr angehörigen Geschäftsbetrieb begründet¹⁷.

Privatrechtliche Wirkungen entfaltet der Wohnsitz in erster Linie für die Abgrenzung des räumlichen Herrschaftsbereiches der Rechtsquellen¹⁸ und für die Begründung des Gerichtsstandes im Civilprozesse¹⁹, aber auch für das Gewerberecht²⁰, für den Schutz der

¹¹ C.P.O. § 17 Abs. 2, Entw. II § 21 (mit dem Vorbehalt, daß Legitimation und Annahme an Kindesstatt auf den Wohnsitz nicht einwirkt, wenn das Kind schon volljährig ist).

¹² C. Pr. O. § 17 Abs. 1, Entw. II § 20. Ausnahmen treten ein, wenn die Folgepflicht der Ehefrau wegfällt; v. Bar I 158 Anm. 24—25.

¹³ Vgl. R.Ger. XX Nr. 75, Reichsbeamteneges. v. 31. März 1878 § 19 ff., Code civ. Art. 7, C.Pr.O. § 14—16, Entw. II § 19; a. M. Regelsberger I 288. Keinen Wohnsitz dagegen begründet Strafgefängenschaft; Seuff. XI. Nr. 237, XLIII Nr. 5, Entw. I § 35, v. Bar I 155 Anm. 15.

¹⁴ So der Beamte, der in einer Nachbargemeinde wohnt, oder der Städter, der zugleich auf seinem Landgute ständig wohnhaft ist; vgl. v. Bar I 160 ff., Dernburg I 105, Entw. II § 17 Abs. 2; dazu oben § 26 Anm. 4.

¹⁵ Hinsichtlich des internationalen Privatrechts kommt in erster Linie das frühere Domizil in Betracht (vgl. oben § 26 Anm. 4), hinsichtlich des Gerichtsstandes dagegen der Aufenthaltsort (C.Pr.O. § 18).

¹⁶ So das Quasidomizil der durch ihre Lebensverhältnisse zu längerem Aufenthalt an einem Orte angewiesenen Personen (z. B. Dienstboten, Arbeiter, Studierende, Lehrlinge) nach C.Pr.O. § 21. Dazu gehören auch Sträflinge, Seuff. XL Nr. 148.

¹⁷ C.Pr.O. § 22; wegen der Handelsniederlassung H.G.B. Art. 19, 324 bis 325, 342.

¹⁸ Vgl. oben § 26. Auch wo die *lex domicilii* als Personalstatut durch das Gesetz der Staatsangehörigkeit verdrängt ist, bleibt sie für zahlreiche Fragen des internationalen Privatrechts maßgebend.

¹⁹ C.Pr.O. § 13 ff.

²⁰ R.Gew.O. § 55 u. 57 b; vgl. auch R.Prefsges. § 8.

Urheberrechte, des Markenrechts und des Erfinderrechts²¹ und für manche andere Privatrechtsverhältnisse²².

IV. **Unterstützungswohnsitz und Heimathsrecht.** Eine besondere Gebietsangehörigkeit begründet der durch das Reichsgesetz v. 6. Juni 1870 nebst Abänderungsgesetz v. 12. März 1894 geregelte Unterstützungswohnsitz, der den bürgerlichen Wohnsitz weder stets begleitet noch nothwendig voraussetzt. Er ist nur Reichsangehörigen zugänglich. Sein Erwerb erfolgt für Kinder durch Abstammung und für Ehefrauen durch Verehelichung, im Uebrigen durch zweijährigen ununterbrochenen Aufenthalt seit Vollendung des achtzehnten (bisher vierundzwanzigsten) Lebensjahres. Verloren wird er durch den Erwerb eines anderen Unterstützungswohnsitzes und durch zweijährige Abwesenheit seit Erreichung des bezeichneten Lebensalters. Der Unterstützungswohnsitz bewirkt die Zugehörigkeit zu einem Ortsarmenverbande und den hieraus folgenden Unterstützungsanspruch im Verarmungsfalle²³. Er gehört also im Wesentlichen dem öffentlichen Rechte an.

Das Reichsgesetz über den Unterstützungswohnsitz gilt nicht in Bayern und in Elsass-Lothringen. In Bayern gilt dafür das im früheren deutschen Recht überwiegend dem Armenrecht zu Grunde

²¹ Das litterarische oder künstlerische Urheberrecht eines Ausländers wird als deutsches geschützt, wenn sein Werk bei einem Verleger erschienen ist, der seine Handlungsniederlassung im Deutschen Reich hat; R.Ges. v. 11. Juni 1870 § 61 Abs. 2 u. v. 9. Januar 1876 § 20 Abs. 2. Der Schutz des Urheberrechts an Geschmacksmustern kommt auch dem ausländischen Urheber zu Gute, falls er eine gewerbliche Niederlassung in Deutschland hat; R.Ges. v. 11. Januar 1876 § 16. Der Schutz des Urheberrechts an Gebrauchsmustern tritt für den und nur für den bedingungslos ein, der in Deutschland einen Wohnsitz oder eine gewerbliche Niederlassung hat; R.Ges. v. 1. Juni 1891 § 13. Desgleichen der Schutz der Waarenbezeichnungen für den und nur für den, der im Inlande eine Niederlassung besitzt; R.Ges. v. 30. Nov. 1874 § 20, v. 12. Mai 1894 § 23. Ein Erfinderrecht (Recht auf ein Patent oder aus einem Patent) kann, wer im Inlande nicht wohnt, nur geltend machen, wenn er im Inlande einen Vertreter bestellt hat; R.Ges. v. 7. Apr. 1891 § 12.

²² So giebt nach Preufs. Vorm.O. § 23 Z. 5 u. § 64. auswärtiger Wohnsitz ein Recht auf Ablehnung der Vormundschaft und auf Entlassung aus der Vormundschaft, während nach dem Württ. Ges. v. 1865 (oben § 56 Anm. 28) der Deutsche, der im Auslande wohnt, gleich dem Ausländer nur mit besonderer Genehmigung zum Vormunde bestellt werden darf. Man denke ferner an die Bedeutung des Wohnsitzes für den gesetzlichen Erfüllungsort im Obligationenrecht.

²³ Ortsarmenverband ist regelmäfsig die Gemeinde oder ein Verband mehrerer Gemeinden. Soweit nach dem R.Ges. v. 1. November 1867 Beschränkungen der Freizügigkeit bestehen, kann sich die Gemeinde durch Abweisung Zuziehender und

gelegte Heimathsrecht²⁴. Dieses wird weder durch bloßen Aufenthalt erworben noch durch bloße Abwesenheit verloren, entsteht vielmehr, aufer durch Abstammung und Verehelichung, regelmäßig nur durch ausdrückliche oder stillschweigende Aufnahme in den Gemeindeverband und aushülfsweise durch staatliche Zuweisung heimathloser Leute. Seine Wirkung besteht in einer passiven Gemeindeangehörigkeit und erschöpft sich daher nicht im Unterstützungsanspruch.

Zweites Kapitel.

Das Recht der Verbandspersönlichkeit.

Erster Titel.

Die Verbandspersönlichkeit überhaupt.

§ 58. Geschichtliche Entwicklung¹.

I. Ueberhaupt. Von je und bei allen Völkern sind über den einzelnen Menschen menschliche Verbände als Rechtsträger anerkannt gewesen. Allein sowohl die Denkformen für diese Rechtssubjektivität, wie auch die Formen ihrer thatsächlichen Verwirklichung haben nach Zeit und Volk außerordentlich gewechselt.

Entsprechend der Kraft und Fülle des germanischen Verbandslbens entfaltete das germanische Recht gerade auf diesem Gebiete eine besondere Tiefe der Rechtsgedanken und einen unerschöpflichen Reichthum der Rechtsgebilde. Darum konnte es auch in seinem Kerne bis heute dem fremden Rechte trotzen. Doch erreichte es seine formelle Vollendung, der es im Mittelalter nur langsam und ungleichmäßig entgegengereift war, nicht ohne Mithülfe des fremden

durch Ausweisung Zugezogener vor Entstehung des Unterstützungswohnsitzes schützen. — Für Personen, deren Unterstützungswohnsitz nicht zu ermitteln ist, trifft die Armenlast den Landarmenverband.

²⁴ Vgl. darüber M. Seydel, Bayr. Staatsr. III 90—138.

¹ Gierke, Das deutsche Genossenschaftsrecht; Bd. I: Rechtsgeschichte der deutschen Genossenschaft, Berlin 1868; Bd. II: Geschichte des deutschen Körperschaftsbegriffes, 1873; Bd. III: Die Staats- und Korporationslehre des Alterthums und des Mittelalters und ihre Aufnahme in Deutschland, 1881. Heusler, Inst. I § 54 ff.

Rechtes. Und zeitweise wurde es auch hier in seinem gesammten Bestande ernstlichst bedroht.

II. Ursprüngliches deutsches Recht². In seinem Jugendalter fehlte dem deutschen Rechte in Folge seiner sinnlichen Anschauungsweise und in Wechselwirkung mit der innigen Verwebung von Einzelleben und Gemeinleben (oben § 4) der abstrakte Begriff sowohl der Einzelperson (oben § 40) wie der Verbandsperson. Vielmehr wurde, wo ein Verbandsganzes Rechte oder Pflichten hatte, die Verbandseinheit in ihrem sinnlichen Träger und nur in ihm gefunden. Hieraus ergaben sich bei den verschiedenen Verbandstypen ungleiche Denkformen für die Verbandssubjektivität.

1. In genossenschaftlichen Verbänden (Sippen, Gaugenossenschaften, Völkerschaften, Gemeinden, Gilden) galt als Subjekt der Gemeinschaftssphäre die Gesamtheit der Genossen in ihrer wirklichen oder gedachten Versammlung, wie sich diese den Sinnen als ein einheitlich handelndes und doch zugleich vielköpfiges Wesen darstellte. Die Gesamtheit also ohne Unterscheidung ihrer Eigenschaft als Trägerin eines Gemeinwesens und als Inbegriff von Einzelwesen, Einheit und Vielheit zugleich. Darum konnte es auch zwischen Gemeinheit und bloßer Gemeinschaft zwar einen thatsächlichen Unterschied, aber keine feste Begriffsgrenze geben.

2. In herrschaftlichen Verbänden (Gefolgschaften, Lehns-, Dienst- und Hofverbänden, Territorien, Reichen) erschien als Subjekt der Verbandssphäre der Herr in seiner sinnlichen Erscheinung, ohne Unterscheidung seiner Stellung als Haupt eines Ganzen und als Individuum, Träger einer Verbandseinheit und Einzelner zugleich. Darum konnte es auch hier wieder zwar einen thatsächlichen Unterschied, aber keine scharfe Begriffsgrenze zwischen Herrschaftsorganismus und bloßem Herrschaftsverhältniß geben.

3. In gemischten Verbänden sind Herren und Gesamtheiten neben und gegen einander berechtigt und verpflichtet, ohne daß auch hier von ihrer Zweiheit die Einheit, die sie beide nur darzustellen haben, als besonderes Subjekt losgelöst würde.

III. Fortbildung im deutschen Mittelalter. Im Zusammenhange mit der Umwandlung aller Rechtszustände durch die beginnende Sonderung von Einzelleben und Gemeinleben vollzog sich in der zweiten Hälfte des Mittelalters eine Fortbildung des Verbandsrechtes, die in der Erhebung der Verbandseinheit zu einer von ihrem sinnlichen Träger unterschiedenen Verbandsperson gipfelte. Hierbei

² Gierke a. a. O. I 14 ff., II 24 ff.

wurde aber im Einklange mit der sozialen Grundauffassung unseres Rechtes das ererbte Band zwischen Verbandspersönlichkeit und Einzelpersönlichkeit nicht zerschnitten, sondern nur verändert und begrenzt.

1. Auf diesem Wege verdichteten sich Genossenschaften zu Körperschaften³. In der Körperschaft trat die Gesamtheit der Gesamtheit als eine im Wechsel beständige Person höherer Ordnung gegenüber. Das Körperschaftsrecht forderte daher eine Sonderung des einheitlichen Bereiches der Verbandsperson vom vielheitlichen Bereiche der verbundenen Einzelpersonen, womit zugleich sein begrifflicher Gegensatz zum bloßen Gemeinschaftsrecht errungen war. Allein die körperschaftliche Verbandsperson des deutschen Rechts blieb eine der verbundenen Gesamtheit immanente Einheit, sie war eine Gesamtperson, sie bedeutete nichts Anderes als das in seiner Lebenseinheit erkannte und zum Rechtssubjekt erhobene gemeine Wesen. Darum schied sie sich von den verbundenen Einzelpersonen nicht wie ein ihnen fremdes Drittes, sondern wie das von ihnen getragene und ihnen zugehörige Ganze. So verlangte denn auch das deutsche Körperschaftsrecht keineswegs die Aufzehrung des Vielheitsbereiches durch den Einheitsbereich, sondern behielt für eine verfassungsmäßige Verknüpfung von gemeinheitlichem Recht des Ganzen und Sonderrecht der Einzelnen Raum. In ihm war das alte Genossenschaftsrecht nicht untergegangen, sondern vollendet.

Am frühesten und vollständigsten entwickelte sich dieser Körperschaftsbegriff im städtischen Gemeinwesen, seitdem die Stadt über die Bürgerschaft getreten war. In Gilden und Zünften, in ständischen Körpern aller Art bis hinauf zu ihrer Zusammenfassung im Landständekörper, in Bundesgemeinwesen und einzelnen Landesgemeinden, aber auch in rein vermögensrechtlichen Genossenschaften setzte sich diese Entwicklung fort. Dagegen ergriff sie nur hier und da das ländliche Gemeinwesen, das im Uebrigen durchaus auf der älteren Stufe verharrte.

2. In entsprechender Weise vergeistigten sich Herrschaftsverbände zu Anstalten⁴. In der Anstalt trat die dauernde Verbandseinheit dem wechselnden Verbandshaupt als eine selbständige Person gegenüber. Hierdurch wurde die Sonderung des dem jeweiligen Herrn nur für das Verbandsganze zuständigen Herrschaftsbereiches von seinem eignen Herrschaftsbereich möglich und erforderlich, womit

³ Gierke a. a. O. II 573 ff. u. 829 ff.

⁴ Gierke a. a. O. II 546 ff. u. 958 ff.

zugleich der begriffliche Gegensatz zu bloßen Herrschaftsverhältnissen errungen war. Die Anstaltsperson aber, die als transcendente Einheit außerhalb der durch sie verbundenen Gesamtheit stand, behielt in ihrem Verwalter einen sichtbaren Träger, in dessen Persönlichkeit sie sich offenbarte und wirksam wurde. Darum konnte auch mit dem Rechte des Verbandes Individualrecht des Verbandshauptes verfassungsmäßig verwoben bleiben. Das alte Herrschaftsrecht war wiederum nicht zerstört, sondern vollendet.

Der Anstaltsbegriff war am frühesten und vollständigsten vom kanonischen Recht durchgeführt worden und aus ihm in die volkstümliche Auffassung der kirchlichen Rechtssubjekte übergegangen⁵. Die Entwicklung setzte sich in den weltlichen Herrschaftsverbänden und den von ihnen erzeugten obrigkeitlichen Institutionen fort, drang aber selbst hinsichtlich der zu Staaten umgebildeten landesherrlichen Territorien nur langsam und unvollkommen durch.

3. In den gemischten Verbänden konnten Körperschaftsrecht und Anstaltsrecht mancherlei Verbindungen mit einander eingehen. Bildete sich schliesslich eine das Ganze durchdringende einheitliche Verbandsperson, so konnte sie entweder mehr als Körperschaft mit anstaltlicher Spitze oder mehr als Anstalt mit körperschaftlicher Grundlage erscheinen⁶.

IV. Einfluss der Rezeption. Diese noch unabgeschlossene Bewegung wurde theils unterbrochen theils abgelenkt, seitdem die romanistisch-kanonistische Korporationstheorie in Deutschland einzog.

Ihre Grundlage bildete das römische Recht Justinianischer Prägung⁷. Das Verbandsrecht des Corpus juris civilis ist der Niederschlag einer Rechtsgeschichte, die in ein absolutistisches Staatsrecht und ein individualistisches Privatrecht ausmündete, von einem eignen Sozialrecht selbständiger Zwischenverbände aber nichts wufste. Hier fallen daher publizistische und privatrechtliche Verbandswesenheit von vornherein auseinander. Für das jus publicum als das jus populi Romani giebt es im Grunde nur ein einziges Rechtssubjekt: den einst von der souveränen Volksgesamtheit und nunmehr vom souveränen Princeps dargestellten römischen Staat. Jeder engere

⁵ Ueber die ursprüngliche Auffassung, die den Heiligen als Rechtssubjekt ansah, vgl. oben § 30 Anm. 1.

⁶ Gierke a. a. O. II 971 ff.

⁷ Gierke a. a. O. III 129 ff. — Ueber das ältere römische Recht vgl. Pernice, M. A. Labeo, Halle 1873, I 254 ff., Gierke III 34 ff.

Verband kann nur als Staatstheil ein ihm anvertrautes öffentliches Recht ausüben. Der Begriff der Person wird auf diese höchste und allumfassende Allgemeinheit überhaupt nicht angewandt, gehört also lediglich dem Privatrecht an. Für das Privatrecht als das *jus singulorum* aber sind an sich nur die souveränen Individuen Rechtssubjekte. Somit deckt sich der Begriff der Person mit dem Begriff der Einzelperson. Soll daher ein Verband Subjekt von Privatrecht sein, so muß er auf künstlichem Wege einer Einzelperson gleichgestellt werden. Dies geschieht durch eine Fiktion. Der Verband ist keine Person, wird aber behandelt, als sei er eine Person. So tritt neben die wirkliche Person die fingirte Person. Dieses erdichtete Wesen, das nur durch einen Machtspruch des Staates aus dem Nichts hervorgezaubert wird und stets durch einen gleichen Machtspruch wieder ins Nichts zurückgeschleudert werden kann, wird mit Rechtsfähigkeit auf dem Gebiete des Vermögensrechtes und mit mancherlei Privilegien ausgestattet. Es bleibt aber willens- und handlungsunfähig. Dem Kinde oder vielmehr, da es niemals mündig wird, dem unheilbar Wahnsinnigen vergleichbar, steht es unter ewiger Vormundschaft. Den verbundenen Einzelpersonen tritt diese fingirte Person fremd gegenüber, eine gleich ihnen rein auf sich selbst gestellte Einheit, ein künstliches Individuum neben natürlichen Individuen. Zwischen dem Verbandsganzen und den Verbandsgliedern bestehen daher, soweit das Privatrecht reicht, nur Rechtsbeziehungen gleicher Art, wie sie zwischen unverbundenen Individuen vorkommen. Ja, das Dasein einer solchen fingirten Person ist überhaupt von dem Dasein der natürlichen Personen unabhängig: sie kann den Verband, dem sie angeheftet ist, überleben, während ihr Untergang dem Tode eines Individuums gleicht, das erbenlos stirbt. Zuletzt ist es für ihr Wesen überhaupt gleichgültig, welchem Stoffe sie angedichtet wird. Es steht nichts im Wege, ein beliebiges Etwas mit gleichem Erfolge wie einen menschlichen Verband zu personifizieren.

Dieses Gedankensystem konnte nun freilich inmitten einer Welt, in der öffentliches Recht und Privatrecht einander auf das Innigste durchdrangen und zwischen Allgemeinheit und Individuum unzählige Verbände germanischer Herkunft als lebensvolle Mächte walteten, unmöglich von den Todten erstehen. So hatte denn die italienische Doktrin, als sie das römische Recht erneuerte, hier gründlicher als auf irgend einem anderen Gebiete den Quelleninhalt verwandelt. Aus der gemeinsamen Arbeit von Legisten und Kanonisten war eine bis in die feinsten Einzelheiten durchgebildete Korporationstheorie hervorgegangen, die von germanischen Rechtsgedanken durchtränkt

war⁸. Allein in den römischen Rahmen blieb sie hineingebannt. Und wenn der Begriff der *persona ficta* zunächst nur wie eine Maske erschien, hinter der sich die lebendige Verbandsperson des germanischen Rechtes verbarg, so mußte doch eine Theorie, die sich an das *Corpus juris civilis* anlehnte, mehr und mehr dahin gedrängt werden, dessen inneren Gedankengehalt wieder zur Geltung zu bringen.

Auch in Deutschland fand sich die romanistisch-kanonistische Korporationstheorie, so tief ihr Gegensatz zu dem einheimischen Gedankensystem angelegt war, mit dem überkommenen Rechtszustande zunächst in schonender Weise ab⁹. Mehr und mehr aber wurde sie zur Handhabe der körperschaftsfeindlichen Richtung, die der aufstrebende moderne Staat einschlug¹⁰. War sie doch vortrefflich geeignet, dem Bedürfnis der Zeit zu dienen, in der es die Selbstherrlichkeit der mittelalterlichen Körperschaft zu brechen, die entarteten Schöfslinge des einst so frisch grünenden Genossenschaftswesens zu beschneiden, den Staat zu erhöhen und das Individuum zu befreien galt. Sie versagte aber auch nicht, als die Bewegung ihr Ziel weit überflog und auf die Vernichtung alles selbständigen Körperschaftslebens hinarbeitete. Es war nur ihr letztes Wort, das jene naturrechtliche Schule, die den Staatsabsolutismus einerseits und den Individualismus andererseits folgerichtig durchführte, in ihrem Todesurtheil über die Korporation aussprach und die französische Revolution in That umsetzte¹¹.

Bei uns aber erlag das germanische Körperschaftsrecht den vereinten Angriffen von Theorie und Gesetzgebung nicht ganz. Es lebte im Stillen fort und wahrte auch in der Umschnürung durch eiserne Bande die Keimkraft für künftige Zeiten.

Auch erwuchs ihm von Seiten der Theorie eine neue Bundesgenossin in einer naturrechtlichen Gesellschaftslehre, die namentlich von der deutschen Naturrechtswissenschaft ausgebildet wurde¹².

⁸ Gierke a. a. O. III 186 ff.

⁹ Ueber die Aufnahme der fremden Theorie vgl. Gierke a. a. O. III 645 ff.

¹⁰ Gierke a. a. O. I 638 ff., Joh. Althusius S. 289 ff.

¹¹ Vgl. über diese in Frankreich am schärfsten von Turgot u. Rousseau ausgeprägte, in der Revolution angewandte Theorie Hübler, *Der Eigenthümer des Kirchenguts*, Leipzig 1868, S. 46 ff., 58 ff., 64 ff., Gierke, Joh. Althus. S. 256 ff. In Deutschland vertraten z. B. Justi, Scheidemann, Fichte (in seinen älteren Schriften) und Kant dieselbe Richtung.

¹² Ihr eigentlicher Schöpfer war Althusius, mit dem Grotius vielfach übereinstimmte. Gleich ihnen gründeten dann auch die absolutistischen Naturrechtslehrer alles Verbandsleben auf Vertragsschlüsse, wußten aber nach dem Vor-

Diese einflussreiche Doktrin huldigte freilich dem äußersten Individualismus, so daß sie mit dem Begriffe einer selbständigen Verbandswesenheit überhaupt brach und unter Zertrümmerung der civilistischen Korporationstheorie deren fingirte Person durch eine „moralische Person“ ersetzte, die zuletzt nur noch ein Name für die Zusammenfassung von Individuen war¹³. Allein sie liefs auf dem Wege des Sozietätsvertrages und des Mandates die Fülle der Sozialgebilde von der Familie durch den Verein und durch die Gemeinde bis aufwärts zum Staate neu entstehen und brachte hierbei unbewußt einen Theil der germanischen Anschauungen von Genossenschaft und Herrschaft wieder zum Vorschein¹⁴.

Diese naturrechtliche Gesellschaftslehre aber wirkte gestaltgebend auf die Gesetzgebung ein und bahnte so auch im Leben einen dem deutschen Verbandsrechte förderlichen Umschwung an. Vor Allem gründete das preussische Landrecht den gesammten Aufbau seines Verbandsrechtes auf die naturrechtlichen Gedanken, denen es freilich die unbequemen Spitzen abbrach¹⁵. Auch im österreichischen

bilde von Hobbes trotzdem die engeren Verbände jeder wirklichen Selbständigkeit zu Gunsten des Staates zu entkleiden; so Pufendorf, Thomäsius, Hert, Titius und in besonders geschlossenem systematischem Aufbau J. H. Boehmer (Introd. in jus publ. univ. P. spec. II c. 4). Mehr und mehr jedoch nahm die Lehre von den naturrechtlichen Sozietäten wieder eine der körperschaftlichen Selbständigkeit günstigere Wendung. So bei Wolff, S. Cocceji, Heineccius, Daries und vor Allem bei Nettelblatt, in dessen großem System der sozialen Verbände der Gedanke der Körperschaftsfreiheit zu vollem Durchbruch kam. Aehnlich bei Achenwall, Hoffbauer u. A. Vgl. Gierke, Joh. Althus. S. 21 ff., 250 ff. u. 258 ff.

¹³ Vgl. Gierke, Joh. Althus. S. 259 ff. Anm. 88—91 u. 96. Den schroffsten Ausdruck gab dem naturrechtlichen Individualismus W. v. Humboldt, als er einerseits für volle Assoziationsfreiheit eintrat, andererseits aber eine ausdrückliche gesetzgeberische Deklaration verlangte, „daß jede moralische Person oder Gesellschaft für nichts weiter als für die Vereinigung der jedesmaligen Mitglieder anzusehen sei“; a. a. O. S. 263.

¹⁴ Dem Unterschiede von Genossenschaft und Herrschaft entspricht der namentlich seit J. H. Boehmer als grundlegend behandelte Gegensatz von „societas aequalis“ und „inaequalis“.

¹⁵ Das Gesetzbuch behandelt ganz nach dem Schema der naturrechtlichen Gesellschaftslehre in Th. II zuerst die Familiengesellschaften (T. 1—5), dann die Gesellschaften und Korporationen überhaupt (T. 6), hierauf die ständischen Gesellschaften mit Einschluss der Land- und Stadtgemeinden (T. 7—10), die geistlichen Gesellschaften (T. 11), die Schulen (T. 12) und endlich den Staat (T. 13 ff.). Von besonderem Einfluss war überall die Lehre Nettelblatts. Vgl. über das landrechtliche Korporationsrecht Förster-Eccius IV § 280 ff., Dernburg I 97 ff., Rosin b. Gruchot XXVII 108 ff.

Gesetzbuch und in manchen anderen Gesetzen spiegelt sich die naturrechtliche Soziallehre unverkennbar wieder¹⁶.

V. Neueste Zeit. Der Aufschwung des deutschen Lebens in unserem Jahrhundert zeitigte eine allseitige Erneuerung unseres Verbandswesens¹⁷. Die alten Verbände wurden durch Umgestaltung verjüngt, neue Verbände in kaum übersehbarer Fülle wurden geschaffen. Ein so gewaltiger Lebensvorgang konnte sich nicht abspielen, ohne daß zugleich das Recht sich in der Tiefe gewandelt hätte. Worin aber lag die innerste Kraft alles neuen Verbandsrechtes? Sie lag in der Fortbildung der wiedererstandenen germanischen Rechtsgedanken! Die dem fremden Rechte entstammenden formalen Errungenschaften wurden auch hier nicht preisgegeben. In seinem Kern aber ist unser geltendes Verbandsrecht nicht römisch, sondern deutsch.

1. Die Theorie hat sich nur langsam und bis heute keineswegs allgemein zu dieser Erkenntniß hindurchgerungen. Sie klammerte sich vielmehr zunächst enger als je an die römische Ueberlieferung und suchte den widerstrebenden Lebensinhalt in mannichfach verschiedener Weise bald durch Beugung der Thatsachen, bald aber auch durch Umdeutung der Quellen zu bemeistern. So gerieth sie ins Schwanken und verlor sich zuletzt in einen wahren Irrgarten von Streitigkeiten über das eigentliche Wesen der Verbandssubjektivität. Auch nachdem von germanistischer Seite der Weg gewiesen war, auf dem sich eine gesunde Anschauung nationaler Prägung gewinnen ließ, gab das romanistische Denken den Kampf um so weniger auf, als ihm immer wieder staatsabsolutistische und individualistische Neigungen entgegenkamen. Man kann die so entstandenen zahlreichen Theorien, die einander befehdeten, je nach ihrer Grundrichtung in drei Gruppen eintheilen.

a. Theorien, die eine fingirte Person annehmen. Im Kampfe gegen die naturrechtliche Gesellschaftslehre, die in die civilistische Doktrin zersetzend eingedrungen war¹⁸, stellte Savigny

¹⁶ Oest. Gb. § 26 u. dazu Unger I § 42 ff.; Bad. II. Konstitutionsed. v. 1. Aug. 1807.

¹⁷ Gierke, Genossenschaftsr. I 652 ff., 710 ff., 822 ff., 859 ff., 882 ff., 949 ff.

¹⁸ Die naturrechtliche Auffassung der moralischen Personen begegnet z. B. noch b. Glück, Komm. II 62 u. V 303 ff., Hufeland, Lehrb. des Civilr. § 882 ff., Thibaut, Pand. § 218 ff., 8. Aufl. § 129 ff., A. Schweppe, Das röm. Privatr., 4. Ausg., Göttingen 1828, I § 77 ff. Ebenso herrscht sie in den älteren Lehrbüchern des deutschen Privatrechts, z. B. bei Runde § 423 ff., Eichhorn § 372 ff., Mittermaier § 120 ff., Maurenbrecher § 158 ff. (hier jedoch mit eigenartigen Abwandlungen).

mit außerordentlichem Erfolge die schon bei manchen Vorgängern zu neuem Durchbruch gekommene streng romanistische Auffassung wieder her¹⁹. Statt der bloß kollektiven „moralischen Person“ rückte nun unter dem Namen der „juristischen Person“ ein in sich abgeschlossenes künstliches Individuum in den Mittelpunkt des Verbandsrechtes. Die Lehre Savignys behauptete lange eine fast unbestrittene Herrschaft und gilt noch heute Vielen als ein unantastbares Dogma²⁰. Doch sind ihr in neuerer Zeit mancherlei Wendungen gegeben worden, die zwar untereinander stark abweichen, aber darin zusammentreffen, daß sie die Bedeutung der fiktiven Personifikation abschwächen²¹.

b. Theorien, die jede Verbandspersönlichkeit streichen. Die Einsicht, daß eine derartige fingirte Person als wesenloser Schemen des Daseins nicht werth sei, verlieh einer Reihe von Romanisten den Muth, die juristische Person als lebensunfähig

¹⁹ Savigny, Syst. II (1840) S. 235 ff. — In gleicher Richtung zuerst Ch. A. Günther, Principia juris Romani privati novissimi, Vol. I, Jen. 1805, § 141 ff., Heise, Grundriss, Heidelberg 1807, § 98 ff. u. Wening-Ingenheim, Lehrb. I § 98 ff.; entschiedener noch Mühlenbruch, Rechtliche Beurtheilung des Städel'schen Beerbungsfalles, Halle 1828, S. 69 ff., Doctrina pand. (ed. IV 1838) § 196 ff.; besonders aber Kierulff, Theorie des gem. Civilr. (1839) S. 129 ff.

²⁰ Schroffste Ausgestaltung b. Puchta, Art. „Corporationen“ in Weiskes Rechtslex. III 65 ff., Inst. § 190, Pand. u. Vorl. § 25 ff., sowie b. K. Pfeifer, Die Lehre von den juristischen Personen nach gem. u. württ. R., Tübingen 1847. Vgl. ferner v. Vangerow, Pand. I § 53 ff.; Sintenis, Das prakt. gem. Civilr. I § 15; v. Scheurl, Inst. § 40. — Walter, D.P.R. § 83 ff.; Thöl, Volksrecht, Juristenr. u. s. w. S. 40 ff., Handelsr. § 150; Laband, Z. f. H.R. VII 181 ff.; Renaud, Recht der Aktienges. S. 150 ff.; Roth, Kurh. Privatr. § 67 ff., Bayr. C.R. § 32 ff., D.P.R. § 32 ff. — Reyscher, Württ. P.R. § 94; Unger, Oest. P.R. I § 42 ff.; Krainz, Oesterr. P.R. (2. Aufl. 1894) I § 80 ff.; Crome, Allg. Th. § 17. — Bierling, Kritik der jur. Grundbegriffe II 84 ff., Prinzipienlehre I 103, 220 ff. — Zur Fiktionstheorie neigt auch E. Mayer, Art. „Juristische Personen“ in Stengels Wörterb. des Deut. Verwaltungsr. I 692 ff.

²¹ So finden Manche in der Personifikation nur den geeigneten Ausdruck für die Erhebung einer unpersönlichen Realität zum Privatrechtssubjekt. Vgl. Arndts, Krit. V. J. Schr. I 93 ff.; Z. f. d. P. u. ö. R. d. G. I 496 ff.; Die Lehre von den Vermächtnissen I (1869) S. 415 ff.; Pand. § 24 u. 41 ff. Auch schon Seuffert, Pand. (3. Aufl. 1852) § 51; Böcking, Pand. (5. Aufl. 1861) § 30 u. 62, Röm. P.R. (2. Aufl. 1862) § 12 u. 24. Ferner Ehrenberg, Beschränkte Haftung des Schuldners (1880) S. 450 ff. (anders noch Krit. V. J. Schr. XXI 167 ff.). Neuerdings Hölder, Ueber das Wesen der juristischen Personen, Erlangen 1886; Pand. I § 29. Aehnlich Franken, D.P.R. S. 90 ff. — Andere nehmen ein in Wahrheit subjektloses Vermögen an, halten aber an der Erdichtung eines Subjektes fest, weil sie dem tiefen Zuge der Menschennatur zur Personifikation entspreche. Vgl. Windscheid, Krit. Uebersch. I 181 ff., VI 219 ff., Pand. § 49 u. 57 ff. Ferner die Zweckpersonifikation b. Baron, Pand. § 29 ff.

ganz aufzugeben. Die entstandene Lücke aber suchte man in verschiedener Weise auszufüllen.

Vereinzelt griff man auf die naturrechtliche Lehre zurück und löste alle Verbandswesenheit in bloße gesellschaftliche Bindung auf, wobei dann die juristische Person zu einer kollektiven oder formellen Einheit zusammenschrumpfte²².

Erfolgreicher war der Angriff, den Brinz gegen die von ihm als „Vogelscheuche“ verspottete juristische Person richtete. An ihre Stelle setzte er das subjektlose Zweckvermögen, das überhaupt Niemandem, wohl aber „für“ Etwas gehöre und von der Rechtsordnung neben dem Personenvermögen als eine zweite Gattung von Vermögen anerkannt werde²³.

Andere zollen zwar diesem Gedanken Beifall, wollen aber einen gleich schroffen Bruch mit den hergebrachten Anschauungen vermeiden und darum den in Wirklichkeit leeren Platz des Subjektes mit irgend einem um der Rechtstechnik willen konstruirten Träger besetzen. Man läßt z. B. das herrenlose Vermögen eine „Personenrolle“ spielen²⁴. Oder man führt ein unpersönliches Interessenzentrum als Subjekt ein²⁵. Oder man begnügt sich unter Verwerfung tiefer eindringender Fragestellungen mit dem Satze, daß das Recht die als Verbandsvermögen zusammengefaßten Befugnisse und Verbindlichkeiten an einen einheitlichen „Beziehungspunkt“ knüpfe²⁶. Zuletzt hindert nichts, auf diesem Wege mit oder ohne Vorbehalt zur *persona ficta* zurückzukehren²⁷.

Den kräftigsten Ausdruck gab der streng individualistischen Denkweise

²² So Salkowski, Bemerkungen zur Lehre von den juristischen Personen, Leipzig 1863 (dagegen ist er im Lehrb. der Inst. [1868] § 59 zur Fiktionstheorie zurückgekehrt). E. Roguin, *La Règle de droit* S. 385 ff. (immer nur *expressions abrégées für combinaisons d'hommes*).

²³ Brinz, *Lehrb. der Pand.*, 1. Aufl. (1857) S. XI u. 979 ff., 2. Aufl. I 194 ff. u. III 453 ff., 3. Aufl. I 224 ff. — Aehnlich Demelius, *Jahrb. f. Dogm.* IV 113 ff.; Bekker, *Jahrb. des gem. deut. R.* I 296 ff., *Z. f. H.R.* IV 499 ff. u. XVII 379 ff., *Jahrb. f. Dogm.* XII 1 ff.; im Wesentlichen auch Fitting, *Krit. V. J. Schr.* I 583 ff.

²⁴ Böhlau, *Rechtssubjekt u. Personenrolle*, Weimar 1871; *Arch. f. civ. Pr.* LVI 351 ff.; *Meckl. L.R.* II § 79, 149 ff., III § 154 ff. Aehnlich Randa, *Arch. f. Wechslr.* XV 1 ff., 337 ff.; *Der Besitz mit Einschluss der Besitzklagen* (3. Aufl. 1879) § 12 Anm. 13. Vgl. auch Schiffner, *Syst. Lehrb. des österr. allg. Civilr.*, Wien 1882, § 35 u. 58—59 (angebliche Vermittlung zwischen „Personenrolle“ u. „Personifikation“).

²⁵ Karlowa, *Zur Lehre von den juristischen Personen*, *Z. f. d. P. u. ö. R.* d. G. XV 381 ff. (ein „Gemeininteresse“ als „Selbstzweck und Vermögenszentrum“).

²⁶ G. Rümelin, *Methodisches über juristische Personen*, Freiburg 1891; *Zweckvermögen und Genossenschaft*, Freiburg 1892.

²⁷ So Bekker, *Pand.* I § 59 ff. Vgl. auch oben Anm. 21.

Jhering, wenn er für die wahren Subjekte alles Verbandsvermögens allein die zu dessen Genuß berufenen einzelnen Menschen erklärte²⁸.

Im Auslande hat man auch den Versuch gemacht, die juristische Person als Rechtssubjekt durch ihre Verwalter zu ersetzen²⁹.

c. Theorien der realen Verbandspersönlichkeit. Zuerst von Beseler wurde mit Entschiedenheit der nationale Gedanke wiederum ausgesprochen, daß die menschlichen Verbände wirklich existirende Wesenheiten und somit auch für das Recht reale Personen seien³⁰. Nicht blos Germanisten³¹, sondern auch Romanisten³², Kanonisten³³, Publizisten³⁴ und Rechtsphilosophen³⁵

²⁸ Jhering, Geist des röm. R. III, 1 S. 216 ff., 325, 341 ff., 366 ff.; Zweck im Recht I 454 u. 551. Als „mechanischen Rechtsträger“ hält er aber die juristische Person fest.

²⁹ Serment, Associations et corporations, Genève 1877.

³⁰ Beseler, Volksrecht und Juristenrecht (1843) S. 158 ff.; D.P.R. § 66 ff.

³¹ Weiske, Ueber Corporationen nach römischen u. teutschen Rechtsbegriffen, Leipzig 1847; Schüler in den jur. Abh. I (1847) S. 223 ff.; Bluntschli, D.P.R. § 33 ff.; Gierke, Art. „Juristische Person“ in Holtzendorffs Rechtslex. II 420 ff.; Dahn, Deutsch. Rechtsb. S. 77 ff., Vernunft im Recht S. 160 ff.; Heusler, Inst. I 253 ff.; jetzt auch von früheren Anhängern der Fiktionstheorie Stobbe, D.P.R. I § 49 ff., Gengler, D.P.R. § 26 ff., u. selbst Laband, Arch. f. öff. R. II 160 ff.

³² Zitelmann, Begriff u. Wesen der sog. juristischen Personen, Leipzig 1873. Kuntze, Krit. Zeitschr. V (1859) S. 359 ff., Kursus des röm. R. (2. Aufl. 1879) S. 263 ff. u. Exkurse S. 440 ff. Zródlowski, Das röm. Privatr. I 274 ff. Wächter, Pand. I § 53 ff. Dernburg, Pand. I § 59, Preufs. P.R. I § 49 ff. Förster, Preufs. P.R. IV § 280 ff. (während Eccius sich wieder der Fiktionstheorie nähert). Sehr entschieden jetzt Regelsberger, Pand. § 75 ff. — Mit Beschränkung auf die historisch gewordenen Verbände v. Liebe, Der Besitz in thesi, Braunschweig 1876, S. 40 ff. — Im Grunde auch Bruns in Holtzendorffs Encykl. (5. Aufl.) S. 449 ff., der aber die Personengesammtheit nicht als wirkliche Person anerkennt. — Ferner Bolze, Der Begriff der juristischen Person, Stuttgart 1879, wo aber dem als reale und willensfähige Einheit anerkannten Verbandsganzen die Persönlichkeit versagt wird.

³³ C. Meurer, Der Begriff u. Eigenthümer der heiligen Sachen, zugleich eine Revision der Lehre von den juristischen Personen u. dem Eigenthümer des Kirchenguts, 2 Bde., Düsseldorf 1885.

³⁴ Vgl. die Anführungen b. Gierke, Genossenschaftstheorie S. 5 Anm. 4. Seitdem bes. G. Meyer, Staatsr. § 3 ff.; v. Kirchenheim, Staatsr. § 4 ff.; H. Preufs, Gemeinde, Staat, Reich als Gebietskörperschaften, Berlin 1889; Bernatzik, Krit. Studien über den Begriff der jur. Pers. u. über die juristische Persönlichkeit der Behörden insbesondere, Arch. f. öff. R. V 169 ff.; Jellinek, Gesetz u. Verordnung S. 192 ff., System der subjektiven öffentlichen Rechte S. 12 ff., 243 ff.; auch Hänel, Staatsr. I S. 81 ff., wo aber auffallender Weise mit der aus dem realen Wesen des korporativen Verbandes abgeleiteten Konstruktion bei den „Organen“ Halt gemacht, dagegen die rechtliche Geltung des Verbandes als einheitliche Person wieder auf eine Fiktion gegründet wird (S. 106).

³⁵ Vgl. die Anführungen b. Gierke, Genossenschaftstheorie S. 6 Anm. 1 u.

haben seither diesen Gedanken ausgebaut. Freilich sind sie weder über seine Begründung noch über seine Tragweite unter sich einig. Allein sie streben auf verschiedenen Wegen demselben Ziele zu.

Dieses Ziel ist nur zu erreichen, wenn vor Allem beachtet wird, daß die Frage, die es hier für das Privatrecht zu lösen gilt, nicht im Privatrechte beschlossen ist, sondern in den vor aller Spaltung von öffentlichem und Privatrecht auftauchenden Grundproblemen wurzelt. Denn privatrechtliche und öffentlichrechtliche Fähigkeit sind bei Verbänden wie bei Einzelmenschen nur zwei Seiten einer einzigen Persönlichkeit: es ist dasselbe Wesen, das als Fiskus Verträge schließt und als Staat Gesetze giebt; es ist dasselbe Subjekt, dem Körperschaftsvermögen und Körperschaftsgewalt zusteht. Die romanistischen Theorien entziehen sich freilich meist der Verallgemeinerung ihres Begriffes, indem sie entweder jede Berührung des öffentlichen Rechtes überhaupt ablehnen⁸⁶ oder aber für das öffentliche Recht auf einen aus einer ganz anderen Gedankenwelt stammenden Staatsbegriff verweisen⁸⁷. Allein ein derartiges Verfahren setzt sich mit unserer modernen Anschauungsweise in schroffen Widerspruch. Jede für das Privatrecht aufgestellte Theorie der Verbandssubjektivität muß sich vielmehr an ihrer Verwerthbarkeit für das öffentliche Recht erproben. So hat es ja auch nicht an Anhängern der Fiktionstheorie gefehlt, die in muthiger Folgerichtigkeit das Gespenst einer fingirten Person zum Subjekte der Staatsgewalt erhoben haben⁸⁸. Eine juristische Konstruktion aber, die das Recht über Leben und Tod der Menschen einem so schattenhaften

S. 907, bes. Lasson, Prinzip u. Zukunft des Völkerrechts (1871) S. 122 ff. und Syst. der Rechtsphilosophie § 41 u. 51 ff., Fr. Vigliarolo, Le persone giuridiche considerate in rapporto alla Filosofia del Diritto, Napoli 1880, Finchella, Sulla realtà della persona giuridica, Catania 1885, Merkel, Jurist. Encykl. § 186 ff.

⁸⁶ Grundsätzlich hierfür spricht sich Rümelin, Zweckvermögen u. Genossenschaft S. 107, aus. — Für die Trennung des civilrechtlichen und des öffentlichrechtlichen Problems erklärt sich auch E. Mayer a. a. O. (oben Anm. 20).

⁸⁷ So insbesondere Savigny u. seine Nachfolger, die dem Staate als solchem eine organische Wesenheit zuschreiben oder zu seiner Erklärung geradezu „Transcendentes“ oder „Metaphysisches“ heranziehen (vgl. z. B. Böhlau, Rechtssubjekt u. Personenrolle S. 18—19). Neuerdings will auch Hölder (oben Anm. 21) für das Gebiet des öffentlichen Rechtes die reale Gesamtpersönlichkeit anerkennen, gleichwohl aber, weil das Ganze nicht neben seine Glieder treten könne, die privatrechtliche juristische Person nur durch die Fiktion eines Individuums, wo kein Individuum ist, entstehen lassen; vgl. dawider Gierke, Genossenschaftstheorie S. 908, Bernatzik a. a. O. S. 179 ff.

⁸⁸ Vgl. über und wider diese Auffassung, die namentlich bei Laband zu Grunde liegt, Gierke in Schmollers Jahrb. VII 1125 ff. u. Preufs a. a. O. S. 147 ff.

Wesen verleiht, richtet sich selbst. Andererseits finden alle jene Theorien, für die es im Privatrecht nur Individuen giebt, ihr Widerspiel in neueren Staatslehren, die auch das öffentliche Recht in Herrschafts- und Unterwerfungsverhältnisse von Individuen auflösen³⁹. Sie aber bedeuten eine unerträgliche Rückbildung, ja im Grunde die Vernichtung des öffentlichen Rechtes. Würdig der Gegenwart, gegründet in unserem Weltverständnis, fördernd für unsere Kultur ist allein die Auffassung, die in vielhundertjährigem Ringen der germanische Geist erarbeitet hat: über den menschlichen Individuen setzen die menschlichen Verbände in mannichfach abgestufter Daseinsordnung das Leben fort, — wesenhafte Existenzen der geschichtlichen Wirklichkeit, soziale Organismen mit Haupt und Gliedern, deren jedes an seiner Stelle das einheitliche Ganze darzuleben hat; und diese realen Verbandseinheiten und sie nur sind es, die als Verbandspersonen in das Recht treten.

2. Die Gesetzgebung hat, obschon zögernd und oft gehemmt, durch Wiederherstellung der Assoziationsfreiheit, durch Umschaffung der alten Verbandsformen und durch Ausprägung zahlreicher neuer Verbandstypen mehr und mehr die germanischen Rechtsgedanken neu verkörpert. Einen systematischen Neubau des Rechtes der Verbandspersonen hat sie freilich bisher nicht unternommen⁴⁰. Auch hat sie sich keineswegs mit ausdrücklichen Worten zu einer veränderten Auffassung bekannt. Allein in einer Fülle von Reichs- und Landesgesetzen ist ein Verbandsrecht enthalten, das der alten romanistischen Schablone spottet und nur vom deutschen Rechte her begriffen werden kann.

3. Auch die Praxis hat trotz mancher Schwankungen sich mehr und mehr mit dem Geiste des wiedergeborenen nationalen Rechtes erfüllt und an vielen einzelnen Punkten eine Fortbildung des Verbandsrechtes im Sinne der deutschrechtlichen Auffassung vollzogen⁴¹.

³⁹ So insbesondere M. Seydel, Grundzüge einer allgemeinen Staatslehre, Würzburg 1873, Bayr. Staatsr. I 352 ff.; am schroffsten E. Lingg, Empirische Untersuchungen zur allgemeinen Staatslehre, Wien 1890; ferner Gumpowicz, Bornhak, L. Hagens u. A. — Vgl. Gierke, Zeitschr. f. d. ges. Staatsw. XXX 172 ff., Preufs, Arch. f. öff. R. VI 163 ff.

⁴⁰ Einen allgemeinen Rahmen stellt das Sächs. Gb. § 52—57 mit dem Ges. v. 15. Juni 1868 auf. Ebenso das Schweiz. Obl.R. § 612—719; vgl. über das ergänzende kantonale Recht Huber I 156 ff. — Ueber die der Fiktionstheorie folgenden dürftigen Bestimmungen des Entw. I § 41 ff. vgl. Gierke, Entw. S. 144 ff.; Personengemeinschaften u. Vermögensinbegriffe im Entw. des b. G. (H. 18 der Beiträge von Bekker u. Fischer). Sie sind in Entw. II § 23—77 vollständig umgestaltet.

⁴¹ Gierke, Die Genossenschaftstheorie u. die deutsche Rechtsprechung, Berlin 1887.

§ 59. Begriff und Wesen der Verbandspersönlichkeit¹.

I. Begriff. Verbandspersönlichkeit ist die von der Rechtsordnung anerkannte Fähigkeit eines menschlichen Verbandes, als ein von der Summe der verbundenen Personen unterschiedenes einheitliches Ganze Subjekt von Rechten und Pflichten zu sein.

Der heute gebräuchlichste Name für Verbandsperson ist der erst in unserem Jahrhundert üblich gewordene Name „juristische Person“², der an sich entweder nichtssagend oder irreführend ist³. Die im Mittelalter aufgekommenen Bezeichnungen der Verbandsperson als einer „fingierten“, „vorgestellten“ oder „erdichteten“ Person stehen und fallen mit der Fiktionstheorie⁴. Bereits seit längerer Zeit ist der Ausdruck „mystische Person“ verschwunden⁵. Der von Pufen-

¹ Litt. in den Anm. 18—35 zu § 58.

² Als terminus technicus brauchen diesen Namen zuerst Heise, Grundriss, Heid. 1807, § 98 ff., Paetz, Lehrb. des Lehnrechts, Gött. 1808, § 40 u. 48, und (unter ausdrücklicher Mißbilligung der Namen „moralische oder gar mystische Person“) G. Hugo, Lehrb. des heut. röm. R., 4. Aufl., Berl. 1811, § 11 u. 15 ff. (vgl. 7. Aufl., Berl. 1826, § 13 u. 21 ff.). Durchgesetzt hat ihn Savigny II 240. Gelegentlich spricht schon Gundling, Diskourse über die Pand., Frankf. u. Leipz. 1739, zu Dig. 3, 4 § 1—2 von einer „persona juridica“. Vgl. auch den Ausdruck „persona civilis“ b. Hobbes u. Leibnitz; Gierke, Althus. S. 190 u. 197.

³ Nichtssagend, wenn er nur ausdrücken soll, daß die Verbandspersönlichkeit ein Rechtsbegriff ist; denn in diesem Sinne ist auch die Persönlichkeit des Individuums eine „juristische“. Irreführend, wenn er der „natürlichen“ oder „physischen“ Person eine lediglich durch juristische Kunst oder für juristische Zwecke geschaffene Person entgegensetzen will.

⁴ Ueber die seit Innocenz IV. vollzogene Prägung des Namens „persona ficta“ vgl. Gierke, Genossenschaftsr. III 279 ff., 363, 426 Anm. 27, 674, 726. Der Name blieb auch in den Zeiten der Vorherrschaft des Naturrechts neben „persona moralis“ in Gebrauch; vgl. z. B. Stryck, Us. mod. 47, 22 § 1, Estor, Kl. Schriften II 788, Kreittmayr I c. 3 § 1 Nr. 2, c. 7 § 36 Nr. 8, § 42 Nr. 1 u. § 43, II c. 1 § 5 Nr. 6, § 6 Nr. 1, V c. 30 § 1; Berger, Oecon. jur. IV, 10 § 1 Anm. 1, Günther a. a. O. I § 141 ff. — Ueber den Namen „persona repraesentata“ vgl. Gierke a. a. O. S. 282, 363, 426, 674, 726; „persona intellectualis“ ib. S. 426, 606; „persona imaginaria“ ib. S. 726, Carpzov, Jurisp. for. II, 36 d. 6, Kreittmayr I c. 3 § 1 Nr. 2, V c. 30 § 1; „erdichtete Person“ b. Leu II c. 20 § 25. Zasius spricht von „umbra personae“; Gierke a. a. O. S. 674. Hobbes von „persona artificialis“; Gierke, Althus. S. 190.

⁵ Der Name geht auf die Auffassung der Korporation als eines „corpus mysticum“ zurück, die ihrerseits wieder aus der Betrachtung der Kirche als „corpus mysticum Christi“ stammt; Gierke, Genossenschaftsr. III 108 ff., 249, 428, 546 ff. Im vorigen Jahrh. war er sehr beliebt; so begegnet die „persona mystica“ neben der persona moralis und der persona ficta b. Stryck, Estor, Kreittmayr u. Berger an den in Anm. 4 angef. Stellen, neben der persona moralis b. Titius,

dorf geprägte Name „zusammengesetzte Person“ gerieth schon bei den späteren Naturrechtslehrern in Vergessenheit⁶. Dagegen hat sich der eine Zeit lang durch das Naturrecht (zu allgemeiner Herrschaft gebrachte Name „moralische Person“ trotz seiner fehlerhaften Geburt bis heute behauptet⁷.

II. Wesen. Die Verbandsperson ist eine wirkliche und volle Person gleich der Einzelperson, jedoch im Gegensatze zu dieser eine zusammengesetzte Person.

1. Sie ist eine wirkliche, nicht bloß erdichtete Person. Als Rechtsbegriff beruht sie freilich auf einer Abstraktion, die aus der Wirklichkeit einen Theilinhalt heraushebt. Diese Abstraktion aber ist von derselben Beschaffenheit, wie die Abstraktion, vermöge deren der Begriff der Einzelperson zu Stande kommt⁸. Sinnlich wahr-

Jus priv. Rom.-Germ. VIII c. 2 § 1, Wernher, Obs. for. V Nr. 11, VI Nr. 454 u. öfter, Hofacker, Princ. jur. civ. Rom.-Germ. § 4313, Madihn, Princ. jur. Rom. § 30, G. L. Boehmer, Princ. jur. feud. § 94, u. vielen Anderen.

⁶ Pufendorf nennt das Rechtssubjekt „*persona moralis*“ und unterscheidet Einzelpersonen und Verbandspersonen als „*personae morales simplices*“ und „*personae morales compositae*“; Gierke, Althus. S. 192 ff. Ihm folgen Thomasius, Inst. jur. div. I c. 6 § 86 ff., III c. 6 § 62 ff., Titius a. a. O. u. Obs. 94, Ickstatt, Opusc. II op. 1 c. 1. Dagegen verwenden die meisten Späteren, indem sie den Namen „*persona moralis*“ nur für die Verbandsperson beibehalten, den Namen „*persona composita*“ als Synonym von *p. moralis* oder *mystica*; so Hert, Opusc. I, 1 S. 286 u. 288, II, 3 S. 41 u. 55, Gundling, Jus nat. c. 35 § 34, c. 37 § 3—10, Exerc. 16 § 5, Schmier, Jus publ. univ. I c. 3 Nr. 62 ff., gelegentlich auch Nettelblatt, Syst. nat. § 83, u. Scheidemantel III 244 („zusammengesetzte Person“). Mehr und mehr verschwindet dann der Ausdruck überhaupt.

⁷ Nachdem schon Pufendorf seine „*persona moralis simplex*“ gelegentlich in eine „*persona physica*“ zurückgebildet hatte (z. B. Jus nat. et gent. I c. 1 § 13, VII c. 2 § 6, c. 5 § 8), behandelten die Späteren den ihm entlehnten Begriff „*persona moralis*“ verständnislos als Gegensatz der „*persona physica*“ (vgl. oben Anm. 6). Seitdem wurde der Name „*persona moralis*“ die technische Bezeichnung der Verbandspersonen im Naturrecht (vgl. z. B. die Stellen aus J. H. Boehmer, Achenwall, Hoffbauer u. Nettelblatt b. Gierke, Joh. Althus. S. 158 ff.) und bald auch bei den Civilisten (vgl. oben Anm. 4—5), von denen Manche ihn ausschließlichsich verwandten (z. B. Leyser spec. 559, Heineccius, El. jur. civ. 3, 4, Ludovici, Doctr. pand. 3, 4 § 1, Hellfeld § 406). Dieser Sprachgebrauch wurde auch dadurch nicht mehr erschüttert, daß einzelne Naturrechtslehrer, wie Wolff, Inst. § 96, u. Daries, Praecogn. § 9 u. 24, wieder nachdrücklich darauf hinwiesen, daß auch beim einzelnen Menschen die rechtliche Persönlichkeit (die „*persona moralis*“ oder „sittliche Person“) sich mit der physischen nicht decke.

⁸ Vgl. oben § 30. Dies hat schon Pufendorf erkannt; vgl. Gierke, Althus. S. 192 ff. Es ist aber immer wieder vergessen worden. Vergl. darüber Gierke, Art. „Juristische Person“ in Holtzendorffs R.L. II, 421, Meurer a. a. O. I 74, Preufs a. a. O. S. 137, Bernatzik a. a. O. S. 236 ff., Jellinek, Syst. der subj. öff. R. S. 27, Regelsberger § 56 u. 75.

nehmbar sind nur leiblich erscheinende Menschen, in denen sich Einzelleben und Gattungsleben gleichzeitig abspielt. Erst mit dem an der inneren Erfahrung geschulten Geistesauge erschauen wir individuelle und soziale Lebenszentren, von denen wirkende Kraft ausgeht. Indem wir diese unsinnlichen Einheiten gegeneinander abgrenzen und einerseits durch Isolirung die in jedem Menschen auf das eigne Sein bezogene Einheit, andererseits durch Konzentrirung die in vielen Menschen ein gemeinsames Sein wirkende Einheit ver selbständigen, gelangen wir zum Begriffe der Wesenheiten, die im Rechtsgebiete als Einzelpersonen und Verbandspersonen auftreten.

2. Die Verbandsperson ist nur kraft Rechtssatzes Person. Sie ist so wenig wie die Einzelperson eine Schöpfung des objektiven Rechts⁹, aber sie besteht so gut wie die Einzelperson nur insoweit, als das objektive Recht sie anerkennt¹⁰. Das objektive Recht kann den Verbänden das Recht der Persönlichkeit beliebig gewähren oder versagen. Es kann aber hierbei nicht willkürlich verfahren, ohne mit der Rechtsidee in Widerspruch zu treten. Allerdings gesteht auch unser heutiges Rechtsbewußtsein dem Verbands nicht den gleichen sakrosankten Anspruch auf Persönlichkeit wie dem Individuum zu. Dafs es aber überhaupt Verbandspersonen gebe, ist eine unab weisbare Forderung der Rechtsidee¹¹.

Von einer anderen Auffassung ging die ältere, in Gesetze über gegangene und noch heute vielfach festgehaltene Lehre aus. Im Gegensatze zur natürlichen Person sei die juristische Person eine künstliche Schöpfung des Rechtes. Darum beruhe ihr Dasein stets auf einem Privileg, durch das die Persönlichkeit „verliehen“ werde. Zu einer solchen Verleihung sei kraft seiner Privilegiengewalt allein der Staat befähigt. Alle juristische Persönlichkeit entspringe also aus einem staatlichen Schöpfungsakte. Doch könne der Staat nicht nur durch *lex specialis* dem einzelnen Verbands, sondern auch durch *lex generalis* allen Verbänden einer bestimmten Gattung Persönlichkeit verleihen¹².

In Wahrheit ist die Rolle, die der Staat hier spielen kann, zwiefacher Art¹³.

⁹ Die Ansicht, dafs sowohl die Verbandsperson wie die Einzelperson eine Schöpfung des Rechtes sei, vertritt Burckhard, Zur Lehre von den juristischen Personen, Z. f. d. P. u. ö. R. d. G. XVIII 1 ff.

¹⁰ Gierke, Genossenschaftsth. S. 20 ff.

¹¹ Gierke a. a. O. S. 23; Beseler, Volksr. S. 158 ff.; Dernburg, Pand. § 59.

¹² Vgl. über diese Lehre Gierke a. a. O. S. 16 ff.

¹³ Gierke a. a. O. S. 21 ff.

Als Träger der Gesetzgebungsgewalt kann der Staat durch formell souveräne Gestaltung der Rechtsordnung die Voraussetzungen für die Anerkennung einer Verbandsperson durch das Recht bestimmen. Er kann die Geltung eines Verbandes als Person an den bloßen Thatbestand seines Daseins oder an die Erfüllung allgemein geregelter Bedingungen und Formen oder an eine besondere Feststellung der Geeignetheit im Einzelfalle knüpfen.

Als Träger höchster Willensmacht kann der Staat schaffend und zerstörend in das Leben der in ihm enthaltenen Verbände eingreifen. Er kann eine zur Persönlichkeit berufene engere Verbandswesenheit aus sich heraus erzeugen oder bei ihrer Erzeugung mit anderen Willensmächten zusammenwirken oder mindestens seine Willenszuthat in Gestalt der Genehmigung fremder Willensschöpfung vorbehalten.

3. Die Verbandsperson ist rechtsfähig¹⁴. Ihre Rechtsfähigkeit erstreckt sich gleich der der Einzelperson auf das öffentliche Recht und auf das Privatrecht und beschränkt sich im Privatrecht nicht auf das Vermögensrecht. Doch ist sie nothwendig einerseits enger und andererseits weiter als die der Einzelperson: enger, weil alle durch menschliche Individualität bedingten Rechte (z. B. Familienrechte) wegfallen; weiter, weil Rechte hinzutreten, die nur einem gesellschaftlichen Ganzen an seinen Gliedern zustehen können (z. B. Körperschaftsgewalt). Ueberdies kann ihr Umfang ungleich bemessen sein und ist bei den verschiedenen Verbandsgattungen in höherem Malse ungleich bemessen, als dies heute bei Einzelpersonen vorkommt.

4. Die Verbandsperson ist auch handlungsfähig¹⁵. Sie ist kein todttes Begriffsding, das der Vertretung durch andere Personen bedarf, sondern ein lebendiges Wesen, das als solches will und handelt. Freilich vermag sie sich in ihrer unsinnlichen Einheit nur durch Organe zu bethätigen, die aus einzelnen Menschen gebildet sind. Allein sie kommt in den Lebensaktionen ihrer Organe, z. B. in dem Beschlusse einer Versammlung oder in der Ausführungshandlung eines Vorstandes, gleich unmittelbar zur Erscheinung, wie die Einzelperson in der Rede des Mundes oder der Bewegung der Hand. Die „Vertretung“, die hierbei stattfindet, ist also keine Stellvertretung des Einen für den Anderen, sondern Darstellung des Ganzen durch den Theil¹⁶. Die Handlungsfähigkeit der Verbandsperson ist aber

¹⁴ Gierke a. a. O. S. 141 ff.

¹⁵ Gierke a. a. O. S. 603 ff. — Anders wieder R.Ger. b. Seuff. XLIX Nr. 1.

¹⁶ Ueber den Rechtsbegriff des Organs und dessen Unterschied von der Stellvertretung vgl. Gierke a. a. O. S. 614 ff. u. seitdem R.Ger. XIX Nr. 20 S. 106 u.

ungleicher Bemessung und mannichfacher Beschränkung zugänglich und kann sogar vorübergehend ganz fehlen¹⁷.

5. Die Verbandsperson ist eine zusammengesetzte Person. Ihre Einheit verwirklicht sich nicht in einem einzelnen menschlichen Leibe, sondern in einem gesellschaftlichen Organismus, der zwar um seiner organischen Struktur willen gleichfalls seit alter Zeit als ein „Körper“ mit „Haupt“ und „Gliedern“ und mit funktionirenden „Organen“ vorgestellt und bezeichnet wird, jedoch als soziales Gebilde sich im innersten Wesen von einem bloß natürlichen Gebilde unterscheidet. Denn seine Bestandtheile sind selbst Personen. In Folge hiervon sind die inneren Lebensbeziehungen, die bei der Einzelperson schlechthin nicht in das Rechtsgebiet eintreten, bei der Verbandsperson der rechtlichen Ordnung fähig und werden in der That in umfassendem Maße zu Rechtsverhältnissen ausgestaltet. Die Verbandsperson hat eine Verfassung. Rechtssätze entscheiden darüber, wie Mitgliedschaft oder Organschaft begründet oder beendet wird, bis zu welcher Grenze in der Mitgliedschaft die Persönlichkeit aufgeht, unter welchen Voraussetzungen ein Wollen oder Handeln von Organen Wollen oder Handeln der Verbandsperson ist, welche gegenseitige Befugnisse und Verbindlichkeiten zwischen dem Ganzen und seinen Gliedern oder zwischen den Gliedern als solchen bestehen. So taucht hier eine Fülle eigenartiger Rechtsbegriffe auf, die dem Lebensgebiete der Einzelperson fremd sind¹⁸.

6. Die Verbandsperson kann ihrerseits wieder Gliedperson einer höheren Verbandsperson sein; immer ist jede Verbandsperson, die nicht selbst als souveräner Staat höchste Verbandsperson ist, Gliedperson des Staates. Von den Gliedverhältnissen, in denen die Einzelpersonen stehen, unterscheiden sich die Gliedverhältnisse der Verbandspersonen wiederum dadurch, daß hier die Eingliederung nicht bloß des äußeren, sondern auch des inneren Lebens in ein höheres Gemeinleben der Rechtsordnung zugänglich ist. Darum kann in mannichfachster Weise die Einwirkung des Staates auf die inneren

Nr. 67 S. 350, XXII Nr. 53, XXIV Nr. 27 S. 150, XXV Nr. 41 u. Nr. 78, XXX Nr. 71 S. 244, Seuff. XLIV Nr. 178 u. 277, Laband, Arch. f. civ. Pr. LXXIII 187 ff., Karlowa a. a. O. S. 420 ff., Bernatzik a. a. O. S. 236 ff., Regelsberger § 82.

¹⁷ Gierke a. a. O. S. 680 ff. Ueber Entmündigung von Verbandspersonen ib. S. 647 ff. u. 812. Handlungsunfähig ist eine Verbandsperson, so lange ihr ein Organ fehlt.

¹⁸ Hierauf hat zuerst O. Bähr, Der Rechtsstaat (1864), nachdrücklich hingewiesen; vgl. auch dessen Urtheile des Reichsgerichts mit Besprechungen, Münch. u. Leipz. 1883, S. 18 ff.; Gierke a. a. O. S. 9 ff.

Lebensvorgänge jeder anderen Verbandsperson und ebenso die Einwirkung jedes weiteren Verbandes auf die inneren Lebensvorgänge der in ihm enthaltenen Verbandspersonen durch Rechtssätze sowohl angeordnet wie begrenzt sein¹⁹.

§ 60. Arten der Verbandspersönlichkeit.

Die Verbandspersonen sind entweder Körperschaften oder Anstalten¹.

Die Körperschaft ist ein Verband mit einer ihm selbst entstammenden Persönlichkeit; ihre Seele ist ein einheitlicher Gemeinwille, ihr Körper ein Vereinsorganismus.

Die Anstalt ist ein Verband mit einer ihm von aussen eingepflanzten Persönlichkeit; ihre Seele ist ein einheitlicher Stiftungswille, ihr Körper eine organische Einrichtung, vermöge deren fort und fort Menschen diesem Willen dienstbar werden.

Körperschaftlicher und anstaltlicher Typus können sich mischen². Oft haben sogar im Laufe der Zeit dieselben Verbände ihre Gestalt gewechselt. So prägte der obrigkeitliche Staat die Gemeinden und die aus freien Genossenschaften des Mittelalters hervorgegangenen öffentlichen Korporationen mehr oder minder entschieden zu Anstalten um, während in unserem Jahrhundert Gemeinden und Innungen in Körperschaften zurückverwandelt sind. Doch überwiegt stets der eine oder der andere Typus. Man kann daher die Eintheilung aller Verbandspersonen in Körperschaften und Anstalten durchführen und muß sich nur bewußt bleiben, daß die Körperschaft anstaltliche, die Anstalt körperschaftliche Einrichtungen und Vorstellungen in sich aufnehmen oder aus sich entwickeln kann. Vielfach wird freilich die Grenzziehung etwas Willkürliches behalten. So müssen die Universitäten nach der in den verschiedenen Landesrechten durchgedrungenen Auffassung bald zu den Körperschaften und bald zu den Anstalten gezählt werden³.

Körperschaftliche und anstaltliche Elemente vereinigt auch der

¹⁹ Gierke a. a. O. S. 152 ff., 641 ff., 845 ff., 868 ff.

¹ Gierke, Genossenschaftsr. II 958 ff., Genossenschaftstheorie S. 11 ff.; Meurer a. a. O. I 90 ff.; Preufs a. a. O. S. 233 ff.; Bernatzik a. a. O. S. 250 ff.; Jellinek, Syst. der subj. öff. R. S. 244 ff.; Regelsberger § 75.

² Gierke, Genossenschaftsr. II 971 ff.; Preufs a. a. O. S. 251 ff.; Bernatzik a. a. O. S. 258; Regelsberger § 75 IV.

³ Meist gelten sie als Körperschaften; so in Bayern, Seydel, Bayr. Staatsr. VI 476, Seuff. XXXVI Nr. 1, XXXVIII Nr. 329; in Hessen, Seuff. XI Nr. 184. In Preußen dagegen als Anstalten, Förster-Eccius IV § 285.

Staat. Läßt sich der heutige deutsche Staat als höchste Steigerung des Körperschaftsbegriffes betrachten, so wurzelte zeitweise unzweifelhaft der deutsche Territorialstaat durchaus im Anstaltsbegriffe⁴. Den Staat unterscheidet aber von allen anderen Verbandspersonen ein Merkmal, durch das er als eine Gattung für sich vor und über sie tritt. Es ist das Merkmal der Souveränität. Denn indem der Staat als im Rechtsgebiete höchster Verband keinen Regulator außer sich selbst hat, nimmt er dem Recht gegenüber eine besondere und unvergleichliche Stellung ein⁵.

Somit haben wir als Arten der Verbandspersonen den Staat, die Körperschaften und die Anstalten zu behandeln. Andere Arten von Verbandspersönlichkeit giebt es nicht⁶.

Zweiter Titel.

Der Staat als Verbandsperson.

§ 61. Der Fiskus.

I. Ueberhaupt. Die Persönlichkeit des Staates entfaltet sich in dreifacher Richtung. Er tritt als völkerrechtliche Person anderen Staaten gegenüber; er bildet als staatsrechtliche Person das alle ihm angehörigen Einzel- und Verbandspersonen umschließende höchste Gemeinwesen; er stellt sich als privatrechtliche Person neben die übrigen Privatrechtssubjekte. Nur von der letztgedachten Seite seiner Persönlichkeit ist hier zu reden.

Der Staat tritt in das Privatrecht vor Allem als Vermögenssubjekt ein. Als solches heißt er Fiskus¹. Mit diesem be-

⁴ Gierke a. a. O. I 642 ff., 801 ff., II 856 ff., III 785.

⁵ Wer den Souveränitätsbegriff streicht, muß folgerichtig den heutigen Staat schlechthin unter die Körperschaften verweisen; so Preufs a. a. O. S. 257.

⁶ Wenn Manche die in einer Berechtigung auf einander folgenden Personen (z. B. die Träger eines Amtes) als eine zum Rechtssubjekt vereinigte successive Personenmehrheit betrachten (z. B. Heise, Grundr. § 98 Anm. 15, Seuffert, Pand. § 54, Windscheid § 57 Anm. 3), so handelt es sich in Wahrheit entweder nur um die Stellung als Organ eines umfassenderen Verbandes oder um eine jeweilig von einem Einzelnen dargestellte besondere Anstaltsperson (die englische „sole corporation“). — Gegen die Personifikation von Sachen und Vermögensinbegriffen vgl. oben § 30 Anm. 8 ff. — Die römischrechtliche Personifikation der hereditas jacens (ib. Anm. 10) ist keine mit unserer Verbandspersönlichkeit irgendwie verwandte Erscheinung; wenn noch immer der gleiche Name „juristische Person“ hier wie dort gebraucht wird, so ist dies eine Quelle von Verwirrung; vgl. auch Regelsberger § 75 III.

¹ Versteht man unter Fiskus den Staat als Vermögenssubjekt, so ist, da der

sonderen Namen aber wird keineswegs eine vom Staate als Staat verschiedene Person, sondern eben nur die Eine und untheilbare Staatsperson in ihren Vermögensverhältnissen bezeichnet². Die ältere Vorstellungsweise, die in dem Fiskus ein vom Staate für seine Vermögenszwecke erschaffenes künstliches Individuum oder eine stiftungsähnliche Vermögenspersonifikation erblickte³, ist zwar noch heute nicht völlig überwunden⁴. Sie ist jedoch mit der modernen Rechtsentwicklung unvereinbar. Darum muß z. B. der Fiskus in Vertragsverhältnissen es sich als vertragswidriges Verhalten anrechnen lassen, wenn eine zur Ausübung staatlicher Hoheitsrechte berufene Behörde in einer der übernommenen Vertragspflicht widersprechenden Weise verfährt⁵. Ebenso entsteht, insoweit überhaupt eine Haftung des Staates aus auferkontraktlichem Verschulden seiner Organe anerkannt ist, auch aus einer bei Ausübung staatlicher Hoheitsrechte erfolgten rechtswidrigen Schadenszufügung eine privatrechtliche Ersatzpflicht des Fiskus⁶.

Staat auch öffentliche Vermögensrechte und Vermögenspflichten hat, der Begriff des Fiskus weiter als der des Staates als Privatrechtssubjekt; Zachariae, Staatsr. II 402 ff., Wach, Civilproz. I 92, Jellinek a. a. O. S. 56 ff.

² Dies haben schon mittelalterliche Juristen, wie Bartolus und Lucas de Penna, klar erkannt; Gierke, Genossenschaftsr. III 359 ff., 421. Vgl. neuerdings Bähr, Der Rechtsstaat S. 54 ff., Unger I 327, Laband, Staatsr. II 840; auch Seydel, Bayr. Staatsr. IV 1 ff. (der aber folgerichtig hier wie überall den Herrscher zum Subjekt erhebt).

³ Ueber die römischrechtlichen Keime dieser Auffassung vgl. Gierke, Genossenschaftsr. III 60. Ueber deren Entfaltung in Deutschland ib. S. 797 ff. Vgl. auch Peregrinus, De juribus et privilegiis fisci, Venet. 1587, I t. 1 Nr. 34 ff. u. t. 3; Lucanus, De privilegiis fisci (Tr. U.J. XII 6) I Nr. 6; Joh. Voet u. J. H. Boehmer zu Dig. 49, 14 § 1; Kreittmayr zu II c. 1 § 5. Mit bewußter Schärfe zuerst Heise, Grundrifs § 98 Anm. 15, u. seitdem die meisten Romanisten; vgl. Savigny II 360 ff., Windscheid § 57 Nr. 3, auch Gerber, Grundzüge des deut. Staatsr. (3. Aufl.) § 1 Anm. 2.

⁴ Vgl. z. B. die bei Gierke, Genossenschaftsthe. S. 605 Anm. 2 angef. Erk.; ferner Erk. des R.Ger. b. Seuff. XLIII Nr. 220, wo von einer Verpflichtung des „Fiskus“ gegen den „Staat und seine Organe“ und der Bestätigung eines zwischen dem „Fiskus“ und der Stadt Berlin geschlossenen Vertrages durch den „Staat“ die Rede ist; auch R.Ger. XXIV Nr. 48 S. 235.

⁵ Gierke, Genossenschaftstheorie S. 786 Anm. 3 und seitdem R.Ger. XXV Nr. 78 (Haftung des Fiskus als Fischereiverpächters aus Beeinträchtigung des Fischfanges durch die Strompolizeibehörde).

⁶ Gierke a. a. O. S. 794 ff., Jellinek a. a. O. S. 63. A. M. v. Rönne, Preufs. Staatsr. III § 267, E. Löning, Die Haftung des Staats u. s. w., Frankf. 1879, S. 93 ff. — Ueber die Haftungsfrage selbst vergl. unten § 67 V.

II. Reichs- und Landesfiskus. In Deutschland ist sowohl das Reich wie jeder Einzelstaat Fiskus⁷.

Der Reichsfiskus steht in keinerlei Zusammenhange mit dem Fiskus des ehemaligen Reiches, dessen Vermögen seit den Hohenstauffen von dem des Kaisers unterschieden wurde⁸. Das neue Reich brachte bei seiner Entstehung die Vermögensfähigkeit als Bestandtheil seiner staatlichen Persönlichkeit mit zur Welt⁹.

Die Landesfiskalen haben sich aus den Fiskalen der alten Territorien entwickelt, in denen freilich der Dualismus des ständischen Staates sich lange Zeit hindurch in der Unterscheidung von landesherrlichem Vermögen (Kammergut) und Landesvermögen (Landschaftsgut) ausprägte und demgemäß von den Juristen oft zwei getrennte Rechtssubjekte (meist unter den Namen „fiscus“ und „aerarium“) angenommen wurden, allmählich aber doch der Begriff eines einheitlichen Staatsvermögens durchdrang¹⁰.

III. Einheit des Fiskus. Jeder Staat ist nur ein einziger Fiskus¹¹. Alle Sonderungen von Vermögensmassen und Kassen haben nur für die Frage nach der Vertretung und Verwaltung der staatlichen Rechtssubjektivität Bedeutung¹². Wenn von einem „Militär-

⁷ Ein Fiskus, obwohl kein Einzelstaat, ist auch Elsass-Lothringen; Laband, Staatsr. I 727 ff., II 941.

⁸ Gierke, Genossenschaftsr. II § 20; Urk. v. 1235 in M.G.L. II 318.

⁹ Reincke b. Gruchot XXIII 481 ff., Laband II 839 ff. und die dort angef. Litt. u. Gesetzgebung; R.Ger. XI Nr. 19. — Nach der in der Praxis durchgedrungenen Ansicht ist bei den von den Einzelstaaten für Rechnung des Reiches geführten Verwaltungen zwar der „Zoll- und Steuerfiskus“ als Landesfiskus anzusehen (R.Ger. XI Nr. 17, 18 und 20), dagegen der „Militärfiskus“ als Reichsfiskus (R.Ger. XX Nr. 34, XXIV Nr. 6).

¹⁰ Vgl. Gierke, Genossenschaftsr. III 797 ff.; M. Stephani, Diss. de fisco Principis (Rost. 1624) Nr. 97; Christ. Besold, De aerario publico, Tub. 1615; Stryck, Us. mod. 49, 14 § 5; Titius a. a. O. VIII c. 19 § 5; Kreittmayr II c. 1 § 5 Nr. 6; Kind, Quaest. for. IV c. 81; J. J. Moser, Von der Landeshoheit in Kammersachen V § 8; H. A. Zachariae, Staatsr. II 404. Insbesondere f. Mecklenburg Böhlau, Fiskus, landesherrliches Vermögen u. Landesvermögen in Mecklenburg, Rostock 1877; Meckl. L.R. III 1 ff.

¹¹ Seuff. XXXI Nr. 200; Entsch. des Berl. O.Tr. XX 19; R.Ger. II Nr. 108, XXI Nr. 10, XXIV Nr. 48, XXXI Nr. 15 S. 79; Unger I 337 Anm. 27, Dernburg, Preuss. P.R. I § 57 Anm. 3—4, Laband, Staatsr. II 840, Gierke, Genossenschaftstheorie S. 172 Anm. 4.

¹² Auch der von den Partikularrechten übernommene gemeinrechtliche Satz, daß zwischen verschiedenen stationes fisci keine Kompensation stattfindet und Jeder nur von der zuständigen Kasse Zahlung fordern und an die zuständige Kasse zahlen kann, begründet keine Spaltung der fiskalischen Persönlichkeit. Vgl. schon Cujacius, Opera (Venet. 1758) X 611, Donellus, Comm. XVI c. 15 § 17,

fiskus“, „Postfiskus“, Domänenfiskus“, „Straßenfiskus“ u. s. w. gesprochen wird, so sind dies ungenaue Redewendungen. Soll ein Theil des Staatsvermögens ein besonderes Subjekt empfangen, so muß dafür eine selbständige Anstalt mit eigener Persönlichkeit errichtet werden¹³.

IV. Fiskalrecht. Der Staat steht als Fiskus heute grundsätzlich den übrigen Personen gleich.

Im römischen Recht wurde dieser Grundsatz durch zahlreiche *privilegia fisci* durchbrochen¹⁴, die man seit der Rezeption auf das deutsche Reich und mehr und mehr auch auf die Territorien angewandte¹⁵. Doch wurde durch die Partikularrechte das Fiskalrecht vielfach abweichend geregelt. Insbesondere wurden in neuerer Zeit die fiskalischen Privilegien mehr und mehr eingeschränkt oder beseitigt. Auch diejenigen Privilegien, die heute noch als gemeinrechtlich gelten¹⁶, sind in vielen Landesrechten nicht anerkannt¹⁷.

Gilt innerhalb eines Staatsgebietes verschiedenes Fiskalrecht, so lebt der Fiskus, da er im ganzen Staatsgebiet heimisch ist, überall nach dem örtlichen Fiskalrecht¹⁸. Darum ist auf den Reichsfiskus in jedem deutschen Gebiet dasselbe Recht anzuwenden, das für den Landesfiskus gilt¹⁹. Entscheidend ist hierbei der Ort, an dem der Fiskus in Bezug auf das der Beurtheilung unterliegende Rechtsverhältniß seinen Sitz hat. In Ermangelung anderweiter ausdrücklicher Bestimmungen richtet sich dieser Sitz nach dem Amtssitz der zur Vertretung des Fiskus in der fraglichen Angelegenheit berufenen Behörde²⁰.

Struvius, Synt. Ex. 21 Th. 23, Pufendorf, Obs. un. j. III o. 79 (1748), Hellfeld § 332. Den in Bezug auf das römische Recht von Bekker angeregten Zweifeln (Pand. I 148) kommt nach seiner eignen Meinung (ib. S. 241) für das heutige Recht keine Bedeutung zu.

¹³ Vgl. Dernburg a. a. O. Anm. 3 u. unten § 77.

¹⁴ Heimbach in Weiskes Rechtslex. IV. 302 ff., Brinz, Pand. (1. Aufl.) S. 1135 ff., Gosen, Z. f. d. ges. Staatsw. XXIII 547 ff.

¹⁵ Gierke, Genossenschaftsr. III 691 und 758 ff.

¹⁶ Ueber die gemeinrechtliche Praxis vgl. Gierke, Genossenschaftstheorie S. 143 Anm. 3, Bekker, Pand. I. 241—242, u. seitdem R. Ger. XXIV Nr. 37, XXV Nr. 39.

¹⁷ Vgl. z. B. über das preuß. R. Dernburg I § 57 Anm. 6 ff. und Förster-Eccius IV § 283, über das bayr. Roth I § 36, sächs. Schmidt § 22, württ. Reyscher III § 777 u. Lang, Personenrecht § 35, sächs.-thür. Heimbach § 171, kurhess. Roth § 70, braunschw. Steinacker S. 228 ff., mecklenb. Böhlau III § 175 Anm. 7 ff., österr. Unger I 342 u. Schiffner § 61.

¹⁸ So z. B. der preuß. Fiskus; Förster-Eccius IV § 283 Anm. 23.

¹⁹ Reincke a. a. O. S. 486 ff., Böhlau a. a. O. S. 17, Laband II 849 ff. u. die Nachweise S. 850 Anm. 1.

²⁰ Reincke a. a. O. S. 495 ff., Laband II 851. — A. M. Dernburg I § 57 Anm. 13, der ein Quasidomizil des Reiches in Berlin annimmt.

Dritter Titel.

Die Körperschaften.

§ 62. Im Allgemeinen.

I. Begriff und Wesen. Der äußere Begriff der heutigen Körperschaft deckt sich mit dem der römischen universitas: ein Verein, der als Ganzes eine von der Summe der Mitglieder verschiedene Person ist. Das innere Wesen unserer Körperschaft aber ist nicht das der römischen universitas.

Die römische universitas tritt, wie wir gesehen haben, den sie bildenden singuli als ein in sich abgeschlossenes Subjekt mit der Geltung eines künstlichen Individuums fremd gegenüber. Zwischen der fingirten Person und den natürlichen Personen, die einander nichts nehmen und nichts geben, besteht hier kein personenrechtliches Band, sondern nur die Möglichkeit gleicher Rechtsbeziehungen, wie sie zwischen unverbundenen Individuen vorkommen. Darum geht das ganze Gemeinschaftsverhältniß in dem Einheitsrechte der personifizirten universitas auf, während alles Vielheitsrecht der singuli völlig außerhalb des Verbandes liegt. Die universitas bildet daher einen unvermittelten Gegensatz zu jeder unter mehreren Personen bestehenden Gemeinschaft, bei der nach dem Prinzip der römischen *communio* und *societas* umgekehrt keinerlei rechtliche Einheit vorhanden ist, sondern alles Gemeinschaftliche sich in getrennte Individualsphären auflöst.

Die deutsche Körperschaft ist als reale Gesamtperson das von den verbundenen Einzelpersonen getragene und ihnen zugehörige Gemeinwesen. Zwischen der Gesamtperson und den Einzelpersonen, die einander nehmend und gebend beeinflussen, schlingt sich hier ein personenrechtliches Band, wie es in gleicher Weise außerhalb einer Körperschaft nicht vorkommen kann. Darum wird hier das Gemeinschaftsverhältniß nicht nothwendig durch das Einheitsrecht des Ganzen aufgezehrt, kann vielmehr zugleich in verbundenem Vielheitsrechte der Glieder zur Erscheinung kommen. Durch überwiegende Ausbildung des Vielheitsrechtes auf Kosten des Einheitsrechtes vermag die deutsche Körperschaft sich einer in den Theilhabern beschlossenen Gemeinschaft oder Gesellschaft stark anzunähern. Da nun aber von der andern Seite her die deutschen Gemeinschaften und Gesellschaften vermöge des Prinzips der gesammten Hand, das sie zur Entfaltung einer Personeneinheit auf Kosten der gesonderten Individualsphären befähigt, sich der Körperschaft nähern

können, so wird im deutschen Rechte die Kluft, die im römischen Rechte zwischen Gemeinheit und Gemeinschaft gähnt, durch eine Fülle von Zwischengebilden ausgefüllt.

Die romanistische Theorie war genöthigt, alle diese dem römischen Recht unbekanntem Gebilde des deutschen Rechts in die eine oder andere der römischen Kategorien zu zwängen. War dies schon in der Zeit der naiven Umdeutung des römischen Rechtes nicht ohne Verstümmelung der deutschen Rechtsinstitute ausführbar, so wuchs der Widerspruch zwischen Theorie und Leben, seitdem man die römischen Begriffe reiner und schärfer erfasste.

Gegen dieses Verfahren wandte sich die von Beseler begründete germanistische Genossenschaftstheorie. Sie wies zutreffend darauf hin, wie wenig der römische Gegensatz von universitas und societas den Reichthum der germanischen Assoziationen erschöpfe. Statt aber an Stelle dieses Gegensatzes die Gegenübersetzung deutschrechtlicher Körperschaften und Gemeinschaften einzuführen, suchte sie in ihrer ursprünglichen Fassung die Abhülfe in der Einschiebung des mittleren Begriffes der deutschen „Genossenschaft“, dem sie sowohl Körperschaften mit stark ausgeprägtem Sonderrechte der Glieder wie Gemeinschaften mit deutlich entwickelter Personeneinheit untersellte¹. In dem alsbald entbrannten Kampfe wurde die Blöfse, die sich die Genossenschaftstheorie durch eine derartige Verkoppelung von Vereinigungen mit und ohne Persönlichkeit gegeben hatte, von ihren zahlreichen Gegnern zu erfolgreichen Angriffen ausgenützt². Noch heute lieben es ihre Wider-

¹ So Beseler, Erbv. I (1835) S. 76 ff. u. ausführlicher Volksr. u. Juristenr. (1843) S. 158 ff. Ferner Bluntschli, Staats- und Rechtsgesch. v. Zürich I 78 ff., D.P.R. § 33 ff.; Schüler, Jurist. Abh. I. (1847) S. 223 ff.; Mittermaier, D.P.R. I § 120 ff.; Wolff, D.P.R. I § 64 ff.; Renaud, D.P.R. I § 57 ff., Z. f. D. R. IX 1 ff. (anders später, vgl. unten Anm. 2). Aehnlich auch Weiske in der oben § 58 Anm. 31 angef. Schrift. Hierher gehören auch die Theorien, die dem Begriff der Genossenschaft den der formellen oder kollektiven Personeneinheit substituiren; so Jolly, Z. f. D. R. XI 318 ff., Unger, Oest.P.R. I 330 ff. (anders später, vgl. unten Anm. 2). — Neuerdings neigt zur Annahme solcher Zwischengebilde auch Bekker, Pand. I. 251 ff., u. für das preufs. R. Dernburg, Preufs. P.R. I § 58. In gewisser Weise kehrt dazu auch Sohm zurück; vgl. unten Anm. 4.

² Gegen die Genossenschaftstheorie richteten sich namentlich: Thöl, Volksr., Juristenr. u. s. w. (1846) S. 18 ff.; R. Schmid, Arch. f. civ. Pr. XXXVI 148 ff.; Gerber, Z. f. Civilr. u. Proz. N. F. XII 193 ff. (Ges. Abh. S. 188 ff.), D.P.R. § 49; Römer, Z. f. D. R. XII 104 ff.; Reyscher ib. XVI 148 ff.; Unger, Krit. Uebersch. VI 180 ff.; Renaud, Das Recht der Aktiengesellschaften 1. Aufl. (1863) § 9, 2. Aufl. § 10; K. Maurer, Krit. V. J. Schr. IX 123 ff.; Lewis ib. XVI 560 ff., XXII 87 ff.; Roth, Zur Lehre von der Genossenschaft, München 1876; Schuster, Z. f. d.

sacher, sich an ihre anfängliche Formulirung zu halten, als lehre sie hartnäckig ein undenkbares Etwas, das zwischen Sein und Nichtsein einer Verbandsperson in der Mitte schwebt^a. Allein die Genossenschaftstheorie hat längst unter Mitarbeit ihres Begründers ihr Gährungsstadium überwunden und sich zu einer deutschrechtlichen Körperschaftslehre nebst einer sie ergänzenden deutschrechtlichen Gemeinschafts- und Gesellschaftslehre abgeklärt⁴. Wenn sie trotzdem noch immer lebhaft bekämpft wird, so ist sie doch mit ihren praktischen Folgesätzen mehr und mehr durchgedrungen. Ihre Gegner meinen nur, das gleiche Ziel von den römischen Grundbegriffen her dadurch erreichen zu können, daß sie moderne „Modifikationen“ des Rechtes der „universitas“ wie der „societas“ annehmen. Auf diesem Wege aber verkehrt man zuerst die römischen Begriffe in ihr Gegenteil und wird zuletzt gleichwohl den Erscheinungen unseres Rechtslebens nur unvollkommen gerecht. Wollen wir also Widersprüche und Halbheiten vermeiden, so müssen wir mit der Genossenschaftstheorie von den deutschen Begriffen ausgehen.

Demgemäß haben wir statt des römischen Gegensatzes den deutschen Gegensatz zwischen körperschaftlicher und gesellschaftlicher Vereinigung zu Grunde zu legen. Beiderlei Gebilde haben wir durch einen scharfen begrifflichen Einschnitt zu sondern. Denn wir müssen das Dasein einer vom Rechte anerkannten selbständigen Verbandsperson hier bejahen und dort verneinen. Allein auf der einen

P. u. ö. R. d. G. IV 547 ff., 769 ff.; Laband, Z. f. H.R. XXX 483 ff.; Rümelin, Zweckverm. u. Genoss. S. 68 ff.; Walter, D.P.R. § 84; Dahn, Deut. Rechtsbuch S. 101 ff.; Stobbe, D.P.R. I § 51; Böhlau, Meckl. L.R. II § 150; Windscheid, Pand. § 58 Anm. 5. Auch Heusler, Inst. I 262 ff., gehört zu den Gegnern; vergl. darüber Gierke, Genossenschaftstheorie S. 311 ff. u. 906.

^a So die b. Gierke a. a. O. S. 3 Anm. 1 Angeführten u. seitdem z. B. Franken, D.P.R. S. 90, der jedoch seinerseits in dem von ihm ins Obligationenrecht verwiesenen Begriff der „korporativen Gesellschaft“ (S. 104 ff. u. 450 ff.) ein erst recht unhaltbares Zwittergebilde konstruiert.

⁴ Vgl. bes. Beseler, D.P.R. I § 66 ff.; Gierke in den oben § 58 Anm. 1 u. 41 angef. Werken, sowie Art. „Korporationen“ in Holtzendorfs Rechtslex. II 560 ff.; Gengler, D.P.R. § 28; im Wesentlichen auch Dernburg, Pand. I § 61. — Abweichend Sohm, Die deutsche Genossenschaft, Leipzig 1889. Er will zwischen die römische Korporation und das römische Miteigenthum die beiden Rechtsformen der deutschen Genossenschaft und des deutschen Gesamteigenthums einschließen, von denen diese eine Vermögensgemeinschaft mit Verwaltungsgemeinschaft, jene eine Vermögensgemeinschaft mit Verwaltungsorganisation sei; die „Genossenschaft“ ist ihm also hinsichtlich der „Zuständigkeit“ der Gemeinschaftsphäre eine bloße Personenvielheit, dagegen hinsichtlich der „Verwaltung“ derselben eine körperschaftliche Einheit.

Seite müssen wir in den Körperschaftsbegriff die Möglichkeit einer verfassungsmäßigen Ergänzung des Einheitsrechtes der Verbandsperson durch vielheitliches Sonderrecht der Glieder, auf der anderen Seite in den Gesellschaftsbegriff die Möglichkeit einer Zusammenfassung der Personenmehrheit zu einer Personeneinheit aufnehmen. Nennen wir die hierbei wirksamen deutschen Rechtsgedanken einerseits das genossenschaftliche Prinzip und andererseits das Prinzip der gesamten Hand, so können wir sagen, daß die deutsche Körperschaft einer mehr oder minder durchgeführten genossenschaftlichen Struktur, die deutsche Gesellschaft oder Gemeinschaft einer mehr oder minder entwickelten Einheit zur gesamten Hand fähig ist. Hieraus erklärt sich die außerordentliche Dehnbarkeit, die im Gegensatze zu den spröden römischen Begriffen den unseren eignet; hieraus die nahe Berührung, die im Leben zwischen den untersten Gliedern der Körperschaftsreihe und den obersten Gliedern der Gesellschaftsreihe stattfindet; hieraus die nun doch einmal durch keinen juristischen Machtspruch wegzuschaffende innere Verwandtschaft zwischen Gebilden diesseits und jenseits der trennenden begrifflichen Grenze⁵.

In diesem Sinne haben wir nunmehr, während von der gesamten Hand später zu reden ist, das deutsche Körperschaftsrecht zu behandeln.

II. Arten. Die bestehenden Körperschaften lassen sich unter sehr verschiedenen Gesichtspunkten eintheilen. Die wichtigste Eintheilung ist heute die in öffentliche und private Körperschaften. Sie tritt indess, da die öffentlichen Körperschaften hier nur wegen ihrer gleichzeitigen privatrechtlichen Bedeutung in Betracht kommen, für uns zunächst in den Hintergrund und wird erst später zu würdigen sein (§ 75). Eine ehemals fundamentale Eintheilung ist die in weltliche und kirchliche Körperschaften. Ihr kommt auch heute deshalb grundsätzliche Bedeutung zu, weil das kirchliche Körperschaftsrecht durch das Kirchenrecht eigenthümlich ausgestaltet und nur aus seiner besonderen Geschichte zu verstehen ist. Darum fallen die kirchlichen Körperschaften aus dem Rahmen des deutschen Privatrechtes heraus und sind auch bei der Aufstellung allgemeiner deutschrechtlicher Sätze über Körperschaften nur aus der Ferne zu beachten. In durchgreifender Weise lassen sich ferner die Körperschaften in Gemeinden und Genossenschaften unterscheiden. Wir werden unten sowohl von

⁵ Gierke, Genossenschaftstheorie S. 306 ff. Bezeichnend ist, daß das Handelsgesetzbuch Gesellschaften und Körperschaften nicht nur dem gleichen Namen der „Handelsgesellschaft“ unterstellen, sondern auch in Entfaltung einheitlicher Grundgedanken stufenweise ausbauen konnte.

Gemeinden insbesondere wie von Genossenschaften insbesondere handeln und hierbei ihre weitere Verzweigung in Gattungen und Arten verfolgen, auch die Stelle angeben, wo das besondere Recht jeder Körperschaftsart entweder in diesem Werke oder in anderen Theilen der Rechtslehre darzustellen ist. Vorher aber ist unter den soeben bezeichneten Einschränkungen eine allgemeine Theorie des geltenden deutschen Körperschaftsrechtes zu entwickeln.

Keine Körperschaften sind Verbände ohne Privatrechtsfähigkeit, mögen sie auch als publizistische Subjekte anerkannt sein⁶. Eben- sowenig die als ständige Einheiten innerhalb eines Verbandes funktionierenden Organe, wie die im Leben oft als „Körperschaften“ bezeichneten staatlichen und kommunalen Repräsentativorgane⁷ oder die als „Kollegien“ organisirten Behörden⁸.

§ 63. Entstehung der Körperschaften.

Zur Entstehung einer Körperschaft bedarf es der Erzeugung eines zu selbständigem Dasein geeigneten Gemeinwesens und der Anerkennung desselben als Verbandsperson.

I. Erzeugung. Die Erzeugung von Gemeinwesen erfolgt durch Lebensvorgänge, in denen sich die soziale Schöpfungskraft des Menschen offenbart. Diese Vorgänge gehören der Welt der geschichtlichen Thatsachen an. Sie haben aber, da sie sich durch äußere menschliche Willensaktionen vollziehen, eine der Rechtsordnung zugängliche Seite. Ungleich dem Werden der Einzelwesen wird daher das Werden der Gemeinwesen in größerem oder geringerem Umfange durch Rechtssätze bestimmt¹.

1. Grundlagen. Voraussetzung für die Erzeugung einer Körperschaft ist das Vorhandensein der für ihre Bildung wesentlichen Elemente oder ihres sogenannten „Substrates“.

⁶ Gierke, Genossenschaftstheorie S. 170 ff., Regelsberger § 77 VIII. So sind z. B. Innungsausschüsse niemals Körperschaften (R.Gew.O. § 102), Innungsverbände dagegen können zwar Körperschaftsrechte erlangen, aber auch als bloße publizistische Verbandssubjekte bestehen (ib. § 104 a ff.).

⁷ Gierke a. a. O. S. 172 Anm. 1; Jellinek, Syst. der subj. öff. R. S. 226.

⁸ Gierke a. a. O. S. 172 Anm. 2—3 und R.Ger. XXIII Nr. 56 S. 264, Regelsberger § 79 II, bes. aber Bernatzik a. a. O. S. 169 ff., wo der Stand der alten Streitfrage über die juristische Persönlichkeit der Behörden erschöpfend dargelegt ist. — Auf die Frage, ob die Organe als publizistische Subjekte zu betrachten sind, kann hier nicht eingegangen werden; vgl. darüber Gierke a. a. O. S. 173 ff., Bernatzik S. 230 ff., Jellinek S. 212 ff.

¹ Gierke, Genossenschaftstheorie S. 23 ff.

a. Immer ist ein persönliches Substrat, das nur in einer Mehrzahl von Personen bestehen kann, erforderlich. Die Mindestzahl dieser Personen ist durch Rechtssatz im Allgemeinen auf drei bestimmt², bei manchen Körperschaften jedoch höher festgesetzt³, während andere schon mit zwei Mitgliedern begründet werden können⁴.

b. Außerdem bedarf es zur Entstehung gewisser Körperschaften der Herstellung eines unpersönlichen Substrats. So sind unter den öffentlichen Körperschaften die „Gebietskörperschaften“ auf ein bestimmtes räumliches Gebiet gebaut⁵. Unter den privaten Körperschaften aber beruhen die „Vermögensgenossenschaften“ auf einer vermögensrechtlichen Grundlage⁶. Diese besteht zum Theil in einer bestimmt gearteten körperlichen Sache, wie bei Agrargenossenschaften in einem Gemeinlande und bei Gewerkschaften in einem Bergwerke⁷. Dagegen wird sie bei den Kapitalgenossenschaften, zu denen die Aktiengesellschaften und die Gesellschaften mit beschränkter Haftung gehören, durch ein auf einen bestimmten Nennwerth zurückgeführtes und demgemäß in einer Geldsumme ausgedrücktes Grundkapital gebildet⁸.

2. Vereinigungsakt. Die so gegebenen Elemente müssen,

² Dies ist als ein auf Grund der l. 85 D. de V. S. entwickeltes gemeines Gewohnheitsrecht anzusehen. — A. M. Pfeifer, Jur. Pers. S. 27 ff., Windscheid § 60 Anm. 6, Stobbe § 52 Anm. 2, Regelsberger § 77 Anm. 2.

³ So gehören zur Gründung einer Aktiengesellschaft mindestens 5 Personen, H.G.B. Art. 209; zur Gründung einer Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaft 7, R.Ges. v. 1. Mai 1889 § 4; zur Errichtung einer Ortskrankenkasse regelmäßig 100, zu der einer Betriebskrankenkasse 50 Mitglieder, wovon jedoch Ausnahmen zulässig sind, R.Ges. v. 10. April 1892 § 16 und 60 mit § 18 und 61. Vgl. auch Entw. II § 50.

⁴ So Gewerkschaften nach Preufs. Bergges. v. 24. Juni 1865 § 94; auch Gesellschaften mit beschränkter Haftung nach R.Ges. v. 20. April 1892 § 1.

⁵ Vgl. Preufs a. a. O. S. 263 ff. u. 366 ff.

⁶ Vgl. Gierke, Genossenschaftsr. I 965 ff., Genossenschaftsth. S. 317 ff.

⁷ Vgl. auch über Mühlengenossenschaften Gierke, Genossenschaftsr. I 965 ff., über Pfännerschaften S. 980 ff.

⁸ Das „Grundkapital“ der Aktiengesellschaft, das regelmäßig mindestens 5000 Mark betragen muß, in gewissen Fällen aber bis auf 1000 Mark herabgehen kann (H.G.B. Art. 207a mit Art. 209), muß durch Uebernahme oder Zeichnung von Aktien gedeckt, hinsichtlich der Übereinstimmung seines Nennwerthes mit der wirklichen Vermögensgrundlage des geplanten Unternehmens geprüft und wenigstens theilweise durch Einzahlung oder Einlage realisiert sein, bevor die Aktiengesellschaft ins Leben treten kann (Art. 209a.—210a). Zur Entstehung einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung bedarf es der vorherigen Bildung eines „Stammkapitals“ von mindestens 20 000 Mark, wobei indess für die Übereinstimmung des Nennwerthes mit dem wirklichen Werthe keine gesetzliche Fürsorge getroffen ist; R.Ges. v. 20. April 1892 § 5.

damit ein von einem Gemeinwillen bestellter Vereinsorganismus entstehe, zu einem Ganzen verbunden und als Einheit organisirt werden. Der rechtliche Inhalt dieses Vereinigungsaktes besteht in der Errichtung einer körperschaftlichen Verfassung.

Ursprünglich vollzieht sich die Vereinigung meist auf Grund natürlicher Zusammenhänge durch mehr oder minder unbewusste Willensvorgänge. Viele noch heute blühende Körperschaften, wie die meisten Gemeinden oder die Familiengenossenschaften des hohen Adels, sind vor Zeiten allmählich erwachsen. Für die juristische Betrachtung beruht ihr Bestand auf Unvordenklichkeit⁹.

Heute überwiegt die Gründung von Gemeinheiten durch bewusste Willensthat. Diese Willensthat wird bei gewillkürten Körperschaften von der sich als Einheit setzenden Gesamtheit selbst vollbracht¹⁰. Andere Körperschaften werden durch den Träger einer übergeordneten Willensmacht und namentlich durch den Staat errichtet¹¹. Doch ist im letzteren Falle vielfach eine mehr oder minder eingreifende Mitwirkung der Betheiligten vorgeschrieben¹², im ersteren Falle oft der Gesamtheit an eine höhere Mitwirkung oder Genehmigung gebunden¹³.

⁹ Vgl. Seuff. XIV Nr. 199 u. dazu Gierke, Genossenschaftsth. S. 25.

¹⁰ So heute nicht nur bei privaten, sondern vielfach auch bei öffentlichen Genossenschaften; Rosin, Das Recht der öff. Genoss. S. 137 ff.; jetzt auch Krankenversich. Ges. § 46.

¹¹ Der konstitutive staatliche Willensentschluss ist heute meist einem Verwaltungsorgane übertragen (Rosin a. a. O. S. 129 ff.), kann aber auch und muß bisweilen (z. B. bei Gemeinden) in Gesetzesform erfolgen (Gierke a. a. O. S. 26). Neben der Errichtung von Körperschaften durch den Staat begegnet die Errichtung durch die Gemeinde (z. B. bei Ortskrankenkassen), ja auch durch eine gesetzlich dazu ermächtigte oder verpflichtete Privatperson (z. B. durch den Unternehmer bei Betriebskrankenkassen und Baukrankenkassen); vgl. Rosin a. a. O. S. 104 ff.

¹² Bisweilen wird ihre Anhörung gefordert (z. B. bei gemeinschaftlichen Ortskrankenkassen im Falle des § 15 Abs. 5 des R.Ges. v. 10. April 1892 oder bei Betriebskrankenkassen im Falle des § 60 Abs. 2, bei der bundesrätlichen Errichtung von Berufsgenossenschaften für Unfallversicherung nach R.Ges. v. 6. Juli 1884 § 15, bei Fischereigenossenschaften nach preuss., bad. u. hess. Recht); bisweilen die Zustimmung einer Mehrheit (so meist bei Wassergenossenschaften u. Waldgenossenschaften); bisweilen sogar Einwilligung Aller (so bei manchen Wassergenossenschaften nach Preuss. Ges. v. 1. April 1879 § 76 ff., bei Fischereigenossenschaften zur gemeinschaftlichen Bewirthschaftung und Benutzung von Fischwasser nach Preuss. Ges. v. 30. Mai 1874); vgl. Gierke S. 27 Anm. 2—4, Rosin S. 130 ff. — Auch besteht vielfach die Möglichkeit, einen Errichtungsbeschluss oder dessen Ablehnung anzufechten; Rosin S. 134 ff.

¹³ Staatliche Genehmigung ist bei allen gewillkürten Genossenschaften des öffentlichen Rechts, aber auch bei manchen privaten Genossenschaften (bei Aktien-

Seiner rechtlichen Natur nach ist der Vereinigungsakt ein sozialrechtlicher Konstitutivakt, der im Individualrecht kein Vorbild hat und daher nicht unter den Begriff irgend eines Rechtsgeschäftes gebracht werden darf¹⁴. Insbesondere ist der schöpferische Gesamttakt, der eine gewillkürte Körperschaft ins Leben ruft, kein Vertrag¹⁵. Dieser Konstitutivakt pflegt sich aus einer Fülle verschiedenartiger Einzelhandlungen zusammensetzen, die zum Theil gesetzlich geordnet sind¹⁶. Er bleibt jedoch eine erst mit dem Zustandekommen der Körperschaft vollendete einheitliche Rechtsbehandlung, in der die Einzelhandlungen als unselbständige Bestandtheile aufgehen¹⁷. Darum wird das Gründungsstadium, das oft einen längeren Zeitraum in Anspruch nimmt, in allen auf das Werden der Körperschaft gerichteten Vorgängen bereits von körperschaftsrechtlichen Normen beherrscht, so daß man der Körperschaft ein „Vorleben“ vor ihrer Geburt zuschreiben kann¹⁸.

gesellschaften im Falle des Art. 207a Abs. 2 des H.G.B.) erforderlich; sie ist bald frei bald nur aus gesetzlichen Gründen versagbar und im letzteren Falle entweder (wie z. B. die „Zulassung“ freier Hülfskassen nach R.Ges. v. 7. April 1876 § 4 oder die Bestätigung von Knappschaften und Gewerkschaften nach preuß. Bergges. § 169 u. 94) nur von der Rechtmäßigkeit oder (wie z. B. die Genehmigung von Innungen nach R.Gew.O. § 98b u. von freiwillig gebildeten Berufsgenossenschaften für Unfallversicherung nach R.Ges. v. 6. Juli 1884 § 12 u. 31) auch von der Zweckmäßigkeit der Vereinsschöpfung abhängig; vgl. Gierke S. 28 ff. u. 32 ff., Rosin S. 138 ff. Staatliche Mitwirkung findet bei der Errichtung aller eintragungsbedürftigen Genossenschaften statt; bei Aktiengesellschaften ist sie im Falle der Successivgründung intensiver als im Falle der Simultangründung (H.G.B. Art. 210a). Auch kommunale Genehmigung oder Mitwirkung ist bisweilen erforderlich. Bei der Gründung kirchlicher Körperschaften bedarf es zugleich kirchlicher und staatlicher Genehmigung.

¹⁴ Gierke a. a. O. S. 121 ff.; dazu oben § 33 Anm. 2.

¹⁵ Gierke a. a. O. S. 133 ff.; die hier vorgenommene Charakterisirung der Gründungshandlung als eines „einseitigen Gesamttaktes“ findet sich jetzt auch bei Kuntze in der oben § 33 Anm. 3 angef. Schrift. Vgl. auch Regelsberger § 77 VI. — Das Naturrecht, das alles Sozialrecht in Individualrecht auflöste, führte seine Vertragstheorie folgerichtig so gut für Körperschaften wie für Staat und Kirche durch; seitdem aber die Vertragstheorie für den Staat aufgegeben ist, erscheint jedes Festhalten an ihr für die Körperschaft als Anachronismus.

¹⁶ So bezüglich der Reihenfolge, der Form, des nothwendigen Inhaltes; Gierke a. a. O. S. 136 ff. Am genauesten jetzt bei Aktiengesellschaftsgründungen mit Unterscheidung von Simultan- und Successivgründung und in beiden Fällen von einfacher und qualifizirter Gründung; H.G.B. Art. 209 ff.

¹⁷ R.Ger. V Nr. 6 S. 21, XXXI Nr. 3 S. 21; Gierke a. a. O. S. 135.

¹⁸ Gierke a. a. O. S. 135 ff.; H.G.B. Art. 209h u. 210b. Daher begegnen bereits vorläufige Versammlungen, Ausschüsse, Vorstände und andere Organe, Beschlusfassungen und Wahlen, Geltung des Majoritätsprinzips u. s. w. — Der nahe-

Obwohl jedoch die Körperschaftserrichtung als solche kein Vertrag oder sonstiges Individualrechtsgeschäft ist, kann sie durch Verträge und andere Individualrechtsgeschäfte vorbereitet und weitergeführt werden¹⁹. Auch haben die konstitutiven Einzelhandlungen vielfach zugleich eine individualrechtsgeschäftliche Bedeutung²⁰. Die dem Gründungsstadium angehörigen Individualrechtsgeschäfte werden insoweit, als sie nur die Kräfte und Mittel für die Körperschaftsbildung herbeischaffen, durch deren Vollzug erledigt²¹; insoweit aber, als sie im Voraus Rechtsverhältnisse für die zu gründende Körperschaft fertig stellen, wirken sie fort²². Hierbei handelt es sich namentlich um die Wirksamkeit von Vertragsschlüssen zu Gunsten oder zu Lasten der künftigen Verbandsperson als eines noch nicht vorhandenen Dritten²³.

II. Anerkennung. Die Anerkennung eines Gemeinwesens als Verbandsperson erfolgt durch einen sie aussprechenden Rechtssatz, der entweder dem Gewohnheitsrechte oder dem Gesetzesrechte angehören kann. Sie wird schlechthin versagt, wenn der Vereinigungsakt wider

liegende und seit alter Zeit übliche Vergleich dieses Vorlebens mit dem embryonalen Vorleben des Menschen ist geeignet, die blos praeparatorische Natur aller rechtlichen Geschehnisse des Gründungsstadiums zu verdeutlichen; sie erweisen sich als unfruchtbar, wenn die Körperschaft nicht zu Stande kommt, stellen sich dagegen als von Anfang wirksam heraus, wenn ihr Ziel erreicht wird.

¹⁹ Gierke a. a. O. S. 128 ff.

²⁰ So ist z. B. die Aktienzeichnung zugleich Element des konstitutiven Gesamttaktes und Vertragsschluss zu Gunsten der künftigen Aktiengesellschaft; vgl. Gierke S. 124 Anm. 2 u. S. 133 Anm. 2, seitdem bes. R.Ger. XVIII Nr. 11 S. 66, auch XIX Nr. 24 u. XXVIII Nr. 14, sowie Seuff. XLIV Nr. 203. Eine ähnliche Doppelnatur haben bei Gründung einer Versicherungsgesellschaft auf Gegenseitigkeit die ersten Versicherungsverträge; Ehrenberg, Versicherungsrecht I (Leipzig 1893) S. 113—114.

²¹ Gierke a. a. O. S. 130.

²² Gierke a. a. O. S. 131.

²³ Gierke a. a. O. S. 128 ff.; seitdem auch R.Ger. XXIV Nr. 3. Im Allgemeinen bleibt die Wirksamkeit solcher Vertragsschlüsse in der Schwebe, bis die Bedingung, unter der sie geschlossen sind, entweder durch das Scheitern der geplanten Körperschaftsbildung defizirt oder durch deren Zustandekommen eintritt; im letzteren Falle erwirbt die Körperschaft unmittelbar mit ihrer Geburt die für sie ausbedungenen Rechte, während sie die ihr angesonnenen Pflichten insoweit besonders übernehmen muss, als dieselben nicht zu den gültig festgesetzten Daseinsbedingungen gehören, mit denen belastet sie geboren wird. — Ueber blosse einseitige Offerten an das künftige Rechtssubjekt vgl. Gierke S. 123 Anm. 1; über die Wirkung von vertragsähnlichen Vorgängen und von Delikten für oder wider dasselbe ib. S. 127 Anm. 2—3 u. seitdem R.Ger. XVIII Nr. 11 u. XXVI Nr. 9, Seuff. XLII Nr. 112.

ein Verbotsgesetz verstößt²⁴. Im Uebrigen gelten drei verschiedene Systeme.

1. **Persönlichkeit kraft Daseins.** Die Rechtsordnung kann die Anerkennung eines Verbandes als Körperschaft unmittelbar an das Dasein eines geeigneten Thatbestandes knüpfen, so daß die Körperschaft in ähnlicher Weise, wie der einzelne Mensch, durch die Geburt Person wird²⁵. Dieses System gilt überall für Gemeinden und die meisten anderen öffentlichen Körperschaften; sie werden entweder vom Staate oder doch unter dessen Mitwirkung errichtet, kommen aber, sobald sie gehörig errichtet sind, nothwendig als Personen zur Welt²⁶. Aehnlich verhält es sich bei manchen privaten Genossenschaften²⁷. Das gleiche System aber galt nach älterem deutschem Rechte für alle nicht verbotenen Körperschaften überhaupt und muß noch heute, obschon darüber lebhaft gestritten wird, als gemeinrechtlich angesehen werden²⁸. Ebenso bildet es in Oestereich und zum Theil auch in der Schweiz die gesetzliche Regel²⁹. In Verbindung mit der in unserem Rechte wieder durchgedrungenen grundsätzlichen Vereinsfreiheit bedeutet es die grundsätzliche Körperschaftsfreiheit. Denn ihm zufolge ist in demselben Umfange, wie die Vereinsbildung, auch die Körperschaftsbildung frei gegeben: jeder rechtmäßig bestehende Verein, der als ein selbständiges Ganze organisirt ist und in den Verkehr tritt, wird als Körperschaft anerkannt³⁰.

²⁴ Gierke a. a. O. S. 29 Anm. 3; Windscheid § 60 Anm. 4; Förster-Eccius IV 655; Pr.L.R. II, 6 § 6; Schweiz. O.R. Art. 718.

²⁵ Nur bleibt der Unterschied, daß hier „legitime“ Geburt erforderlich ist; Gierke a. a. O. S. 114.

²⁶ Gierke a. a. O. S. 31 ff. Hierher gehören nach Reichsrecht Innungen (R.Gew.O. § 99), Orts-, Betriebs- und Baukrankenkassen nebst Kassenverbänden (Krankenvers.Ges. § 25, 46, 64 u. 72) und Berufsgenossenschaften für Unfallversicherung (Unfallvers.Ges. § 9); nach Landesrecht Knappschaften, Deichverbände, öffentliche Wassergenossenschaften, Fischereigenossenschaften, Waldgenossenschaften, die preussischen Landwirthschaftskammern (Ges. v. 30. Juni 1894 § 20) u. s. w.

²⁷ So nach Reichsrecht bei zugelassenen freien Hilfskassen (Hilfskassenges. § 5), nach Landesrecht bei Gewerkschaften (Gierke S. 34 Anm. 1—2).

²⁸ Vgl. den Nachweis b. Gierke a. a. O. S. 54 ff. u. bes. S. 77 ff.; über Geschichte und Stand der viel erörterten Streitfrage ib. S. 15 ff., auch Stobbe I § 52 Anm. 10, Windscheid I § 60 Anm. 2, Bekker, Pand. I 232 ff., Regelsberger § 78 II.

²⁹ Oest. Gb. § 26 u. dazu Unger I 339 ff. u. Krit. Uebersch. VI 153 ff., Schiffner S. 202 ff., Gierke a. a. O. 83 Anm. 3. Zürch. Gb. § 20 (jetzt § 18), Bündner Art. 88 u. andere schweiz. Kantonalrechte b. Huber I 158 ff. (nach Obl.R. Art. 717 noch in Kraft für Vereine mit idealen Zwecken).

³⁰ Ueber die Gründe, aus denen de lege ferenda nur dieses System (mit ge-

2. **Persönlichkeit kraft besonderer Kundmachung.** Die neuere Gesetzgebung knüpft vielfach das rechtliche Dasein von Körperschaften einer bestimmten Gattung an eine besondere Kundmachung ihres Bestandes durch Eintragung in ein öffentliches Register. Dieses System gilt in Deutschland nach Reichsrecht für Aktiengesellschaften, Gesellschaften mit beschränkter Haftung und solche Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften, die die Rechtsstellung einer „eingetragenen Genossenschaft“ erlangen wollen⁸¹; es gilt überdies nach Landesrecht für einzelne andere Klassen von wirtschaftlichen Genossenschaften⁸², nach sächsischem Recht für alle nicht dem öffentlichen Rechte angehörigen oder durch besondere Gesetze ausgeschlossene Personenvereine⁸³, nach bayrischem Recht für alle nicht auf Erwerb oder Geschäftsbetrieb gerichteten Vereine⁸⁴. Dabei waltet wiederum ein Unterschied, je nachdem die Eintragung obligatorisch oder fakultativ ist. Im ersten Falle kann eine Körperschaft, die unter den gesetzlich geregelten Typus fällt, uneingetragen schlechthin nicht bestehen, somit auch überhaupt nur durch Eintragung Persönlichkeit erwerben⁸⁵. Im zweiten Falle hängt von der Eintragung nicht der rechtmäßige Bestand, sondern nur der Eintritt in eine besondere Rechtsstellung ab, mit der eine ausdrücklich anerkannte Persönlichkeit verknüpft ist⁸⁶. In beiden Fällen aber werden

wissen Einschränkungen) empfehlenswerth ist, vgl. Gierke, Verh. des XIX. deut. Juristent. II 285 ff., Personengemeinschaften u. Vermögensbegriffe S. 11 ff.

⁸¹ Dagegen hat die Eintragung der zugelassenen freien Hilfskassen nach Hilfskassenges. § 4 keine für die Anerkennung ihrer Persönlichkeit entscheidende Bedeutung.

⁸² So für freie Wassergenossenschaften das preuß. Ges. v. 1. April 1879 § 11 ff. u. das in Elsass-Lothringen geltende französ. Ges. v. 21. Juni 1865.

⁸³ Sächs. Ges. v. 15. Juni 1868.

⁸⁴ Bayr. Ges. v. 29. April 1869. — Für derartige Vereine will auch Entw. II § 23 u. 49—69 das Eintragungssystem durchführen.

⁸⁵ So verhält es sich bei Aktiengesellschaften nach H.G.B. Art. 211; vgl. Gierke a. a. O. S. 86 ff. Ebenso bei Gesellschaften mit beschränkter Haftung nach R.Ges. v. 20. April 1892 § 11. — In ähnlicher Weise wird der sog. „Registerzwang“ durch das Oesterr. Ges. v. 9. April 1873 § 8 für Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften, durch das Schweiz. O.R. Art. 717 für alle wirtschaftlichen Vereine und für die nicht etwa durch Kantonalrecht geschützten Vereine für ideale Zwecke durchgeführt. Entw. II § 23 will ihn für alle Vereine, denen nicht vom Staat speziell Persönlichkeit verliehen ist, begründen.

⁸⁶ So verhält es sich bei Erwerbs- u. Wirtschaftsgenossenschaften nach R.Ges. v. 1. Mai 1889 § 1, 13 u. 17; vgl. auch R.Ges. v. 1. Juli 1868 § 71 Abs. 1 u. dazu Gierke a. a. O. S. 75 ff. Ebenso in Bayern bei Vereinen für ideale Zwecke, die durch Kundmachung die Rechtsstellung eines „anerkannten Vereins“ erlangen, aber auch ohne sie thatsächlich als Verbandspersonen bestehen können;

durch sogenannte Normativbestimmungen gesetzliche Voraussetzungen der Eintragungsfähigkeit aufgestellt³⁷. Diese Normativbestimmungen können sich auf die formellen Erfordernisse einer ordnungsmäßigen Körperschaftsverfassung beschränken³⁸. Sie können aber auch durch Erzwingung eines bestimmten Satzungsinhaltes mehr oder minder tief in die materielle Gestaltung der zu gründenden Körperschaft eingreifen³⁹. Möglicher Weise kann sogar zu ihnen eine vorgängige staatliche Genehmigung der Körperschaftsbildung gehören⁴⁰.

3. **Persönlichkeit kraft Verleihung.** Schliesslich kann das Recht die Anerkennung eines Verbandes als Person an eine für den einzelnen Fall ergehende staatliche Erklärung knüpfen, die als „Verleihung“ der Persönlichkeit oder der Korporationsrechte bezeichnet wird. Dieses sogenannte „Konzessionssystem“ gilt reichsrechtlich für Innungsverbände und Kolonialgesellschaften⁴¹; es gilt nach preussischem Landrecht, nach französischem Recht und nach mehreren anderen Landesrechten für alle nicht durch besondere Gesetze geregelten Körperschaften⁴²; es gilt endlich in ganz Deutsch-

vgl. Gierke S. 73 Anm. 3 und seitdem auch Seuff. XLIV Nr. 178. Nicht anders auch in Sachsen; vgl. Seuff. XLIII Nr. 19.

³⁷ Insoweit nur Ordnungsvorschriften in Frage stehen, werden etwaige Mängel darin durch die gleichwohl erfolgte Eintragung geheilt. Dagegen vermag die Eintragung nicht die Körperschaft zu schaffen, wenn es an einem wesentlichen (formellen oder materiellen) Erfordernisse für ihre Entstehung fehlt. So auch bei Aktiengesellschaften; vgl. die eingehende Abh. von K. Lehmann, Gründungsmängel u. Eintragung der Aktiengesellschaft, Jahrb. f. Dogm. XXXIII 389 ff. Ueber abweichende Ansichten ib. S. 393 ff. und über die in der Praxis vorwiegende Neigung zur Annahme einer geradezu konstitutiven Wirkung der Eintragung der Aktiengesellschaft ib. S. 399 ff. u. Seuff. XLVIII Nr. 127.

³⁸ So nach dem bayr. Ges. v. 29. Apr. 1869. In diesem Falle nähert sich das Eintragungssystem dem Systeme der Körperschaftsfreiheit.

³⁹ So bei den reichsrechtlich geregelten wirtschaftlichen Verbänden und hier wieder am intensivsten bei den Aktiengesellschaften.

⁴⁰ Dies ist nach H.G.B. Art. 210 Z. 4 bei Aktiengesellschaften der Fall, wenn entweder der Gegenstand des Unternehmens der staatlichen Genehmigung bedarf oder eine nach Art. 207a Abs. 2 der Genehmigung des Bundesrathes bedürftige Ausgabe von Aktien unter 1000 Mark erfolgen soll. Ebenso werden nach dem sächs. Ges. v. 15. Juni 1868 § 72 „Personenvereine, deren Zweck sich auf öffentliche Angelegenheiten bezieht“, erst durch eine administrative Genehmigung eintragungsfähig. Nach Entw. II § 54—56 kann durch Einspruch der Verwaltungsbehörde die Eintragung jedes Vereines gehindert werden, der unerlaubt ist oder verboten werden kann oder „einen politischen, sozialpolitischen oder religiösen Zweck verfolgt“. Offenbar wird, soweit solche Bestimmungen reichen, praktisch das Konzessionssystem in das Eintragungssystem eingeschoben.

⁴¹ R.Gew.O. § 104h; R.Ges. v. 15. März 1888 § 8—10.

⁴² Pr.L.R. II, 6 § 13, 22 u. 25. Französ. R. nach Zachariae I § 52 (8. Aufl.

land wenigstens insoweit, als eine derartige Verleihung ein zulässiges Mittel bildet, um das Vorhandensein einer anerkannten Verbandsperson außer Zweifel zu stellen⁴³. Man darf diese Verleihung von Körperschaftsrechten an einen einzelnen Verband heute nicht mehr, wie dies früher zu geschehen pflegte, als Schaffung eines singulären Rechtssatzes auffassen; vielmehr erscheint sie als Anwendung eines allgemeinen Rechtssatzes, der die Anerkennung eines Verbandes als Person mit der staatlichen Konstatirung seiner Korporationswürdigkeit eintreten läßt⁴⁴. Darum ist sie ihrem Wesen nach eine Verwaltungshandlung, die zwar gleich anderen Verwaltungshandlungen in Gesetzesform gekleidet werden kann und mitunter sogar an Gesetzesform gebunden ist⁴⁵, regelmässig aber dem obersten Verwaltungsorgane oder einer von ihm ermächtigten Behörde zusteht⁴⁶. Im Zweifel ist nicht bloß eine ausdrückliche, sondern auch eine stillschweigende Verleihung von Körperschaftsrechten statthaft⁴⁷. Eine solche liegt z. B. in der Genehmigung eines Statuts, das einem Verbandswesen die wesentlichen Merkmale einer Körperschaft beilegt. Bisweilen wird sie schon in längerer wissentlicher Duldung des Bestandes einer Körperschaft gefunden⁴⁸.

§ 38), Bauerband, Inst. § 16, Aubry et Rau I § 54, Crome, Allg. Th. S. 140 ff., Barazetti, Personenr. S. 4, R.Ger. XVIII Nr. 74. Bad. II. Const. Ed. v. 1. Aug. 1807 u. Ver. v. 17. Nov. 1883. Sachsen-Mein. V.U. § 23. Sachs.-Altenb. V.U. § 99. Vgl. auch Sächs. Gb. § 52 mit Ges. v. 15. Juni 1868 § 6. — Gegen die Behauptung, daß nach allen oder fast allen deutschen Partikularrechten die Körperschaftsrechte grundsätzlich nur durch staatliche Verleihung erworben würden, vgl. Gierke a. a. O. S. 54 ff.

⁴³ Gierke a. a. O. S. 56 u. 89. — Nach Entw. II § 23 sollen Vereine für ideale Zwecke, außer durch Eintragung in das Vereinsregister, auch durch staatliche Verleihung, wirtschaftliche Vereine aber in Ermangelung besonderer reichsgesetzlicher Vorschriften nur durch staatliche Verleihung Rechtsfähigkeit erlangen können.

⁴⁴ Gierke a. a. O. S. 115 ff. und insbes. für das preuß. Recht S. 119—120. Daran ändert es nichts, daß über die Korporationswürdigkeit ein freies Ermessen entscheidet und namentlich in Preußen die in V.U. Art. 31 ausgesprochene Verheißung eines Gesetzes über „die Bedingungen, unter welchen Korporationsrechte ertheilt oder verweigert werden“, unerfüllt ist.

⁴⁵ So nach Preuß. V.U. Art. 13 u. Oldenb. V.U. Art. 77 bei Religionsgesellschaften; vgl. übrigens Gierke a. a. O. S. 116 Anm. 2 u. Dernburg, Preuß. P.R. I. 100.

⁴⁶ Im Reiche in den oben Anm. 41 angef. Fällen dem Bundesrathe; in den Einzelstaaten dem Landesherrn (oder Senate) oder einer von ihm ermächtigten Verwaltungsbehörde, Gierke a. a. O. S. 115 Anm. 2.

⁴⁷ Gierke a. a. O. S. 87 Anm. 1 u. S. 117 Anm. 4.

⁴⁸ So nach bad. R. (oben Anm. 42) in zehnjähriger wissentlicher Duldung.

§ 64. Zusammensetzung der Körperschaften.

Als zusammengesetzte Person besteht jede Körperschaft aus anderen Personen, die ihr als Mitglieder angehören. Mitglieder einer Körperschaft können nicht nur Einzelpersonen, sondern auch Verbandspersonen sein¹.

Die Mitgliedschaft ist ein personenrechtliches Verhältnis, kraft dessen die Rechtssphäre einer Person zugleich durch Einfügung in ein Gemeinleben beschränkt und durch Betheiligung an einem Gemeinleben erweitert wird. Je nach der Körperschaftsverfassung sind in der Mitgliedschaft sehr ungleichartige Befugnisse und Pflichten enthalten. Insoweit diese dem Vermögensrechte angehören, erscheinen sie als sachenrechtliche oder obligationenrechtliche Ausflüsse der personenrechtlichen Stellung. Eine Umkehrung dieses Verhältnisses findet bei den Vermögensgenossenschaften statt. Bei ihnen bildet ein Antheil an dem Vermögen, das als unpersönliches Substrat der Genossenschaft konstituiert ist, die Grundlage der Mitgliedschaft. Hier empfängt daher die Mitgliedschaft als Ganzes trotz ihres personenrechtlichen Kernes ein vermögensrechtliches Gepräge. Diese Erscheinung erfährt ihre höchste Steigerung, wenn (wie bei Aktiengesellschaften und zum Theil bei Gewerkschaften) die Mitgliedschaft in einem Werthpapiere verkörpert wird.

Erwerb und Verlust der Mitgliedschaft sind vielfach unmittelbar an die Verwirklichung eines Thatbestandes geknüpft². Im Uebrigen werden sie durch Willenserklärungen vermittelt, indem die Körperschaft Mitglieder aufnimmt oder ausscheidet und Mitglieder in sie eintreten oder aus ihr austreten. Hierbei bedarf es zum Theil einer Willenseinigung, zum Theil aber nur eines einseitigen Willensentschlusses. Der Erwerb der Mitgliedschaft fordert regelmäsig Willenseinigung³; doch kann in manchen Fällen eine Körperschaft

¹ Es ist möglich, daß eine Körperschaft nur aus Verbandspersonen besteht; so z. B. ein Innungsverband aus Innungen (R.Gew.O. § 104a u. 140h), ein Kassenverband aus Gemeinden und Ortskrankenkassen (Krankenversicherungsges. § 46), möglicher Weise auch eine eingetragene Genossenschaft nur aus eingetragenen Genossenschaften (R.Ges. v. 1. Mai 1889 § 9). Doch können auch Verbandspersonen und Einzelpersonen nebeneinander und zwar auch neben den eine Gesamtkörperschaft bildenden Gliedkörperschaften zugleich die in den letzteren enthaltenen Einzelpersonen Mitglieder sein; vgl. Gierke, Genossenschaftsth. S. 152 ff.

² So heute regelmäsig bei allen Gemeinden. Ebenso aber meist bei den öffentlichen Zwangsgenossenschaften hinsichtlich der beitriftspflichtigen Personen; vgl. R. Unfallvers. Ges. § 34, Krankenvers. Ges. § 19. Desgleichen bei dem hochadligen Hause.

³ Die verfassungsmäßige Festsetzung der Aufnahmebedingungen bedeutet im

kraft Beitrittszwanges den Beitrittspflichtigen die Mitgliedschaft einseitig auferlegen⁴, in anderen Fällen ein Beitrittsberechtigter kraft Aufnahmezwanges sich einer Körperschaft als Mitglied aufdrängen⁵. Den Verlust der Mitgliedschaft kann regelmässig unter gewissen Voraussetzungen sowohl die Körperschaft durch einseitige Ausschluss-erklärung⁶ wie das Mitglied durch einseitige Austrittserklärung⁷ her-

Zweifel nicht, dass dem, der sie erfüllt, die Aufnahme nicht versagt, sondern dass dem, der sie nicht erfüllt, die Aufnahme nicht gewährt werden darf. Vgl. z. B. für Erwerbs- u. Wirthschaftsgenossenschaften R.O.H.G. b. Gruchot XX 265, v. Sicherer S. 148, Maurer, Das Reichsges. betr. die Erwerbs- und Wirthschaftsgenoss., Berlin 1890, S. 112.

⁴ So öffentliche Krankenkassen, Berufsgenossenschaften für Unfallversicherung, Knappschaften, Deichverbände, öffentliche Wassergenossenschaften u. s. w.; doch wird hier meist der Beitrittszwang in der Weise geübt, dass die Mitgliedschaft von Rechtswegen eintritt (oben Anm. 2) und eine Willenserklärung der Genossenschaft nur behufs Konstatirung ihres Eintrittes erfolgt. Vgl. Rosin S. 157 ff. — Ueber das der berechtigten Genossenschaft anderen Genossenschaften gegenüber zustehende ausschliessliche „Recht auf Mitgliedschaft“ des Verpflichteten vgl. R.Ger. XXI Nr. 22.

⁵ So hat gegenüber einer Innung jeder Gewerbetreibende, der den gesetzlichen und statutarischen Anforderungen entspricht, ein Beitrittsrecht; R.Gew.O. § 100 Abs. 4. Beitrittsrechte ohne Beitrittspflichten giebt es ferner gegenüber Ortskrankenkassen nach Krankenvers. Ges. § 19, gegenüber Knappschaften nach Preuss. Bergges. § 168 Abs. 2, gegenüber öffentlichen Wassergenossenschaften nach Preuss. Ges. v. 1. Apr. 1879 § 69—70, Bayr. Ges. v. 28. Mai 1852 Art. 4—6, Bad. Ges. v. 25. Aug. 1876 Art. 45 u. s. w. — Nicht immer jedoch genügt zur Realisirung des Beitrittsrechts eine einseitige Erklärung des Berechtigten; so bedarf es bei den Wassergenossenschaften einer förmlichen Aufnahme, auf deren Vollzug aber geklagt werden kann. Vgl. Rosin S. 159 ff.

⁶ Das Ausschlussrecht wird im Allgemeinen durch die satzungsmässigen Ausschlussgründe begründet und begrenzt. Doch ist einerseits nicht nur überall, wo eine Aufnahmepflicht für die Körperschaft besteht (oben Anm. 5), ihr Ausschlussrecht in entsprechender Weise eingeengt, sondern zum Theil darüber hinaus die statutarische Festsetzung von Ausschlussgründen gesetzlich beschränkt; so durch Hülfskassenges. § 15. Andererseits giebt es vielfach gesetzliche Ausschlussgründe, die auch ohne statutarische Festsetzung gelten; vgl. Genossenschaftsges. v. 1. Mai 1889 § 66, auch oben § 53 Anm. 20 ff. u. über Wassergenossenschaften Rosin S. 163.

⁷ Das Austrittsrecht richtet sich gleichfalls nach den Körperschaftssatzungen. Es ist aber einerseits nicht nur selbstverständlich in demselben Umfange, in dem ein Beitrittszwang besteht, sondern zum Theil darüber hinaus gesetzlich beschränkt; Rosin S. 162. Andererseits sind vielfach der statutarischen Beschränkung der Austrittsfreiheit gesetzliche Schranken gezogen; so können Innungen höchstens eine 6 Monate vorher zu erstattende Anzeige fordern, R.Gew.O. § 100 Abs. 7; Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaften können die gesetzliche dreimonatliche Kündigungsfrist höchstens auf 2 Jahre verlängern, R.Ges. v. 1. Mai 1889 § 63; allgemein will Entw. II § 36 Abs. 2 bei Vereinen die Austrittsfreiheit gegen jede andere statutarische Beschränkung als die Bindung an den Schluss des Geschäftsjahres

beiführen. Die Wirksamkeit der auf Erwerb oder Verlust einer Mitgliedschaft gerichteten Willensaktionen hängt vielfach von der Wahrung besonderer Formen und mitunter von einer öffentlichen Kundmachung ab⁸. Ihrer rechtlichen Natur nach sind sie eigenthümliche sozialrechtliche Akte, die zwar ein Individualrechtsgeschäft einschließen können, jedoch insoweit, als sie eine Person einer anderen Person ein- oder ausgliedern, nicht unter den Begriff eines Individualrechtsgeschäftes fallen⁹.

Die Zahl der Mitgliedschaften ist bei den meisten Körperschaften eine offene¹⁰, bei andern aber eine geschlossene¹¹. Im letzteren Falle folgt der Erwerb und Verlust der Mitgliedschaft verschiedenen Regeln, je nachdem er sich durch bloßen Wechsel in den Subjekten vorhandener Mitgliedschaften vollzieht oder erst durch Schaffung neuer oder Zerstörung alter Mitgliedschaften ermöglicht werden muß¹².

Als Personenrecht ist die Mitgliedschaft im Zweifel unübertragbar, so daß sie mit dem Tode erlischt und weder der Substanz nach veräußert noch auch nur zur Ausübung Anderen überlassen werden kann¹³. Doch kann durch Gesetz oder Satzung Abweichendes bestimmt sein¹⁴. Und bei manchen Körperschaften erscheint umgekehrt die Uebertragbarkeit der Mitgliedschaft als Regel. So ist

und eine höchstens zweijährige Kündigungsfrist sichern; vgl. auch Oest. Genossenschaftsges. § 54, Schweiz. O.R. Art. 684. Dazu R.Ger. XXX Nr. 25.

⁸ So fordert bei Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaften der Beitritt eine unbedingte und eigenhändig unterzeichnete Beitrittserklärung, der Austritt eine schriftliche Kündigungserklärung; die Mitgliedschaft entsteht aber erst durch die vom Vorstande zu erwirkende Eintragung in die gerichtlich geführte Liste der Genossen und endet regelmäßig erst durch Löschung in der Liste; R.Ges. v. 1 Mai 1889 § 15, 63, 68—69. Ueber die Form des Beitritts zu einer freien Hilfskasse vgl. Hilfskassenges. § 6.

⁹ Gierke, Genossenschaftsth. S. 716 u. 936 Anm. 1; R.G. XXX Nr. 28.

¹⁰ Begriffsnothwendig z. B. bei Erwerbs- u. Wirthschaftsgenossenschaften; R.Ges. v. 1. Mai 1889 § 1.

¹¹ Begriffsnothwendig bei den Vermögensgenossenschaften.

¹² Wie z. B. bei Aktiengesellschaften durch Ausgabe neuer oder Amortisation alter Aktien (H.G.B. Art. 215 a — 215 d), bei Gesellschaften mit beschränkter Haftung durch Neuschaffung oder Einziehung von Geschäftsanteilen (R.Ges. v. 20. April 1892 § 34 u. 54 ff.).

¹³ Dies will Entw. II § 36 Abs. 1 grundsätzlich aussprechen.

¹⁴ Bei privaten Genossenschaften hat hierin das Statut freien Spielraum (Entw. II § 37), soweit nicht das Gesetz ihm Schranken zieht. Bei Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaften sind jetzt vererbliche oder veräußerliche Mitgliedschaften unbedingt ausgeschlossen und Bestimmungen, die eine Ausübung der Mitgliedschaftsrechte durch Vertreter gestatten, nur in den gesetzlich anerkannten Fällen der Vertretungsbedürftigkeit zulässig; R.Ges. v. 1. Mai 1889 § 41 u. 75, über das frühere Recht Gierke a. a. O. S. 286 Anm. 2 und S. 287 Anm. 1.

mitunter die Mitgliedschaft als Realrecht oder Rallast mit einem Grundstück verknüpft und folgt dann dessen rechtlichen Schicksalen¹⁵. Bei den Vermögensgenossenschaften sind die auf Antheile gebauten Mitgliedschaften grundsätzlich als selbständige Vermögensrechte vererblich und veräußerlich¹⁶. Ist die Mitgliedschaft in einem Werthpapiere verkörpert, so richtet sich ihre Uebertragung und ihre Ausübung nach den für Werthpapiere der betreffenden Gattung geltenden Normen¹⁷.

Der Inhalt der Mitgliedschaft bestimmt sich nach der Körperschaftsverfassung. Sie begrenzt das Stück der Persönlichkeit, mit dem das Mitglied im Verbande aufgeht, und setzt den Antheil fest, den zum Ersatz dafür das Mitglied an der Gesamtpersönlichkeit empfängt¹⁸. Innerhalb dieses Rahmens entfaltet sich die Mitgliedschaft zu einer Fülle einzelner Rechte und Pflichten.

Ihrem Umfange nach sind im Zweifel die Mitgliedschaften einander gleich. Die Körperschaftsverfassung kann jedoch mannichfache Abstufungen unter den Mitgliedern begründen. Im älteren deutschen Rechte begegnet überall der Unterschied von Vollgenossen und Schutzgenossen, der auch heute vielfach in dem Unterschiede aktiver und passiver Mitgliedschaft fort dauert¹⁹. Unter den aktiven Mitgliedern kann möglicher Weise eines die Rechtsstellung eines Hauptes der Körperschaft einnehmen²⁰. Im Uebrigen können nach

¹⁵ Z. B. bei Realgemeinden, landschaftlichen Kreditverbänden, Deichverbänden, Wassergenossenschaften und anderen Grundeigentümergenossenschaften.

¹⁶ Doch kann die Körperschaftsverfassung die Uebertragbarkeit ausschließen oder einschränken. So ist in den auf Nutzungsantheile gebauten Agrargenossenschaften die Verkehrsfähigkeit der Antheile mannichfach gebunden. Aber auch bei Aktiengesellschaften und bei Gesellschaften mit beschränkter Haftung kann die Uebertragbarkeit der Mitgliedschaften beschränkt werden; so namentlich durch das Erforderniß körperschaftlicher Genehmigung, H.G.B. Art. 270 a Abs. 3, 215 c Abs. 4 u. 220 mit Art. 182, R.Ges. v. 30. Apr. 1892 § 15. Ebenso wird oft die Ausübung von Mitgliedschaftsrechten durch Andere statutarisch beschränkt.

¹⁷ Vgl. Gierke a. a. O. S. 242 ff. u. 277 ff.; Näheres in der Lehre von den Werthpapieren.

¹⁸ Eine völlige Aufzehrung der Einzelpersönlichkeit durch die Körperschaftsmitgliedschaft widerspricht dem modernen Recht; Gierke a. a. O. S. 176 ff. Sie erfolgt indess nach Kirchenrecht durch den Eintritt in einen Mönchs- oder Nonnenorden, an den daher auch das bürgerliche Recht einschneidende Wirkungen knüpft; oben § 42 II 2.

¹⁹ S. z. B. in den Gemeinden in dem Unterschiede von „Gemeindebürgerrecht“ und bloßer „Gemeindeangehörigkeit“. Ueberhaupt aber überall, wo es Mitglieder ohne Stimmrecht giebt. — Eine andere Klasse nicht voll berechtigter und verpflichteter Mitglieder sind „Ehrenmitglieder“; so bei Innungen nach R.Gew.O. § 100 Abs. 1.

²⁰ Eine derartige monarchische Körperschaftsverfassung besteht z. B. noch im

den verschiedensten Gesichtspunkten Mitgliederklassen mit ungleicher Berechtigung und Verpflichtung gebildet werden²¹. Erwerb und Verlust der besonderen Gliedstellungen treten wiederum theils als unmittelbare Rechtsfolgen bestimmter Thatbestände, theils durch Vermittlung eigenthümlicher sozialrechtlicher Willensaktionen ein²².

Schließlich kann auch insoweit, als die Mitgliedschaften untereinander gleich sind, eine Ungleichheit der Mitglieder dadurch entstehen, daß einem Mitgliede eine Mehrzahl von Mitgliedschaften oder umgekehrt nur ein Bruchtheil einer Mitgliedschaft zusteht. Denn während an sich die Mitgliedschaft weder mehrfach noch theilweise begründet sein kann, wird sie bei Vermögensgenossenschaften in Folge ihrer Verselbständigung begrifflich kumulirbar²³ und theilbar²⁴.

§ 65. Organisation der Körperschaften.

I. Ueberhaupt. Die Verbindung der Gliedpersonen zu einer einheitlichen Gesamtperson erfolgt durch eine körperschaftliche Organisation. Der Inbegriff der Rechtssätze über die Organisation

hochadligen Hause. Ebenso nach preuß. R. bei der ein Familienfiduciarium besitzenden Familie.

²¹ So die durch das ältere Gemeinderecht in mannichfacher Weise ausgestalteten Mitgliederklassen unter den Gemeindegossen, denen heute vielfach noch eine Bedeutung für die Rechtsverhältnisse am Gemeindegelände zukommt; so aber auch die in Aktiengesellschaften vorkommenden verschiedenen Gattungen von Aktien (H.G.B. Art. 209 a Z. 4 u. 215 Abs. 5—6).

²² Gierke a. a. O. S. 716.

²³ So entsteht mehrfache Mitgliedschaft desselben Mitgliedes durch Vereinigung mehrerer Aktien, Kuxe oder Geschäftsantheile in Einer Hand bei Aktiengesellschaften, Gewerkschaften und Gesellschaften mit beschränkter Haftung; das Satzungsrecht kann aber der Anhäufung von Mitgliedschaften Schranken ziehen; bei Gesellschaften mit beschränkter Haftung ist kraft Gesetzes eine ursprüngliche Betheiligung mit mehreren Geschäftsantheilen unzulässig und nur der spätere Hinzuerwerb von Geschäftsantheilen zulässig (R.Ges. v. 20. Apr. 1892 § 5 Abs. 2 u. § 15 Abs. 2). — Keine mehrfache Mitgliedschaft, sondern nur ungleiche Gliedstellung (vgl. oben Anm. 21) entsteht bei eingetragenen Erwerbs- und Wirthschafts-genossenschaften mit beschränkter Haftpflicht durch die hier zulässige (bei Genossenschaften mit unbeschränkter Haftpflicht oder Nachschufspflicht unzulässige) Betheiligung eines Genossen mit mehreren Geschäftsantheilen; R.Ges. v. 1 Mai 1889 § 128—131, Gierke a. a. O. S. 287 Anm. 2.

²⁴ Theilbarkeit der Mitgliedschaft begegnet bei Agrargenossenschaften (Gierke a. a. O. S. 221 Anm. 3 u. S. 324), Gewerkschaften des älteren und des österr. Rechts (ib. S. 278 Anm. 3 u. Oest. Bergges. § 140), Gesellschaften mit beschränkter Haftung (jedoch nur im Falle der Veräußerung oder Vererbung und im Zweifel nur mit Genehmigung der Gesellschaft; nach Satzungsrecht möglicher Weise auch ohne diese Genehmigung im Falle der Veräußerung an einen anderen Gesell-

ist die Verfassung im eigentlichen Wortverstande. Sie kann ganz oder theilweise auf einem der einzelnen Körperschaft eigenthümlichen Rechte beruhen, ist aber heute vielfach für alle Körperschaften einer bestimmten Gattung durch theils zwingendes theils subsidiäres Gesetzesrecht gleichförmig geordnet¹.

Das Wesen der Organisation besteht in der Herstellung von Organen, in deren Lebensthätigkeit sich die Lebenseinheit der Gesamtperson mit rechtlicher Wirkung offenbart. Die Verfassung hat bestimmte Organe als ständige Einrichtungen zu setzen, das für ihre Bildung und Erhaltung Erforderliche vorzuschreiben und den einzelnen Organen durch Abgrenzung von Zuständigkeiten (Kompetenzen) bestimmte Funktionen des Gemeinlebens zuzutheilen. Hierbei waltet eine außerordentliche Mannichfaltigkeit, die in dem Maße zunimmt, in dem durch Vervielfältigung und Differenzirung der Organe und durch Sonderung und Verbindung ihrer Aufgaben die Organisation sich vervollkommnet. Doch erscheinen regelmässig einige wenige Organe als Hauptorgane, denen die übrigen Organe ein- oder untergeordnet sind². Unter den Hauptorganen pflegt wiederum ein oberstes Organ eine centrale Stellung einzunehmen³. Im Uebrigen richtet sich die Vertheilung der Organzuständigkeiten theils nach dem sachlichen Gehalt theils nach den formalen Bestandtheilen der einzelnen Funktionen⁴.

schafter oder der Vererbung, möglicher Weise aber überhaupt nicht; R.Ges. v. 20. Apr. 1892 § 17). Untheilbar sind kraft zwingender Gesetzesvorschrift Aktien (H.G.B. Art. 207) u. Kuxe des neueren preuss. Rechts (Bergges. § 101).

¹ Dabei bestehen wiederum zwei verschiedene Systeme, indem bald nur die Grundzüge der Verfassung gesetzlich geordnet werden, so dass ein besonderes „Statut“ jeder Körperschaft unentbehrlich bleibt, bald eine vollständige Verfassung vom Gesetz vorgezeichnet wird, so dass ein Statut entbehrlich ist, wenn nicht eine Abänderung der gesetzlichen Ordnung erfolgen soll. Das erste System gilt in Deutschland fast durchweg für Genossenschaften, das zweite für Gemeinden. Doch begegnen hiervon Ausnahmen; so ist z. B. ein Statut für Gewerkschaften nach Preuss. Bergges. § 94 nicht erforderlich, für Verbände von Landgemeinden und Gutsbezirken nach Preuss. L.G.O. v. 3. Juli 1891 § 131 ff. erforderlich.

² Gierke, Genossenschaftsth. S. 686 ff. Je nach der ursprünglichen oder abgeleiteten Zuständigkeit unterscheidet man „unmittelbare“ und „mittelbare“ Organe; Gierke in Schmollers Jahrb. VII 1142 ff.

³ Gierke, Genossenschaftsth. S. 687 ff. Doch ist in der Körperschaft (anders wie im Staate) ein oberstes Organ nicht unentbehrlich, da die letzte Entscheidung in Kollisionsfällen einem ausserhalb der Körperschaft stehenden Willensträger überwiesen sein kann; ib. S. 689. Ist ein oberstes Organ vorhanden, so spricht für seine Zuständigkeit eine Vermuthung; ib. S. 691.

⁴ So findet sich einerseits die Unterscheidung von Organen für Satzung, Verwaltung und Rechtsprechung und weiter für die einzelnen Zweige dieser Thätig-

Die Organe bedürfen menschlicher Träger, die sie jeweilig darstellen. Je nach der ungleichen Bildung der Organe gebührt die Organträgerschaft einer Einzelperson oder einer Personenmehrheit in kollektiver Zusammenfassung oder einer als Versammlung oder Kollegium zur Einheit organisirten Personengesamtheit oder einer engeren Verbandsperson⁵. In allen Fällen sind regelmäsig nur Mitglieder zur Trägerschaft oder Mitträgerschaft von Organstellungen befähigt⁶. Die Berufung zu solcher Trägerschaft oder Mitträgerschaft wird entweder durch die Verfassung unmittelbar an die Verwirklichung eines Thatbestandes geknüpft oder durch besondere Willensaktionen (z. B. Wahlen oder Ernennungen) vermittelt. Derartige Willensaktionen sind wiederum eigenartige sozialrechtliche Akte, denen aber Verträge oder andere Rechtsgeschäfte vorangehen oder sich einfügen können⁷. Aehnlich verhält es sich mit der Abberufung aus Organstellungen⁸.

II. Einzelne Organe. Bei aller kaum übersehbaren Mannichfaltigkeit der Organisationen kehren gewisse Typen von Organen mit solcher Regelmäsigkeit wieder, daß für sie einige allgemeine Grundsätze gelten.

1. Die Mitgliederversammlung. Sie ist ein mangels abweichender Bestimmung stets vorhandenes und bei den gesetzlich geregelten Körperschaften vielfach rechtsnothwendiges Organ⁹. Mög-

keitsgebiete (Gierke a. a. O. S. 692), andererseits die Sonderung von Willensbildungsorganen und Willensausführungsorganen (ib. S. 693 ff.), die Loslösung der nach außen begründeten Vertretungsmacht von der inneren Zuständigkeitsordnung (ib. S. 700 ff.) u. s. w.

⁵ Gierke a. a. O. S. 677 ff.

⁶ Hiervon kennt jedoch das neuere Recht Ausnahmen. So brauchen die Vorstands- und Aufsichtsrathsmitglieder einer Aktiengesellschaft nicht Aktionäre zu sein, H.G.B. Art. 224 u. 227. Ebenso Repraesentanten oder Grubenvorstandsmitglieder einer Gewerkschaft nicht Gewerken, Preufs. Bergges. § 117 Abs. 3.

⁷ Insoweit nicht in der Mitgliedschaft eine Pflicht zum Eintritt in eine Organstellung enthalten ist, bedarf es einer Willenseinigung, die durch Vertrag beschafft werden kann; in erheblichem Umfange bleiben überdies Anstellungsverträge und ähnliche Verträge zwischen einer Körperschaft und ihren Beamten oder Funktionären für die mit der Organstellung verknüpften Individualrechtsverhältnisse maßgebend.

⁸ Unter den eine Organstellung beendenden Willensaktionen begegnen neben den auf Willenseinigung beruhenden Entlassungen nicht nur einseitige Abberufungshandlungen der Körperschaft, sondern auch einseitige Niederlegungshandlungen der Organträger.

⁹ Doch fehlt sie nicht nur zahlreichen öffentlichen, sondern auch manchen privaten Körperschaften (z. B. vielen Versicherungsgenossenschaften auf Gegenseitigkeit, vgl. Ehrenberg, Versicherungsr. I 120 ff.); bei Genossenschaften des sächs. Rechts läßt das Ges. v. 15. Juni 1868 § 11 Z. 10 diese Möglichkeit offen.

licher Weise kann sie sogar das einzige Organ einer Körperschaft bilden¹⁰. Im Zweifel ist sie stets das oberste Organ¹¹. An sich kann durch die Verfassung ihr eine mindere Stellung angewiesen werden¹². Zum Theil aber ist eine Verkümmernng ihrer Souveränität gesetzlich ausgeschlossen¹³.

Die Mitgliederversammlung bildet sich durch eine verfassungsmäßige Zusammenkunft, bei der im Zweifel sämtliche Mitglieder zu erscheinen berechtigt sind¹⁴. Diese Zusammenkunft muß am rechten Orte zur rechten Zeit entweder laut einer ein für alle Mal geltenden Regel oder kraft einer vom zuständigen Organ in gehöriger Frist und Form vorgenommenen Berufung stattfinden¹⁵. Eine

¹⁰ Dies begegnet bei Körperschaften älterer Bildung (z. B. manchen Agrar-genossenschaften); die ältere Theorie sprach dann von einer „universitas inordinata“ und verwickelte sich in den widerspruchsvollen Begriff einer Körperschaft ohne Verfassung, vgl. z. B. Struvius, Synt. Exerc. 7 th. 42, J. H. Boehmer, Introd. in Dig. 3, 4, § 5, Hellfeld I, 3 § 88, Glück I 496, V 316. Die neuere Gesetzgebung sucht durch das Erforderniß eines Vorstandes diese Möglichkeit abzuschneiden.

¹¹ Vgl. Gierke, Genossenschaftsth. S. 687 Anm. 4 u. S. 688 Anm. 2; Pr. L.R. II, 6 § 51 ff, u. 86 ff.; Sächs. Gb. § 55 u. Ges. v. 15. Juni 1868 § 10 Z. 8—10, § 20 u. 22 ff.; Entw. II § 31 ff.

¹² Gierke a. a. O. S. 687 Anm. 5.

¹³ Gierke a. a. O. S. 688 Anm. 1. Sehr energisch wahrt das neueste deutsche Aktiengesellschaftsrecht der Generalversammlung eine unantastbare Machtfülle; diese ihre unveräußerlichen Souveränitätsrechte kann auch die Generalversammlung selbst nicht delegiren; R.Ger. XXVI Nr. 25. Ebenso hat das Genossenschaftsges. v. 1. Mai 1889 die durch Statut unabänderlichen Kompetenzen der Generalversammlung erweitert; hinsichtlich der wesentlichen Funktionen der Generalversammlung war schon nach früherem Recht die Nichtigkeit einer sie verkürzenden Satzung anzunehmen; R.Ger. XIII Nr. 11.

¹⁴ Doch kann, soweit nicht (wie z. B. jetzt bei Aktiengesellschaften) das Gesetz entgegensteht, das Recht der Theilnahme an der Versammlung verfassungsmäßig einer Mitgliederklasse (z. B. den bloß passiven Mitgliedern) entzogen sein. — Eine Pflicht, zu erscheinen, besteht regelmäßig nicht, kann aber durch Satzungsrecht begründet werden.

¹⁵ Gierke a. a. O. S. 679. An sich bedarf es der besonderen Ladung sämtlicher Mitglieder; nach Gesetz oder Statut reicht aber vielfach eine öffentliche Ladung aus. Umgekehrt ist an sich die Ankündigung des Gegenstandes der Verhandlung bei der Berufung nicht erforderlich (R.Ger. XII Nr. 58), wird aber in den neueren Gesetzen meist als Voraussetzung gültiger Beschlussfassung verlangt (H.G.B. Art. 238, R.Ges. v. 1. Mai 1889 § 44, R.Ges. v. 20. Apr. 1892 § 52, Sächs. Ges. v. 15. Juni 1868 § 23, Bayr. Ges. v. 29. Apr. 1869 Art. 24, Preufs. Bergges. § 112 mit Erk. des R.Ger. XVII Nr. 42, Entw. II § 31). Die neueren Gesetze fordern überdies oft die Wahrung besonderer Formen der Ladung (z. B. Ladung durch eingeschriebene Briefe bei Gesellschaften mit beschränkter Haftung nach R.Ges. § 52) und die Offenlassung gewisser Fristen bis zur Versammlung (z. B.

nicht verfassungsmäßige Zusammenkunft ist keine Mitgliederversammlung¹⁶. Auch wird die Mitgliederversammlung nicht durch eine anderweite Uebereinkunft sämtlicher Mitglieder ersetzt¹⁷. Denn einerseits deckt sich die Körperschaft nicht mit der Summe ihrer Mitglieder, andererseits ist die Mitgliederversammlung nur ein Körperschaftsorgan und nicht die Körperschaft selbst¹⁸.

Liegt eine verfassungsmäßige Zusammenkunft vor, so wird die Mitgliederversammlung durch die wirklich erschienenen Mitglieder gebildet. Doch ist nach Gesetz oder Statut vielfach die Anwesenheit einer bestimmten Zahl von Mitgliedern erforderlich,

mindestens einer Woche nach R.Genoss.Ges. § 44). Sehr verbreitet ist ferner das zum Theil statutarisch unabänderliche Recht einer (meist auf $\frac{1}{10}$ oder $\frac{1}{20}$ der Mitgliederzahl bemessenen) Minderheit, die Berufung einer Mitgliederversammlung oder die Ankündigung eines Berathungsgegenstandes zu erzwingen; H.G.B. Art. 297 Abs. 3 u. Art. 299 a Abs. 2—3, R.Ges. v. 1. Mai 1889 § 48, R.Ges. v. 20. Apr. 1892 § 51, Hülfskassenges. § 33, Preufs. Bergges. § 122 Abs. 3, Preufs. Wassergenoss.Ges. § 22 u. 60, Entw. II § 35.

¹⁶ Pr. L.R. II, 6 § 56, Strieth. XII 286 u. XVI 36, R.Ger. XVI Nr. 39, Förster-Eccius § 282 Anm. 21; unrichtig daher Seuff. XL Nr. 198. Doch ist zu beachten, daß die ungehörige Versammlung sich durch Anerkennung in eine rechte Versammlung verwandeln kann. So, wenn ein nicht oder nicht gehörig geladenes Mitglied, falls es gleichwohl erschienen ist, nicht in der Versammlung, falls es nicht erschienen ist, nicht nachträglich den Mangel rügt. Sind sämtliche Mitglieder anwesend, so können sie, falls nicht Gründe des öffentlichen Rechtes entgegenstehen, sich einhellig als Mitgliederversammlung konstituieren; widerspricht aber nur ein einziges Mitglied, so ist eine Beschlufsfassung in ungehöriger Versammlung unmöglich. Es ist eine positivrechtliche Ausnahme, wenn in Gesellschaften mit beschränkter Haftung nach R.Ges. v. 20. Apr. 1892 § 52 u. in Gewerkschaften nach Preufs. Bergges. § 112 im Falle der Anwesenheit sämtlicher Mitglieder jede beliebige Versammlung beschlußfähig ist. Vgl. Gierke a. a. O. S. 679 Anm. 1.

¹⁷ Gierke a. a. O. S. 684 Anm. 2; R.Ger. V Nr. 6 S. 24; auch Pr. L.R. II, 6 § 145. Doch ist nach Gesetzen und Statuten bei manchen Körperschaften eine Beschlufsfassung ohne Versammlung im Falle schriftlicher Zustimmung aller Mitglieder zulässig (allgemein nach Entw. II § 31 Abs. 2). Ja mitunter können auch Mehrheitsbeschlüsse im Wege schriftlicher Abstimmung gefaßt werden, wenn alle Mitglieder über diesen Abstimmungsmodus einig sind (so nach R.Ges. v. 20. Apr. 1892 § 49 Abs. 2, auch nach Fakultätsstatuten u. s. w.).

¹⁸ In der älteren Theorie überwog lange die gegentheilige Vorstellungweise: man sah in der „universitas“ nur „omnes singuli conjunctim sumti“ und in der Mitgliederversammlung die „universitas ipsa“ und baute demgemäß die ganze Lehre vom körperschaftlichen Handeln auf die Unterscheidung zwischen einem agere der universitas ipsa und ihrem agere per alios; Gierke, Genossenschaftsr. III 218 ff., 308 ff., 390 ff., 461 ff., 732 ff. Diese Vorstellungweise wirkt, obwohl sie grundsätzlich überwunden ist, noch heute verwirrend nach; Gierke, Genossenschaftsth. S. 618 ff., 738, 758 ff.

damit die Versammlung überhaupt oder doch in gewissen Angelegenheiten „beschlussfähig“ sei¹⁹. In Ermangelung derartiger Vorschriften genügt die Anwesenheit einer noch so geringen Zahl²⁰.

Die Mitgliederversammlung funktioniert durch einheitliche Gesamttaktionen, die in Beschlussfassungen gipfeln. Da sie aber aus einer Vielheit von Personen besteht, erwächst ihre einheitliche Gesamttaktion in rechtlich geordneter Weise aus vielen Einzelaktionen, unter denen namentlich die Abstimmungshandlungen der Mitglieder von entscheidender Bedeutung sind²¹. Das Verfassungsrecht normiert sowohl die Erfordernisse der Rechtsbeständigkeit dieser Einzelaktionen²², wie ihr Zusammenwirken zur Hervorbringung einer Gesamttaktion²³. Hierbei sind durchweg die sozialrechtlichen Gesichtspunkte der Darstellung eines Gemeinwillens und in keinem Punkte die individualrechtlichen Gesichtspunkte der vertragsmäßigen Einigung von Einzelwillen maßgebend²⁴. Darum gilt vor Allem grundsätzlich das Majoritätsprinzip²⁵. Im Zweifel steht jedem Mitgliede eine und

¹⁹ Gesetzliche Bestimmungen dieser Art b. Gierke, Genossenschaftsth. S. 680 Anm. 1, Stobbe § 53 Anm. 9. Man fordert die Anwesenheit von zwei Dritteln, der Mehrheit, der Hälfte, einem Drittel u. s. w., aber auch nur von 5 oder 3 Mitgliedern; bisweilen gilt das Erfordernis nur bei der Beschlussfassung über besonders wichtige oder vorher nicht angekündigte Gegenstände (wie die Anwesenheit von $\frac{2}{3}$ nach Pr. L.R. II, 6 § 52 u. 54); auch gilt es mitunter nur für die erste Versammlung, nicht für eine nach deren Scheitern einzuberufende neue Versammlung (so bei Gewerkschaften nach Preufs. Berges. § 113).

²⁰ Früher wurde vielfach die römischrechtliche Vorschrift, die zur Beschlussfähigkeit der Dekurionenversammlung die Anwesenheit von $\frac{2}{3}$ fordert, als gemeinrechtliche Regel für alle Körperschaften oder doch für Gemeinden behandelt; Gierke, Genossenschaftsr. III 221, 319 ff., 393 ff., 467 ff., Stobbe § 53 Anm. 11–12. Heute ist man über die Unanwendbarkeit der römischen Bestimmung einig; Strube, Rechtl. Bed. I Nr. 80, Seuff. XIV Nr. 200, Savigny II 336 ff., Windscheid § 59 Anm. 4, Beseler S. 268, Stobbe § 53 Anm. 13.

²¹ Aber auch Leitung, Berathung, Antragstellung u. s. w. sind durch Rechtsätze (die „Geschäftsordnung“) geregelt.

²² So z. B. die Form der Stimmabgabe, die etwaige Zulässigkeit einer Vertretung bei derselben, die Form der in diesem Falle erforderlichen Vollmacht u. s. w.; vgl. H.G.B. Art. 221 mit Art. 190, Genossenschaftsges. v. 1. Mai 1889 § 41, Pr. L.R. II, 6 § 60–61.

²³ Gierke, Genossenschaftsth. S. 678.

²⁴ Zutreffend R.Ger. XXV Nr. 41 S. 198 („Darstellung eines Gemeinwillens durch Einzelbethätigungen in den im Statut vorgesehenen oder hergebrachten Formen des Stimmens“) u. XXXII Nr. 24; vgl. auch Seuff. XLIV Nr. 277 S. 451. Hieraus erklären sich auch die gesetzlichen Maßregeln wider Stimmenverkauf und Stimmenkauf; Gierke, Genossenschaftsth. S. 661 Anm. 1 u. 710 Anm. 1–2, R.Ges. v. 1. Mai 1889 § 145.

²⁵ Ueber die Geschichte des Majoritätsprinzips vgl. Gierke, Genossenschaftsr.

nur eine Stimme zu; soweit aber Unterschiede unter den Mitgliedern anerkannt sind, äußern sie sich vorzugsweise gerade in Ungleichheiten des Stimmrechts²⁶. Nach neueren Gesetzen ruht überdies das Stimmrecht in Fällen einer Interessenkollision zwischen dem Mitgliede und der Körperschaft²⁷. Im Uebrigen genügt im Zweifel zu einem Versammlungsbeschluss die einfache Mehrheit der abgegebenen Stimmen²⁸. Durch Gesetz oder Statut wird aber vielfach zu gewissen

II 478 ff., III 220 ff., 322 ff., 392, 470 ff., 733. Die ursprüngliche deutschrechtliche Auffassung gieng dahin, dass zwar an sich Einstimmigkeit erforderlich sei, der Minderheit aber eine Rechtspflicht obliege, der Mehrheit zu folgen und so einen gemeinen Willen herzustellen. In der romanistisch-kanonistischen Korporationstheorie behalf man sich meist mit einer Fiktion, laut deren der Wille der Mehrzahl als Wille Aller gelte. Die naturrechtliche Gesellschaftslehre leitete die Herrschaft der Majorität aus einer darauf gerichteten Vereinbarung beim Abschluss des ursprünglichen Gesellschaftsvertrages her; eine streng individualistische Richtung gieng daher so weit, das Majoritätsprinzip grundsätzlich überhaupt zu verwerfen; so Chr. de Schloezer, *De jure suffragii in societate aequali*, Gott. 1795, u. die von ihm angef. Gewährsmänner, neuerdings noch Pfeifer, *Jur. Pers.* S. 94 ff. Heute ist die Anschauung durchgedrungen, dass die Geltung des Majoritätsprinzips aus dem Wesen des Körperschaftsbeschlusses als Manifestation eines einheitlichen Gemeinwillens folgt.

²⁶ Vgl. oben § 64 Anm. 19 ff. Es giebt Mitglieder ohne Stimmrecht (so die bloß passiven Mitglieder; so die in den oben § 53 Anm. 21--26 angef. Fällen wegen Ehrverlustes des Stimmrechts beraubten Mitglieder; so in Versicherungsgesellschaften auf Gegenseitigkeit bisweilen die unter einer Mindestgrenze versicherten Mitglieder, Ehrenberg, *Versicherungsr.* I 121; so nach älteren Aktiengesellschaftsstatuten mitunter Prioritätsaktionäre oder andere Klassen von Aktionären, während jetzt Art. 190 des H.G.B. die völlige Versagung des Stimmrechts für eine Aktie ausschließt, vgl. Gierke, *Genossenschaftsth.* S. 260). Das Stimmrecht kann ferner nach Mitgliederklassen oder nach der Größe der Antheile am Körperschaftsvermögen abgestuft sein (so vielfach in Gemeinden u. Agrargenossenschaften; so möglicherweise nach dem Genossenschaftsges. v. 1868 § 10, aber nicht mehr nach dem Genossenschaftsges. v. 1889 § 41 in eingetragenen Genossenschaften; so in Gesellschaften mit beschränkter Haftung, in denen nach der gesetzlichen Regel des § 48 je 100 Mark eines Geschäftsantheiles eine Stimme gewähren). Wo endlich Mitgliedschaften getheilt oder gehäuft werden können, werden damit im Zweifel auch die Stimmen getheilt oder gehäuft, was aber durch Satzungsrecht ermäßigt werden kann (H.G.B. Art. 190).

²⁷ H.G.B. Art. 221 mit Art. 190; R.Ges. v. 1. Mai 1889 § 41; R.Ges. v. 20. Apr. 1892 § 48; Entw. II § 31. Ohne Weiteres gilt diese Regel trotz ihrer Zweckmäßigkeit nicht; R.Ger. IV Nr. 81, Gierke a. a. O. S. 711, Stobbe § 53 Anm. 8a. A. M. Seuff. XLIX Nr. 2.

²⁸ Dies ist heute unbestritten und in allen Gesetzen ausgesprochen. Eine ältere Meinung forderte Mehrheit der vorhandenen Stimmen; Langenn u. Kori, *Erört.* II 1 ff. — Bei Stimmgleichheit ist nichts beschlossen, falls nicht durch Gesetz oder Statut dem Vorsitzenden oder sonst Jemandem der Stichtscheid übertragen oder (wie oft bei Wahlen) Entscheidung durch das Loos angeordnet ist.

Beschlüssen eine verstärkte oder besonders geartete Mehrheit gefordert²⁹. In manchen Fällen wird sogar ein einstimmiger Beschluss verlangt³⁰.

Der gültige Versammlungsbeschluss erscheint regelmässig als souveräne Aeußerung des körperschaftlichen Gemeinwillens und heisst daher auch Körperschaftsbeschluss. Innerhalb der körperschaftlichen Lebenssphäre ist sein Machtbereich nur insoweit eingeschränkt, als nach der Körperschaftsverfassung die Zuständigkeit der Mitgliederversammlung durch die Zuständigkeit anderer Organe begrenzt wird³¹. Grundsätzlich aber endet sein Machtbereich da, wo die körperschaftliche Lebenssphäre selbst endet. Hieraus ergeben sich zwei Schranken.

²⁹ Im älteren deutschen Recht wurde oft für jeden Beschluss überwiegende, Zweidrittels- oder Dreiviertelsmehrheit gefordert; Gierke, Genossenschaftsr., II 481. Im kanonischen Recht stets „major et sanior pars“, oft mit Vermuthung für sanioritas bei Zweidrittelsmehrheit; ib. III 324 ff. Heute ist vielfach für besonders wichtige Beschlüsse durch Gesetz (und zwar zum Theil unabänderlich) eine verstärkte Mehrheit vorgeschrieben. So Zweidrittelsmehrheit bei Gemeinden und anderen öffentlichen Körperschaften, Gierke, Genossenschaftsth. S. 230 Anm. 2, 812 Anm. 3, 822 Anm. 1, 848 Anm. 2, 854 Anm. 2; auch nach österr. Genoss.Ges. § 33. Dreiviertelsmehrheit der abgegebenen Stimmen für Abänderungs- und Auflösungsbeschlüsse bei eingetragenen Genossenschaften nach R.Ges. v. 1. Mai 1889 § 16 u. 76, Gesellschaften mit beschränkter Haftung nach R.Ges. v. 20. April 1892 § 54 u. 60, allen Vereinen nach Entw. II § 32 u. 38. Dreiviertelsmehrheit des durch die abgegebenen Stimmen (vgl. R.Ger. XX Nr. 33) vertretenen Grundkapitals für Abänderungs- und Auflösungsbeschlüsse bei Aktiengesellschaften nach H.G.B. Art. 213, 215, 215 a u. 242. Dreiviertelsmehrheit aller vorhandenen Kuxe bei manchen Gewerkschaftsbeschlüssen nach Preufs. Bergges. § 94, 114, 235 a u. 240. Mitunter wird die erforderliche Mehrheit durch gleichzeitige Rücksichtnahme auf die Kopfbzahl und auf den Grundbesitz oder den Antheilbesitz der Stimmenden qualifizirt; Gierke a. a. O. S. 682 Anm. 1, H.G.B. Art. 210 a. Andere Qualifikationen der Mehrheit finden sich in H.G.B. Art. 213 u. 213 d. Die nicht schon gesetzlich vorgesehenen Abweichungen von der Geltung der einfachen Stimmenmehrheit bedürfen ausdrücklicher Festsetzung im Statut; H.G.B. Art. 209 a Z. 5, R.Ges. v. 1. Mai 1889 § 8 Z. 4, Sächs. Ges. v. 15. Juni 1868 § 11 Z. 8, Preufs. Wassergenoss.Ges. § 12 Z. 9.

³⁰ Vgl. über das ältere deut. R. Gierke, Genossenschaftsr. II 481 Anm. 17. Der Einstimmigkeit aller Erschienenen bedarf es z. B. nach H.G.B. Art. 210 a in der Gründungsversammlung einer Aktiengesellschaft zu wesentlichen Abänderungen des Statutes. Ebenso nach preufs. R. zu allen Familienschlüssen. Einstimmigkeit aller Kuxe ist zu Verfügungen einer Gewerkschaft über ihr Bergwerkseigenthum durch Verzicht oder Schenkung erforderlich, Preufs. Bergges. § 114 Abs. 2. — Einstimmiger Beschluss bleibt immer noch grundsätzlich etwas Anderes als Willensübereinstimmung Aller; R.O.H.G. VIII Nr. 48, R.Ger. V Nr. 6, Gierke, Genossenschaftsth. S. 639 Anm. 2, 684 Anm. 2, Stobbe § 53 Anm. 16—17.

³¹ Gierke, Genossenschaftsth. S. 690 Anm. 1 u. 691 Anm. 1.

Erstens vermag der Körperschaftsbeschluss eine Ausdehnung der körperschaftlichen Lebenssphäre nicht zu vollziehen⁸², daher insbesondere der Körperschaft nicht einen neuen oder veränderten Lebenszweck zu setzen⁸³ oder in anderer Weise durch Verfassungsänderung ein bisher ihr entzogenes Lebensgebiet zu unterwerfen⁸⁴. Hierzu bedarf es vielmehr einer solchen Willensübereinstimmung aller Beteiligten, wie sie zur ersten Errichtung der Körperschaft erforderlich war⁸⁵. Doch kann durch Gesetz oder Statut der Körperschaft im Voraus die Macht eingeräumt sein, durch ihren einseitigen Willensentschluss ihre Lebenssphäre zu erweitern. Dies ist sogar regelmäßig der Fall. Nur wird gewöhnlich ein qualifizierter Mehrheitsbeschluss gefordert⁸⁶.

Zweitens kann der Körperschaftsbeschluss Sonderrechte der Mitglieder nicht ohne deren Zustimmung beeinträchtigen⁸⁷. Dies

⁸² Vgl. über die ältere Theorie Gierke, Genossenschaftsr. III 330, 393 Anm. 164, 474; über das heutige Recht Gierke, Genossenschaftsth. S. 633 ff., Stobbe § 53 II.

⁸³ Gierke, Genossenschaftsth. S. 635; Sächs. Ges. v. 15. Juni 1868 § 13; Schweiz. O.R. Art. 627 Abs. 3; Entw. II § 32. — Vgl. auch R.Ger. XXV Nr. 33 S. 158, wo aber angenommen wird, dass es über „Zweck und Lebensthätigkeit“ einer Lebensversicherungsgenossenschaft auf Gegenseitigkeit nicht hinausgeht, wenn die Wirksamkeit der eingegangenen Lebensversicherungsverträge auf den Kriegsfall erstreckt wird.

⁸⁴ Keineswegs dagegen ist grundsätzlich jede Verfassungsänderung dem Körperschaftsbeschluss entzogen, wie Renaud, Aktienges. S. 509 ff., Löwenfeld, Aktienges. S. 386 u. 460 ff., Sicherer zu Genossensch.Ges. § 6, Stobbe I 477 behaupten. Vgl. Gierke, Genossenschaftsth. S. 253 Anm. 3, 296 Anm. 1 u. 821, Ehrenberg, Versicherungsr. I 124, R.Ger. XXV Nr. 37 S. 157, Nr. 41 S. 203. Doch gilt eine subsidiäre gesetzliche Regel dieses Inhaltes für Genossenschaften nach Schweiz. O.R. Art. 682. Allgemein wollte sie Entw. I § 48 Abs. 5 aufstellen.

⁸⁵ Gierke, Genossenschaftsth. S. 640. Entw. II § 32 fordert einstimmigen Versammlungsbeschluss und schriftliche Zustimmung aller nicht erschienenen Mitglieder.

⁸⁶ Vgl. oben Anm. 29. Soweit die Gesetze derartige Bestimmungen enthalten, pflegen sie dem Statut zwar die Erschwerung, nicht aber die Erleichterung eines den körperschaftlichen Bereich ausdehnenden Körperschaftsbeschlusses zu gestatten; so H.G.B. Art. 215 Abs. 3 für Aktiengesellschaften bei Abänderung des Gegenstandes, R.Ges. v. 1. Mai 1889 § 61 Abs. 2, 126 u. 138 für eingetragene Genossenschaften bei Abänderung des Gegenstandes, Erhöhung der Geschäftsanteile oder der Haftsumme, Verstärkung der Haftart, R.G. v. 20. Apr. 1892 § 54 für Gesellschaften mit beschränkter Haftung bei jeder Abänderung des Gesellschaftsvertrages.

⁸⁷ Preufs. L.R. II, 6 § 68, Sächs. Gb. § 54, Zürch. Gb. 38 (jetzt § 30), Schweiz. O.R. Art. 627, Entw. II § 33; auch R.Ges. v. 20. Apr. 1892 § 54 Abs. 3. Vgl. Stobbe § 53 III, Gierke, Genossenschaftsth. S. 188 ff.; über das ältere deutsche Recht Genossenschaftsr. II 231 ff. u. 479 Anm. 11; über die Geschichte der Theorie ib. III 222, 297 ff., 393 Anm. 163, 459, 472 ff.

gilt nicht nur selbstverständlich von allem für ein Mitglied außerhalb des körperschaftlichen Zusammenhanges begründeten freien Sonderrecht³⁸, sondern auch von dem körperschaftlichen Sonderrecht, das zwar im körperschaftlichen Zusammenhange wurzelt, trotzdem aber dem Mitgliede individuell zusteht³⁹. Nur ist dieses körperschaftliche Sonderrecht, da sich in ihm Sozialrecht und Individualrecht verflechten, dem Körperschaftsbeschluss nicht schlechthin, sondern nur bis zu einer in jedem Falle aus seiner besonderen Beschaffenheit zu ermittelnden Grenze entzogen. Es kann daher nach Gesetz oder Satzung von vornherein stärker oder schwächer angelegt sein⁴⁰. Soweit es aber einmal als Sonderrecht begründet ist, fällt jede Gesetzesbestimmung, die seine Abänderung oder Aufhebung durch Körperschaftsbeschluss ermöglicht, unter den Gesichtspunkt eines Eingriffes in erworbene Rechte, der nur aus überwiegenden Gründen des Gemeinwohls und regelmässig nur gegen Entschädigung stattfinden sollte⁴¹.

Ein nicht gehörig zu Stande gekommener oder die Schranken seines Machtbereiches überschreitender Körperschaftsbeschluss ist unverbindlich und kann von jedem Beteiligten und namentlich auch von jedem Mitgliede, das ein rechtliches Interesse an der Feststellung dieser Unverbindlichkeit hat, als ungültig angefochten werden⁴². Neuere Gesetze haben bei manchen Körperschaften das Anfechtungs-

³⁸ Seuff. XXXI Nr. 198, R.Ger. X Nr. 37, Gierke, Genossenschaftsth. S. 178.

³⁹ Vgl. unten § 68 III S. 536 ff.

⁴⁰ Die neueren Gesetze haben vielfach durch Ermächtigung qualifizierter Mehrheitsbeschlüsse zur Erweiterung des körperschaftlichen Bereiches die entgegenstehenden Sonderrechte (vorbehaltlich ihrer statutarischen Verstärkung) allgemein abgeschwächt; vgl. oben Anm. 36. Ebenso ist z. B. die sonderrechtliche Kraft der einer bestimmten Gattung von Aktien eingeräumten Vorrechte dadurch herabgemindert, dass ihre Beseitigung, zu der es an sich der Zustimmung jedes einzelnen Aktionärs bedarf, jetzt schon mit Zustimmung einer besonderen Generalversammlung der bevorrechteten Aktionäre, die aber im Zweifel nur mit Dreiviertelmehrheit beschließen kann, zulässig ist; H.G.B. Art. 215 Abs. 6, Gierke a. a. O. S. 259.

⁴¹ In umfassendem Masse hat die Agrargesetzgebung derartige Eingriffe in Sonderrechte am Gemeinlande vollzogen, hierbei aber nicht immer die von der Gerechtigkeit geforderte Grenze beobachtet; vgl. unten § 72.

⁴² An sich entscheiden hierüber lediglich die allgemeinen Regeln über den Rechtsschutz. Ihnen zufolge ist, während bei öffentlichen Körperschaften der ordentliche Rechtsweg vielfach verschlossen wird, bei privaten nach Erschöpfung der körperschaftsrechtlichen Instanzen eine gerichtliche Anfechtungsklage zulässig. Vgl. Gierke a. a. O. S. 262 ff., 288 Anm. 1, 297 Anm. 1, 633 ff.; Ehrenberg, Versicherungsr. I 135. — Die Möglichkeit der gerichtlichen Anfechtung eines Gewerkschaftsbeschlusses wegen bloßer Unzweckmässigkeit (Preuss. Bergges. § 115—116) ist singuläres Recht; Gierke a. a. O. S. 282 Anm. 4.

recht den Mitgliedern einerseits schlechthin gewährleistet, andererseits aber dadurch, daß sie dessen Ausübung an gewisse Voraussetzungen, Fristen und Formen gebunden haben, stark verschränkt⁴³. Hierdurch ist zugleich die Möglichkeit der Konvaleszenz von ungültigen Versammlungsbeschlüssen durch Verschweigung der Anfechtungsrechte erweitert.

2. Der Vorstand⁴⁴. Der Vorstand ist ein bei den meisten Körperschaften vorhandenes und nach allen neueren Gesetzen rechtsothwendiges Organ⁴⁵. Er kann aus einer einzigen Person oder aus einer Mehrheit von Personen bestehen und im letzteren Falle kollektiv oder kollegialisch eingerichtet sein⁴⁶. Die Berufung zum Vorsteher

⁴³ So H.G.B. Art. 222 mit 190a u. 190b bei Aktiengesellschaften, R.Ges. v. 1. Mai 1889 § 49—50 bei eingetragenen Genossenschaften. Insbesondere kann das erschienene Mitglied das Anfechtungsrecht nur ausüben, wenn es sofort seinen Widerspruch zu Protokoll erklärt hat, das nicht erschienene Mitglied aber eine Anfechtung überhaupt nur auf Mängel der Berufung gründen. Vgl. R.Ger. XIV Nr. 82, XX Nr. 83, XXII Nr. 81, XXX Nr. 15, Seuff. XLVI Nr. 110 (unrichtig ib. Nr. 112). — Es ist anzunehmen, daß die Beschränkung des Anfechtungsrechtes auch den Schutz der körperschaftlichen Sonderrechte verengt, daß dagegen bei Verletzung seiner außerkörperschaftlichen Rechte das Mitglied sich zwar dieser gesetzlich normirten Anfechtungsklage gleichfalls bedienen kann, jedoch nicht ausschließlich auf sie angewiesen ist; vgl. über den letzten Punkt R.Ger. XVII Nr. 3 S. 16, überhaupt Gierke a. a. O. S. 264 Anm. 2 u. 684 Anm. 3.

⁴⁴ Vgl. Gierke, Art. „Vorstand“ in Holtzendorffs Rechtslex. III 1181—1193.

⁴⁵ So auch Entw. II § 25 Abs. 1. Bei den Gesellschaften mit beschränkter Haftung heißt er „Geschäftsführer“; R.Ges. v. 20. Apr. 1892 § 35 ff.

⁴⁶ Einzelvorsteher sind zum Theil gesetzlich vorgeschrieben (z. B. nach der regelmässigen deutschen Landgemeindeverfassung), zum Theil bilden sie die Regel (so nach Preuss. Bergges. § 117 bei Gewerkschaften der „Repraesentant“, statt dessen aber ein aus zwei oder mehreren Personen bestehender „Grubenvorstand“ bestellt werden kann), zum Theil sind sie zulässig (so bei den privaten Genossenschaften, jedoch jetzt mit Ausnahme der eingetragenen Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaften, deren Vorstand nach R.Ges. § 24 mindestens aus zwei Mitgliedern bestehen muß). Kollektive Berufung mehrerer Vorstandsmitglieder ist hinsichtlich der Vertretungsfunktion bei Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaften jetzt gesetzlich nothwendig (R.Ges. § 25), bei Aktiengesellschaften (H.G.B. Art. 229), Gesellschaften mit beschränkter Haftung (R.Ges. § 35), Genossenschaften des sächs. R. (§ 21), anerkannten Vereinen des bayr. R. (Art. 14) u. s. w. die gesetzliche Regel. Ein kollegialischer Vorstand ist vielfach gesetzlich vorgeschrieben (so nach der regelmässigen deutschen Stadtgemeindeverfassung, ebenso bei den öffentlichen Krankenkassen und den Berufsgenossenschaften für Unfallversicherung, vgl. Rosin, Das Recht der Arbeiterversicherung I 691) und überall, wo mehrere Vorstandsmitglieder bestellt werden können, zulässig; seine Willensaktionen stehen im Allgemeinen unter den für Versammlungsbeschlüsse geltenden Regeln (Entw. II § 27). — Durch Gesetz und Statut werden Elemente dieser drei Bildungsarten in mannich-

oder zum Vorstandsmitgliede erfolgt entweder unmittelbar durch die Körperschaftsverfassung⁴⁷ oder durch verfassungsmäßige Bestellung seitens eines Körperschaftsorganes⁴⁸. Im Zweifel wird der Vorstand von der Mitgliederversammlung gewählt⁴⁹. Ebenso erlischt die Vorstandschaft entweder von Rechts wegen (z. B. durch Ablauf einer gesetzlichen oder statutarischen Amtsdauer oder durch Tod) oder kraft einer verfassungsmäßigen Willensaktion⁵⁰. Bei manchen Körperschaften steht der Mitgliederversammlung (oder auch einem anderen Körperschaftsorgane) ein unabänderliches gesetzliches Recht der jederzeitigen Abberufung des Vorstandes zu⁵¹.

Die Zuständigkeit des Vorstandes umfaßt der Regel nach sowohl die Darstellung der Körperschaft in ihrem äußeren Handeln, wie die ständige Leitung ihres inneren Lebens.

Nach außen erscheint die Vertretungsfunktion in allen neueren Gesetzen als wesentliches Begriffsmerkmal des Vorstandes⁵².

fachster Weise kombiniert: Einzelvorsteher oder Kollektivvorsteher mit kollegialischem Beirath; Kollegium mit einheitlicher oder kollektiver Spitze; Ermächtigung eines engeren Kollegiums oder einer engeren kollektiven Einheit oder eines oder jedes einzelnen Vorstandsmitgliedes zu gewissen Funktionen u. s. w. Vgl. Gierke, Genossenschaftsth. S. 677 Anm. 1—2, 681 Anm. 1, 695 Anm. 1—2.

⁴⁷ So ist bei monarchischer Verfassung (vgl. oben § 64 Anm. 20) das Haupt zugleich geborner Vorstand. Auch sonst aber kann die Vorstandschaft mit einer bestimmten Würde oder Stellung (z. B. auch mit der Vorstandschaft in einem anderen Verbands) statutarisch verknüpft oder von vornherein bestimmten Personen anvertraut sein (vgl. R.Ges. v. 20. April 1892 § 6).

⁴⁸ Z. B. durch Selbstergänzung, Wahl seitens eines repräsentativen Ausschusses oder eines Aufsichtsrathes, Delegation seitens verschiedener Klassen oder Gliedkörper u. s. w.; möglicher Weise auch durch staatliche oder sonstige höhere Ernennung, vgl. unten § 67 Anm. 24.

⁴⁹ Vgl. z. B. R.Genoss.Ges. § 24, Entw. II § 26 Abs. 1. Nothwendig bei Innungen (R.Gew.O. § 101) und anderen öffentlichen Körperschaften.

⁵⁰ Entlassung, Suspension oder Absetzung seitens des dazu befugten Körperschaftsorganes, möglicher Weise auch seitens einer staatlichen Aufsichtsbehörde u. s. w.; Gierke, Genossenschaftsth. S. 287 Anm. 1 u. S. 674, unten § 67 Anm. 23.

⁵¹ So bei Aktiengesellschaften (H.G.B. Art. 227 Abs. 3) u. eingetragenen Genossenschaften (R.Ges. § 24 Abs. 3 und § 38). Bei Gesellschaften mit beschränkter Haftung gilt die gleiche gesetzliche Regel, die aber hier statutarisch dahin ermäßigt werden kann, daß die Abberufung nur aus wichtigen Gründen zulässig ist; R.Ges. § 38. Dasselbe will Entw. II § 26 Abs. 2 allgemein bestimmen.

⁵² Anders noch nach Preufs. L.R., das den „Vorsteher“ als solchen nicht allgemein, sondern nur nach Maßgabe besonderer Ermächtigung zur Vertretung beruft und nur in dem Falle, wenn statutarisch oder durch einen mit Zweidrittelsmehrheit gefassten Beschluß besondere „Repräsentanten“ eingesetzt sind, diesen eine vollere Vertretung einräumt (II, 6 § 114—176). Dagegen enthalten die neueren Gesetze ausnahmslos den Satz, daß die Körperschaft einen Vorstand haben muß,

Der Umfang der Vertretungsmacht des Vorstandes richtet sich nach seiner verfassungsmässigen Ermächtigung, wird aber zum Theil durch das Gesetz sei es zwingend sei es subsidiär bestimmt und hierbei bald nur auf einen enger oder weiter abgesteckten Handlungsbereich bald auf alle überhaupt möglichen Handlungen erstreckt⁵³. Soweit hiernach der Vorstand zu einer Handlung nicht oder nur unter Mitwirkung eines anderen Organes befugt ist, vermag er nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen nicht mit Wirkung für die Körperschaft zu handeln⁵⁴. Nur kann die Körperschaft dem gutgläubigen Dritten solche Einschränkungen, auf deren Nichtvorhandensein er sich verlassen durfte, nicht entgegensetzen⁵⁵. Doch ist durch neuere Gesetze nicht nur zum Theil der Schutz des gutgläubigen Dritten ausgedehnt⁵⁶, sondern bei manchen Körperschaftsgattungen der Vorstand mit einer unbeschränkten und unbeschränkbarer Formalvollmacht bekleidet, so daß hier jede Einschränkung, obschon sie nach innen Kraft hat, nach aussen wirkungslos ist⁵⁷. Ueberdies wird vielfach durch die Schaffung formaler Legitimationsmittel die Möglichkeit der Vertretung von dem

der sie „gerichtlich und aussergerichtlich vertritt.“ Meist fügen sie hinzu, daß der Vorstand da, wo sonst eine Spezialvollmacht erforderlich ist, derselben nicht bedarf.

⁵³ Vgl. Beispiele für die hier herrschende Mannichfaltigkeit b. Gierke, Art. „Vorstand“ u. Genossenschaftsth. S. 701 Anm. 4.

⁵⁴ Gierke, Genossenschaftsth. S. 701 ff.; R.O.H.G. XIII Nr. 7, Seuff. XL Nr. 271, XLIII Nr. 217. Hieran halten die meisten Gemeindeordnungen fest. Ebenso gilt dieses Prinzip für die gesetzlich geregelten öffentlichen Genossenschaften, wie dies Rosin, Das Recht der Arbeiterversicherung S. 695, unter Widerlegung abweichender Meinungen für Krankenkassen (trotz der allgemeinen Fassung des § 35 des R.Ges.) und Berufsgenossenschaften (Unfallversich.Ges. § 23) richtig ausführt und wie dies auch für Innungen und Innungsverbände (R.Gew.O. § 101 u. 104 i), Knappschaften (Preufs. Bergges. § 181), Wassergenossenschaften (Preufs. Ges. § 9), Waldgenossenschaften (Preufs. Ges. § 26) u. s. w. anzunehmen ist. Dasselbe Prinzip aber gilt auch für eingeschriebene Hilfskassen (R.Hilfskassenges. § 18), Gewerkschaften (Preufs. Bergges. § 119—120 u. 124), anerkannte Vereine des bayr. R. (Art. 15—16) und allgemein nach Entw. II § 25.

⁵⁵ Seuff. XXXVI Nr. 31, XL Nr. 271, R.Ger. XXX Nr. 57; Gierke, Genossenschaftsth. S. 703 Anm. 1; Ehrenberg, Versicherungsr. I 119.

⁵⁶ Vgl. Pr.L.R. II, 6 § 120—123 u. 128—130; Schweiz. O.R. Art. 654 u. 699—700; Gierke a. a. O. S. 703 Anm. 2.

⁵⁷ So bei Aktiengesellschaften nach H.G.B. Art. 231 u. 234, eingetragenen Genossenschaften nach R.Ges. v. 1. Mai 1889 § 24 u. 27, Gesellschaften mit beschränkter Haftung nach R.Ges. v. 20. April 1892 § 35 u. 37; ebenso bei Genossenschaften des sächs. R. (Ges. v. 15. Juni 1868 § 20), jedoch mit Ausnahme derer, die ausschließlich kirchliche, gemeinnützige oder milde Zwecke verfolgen (§ 38). — Ueber die in Preussen durch die östl. St.O. § 56 Z. 8 u. andere St.O. nach An-

Rechte zur Vertretung losgelöst. Vermöge gehöriger Legitimation kann nicht nur unter Umständen ein Vorstand jenseits seiner wahren Vertretungsmacht wirksam handeln⁵⁸, sondern auch ein ungültig bestellter oder gültig abberufener Vorstand, obschon er in Wahrheit kein Vorstand ist, wirksam als Vorstand auftreten⁵⁹. Die Vertretungs-

nahme der Praxis dem Magistrate unabhängig von inneren Kompetenzbeschränkungen verliehene Vertretungsmacht vgl. Gierke a. a. O. S. 703 Anm. 3 u. seitdem Gruchot, Beitr. XXVI 1078, XXXIV 785, R.Ger. XXXI Nr. 72. — Ueber die Tragweite des Prinzips Gierke a. a. O. S. 704—705.

⁵⁸ So genügt nach neueren preuss. Gesetzen bei Kirchengemeinden zu einer nach außen wirksamen schriftlichen Willenserklärung die Unterzeichnung durch den Vorsitzenden und zwei Mitglieder des Kirchenvorstandes unter Beidrückung des Kirchensiegels: „hierdurch wird Dritten gegenüber die ordnungsmässige Fassung des Beschlusses festgestellt, so dass es eines Nachweises der einzelnen Erfordernisse desselben, insbesondere der erfolgten Zustimmung der Gemeindevertretung, wo eine solche nothwendig ist, nicht bedarf;“ Oestl. Kirchengem.- u. Syn.-O. v. 10. Sept. 1873 § 22 (Hannover. § 27, Wiesbad. § 26, Kassel. § 15), Ges. f. die kathol. Kirchengemeinden v. 20. Juni 1875 § 19. In ähnlicher Weise gelten schriftliche Willenserklärungen für Provinzen und Kreise, wenn sie vom Vorsteher (Landesdirektor oder Landrath) und zwei Mitgliedern des (Provinzial- oder Kreis-) Ausschusses unterschrieben und untersiegelt, für Amtsgemeinden, wenn sie vom Amtsvorsteher und einem Mitgliede des Amtsausschusses unterschrieben, für Landgemeinden, wenn sie vom Gemeindevorsteher und einem Schöffen unterschrieben sind; hier bedarf es aber überdies einer „Anführung des zu Grunde liegenden Beschlusses“; Preuss. östl. Prov.-O. § 90—91, Kreis-O. § 55 u. 187, L.G.O. § 88. Bei Gewerkschaften empfängt der gewählte Repräsentant oder Grubenvorstand eine schriftliche „Legitimation“, in die alle Erweiterungen oder Beschränkungen der gesetzlichen Vertretungsmacht aufgenommen werden müssen; Preuss. Bergges. § 118—119. Vgl. auch Bayr. Ges. v. 13. April 1869 Art. 15 Abs. 3.

⁵⁹ So kraft der Vermuthungen, die sich an die Bewirkung oder Unterlassung der vorgeschriebenen Eintragung der Begründung und Beendigung von Vorstandsmitgliedschaft in das Handelsregister oder ein anderes Register knüpfen; H.G.B. Art. 228 u. 233, R.Ges. v. 1. Mai 1889 § 28—29, R.Ges. v. 20. April 1892 § 8, 39 u. 40; Sächs. Ges. v. 15. Juni 1868 § 16, 19 u. 71; Preuss. Wassergenoss.Ges. § 18; Entw. II § 59—60. Aehnlich bei anderen Formen der Kundmachung, wie bei anerkannten Vereinen des bayr. Rechts (Art. 13 u. 17), Innungen (R.Gew.O. § 101), freien Hilfskassen (R.Ges. § 17), Krankenkassen (R.Ges. § 34), Berufsgenossenschaften (Unfallversicherungsges. § 21) u. s. w. Daneben besteht bei Innungen (R.Gew. § 101), Innungsverbänden (ib. § 104 i), Hilfskassen (§ 17), Krankenkassen (§ 35 Abs. 2), Berufsgenossenschaften (§ 23) eine Legitimation als Vorstand durch eine behördliche Bescheinigung, „dass die darin bezeichneten Personen zur Zeit den Vorstand bilden.“ Vgl. auch Bayr. Ges. v. 1869 Art. 15 Abs. 4, Preuss. Bergges. § 118 Abs. 3. Ueberdies kann das Statut Bestimmungen über die Legitimation treffen, vgl. Sächs. Ges. v. 15. Juni 1868 § 14, Bayr. Ges. v. 1869 Art. 3 Z. 7, Preuss. Wassergenoss.Ges. § 12 Z. 7. — Vgl. Gierke, Genossenschaftsth. S. 675, Rosin a. a. O. S. 693 ff.

funktion des Vorstandes wird durch Gesetz oder Statut in Fällen der Interessenkollision oft suspendirt⁶⁰.

Nach innen wird die Verwaltungsfunktion des Vorstandes durch Gesetz oder Statut mannichfach ungleich normirt⁶¹. Es ist aber möglich, daß der Vorstand als Verwaltungsorgan nach einem ganz anderen Prinzip wie als Vertretungsorgan gebildet, aus einem weiteren Personenkreise zusammengesetzt, in sich mehrfach gegliedert, an die Mitwirkung anderer Organe gebunden ist. Die Verwaltungsfunktion kann auch von der Vertretungsfunktion vollkommen getrennt und einem besonderen Organe übertragen sein⁶².

3. Repräsentativorgane. In vielen Körperschaften begegnen kollegialische Organe, die entweder überhaupt oder in einem gewissen Bereiche die Mitgliederversammlung ersetzen sollen. Sie werden meist sei es ganz sei es in der Hauptsache aus gewählten Vertretern (Repräsentanten, Delegirten u. s. w.) der Mitglieder-gesammtheit gebildet und funktioniren in Versammlungen, für die im Allgemeinen gleiche Regeln wie für Mitgliederversammlungen gelten.

Derartige Organe sind in manchen Körperschaften anstatt der Mitgliederversammlung zu allen Funktionen berufen, die sonst einer Mitgliederversammlung zustehen⁶³. Hier erscheint also, während die Gesammtheit der Mitglieder auf die Funktion des Wählens beschränkt ist, eine Repräsentantenversammlung als eigentliches Willensbildungsorgan. Ihr Beschluß gilt daher im Zweifel als „Körperschaftsbeschlufs“. Bei manchen Körperschaften aber kommt ein Körper-

⁶⁰ Vgl. Gierke a. a. O. S. 710 Anm. 3 u. über die in Ermangelung besonderer Bestimmungen geltenden Grundsätze S. 711 Anm. 1 u. 712 Anm. 1.

⁶¹ Bei den öffentlichen Körperschaften pflegt sie bis ins Einzelne gesetzlich geregelt zu sein; aber auch bei manchen privaten Genossenschaften sind die Funktionen des Vorstandes sowohl hinsichtlich der Leitung des Vereinslebens wie hinsichtlich der Geschäftsführung gesetzlich geordnet, vgl. z. B. H.G.B. Art. 236, 238—240 mit Art. 185 a—185 c, R.Ges. v. 1. Mai 1889 § 30 ff., R.Ges. v. 20. April 1892 § 41—43.

⁶² So z. B. einem besonderen „Verwaltungsrathe“; vgl. Gierke, Art. „Verwaltungsrath“ in Holtzendorffs Rechtslex. III 1124 ff.

⁶³ Diese Verfassung besteht in allen Gemeindeverbänden höherer Ordnung, allen Stadtgemeinden und heute auch den meisten Landgemeinden; in den Deichgenossenschaften und meist auch den Wassergenossenschaften; in den Knappschaften (Preufs. Bergges. § 178 ff.) u. s. w. In Berufsgenossenschaften für Unfallversicherung, freien Hilfskassen und anderen Vereinen kann, in Krankenkassen muß bei Ueberschreitung der Zahl von 500 Mitgliedern (R.Ges. § 37 ff.) statt der Mitgliederversammlung eine Vertreterversammlung gebildet werden, die gleichfalls „Generalversammlung“ oder „Genossenschaftsversammlung“ heißt und genau die gleiche Zuständigkeit wie die Mitgliederversammlung hat; vgl. Rosin, Das Recht der Arbeitervers., I 689 ff.

schaftsbeschluss erst durch die Uebereinstimmung des Beschlusses der Repräsentantenversammlung mit einem Beschluss oder Entschluss des Vorstandes zu Stande⁶⁴.

Andere Organe dieser Art haben neben einer Mitglieder- versammlung oder einer dieselbe ersetzenden Repräsentantenversamm- lung bestimmte Funktionen zu erfüllen, zu deren Ausübung eine vielköpfige und selten zusammentretende Versammlung untauglich ist. Hierher gehören engere oder weitere Ausschüsse, wie sie namentlich behufs ständiger Ueberwachung des Vorstandes bestellt werden und jetzt bei Aktiengesellschaften und eingetragenen Erwerbs- und Wirth- schaftsgenossenschaften unter dem Namen des „Aufsichtsrathes“ ein gesetzlich nothwendiges Organ bilden⁶⁵.

4. Sonstige Organe. Neben diesen zwei oder drei typischen Hauptorganen begegnen vielfach noch andere unmittelbare Organe, die ständig oder in außerordentlichen Fällen eine nicht aus der Zu- ständigkeit eines anderen Organes abgeleitete Funktion ausüben. Hierher gehören z. B. besondere körperschaftliche Gerichte⁶⁶, Re- visoren⁶⁷ u. s. w.⁶⁸. Eine außerordentliche Organstellung erwächst

⁶⁴ Vgl. Gierke, Genossenschaftsth. S. 694. So fordert nach der regel- mäßigen deutschen Stadtverfassung ein Gemeindebeschluss übereinstimmende Be- schlüsse der Repräsentantenversammlung (der Stadtverordneten, des Bürgeraus- schusses u. s. w.) und des kollegialischen Vorstandes (Magistrats, Stadtraths, Senats u. s. w.). Dagegen hat nach der Landgemeindeverfassung (vgl. z. B. Preufs. östl. L.G.O. § 88 u. 140) der Gemeindevorsteher nur Vorsitz und Stimmrecht in der Gemeindevertretung wie in der Gemeindeversammlung und kann nur unter Umständen den gefassten Beschluss beanstanden. Aehnlich in den Gemeindever- bänden höherer Ordnung.

⁶⁵ H.G.B. Art. 224 ff., R.Ges. v. 1. Mai 1889 § 34—39. Als fakultatives Organ ist der Aufsichtsrath auch bei Gesellschaften mit beschränkter Haftung ge- setzlich geregelt; R.Ges. v. 20. April 1892 § 53. Aehnlich der „Ausschuss“ bei eingeschriebenen Hilfskassen (§ 19), der „Aufsichtsrath“ oder „Ausschuss“ bei Genossenschaften des sächs. R. (§ 28), der „Aufsichtsrath“ bei anerkannten Ver- einen des bayr. R. (Art. 20). Vgl. auch Schweiz. O.R. Art. 659—662 u. 705. — Gierke, Art. „Aufsichtsrath“ in Holtzendorffs Rechtsl. I 182 ff., Genossenschaftsth. S. 699 Anm. 1; Ehrenberg, Versicherungsr. I 120 ff.

⁶⁶ So z. B. Innungsschiedsgerichte (R.Gew.O. § 97a Z. 6); Schiedsgerichte der Berufsgenossenschaften für Unfallversicherung, der Wassergenossenschaften, der Fischereigenossenschaften (Rosin, Genoss. S. 199 ff., Arbeiterversich. S. 728 ff.); das im Preufs. Bergg. § 115 Abs. 2 zugelassene Schiedsgericht einer Gewerkschaft.

⁶⁷ So die regelmässig funktionirenden Revisoren der Erwerbs- und Wirthschafts- genossenschaften (R.Ges. v. 1. Mai 1889 § 51—62) und die in außerordentlichen Fällen eintretenden Revisoren der Aktiengesellschaften (H.G.B. Art. 209b, 222a, 299a).

⁶⁸ So auch Wahlversammlungen; die „Vertretung der Arbeiter“ bei Berufs- genossenschaften für Unfallversicherung (R.Ges. v. 6. Juli 1884 § 41—45); die bei

ferner überall da, wo sogenannte „Minoritätsrechte“ anerkannt sind, jedem beliebigen Inbegriff von Mitgliedern, der sich in ausreichender Zahl zur Ausübung eines Minoritätsrechtes vereinigt⁶⁹. In mehr oder minder selbständiger Stellung pflegen sodann in zusammengesetzten Körperschaften die Gliedkörperschaften zugleich als Organe der Gesamtkörperschaft, aber auch in Körperschaften, die nur in Abtheilungen oder Klassen gegliedert sind, diese Abtheilungen oder Klassen in besonderen Versammlungen oder durch besondere Vorsteher oder Ausschüsse als Organe der Körperschaft zu fungiren⁷⁰. Außerdem finden sich in unübersehbarer Mannichfaltigkeit mittelbare Organe, deren Zuständigkeit von der eines unmittelbaren Organes abgezweigt ist⁷¹. Die gesetzlichen und statutarischen Funktionen aller solcher ordentlichen und außerordentlichen Organe können sich sowohl auf das innere Leben der Körperschaft, wie auf ihr äußeres Handeln beziehen⁷².

§ 66. Rechtsfähigkeit der Körperschaften.

Die Körperschaft ist als Verbandsperson rechtsfähig. Ihr sind Rechte und Pflichten von dreifacher Art zugänglich.

I. **Gemeinheitliche**¹. Jeder Körperschaft erwachsen aus den Beziehungen, in denen sie als Gesamtperson zu Einzel- oder Verbandspersonen als ihren Gliedpersonen steht, eigenthümliche „ge-

der Errichtung oder Auflösung einer Körperschaft funktionirenden besonderen Organe, wie jetzt die „Gründer“ der Aktiengesellschaft und die „Liquidatoren“ liquidirender Genossenschaften (Gierke, Genossenschaftsth. S. 275 u. 896 ff.).

⁶⁹ Vgl. H.G.B. Art. 222a, 223, 239a u. 244, auch oben Anm. 15; über die Natur dieser Rechte Gierke a. a. O. S. 267 ff.

⁷⁰ Vgl. z. B. über die „örtlichen Verwaltungsstellen“ der eingeschriebenen Hilfskassen R.G. § 19a—19d, über die „Sektionen“ und „Vertrauensmänner“ der Berufsgenossenschaften für Unfallversicherung R.Ges. v. 6. Juli 1884 § 19, Rosin, Genoss. S. 121 ff.

⁷¹ Die meisten dieser Organe sind vom Vorstande unmittelbar oder mittelbar abhängige Behörden und Beamte; aber auch im Bereiche der Zuständigkeit einer Mitglieder- oder Repräsentantenversammlung begegnen derartige Organe (z. B. Ausschüsse oder Kommissionen); auch finden sich Organe, die von mehreren Hauptorganen gemeinsam ressortiren (z. B. die gemischten Verwaltungsdeputationen in den preufs. Städten).

⁷² Die Gesetze heben öfter ausdrücklich hervor, daß neben dem Vorstande noch andere „Vertreter“ der Körperschaft bestellt werden können und regeln ihre präsumtive Vollmacht; H.G.B. Art. 235, R.Genoss.Ges. § 40, Bayr. Ges. v. 1869 Art. 22, Oest. Genoss.Ges. § 26, Entw. II § 29. — Vgl. dazu unten § 67 Anm. 5.

¹ Gierke, Genossenschaftsth. S. 150 ff.

„gemeinheitliche“ Rechte und Pflichten, wie sie Einzelpersonen nicht zustehen können. Bei den verschiedenen Körperschaftsgattungen nach Umfang und Inhalt überaus ungleich, weisen sie doch überall die gemeinsamen Merkmale personenrechtlicher Befugnisse und Pflichten auf, die in der rechtlich anerkannten Herrschaft eines sozialen Ganzen über seine Glieder und Organe wurzeln. Sie bilden daher in ihrer Einheit die „Körperschaftsgewalt“. Die Körperschaftsgewalt entfaltet sich je nach dem Bereiche der körperschaftlichen Autonomie, Selbstgerichtsbarkeit und Selbstverwaltung in Satzung, Rechtsprechung und Regierung; sie enthält in mancherlei Abstufungen eine Befehls-, Zwangs-, Straf- und Aufsichtsgewalt; sie gewährt Macht über die Person (z. B. durch Verleihung oder Entziehung der Mitgliedschaft oder einer Organträgerschaft) und über das Vermögen (z. B. durch Ausschreibung von Beiträgen). Insoweit eine Körperschaft dem öffentlichen Recht angehört, gelten ihre gemeinheitlichen Rechte und Pflichten als öffentliche Rechte und Pflichten und werden daher vom Staate nach Analogie seiner Hoheitsrechte und Hoheitspflichten behandelt. Insoweit dagegen eine Körperschaft nur als privatrechtliches Gebilde anerkannt ist, haben alle solche „inneren Körperschaftsrechte“ nur den Rang des Privatrechtes und bilden daher eine eigne Klasse privater Gewaltrechte.

II. Gliedmäßige². Für jede Körperschaft fließen aus ihrer Eingliederung in den Staat und für viele Körperschaften aus ihrer Eingliederung in einen anderen Verband „gliedmäßige“ Rechte und Pflichten. Sie sind zum Theil von gleicher Beschaffenheit, wie die Rechte und Pflichten, die sich für Einzelpersonen aus derartiger Eingliederung ergeben. So besteht dem Staate gegenüber für Verbandspersonen und für Einzelpersonen dieselbe allgemeine Gehorsamspflicht und derselbe Anspruch auf Rechtsschutz; so werden Verbandspersonen und Einzelpersonen vielfach einer gleichartigen staatlichen und kommunalen Steuerpflicht unterworfen, mitunter auch mit gleichartigen öffentlichen Stimmrechten ausgerüstet und in gleicher Weise zum Erwerbe der mit Grundbesitz verknüpften öffentlichen Rechte (z. B. Gutsvorsteherschaft, Patronat, ehemals auch Land- oder Kreisstandschaft u. s. w.) zugelassen; so können in vielen Genossenschaften Verbandspersonen und Einzelpersonen neben einander Mitglieder zu gleichem Rechte und zu gleicher Pflicht sein. Zum anderen

² Gierke a. a. O. S. 152 ff.; Bernatzik a. a. O. S. 273 ff.; Jellinek a. a. O. S. 243 ff. Dazu die Darstellung des gegenwärtigen Rechtszustandes hinsichtlich der Steuerpflichten und der politischen Rechte der juristischen Personen b. E. Mayer a. a. O. (oben § 58 Anm. 20) S. 696 ff. u. 698 ff.

Theil aber handelt es sich bei den gliedmässigen Rechten und Pflichten der Körperschaften um Beziehungen, in denen nur eine Verbandsperson oder nur eine besonders geartete Verbandsperson stehen kann. Dies gilt für die aus der Unterwerfung jeder Körperschaft unter die staatliche Körperschaftshoheit folgenden Rechtsverhältnisse; es gilt für die besonderen Verknüpfungen, die sich zwischen einer öffentlichen Körperschaft und dem Staate aus einer ihr eingeräumten spezifischen Gliedstellung oder in ähnlicher Weise zwischen einer engeren und einer weiteren öffentlichen Körperschaft (z. B. zwischen Innung und Gemeinde oder zwischen Ortsgemeinde und höherem Gemeindeverband) ergeben; es gilt für die in jeder aus Körperschaften zusammengesetzten Körperschaft den Gliedkörperschaften als solchen zugetheilten Rechte und Pflichten. Ob die Rechte und Pflichten dieser Klasse dem öffentlichen Recht oder dem Privatrecht angehören, entscheidet sich lediglich nach der Beschaffenheit des Verbandes, auf den sich das Gliedverhältnis bezieht. Alle im Staatsverbände oder einem anderen öffentlichen Verbände wurzelnden gliedmässigen Rechte und Pflichten sind öffentlichrechtlicher Natur, auch wenn ihr Subjekt eine Privatrechtskörperschaft ist. Dagegen verharren die gliedmässigen Rechte und Pflichten in einer Privatrechtskörperschaft auf dem Boden des Privatrechts, mag auch ihr Subjekt eine öffentliche Körperschaft, eine Gemeinde oder der Staat selbst (z. B. als Aktionär, Gewerke, Vereinsmitglied) sein.

III. Individuelle³. Schliesslich sind jeder Körperschaft, insofern sie als eine selbständige Person neben anderen Personen steht, „individuelle“ Rechte und Pflichten zugänglich. In dieser Hinsicht gilt heute im Allgemeinen der Grundsatz der Gleichstellung der Verbandspersonen mit den Einzelpersonen⁴ und folgeweise auch der

³ Gierke a. a. O. S. 142 ff.

⁴ So nach Pr. L.R. II, 6 § 82 u. Oesterr. Gb. § 26. Ebenso aber nach gemeinem Recht. — Anders nach älterem römischem Recht, das den Staat auch im Vermögensrecht über die Privatrechtsordnung emporhob (Gierke, Genossenschaftsr. III 54 ff.), den übrigen Verbandspersonen dagegen nur eine unvollkommene Privatrechtsfähigkeit zugestand (ib. S. 88 ff.). Allein schon im Justinianischen Recht gilt die Gleichstellung als Regel (ib. S. 146 ff.). Die im Corpus juris civilis noch erhaltenen Reste des älteren Systems sind in Deutschland, dessen einheimisches Recht nichts Aehnliches aufwies, nicht praktisch geworden. Namentlich sind die Versuche, gegenüber der mittelalterlichen Doktrin, die allen juristischen Personen die testamentarische Erbfähigkeit zusprach (ib. S. 209, 373 u. 441), den engeren Standpunkt des Justinianischen Rechts durchzusetzen (vgl. Savigny II 301 ff., Pfeifer S. 109 ff., Puchta, Rechtslex. III 68 ff., Sintenis § 15 Anm. 46, Köppen, Erbrecht § 5 Anm. 40, Bekker, Pand. I 224), erfolglos geblieben; Unger

Verbandspersonen unter einander. Jede Körperschaft kann also im Zweifel alle Rechte und Pflichten haben, die dem einzelnen Menschen als Individuum zustehen können. Und diese Rechte und Pflichten sind in beiden Fällen von gleicher Beschaffenheit, gehören daher auch dann, wenn eine Körperschaft ihr Subjekt ist, durchweg dem Privatrecht an.

Die Individualrechtsfähigkeit der Körperschaft äußert sich vor Allem in ihrer Vermögensfähigkeit⁵. Doch erschöpft sie sich keineswegs in der Vermögensfähigkeit⁶. Vielmehr sind der Körperschaft auch individuelle Persönlichkeitsrechte zugänglich: Stand oder Rang⁷; ein bürgerlicher oder kaufmännischer Name⁸; Zeichenrechte verschiedener Art⁹; Urheber- und Erfinderrechte¹⁰;

§ 42 Anm. 44, Beseler § 66 Anm. 2, Stobbe § 49 Anm. 12, Roth, D.P.R. § 71 Anm. 18, Gierke, Genossenschaftsth. S. 142 Anm. 1, Dernburg, Pand. III § 95 Anm. 5, Regelsberger I 321.

⁵ Nur Vermögensfähigkeit, nicht Vermögen ist für sie begriffswesentlich; Stobbe § 49 Anm. 5, Bekker § 64 Anm. b, Dernburg, Pand. § 59 Anm. 9, Gierke, Genossenschaftsth. S. 144 Anm. 3. Anders natürlich bei Vermögensgenossenschaften, vgl. oben § 63 Anm. 6 ff.

⁶ Vgl. über und wider die gegentheilige herrschende Lehre Beseler § 66 u. Gierke a. a. O. S. 145 Anm. 1.

⁷ So z. B. „adliger“ oder „geistlicher“ Stand. So die berufsständische Eigenschaft als „Kaufmann“, die jede Körperschaft auf Grund des H.G.B. Art. 4 durch gewerbemäßigen Betrieb von Handelsgeschäften erlangt, eine Aktiengesellschaft, eingetragene Genossenschaft oder Gesellschaft mit beschränkter Haftung aber ohne Rücksicht auf die Art ihres Betriebes hat, H.G.B. Art. 208, R.Ges. v. 1. Mai 1889 § 17 u. v. 20. Apr. 1892 § 13. Man denke ferner an die besonderen Würden und Titel mancher Städte, an die Rangordnung der Fakultäten u. s. w.

⁸ Nach den neueren Gesetzen muß jede Körperschaft einen besonderen Namen annehmen, der einerseits ihre Zugehörigkeit zu einer bestimmten Gattung anzeigen, andererseits sich von den schon vorhandenen Namen unterscheiden soll; vgl. z. B. R.Gew.O. § 98 Abs. 2, Hülfskassenges. § 2, Preufs. Bergges. § 95, Sächs. Ges. v. 15. Juni 1868 § 12, Entw. II § 51. Eine Körperschaft mit Kaufmannseigenschaft kann neben ihrem gemeinen Namen eine Firma führen, für die das gewöhnliche Firmenrecht gilt. Bei Körperschaften, deren Persönlichkeit in der Kaufmannseigenschaft aufgeht, ist der Name eine Firma (vgl. H.G.B. Art. 18, R.Ges. v. 1. Mai 1889 § 3 u. v. 20. Apr. 1892 § 4); auch diese Firma aber, insbesondere auch die „Sachfirma“ der Aktiengesellschaft, hat die Natur eines Personennamens, R.Ger. IX Nr. 22 S. 105. — Vgl. unten § 83.

⁹ Viele Körperschaften führen ein Wappen, die meisten ein Siegel. Das Recht des eignen Siegels spielte früher eine besondere Rolle, Gierke, Genossenschaftsr. III 440 u. 760 Anm. 11; auch heute kommt eine juristische Bedeutung des Körperschaftssiegels vor, vgl. z. B. oben § 65 Anm. 58. Hinsichtlich der Waarenzeichen gilt für Verbandspersonen und Einzelpersonen gleiches Recht. — Vgl. unten § 84.

¹⁰ R.Ges. v. 11. Juni 1870 § 13 u. v. 11. Jan. 1876 § 2; Kohler, Patentr.

Gewerberechte¹¹ u. s. w. Jede Körperschaft hat ferner einen dem Wohnsitz der Einzelperson entsprechenden örtlichen Sitz¹². Auch giebt es eine besondere Körperschaftslehre, für deren Schutz freilich das geltende Recht nur unvollkommen sorgt¹³.

Die Gleichstellung der Verbandsperson mit den Einzelpersonen erfährt indess einzelne Ausnahmen.

Auf der einen Seite finden sich Einschränkungen der körperschaftlichen Individualrechtsfähigkeit. Der Natur der Sache nach kommen bei Verbandspersonen sämtliche Familienrechte mit Einschluß des gesetzlichen Erbrechtes in Wegfall¹⁴. Durch positive Gesetze werden ferner dem Vermögenserwerbe aller oder gewisser Verbandspersonen Schranken gezogen. Schon seit dem Mittelalter suchten in Städten und Ländern die sogenannten „Amortisationsgesetze“ der Anhäufung des Vermögens in der „todten Hand“ entgegenzuwirken¹⁵.

S. 61; Reuling, Z. f. H.R. XXIII 107; Gierke, Genossenschaftsth. S. 146 Anm. 3; Regelsberger § 81 Anm. 9. Vgl. unten § 86 II 2.

¹¹ Und zwar als Real- oder Personalrechte. Ebenso Aneignungsrechte, z. B. Jagd- und Fischereirechte.

¹² Im Zweifel am Mittelpunkte ihrer Verwaltung; doch kommt es zunächst auf eine gesetzliche oder statutarische Bestimmung an; vgl. C.Pr.O. § 19; H.G.B. Art. 209 Z. 1, R.Ges. v. 1. Mai 1889 § 6 Z. 1, v. 20. Apr. 1892 § 3 Z. 1, R.Gew.O. § 98 a Z. 1 u. § 104 b litt. a, Hilfskassenges. § 3 Z. 1, Entw. II § 23 Abs. 4 u. § 51. Dieser „Sitz“ ist ein „Wohnsitz“ mit allen Rechtsfolgen eines solchen; R.Ger. XXVII Nr. 114, auch Seuff. XLV Nr. 273. Vgl. Savigny II 65 ff., Stobbe § 30 Anm. 19, Wach, Civilproz. I 403 ff., v. Bar, Intern. P.R. I 162 ff., Regelsberger § 74 V. — Nach dem Sitz bestimmt sich hier regelmäßig auch die Staats- und Gemeindeangehörigkeit und daher die Eigenschaft einer Körperschaft als einer „inländischen“ oder „ausländischen“. An diesen Unterschied knüpfen sich zum Theil gleiche Rechtsfolgen wie bei Einzelpersonen; vgl. z. B. R.Ges. v. 25. Okt. 1867 § 2 (Flaggenrecht). Doch ist die privatrechtliche Gleichstellung der Fremden mit den Einheimischen zu Gunsten fremder Verbandspersonen nicht in gleichem Maße wie zu Gunsten fremder Einzelpersonen durchgeführt; vgl. v. Bar a. a. O. S. 300 ff., Jellinek a. a. O. S. 249 ff. Im Deutschen Reiche kommt auch den einem anderen deutschen Staate angehörigen Verbandspersonen das Reichsindigenat (vgl. oben S. 444) nicht zu Gute; Gierke, Genossenschaftsth. S. 153 Anm. 2.

¹³ Str.G.B. § 196—197, auch § 187. Näheres über Geschichte u. geltendes Recht b. Gierke, Genossenschaftsr. III 372 Anm. 69 u. 440 Anm. 106, Genossenschaftsth. S. 147—150. Vgl. auch Karlowa a. a. O. S. 426 ff., Regelsberger § 81 Anm. 3.

¹⁴ Vgl. hierüber (auch über die scheinbaren Ausnahmen) Gierke, Genossenschaftsth. S. 145.

¹⁵ Vgl. Kahl, Die deutschen Amortisationsgesetze, Tüb. 1879, sowie im Handwörterb. der Staatswiss. I 241 ff.; Gierke, Genossenschaftsr. III 815 ff., Genossenschaftsth. S. 144 Anm. 2 u. S. 667; Chr. Meurer, „Amortisationsgesetze“, in Stengels Wörterb. des deut. Verwaltungsr. I 80 ff. Die heutigen Amortisations-

Die älteren Gesetze dieser Art richten sich nur gegen kirchliche Rechtssubjekte¹⁶, manche neuere Gesetze aber beziehen sich auf alle „juristischen Personen“¹⁷. Die Amortisationsgesetze machen namentlich meist allen oder gewissen Liegenschaftserwerb von staatlicher Bewilligung abhängig¹⁸. Neuere Gesetze aber binden überdies jeden irgendwie gearteten Erwerb aus Schenkungen oder letztwilligen Verfügungen theils überhaupt theils bei Ueberschreitung eines bestimmten Betrages an staatliche Genehmigung¹⁹. Endlich kann auch für eine einzelne Körperschaft durch ihr besonderes Lebensgesetz der Erwerb gewisser Rechte oder die Uebernahme gewisser Pflichten ausgeschlossen sein²⁰.

Auf der anderen Seite begegnen Erweiterungen der körperschaftlichen Rechtsfähigkeit durch gesetzliche Begünstigungen (Privilegien i. w. S.)²¹. Doch giebt es im heutigen Recht keine für alle Verbandspersonen geltenden Vorrechte mehr²². Auch den für bestimmte Klassen von Verbandspersonen im früheren Rechte zahlreich begründeten Privilegien ist das neuere Recht im Gebiete des Privat-

gesetze beschränken freilich formell nicht die Rechtsfähigkeit, sondern nur die Handlungsfähigkeit; allein ihre Tendenz ist auf Abwehr einer übermäßigen Anhäufung von Vermögensrechten gerichtet.

¹⁶ Vgl. Kahl S. 310 ff., Gierke, Genossenschaftsr. III 815 Anm. 189 u. 190; Pr. L.R. II, 11 § 194; Code civ. Art. 910 u. 937.

¹⁷ So schon Hannov. V. v. 26. Jan. 1753 § 12 b. Spangenberg, Samml. I 332: „alle collegia, universitates oder sog. corpora mortua“. Besonders aber Preufs. Ges. betr. die Genehmigung zu Schenkungen und letztwilligen Zuwendungen, sowie zur Uebertragung von unbeweglichen Gegenständen an Korporationen u. andere juristische Personen v. 23. Febr. 1870, das jedoch in § 6 Familienfideikomnisse und Familienstiftungen ausnimmt. Ferner Bad. Ges. v. 5. Mai 1870.

¹⁸ In der Regel auch den onerosen Erwerb, zum Theil jedoch nur den lukrativen; bisweilen nur den Erwerb jenseits einer bestimmten Werthgrenze. Vgl. Kahl S. 313 ff., Gierke a. a. O. Das Preufs. Ges. v. 23. Febr. 1870 hält in § 4 das bisherige Recht für den Immobiliärerwerb aufrecht.

¹⁹ So das Bad. Ges. v. 5. Mai 1870 § 1 überhaupt; das Preufs. Ges. v. 23. Febr. 1870 bei einem Betrage über 3000 Mark (§ 2), in dem Falle aber, daß durch die Zuwendung entweder eine neue juristische Person ins Leben gerufen oder einer bestehenden juristischen Person die Verfolgung neuer Zwecke auferlegt werden soll, ohne Rücksicht auf den Betrag (§ 1).

²⁰ Vgl. Sächs. Gb. § 52; Förster-Eccius IV 655 Anm. 15.

²¹ Die Ertheilung von Privilegien i. e. S. an einzelne Verbandspersonen steht unter den allgemeinen Regeln; vgl. oben § 34, Pr.L.R. II, 6 § 26.

²² Selbst wo das ältere Recht allen „juristischen Personen“ oder „Korporationen“ bestimmte Privilegien gewährt, haben daran die durch die neueren Gesetze geregelten Körperschaften, bei deren Ausstattung mit Rechtsfähigkeit die Ausdrücke „juristische Person“ oder „Korporation“ meist vermieden sind, keinen Theil; vgl. Gierke, Genossenschaftsth. S. 98 ff., 99 ff.

rechts wenig geneigt²³. Insbesondere hat die Einräumung der privilegia minorum an alle oder gewisse juristische Personen, seitdem ihr mit Ueberwindung der Auffassung der Verbandspersonen als unmündiger Wesen der Boden entzogen ist, sich nur noch in Bruchstücken erhalten²⁴. Zu den Privilegien gehört auch das manchen Körperschaften und Anstalten zustehende gesetzliche Erbrecht gegen ihre Mitglieder oder Insassen²⁵.

§ 67. Handlungsfähigkeit der Körperschaften.

I. Ueberhaupt. Als eine reale Gesamtperson, deren einheitliches Gemeinleben sich durch Organe bethätigt, ist die Körperschaft handlungsfähig¹. Was ein Körperschaftsorgan im Bereiche seiner körperschaftlichen Funktion thut oder nicht thut, ist eine Handlung oder Unterlassung der Körperschaft selbst. Für die rechtliche Beurtheilung solcher Handlungen und Unterlassungen kommen im gleichen Umfange wie bei den Einzelpersonen Willens- und Bewußtseinsvorgänge in Betracht. Das Wollen oder Nichtwollen der

²³ Die modernen Begünstigungen gewisser Verbandspersonen gehören meist dem öffentlichen Rechte an; so auch die Steuer-, Gebühren- und Stempelbefreiungen. Vgl. über solche „Privilegien“ Menzel, Die Arbeiterversicherung nach österr. R. S. 95 ff.

²⁴ Vgl. Gierke, Genossenschaftsr. III 735 u. 759, Genossenschaftsth. S. 143 Anm. 3, Stobbe § 53 Anm. 3. Die Beseitigung der privilegia minorum durch neuere Reichsgesetze trifft auch die juristischen Personen; vgl. oben § 44 Anm. 54.

²⁵ Vgl. Gierke, Genossenschaftsr. III 291 Anm. 139 u. S. 373 Anm. 77, Stobbe § 297 II; Näheres im Erbrecht. — Ueber Pfandrechts- und Konkursprivilegien des älteren Rechts Gierke a. a. O. S. 759; jetzt R.Konk.O. § 41 Z. 1.

¹ Vgl. Gierke, Genossenschaftsth. S. 603 ff. Die Handlungsfähigkeit der Körperschaften, die im älteren deutschen Recht unbezweifelt feststand und auch nach der Rezeption anerkannt blieb, wird zwar in der heutigen Theorie nur von Wenigen unumwunden zugestanden (a. a. O. S. 603 Anm. 2 u. S. 606 Anm. 1, seitdem bes. auch Regelsberger § 82), während die Meisten (und zwar keineswegs bloß die Anhänger der Fiktionstheorie) die romanistische Lehre von der Willens- und Handlungsunfähigkeit der universitas als unantastbares Dogma behandeln (a. a. O. S. 604 Anm. 1—2). Allein die Konsequenzen dieses Dogmas werden nicht mehr gezogen. In der Praxis überwiegt trotz vielfacher Anlehnung an das romanistische Dogma (a. a. O. S. 605 Anm. 2, auch Seuff. XLII Nr. 96 S. 138, XLIX Nr. 1 S. 2) durchaus die Annahme der durch Organe vermittelten körperschaftlichen Handlungsfähigkeit (a. a. O. S. 605 Anm. 3 u. S. 615 ff.). Die neueren Gesetzbücher und Gesetze sprechen sie ausdrücklich aus oder setzen sie doch voraus (a. a. O. S. 611 Anm. 1 u. S. 614 Anm. 1). Entw. I wollte das romanistische Dogma legalisiren (vgl. Gierke, Entw. S. 148 ff.); Entw. II § 25 ff. läßt die Frage offen.

Körperschaft bestimmt sich durch die Entfaltung des Gemeinwillens in den Beschlüssen und Entschlüssen der hierzu berufenen Willensorgane². Ueber das Wissen oder Nichtwissen der Körperschaft entscheidet der Inhalt des Gemeinbewußtseins, das in den hierzu berufenen Bewußtseinsorganen zu Stande kommt³.

Natürlich können für Körperschaften auch Stellvertreter handeln. Denn vermöge der Gleichstellung von Verbandspersonen und Einzelpersonen im Individualrecht sind im Allgemeinen auch die individualrechtlichen Stellvertretungsverhältnisse beiden Personenklassen in gleicher Weise zugänglich⁴. Allein eine derartige Vertretung der Körperschaft durch eine andere Person bleibt von ihrer Vertretung durch ihr Organ grundsätzlich verschieden⁵.

II. Umfang. Der Umfang der körperschaftlichen Handlungsfähigkeit wird zuvörderst durch den Umfang der körperschaftlichen Rechtsfähigkeit bestimmt, unter einem doppelten Gesichtspunkte aber durch die rechtliche Lebensordnung der einzelnen Körperschaft in engere Grenzen eingeschlossen.

1. Zunächst vermag jede Körperschaft nur innerhalb des ihr vom Recht gesetzten Lebensbereiches rechtswirksam zu handeln⁶. Jede Körperschaft hat ihren eignen Lebenszweck, der zum Unterschiede von dem Lebenszwecke des einzelnen Menschen den

² Gierke, Genossenschaftsth. S. 608 ff., 618, 698 ff.; dazu über die Trennung von Willensentschluss u. Willenserklärung R.Ger. XXXI 325 ff.

³ Gierke a. a. O. S. 627 ff. u. 698 ff. Eine Körperschaft kann sich in gutem oder bösem Glauben befinden (Pr. L.R. I, 7 § 26--39, Oest. Gb. § 337, R.Ger. b. Seuff. XL Nr. 275, Gierke a. a. O. S. 627 Anm. 1), eine Wahrnehmung machen (R.Ger. XXX Nr. 71) oder eine Kenntniß erlangen (z. B. durch Mittheilung an ein gesetzlich oder statutarisch zur Empfangnahme ermächtigtes Vorstandsmitglied, Seuff. XXV Nr. 199, R.O.H.G. XXIII Nr. 25, R.Ger. XXIV Nr. 16, C.Pr.O. § 157 u. 169, Entw. II § 27 Abs. 2), in verschuldeter Unkenntniß sein (R.Ger. XXV Nr. 31), sich in Irrthum befinden (Seuff. VII Nr. 269, R.O.H.G. XVIII Nr. 41, XXII Nr. 59 u. 69, R.Ger. I Nr. 72, XIII Nr. 11, XXX Nr. 60) u. s. w. Ueber die Kontinuität des körperschaftlichen Bewußtseins trotz des Wechsels der Organträgerschaft vgl. Seuff. XLVI Nr. 3.

⁴ Eine Körperschaft kann nicht nur Einzelvollmachten ertheilen, sondern auch ständige Stellvertreter bestellen; ist sie Kaufmann, so kann sie auch Prokuristen und Generalhandlungsbevollmächtigte haben (H.G.B. Art. 234, R.Ges. v. 20. Apr. 1892 § 47 Z. 7), was aber jetzt bei eingetragenen Genossenschaften gesetzlich ausgeschlossen ist (R.Ges. v. 1. Mai 1889 § 40 Abs. 2).

⁵ Thatsächlich können freilich oft Zweifel entstehen, ob ein Verhältnis der einen oder der anderen Art vorliegt. Zumal die oben § 65 Anm. 72 angef. Gesetzesbestimmungen über „Vertreter“ beiderlei Verhältnisse umspannen.

⁶ Gierke, Genossenschaftsth. S. 631 ff.

Gegenstand rechtlicher Normirung bildet⁷. Sowohl durch die allgemeine Bestimmung dieses Zweckes, wie durch die Regelung der für seine Erfüllung zu lösenden Einzelaufgaben werden der körperschaftlichen Lebensthätigkeit gesetzliche und statutarische Grenzen gezogen, bei deren Ueberschreitung eine Körperschaftshandlung im Rechtssinne nicht vorliegt⁸.

2. Sodann wirkt die Gebundenheit des körperschaftlichen Gemeinlebens durch höheres Gemeinleben einschränkend auf die körperschaftliche Handlungsfähigkeit ein⁹.

Vor Allem unterliegt die körperschaftliche Lebensthätigkeit einer aus der staatlichen Körperschaftshoheit fließenden Staatsaufsicht. Denn wenn auch das moderne Recht mit dem älteren System, nach dem der Staat über die juristische Person als ein von ihren Verwaltern bevormundetes willensunfähiges Wesen eine förmliche Obervormundschaft führte¹⁰, vollständig gebrochen hat¹¹, [so ist doch der Staat als Träger des höchsten Gemeinlebens, dem jedes engere Gemeinleben eingeordnet ist, zu einer spezifischen Aufsicht über alle körperschaftliche Lebensführung berufen¹². Nur erstreckt sich im Gegensatze zu der ehemaligen Bevormundung die Aufsicht über die mündig erklärten Körperschaften nicht weiter, als dies die Wahrung der Rechte und Interessen des Staatsganzen gegen jedes in ihm enthaltene besondere Verbandsganze fordert. Darum findet bei rein

⁷ Rosin, Souveränität, Staat, Gemeinde, Selbstverwaltung (1883) § 14—15; Das Recht der öff. Genoss. S. 92 ff.

⁸ Gierke a. a. O. S. 633 ff. — Anders natürlich, wenn die Körperschaft sich selbst ihre Lebensaufgabe erweitern kann und die Erfordernisse einer solchen Erweiterung gewahrt sind; a. a. O. S. 635 ff. Auch ist zu beachten, daß insoweit als die Begrenzung des eignen Lebensbereiches sich mit der Sicherung fremder Lebensbereiche gegen körperschaftliche Uebergriffe deckt, eine Körperschaftshandlung jenseits jener Grenze durch fremde Mitwirkung ermöglicht wird; a. a. O. S. 639 ff.

⁹ Gierke a. a. O. S. 641 ff. Vgl. oben § 59 II 6.

¹⁰ Gierke a. a. O. S. 643 ff. Von einer folgerichtigen Durchführung dieses Gedankens war freilich nicht die Rede, da sich mit ihm stets der Gedanke der Abwehr körperschaftlicher Uebergriffe verband; vgl. die a. a. O. S. 645 angef. Bestimmungen des preufs. L.R. und anderer Gesetze.

¹¹ A. a. O. S. 646 ff. — Hierdurch ist nicht ausgeschlossen, daß, wie dies manche Gesetze zulassen, eine einzelne Körperschaft aus besonderen Gründen entmündigt und unter Staatskuratel gestellt werden kann; vgl. Bündner Gesetzb. § 134—135, Württ. Ges. v. 24. Jan. 1855.

¹² Selbstverständlich unterliegen Verbandspersonen überdies in ihrem äußeren Verhalten (z. B. in ihrem Gewerbebetriebe) derselben Staatsaufsicht, der im gleichen Falle Einzelpersonen unterliegen; diese Aufsicht hat aber nichts Spezifisches an sich, vgl. Gierke a. a. O. S. 651 Anm. 2.

privaten Genossenschaften nach den neueren Gesetzen eine staatliche Einmischung in den normalen Verlauf des Vereinslebens überhaupt nicht mehr statt; vielmehr greift hier die Staatsaufsicht nur in Fällen einer außerordentlichen Störung und auch dann meist erst auf Antrag von Beteiligten unmittelbar ein, während der Staat im Uebrigen nur durch Erzwingung einer ausgedehnten Publizität für die Offenlegung der wichtigsten körperschaftlichen Lebensvorgänge sorgt¹³. Aber auch den einer ständigen Aufsicht unterworfenen Körperschaften und namentlich auch den Gemeinden und öffentlichen Genossenschaften ist grundsätzlich die Selbstverwaltung und damit regelmässig die Handlungsfreiheit in ihrem eignen Lebensbereiche gewährleistet¹⁴. Das moderne Recht schränkt ferner bei privaten und zum Theil auch bei öffentlichen Körperschaften das Aufsichtsrecht des Staates regelmässig auf eine Prüfung der Rechtmässigkeit der Körperschaftshandlungen ein¹⁵ und beruft nur in besonderen Fällen den Staat zugleich zur Prüfung ihrer Zweckmässigkeit¹⁶. Auch richtet sich die Staatsaufsicht bei den privaten und manchen öffentlichen Körperschaften im Ganzen nur auf die Abwehr ungehöriger Handlungen¹⁷ und blos in einzelnen formalen Beziehungen auf die

¹³ Dieses System gilt reichsrechtlich bei Aktiengesellschaften, eingetragenen Genossenschaften und Gesellschaften mit beschränkter Haftung, landesrechtlich bei Gewerkschaften, freien Wassergenossenschaften, eingetragenen Genossenschaften des sächs. R. u. anerkannten Vereinen des bayr. R.; auch soll es nach Entw. II bei eingetragenen Vereinen gelten. Uebrigens ist das Mass der staatlichen Einmischungsbefugnisse bei den verschiedenen Körperschaftsgattungen ungleich bestimmt; insbesondere weichen die Gesetze von einander bei Abgrenzung der Fälle ab, in denen die Aufsichtsbehörde von Amtswegen einzuschreiten hat; vgl. Gierke a. a. O. S. 654 Anm. 1 u. seitdem R.Ges. v. 1. Mai 1889 § 55—59, 62, 79 u. 152, R.Ges. v. 20. Apr. 1892 § 62, Entw. II § 40, 59, 63—66 u. 68.

¹⁴ Von den privaten Körperschaften sind reichsrechtlich die eingeschriebenen Hilfskassen (§ 33), landesrechtlich regelmässig alle Verbände, denen die juristische Persönlichkeit speziell verliehen ist, unter ständiger Staatsaufsicht verblieben. Hinsichtlich der ständigen Staatsaufsicht über öffentliche Körperschaften vgl. Gierke a. a. O. S. 611 Anm. 1 u. 646 ff., über Gemeinden E. Löning, Verwaltungsr. S. 196 ff., 205, 207, 210 ff., 220 ff., 224, über öffentliche Genossenschaften Rosin, Genoss. S. 102 ff., Arbeiterversich. I 702 ff., Piloty, Unfallv. II 331 ff., Menzel, Arbeitervers. S. 167 ff. — Auch bei öffentlichen Körperschaften spricht demgemäss heute die Vermuthung für Handlungsfreiheit; R.Ger. XV Nr. 12.

¹⁵ Rosin, Genoss. S. 106 ff., Gierke a. a. O. S. 655 Anm. 1.

¹⁶ So meist, aber nicht immer, wo eine Körperschaftshandlung staatlicher Genehmigung bedarf; zum Theil aber auch bei staatlichen Repressivmassregeln; vgl. Gierke a. a. O. S. 654 Anm. 2.

¹⁷ Zum Theil nur auf die Abwehr einer nach allgemeinen Grundsätzen un-erlaubten Thätigkeit (Bayr. Ges. v. 29. Apr. 1869 Art. 26 Nr. 3, Sächs. Ges. v. 15. Juni 1868 § 78 Nr. 1, R.Ges. v. 20. Apr. 1892 § 62), zum Theil auch auf die

Herbeiführung einer positiven Willensaktion¹⁸, und nur insoweit, als die Lebensaufgabe einer Körperschaft zu einem dem Staate geschuldeten öffentlichen Beruf erhoben ist, hält der Staat die Körperschaft zur positiven Erfüllung ihres eignen Lebenszweckes an¹⁹. Was endlich die einzelnen dem Staate zu Gebote gestellten Mittel der Aufsichtsführung betrifft, so ist zunächst in dem Aufsichtsrechte stets das Recht zur Kenntnissnahme von den ihm unterworfenen Lebensvorgängen enthalten²⁰. Im Uebrigen ist die Staatsaufsicht heute regelmäßig auf abhelfende (repressive) Mafsregeln angewiesen. Diese bestehen theils in Zwangsmafsregeln, vermöge deren der Staat auf die Bildung und Ausführung eines fehlerfreien Körperschaftswillens hinwirkt²¹, theils in Einmischungshandlungen, vermöge deren der Staat den abirrenden Körperschaftswillen aus seiner höheren Willensmacht heraus unmittelbar berichtigt, mag er nun blos eine ungehörige Körperschaftsaktion beseitigen²² oder mag er eine eigne Willensaktion

Abwehr einer Ueberschreitung des gesetzlichen oder statutarischen Wirkungskreises durch Verfolgung gewisser ausgeschlossener Zwecke (Sächs. Ges. v. 1868 a. a. O. vgl. mit § 72 Abs. 2, Entw. II § 40) oder überhaupt irgend welcher fremdartiger Zwecke (R.Genoss.Ges. § 58, 79 u. 153, R.Hülfskassenges. § 29 Z. 5, ebenso bei allen öffentlichen Körperschaften). Dazu tritt vielfach eine besondere staatliche Reaktion gegen einzelne rechts- oder zweckwidrige Handlungen; Gierke a. a. O. S. 656.

¹⁸ So namentlich allgemein auf Erfüllung der Publizitätspflichten, vielfach aber auch auf Bildung der erforderlichen Organe; Gierke a. a. O. S. 658 Anm. 1.

¹⁹ Rosin, Genoss. S. 16 ff., 25 ff., 92 ff., Gierke a. a. O. S. 657 Anm. 1.

²⁰ Demgemäfs sind die Körperschaften in mannichfacher Abstufung verpflichtet, einerseits der Staatsbehörde von gewissen Lebensvorgängen Anzeigen zu erstatten, Beschlüsse mitzutheilen, Mitgliederverzeichnisse einzureichen u. s. w. (Gierke a. a. O. S. 659 Anm. 1 und dazu R.Ges. v. 1. Mai 1889 § 11, 14—16, 28, 31, 61, 67, 74—76, 131, R.Ges. v. 20. April 1892 § 39—42, 55—59, 76, Entw. II § 59, 61, 62, 66—67), andererseits der Staatsbehörde einen Einblick in ihre Lebensführung durch Einsicht in ihr Protokollbuch (R.Ges. v. 1. Mai 1889 § 45) oder in ihre gesammte Geschäftslage (Hülfskassenges. § 33) oder durch Zulassung von Vertretern zu ihren Versammlungen zu gestatten (Gierke a. a. O. S. 659 Anm. 2).

²¹ So vermöge des durch Ordnungsstrafen geübten Zwanges gegen säumige Organe (Gierke a. a. O. S. 661 Anm. 3, R.Ges. v. 1. Mai 1889 § 152, R.Ges. v. 20. April 1892 § 77, Entw. II § 68), aber auch vermöge der durch Androhung der Auflösung oder anderer Rechtsnachtheile gesicherten Einwirkung auf die Körperschaft selbst (Gierke a. a. O. S. 662 Anm. 2); überdies vermöge der staatlichen Handhabung des Sonderstrafrechts für Verfehlungen von Organen und Mitgliedern (a. a. O. S. 661 Anm. 1).

²² So durch Beanstandung und Aufhebung von Körperschaftsbeschlüssen, wie sie namentlich bei Gemeindebeschlüssen nach den älteren Gemeindeordnungen in erheblichem Umfange zulässig war, nach den neueren Gesetzen dagegen nur noch in engen Grenzen stattfindet; a. a. O. S. 663, dazu Preufs. östl. L.G.O. § 140, auch über Aufserkraftsetzung von Satzungen oben § 19 Anm. 69.

als Ersatz für eine nicht oder nicht gehörig erfolgende Körperschaftsaktion in das Körperschaftsleben einführen²³. Neben den abhelfenden Maßregeln spielen die vorbeugenden (präventiven) Maßregeln, die im Sinne des Bevormundungssystems das Hauptmittel der Staatsaufsicht bildeten, heute nur die Rolle von Ausnahmen und greifen vorzugsweise nur bei öffentlichen Körperschaften Platz²⁴. Zu ihnen gehört namentlich die Bindung gewisser Körperschaftshandlungen an staatliche Genehmigung oder Bestätigung²⁵. Insoweit kraft derartiger

²³ Gierke a. a. O. S. 663 ff. Hierher gehört es, wenn eine Staatsbehörde ermächtigt ist, eine Minderheit zur Einberufung einer Mitgliederversammlung zu ermächtigen (H.G.B. Art. 237, R.Ges. v. 1. Mai 1889 § 43 Abs. 3, Entw. II § 35 Abs. 2) oder unter gewissen Voraussetzungen selbst eine Mitgliederversammlung einzuberufen (Hilfskassenges. § 33, R.Gew.O. § 104, Krankenversicherungsges. § 45, Preufs. Bergges. § 122, Sächs. Ges. v. 15. Juni 1868 § 77). Desgleichen, wenn die Aufsichtsbehörde in außerordentlichen Fällen berufen ist, der Körperschaft Vorsteher und andere Beamte (Pr. L.R. II, 6 § 165 u. 176, Preufs. Bergges. § 127, Normalstat. f. Preufs. Deichgenoss. v. 14. Nov. 1853, Sächs. Ges. v. 15. Juni 1868 § 76 u. 77, Krankenversicherungsges. § 39, Entw. II § 28), Revisoren (H.G.B. Art. 222 a, R.Ges. v. 1. Mai 1889 § 59), Prozessvertreter (Pr. L.R. II, 11 § 659—661, Preufs. Ges. v. 20. Juni 1875 § 53 Abs. 2, H.G.B. Art. 223) zu bestellen. Ebenso, wenn sie befugt ist, Organe außer Funktion zu setzen, Vorsteher oder Beamte abzusetzen (Pr. L.R. II, 6 § 172), Liquidatoren abzuberufen (H.G.B. Art. 244), Versammlungen aufzulösen (R.Gew.O. § 104 g), Repräsentativausschüsse behufs erfrühter Neuwahl aufzulösen (wie bei Gemeinden und höheren Kommunalverbänden). Weiter, wenn sie befugt ist, eine den Körperschaftsorganen obliegende Selbstverwaltungshandlung ausnahmsweise selbst vorzunehmen, z. B. in den Haushaltungsplan einer Gemeinde oder anderen öffentlichen Körperschaft eine Ausgabe einzustellen (sog. „Zwangsetatisierung“, vgl. E. Löning S. 198 Anm. 4—8, Rosin, Genoss. S. 111 ff., Preufs. Ges. v. 20. Juni 1875 § 53 Abs. 1). Endlich, wenn sie im äußersten Falle sogar die Selbstverwaltung vorübergehend durch kommissarische Staatsverwaltung ersetzen darf (E. Löning S. 172, Rosin S. 115 ff., Gierke a. a. O. S. 666, Krankenvers.Ges. § 45, Unfallvers.Ges. § 27).

²⁴ Jedoch auch bei privaten Körperschaften im Bereiche der Amortisationsgesetze (oben S. 517); überdies insoweit, als für staatlich konzessionirte Korporationen das ältere Recht (z. B. Pr. L.R. II, 6 § 26, 30, 34, 48, 66, 83—85, 97, 160) fortbesteht. — Die Vermuthung spricht heute auch bei öffentlichen Körperschaften gegen das Erforderniß staatlicher Mitwirkung; Seuff. XVI Nr. 187, XXXVIII Nr. 4.

²⁵ Sie ist namentlich vielfach zur Wirksamkeit gewisser gemeinheitlicher Handlungen erforderlich, wie bei Satzungen (oben § 19 V 3), Umlagen (Gierke a. a. O. S. 669 Anm. 3), Vorsteherwahlen (ib. Anm. 4), Aufstellung von Wirtschaftsplänen (ib. Anm. 5), Aufnahme und Ausschluss von Mitgliedern (Pr. L.R. II, 6 § 48) u. s. w.; sie begegnet aber auch als Voraussetzung der Gültigkeit individueller Handlungen, wie beim Abschluss mancher Rechtsgeschäfte und bei Prozessführungen (Gierke a. a. O. S. 668). — Mitunter ist die staatliche Mitwirkung zu einem Einspruchsrecht abgeschwächt oder umgekehrt zu einer Einwirkung auf den Inhalt der körperschaftlichen Willensbildung gesteigert (a. a. O. S. 670 Anm. 2—3). — Die

Einschränkungen eine gültige Körperschaftshandlung nicht ohne staatliche Mitwirkung zu Stande kommen kann, steht der Körperschaft nur eine unvollkommene Handlungsfähigkeit zu²⁶.

In zusammengesetzten Körperschaften besteht für die Gliedkörperschaften neben der Gebundenheit durch den Staat zugleich eine Gebundenheit durch den umfassenderen Verband, in dessen Gemeinleben ihr Gemeinleben eingeordnet ist²⁷.

III. Erfordernisse der Körperschaftshandlung. Da das innere Leben der Verbandspersonen durch Rechtssätze geordnet ist, gilt eine an sich im Bereiche der körperschaftlichen Handlungsfähigkeit liegende Handlung rechtlich nur dann als Körperschaftshandlung, wenn sie den durch die rechtliche Lebensordnung der Körperschaft gesetzten Erfordernissen einer solchen entspricht. Hierzu gehört, daß erstens ein verfassungsmäßiges Organ als solches gehandelt hat²⁸; daß zweitens dieses Organ sich innerhalb seiner Zuständigkeit gehalten hat²⁹; daß drittens die verfassungsmäßige Form der Handlung gewahrt ist³⁰. Insoweit hiernach eine Körperschaftshand-

Staatsgenehmigung kann bald frei, bald nur aus bestimmten Gründen, bald überhaupt nur bei rechtswidrigen Beschlüssen versagt werden (ib. Anm. 1).

²⁶ Immer aber wird das körperschaftliche Handeln durch das staatliche Handeln nur ergänzt, nicht ersetzt; Seuff. IX Nr. 7, X Nr. 8. Daher wird auch durch die Bestätigung der Aufsichtsbehörde ein innerer Mangel der körperschaftlichen Willensbildung nicht geheilt; R.Ger. VII Nr. 67. — Anders verhält es sich, wenn eine Körperschaft nicht bloß unter Staatsaufsicht steht, sondern der Staat verfassungsmäßig an ihrer regelmäßigen Lebensthätigkeit beteiligt und somit ihr ein staatsanständliches Element eingesenkt ist; Gierke a. a. O. S. 671.

²⁷ Im umfassendsten Maße ist dies bei den Kirchen der Fall, deren Gliedkörperschaften zugleich kirchlicher und staatlicher Aufsicht unterstehen; a. a. O. S. 641 Anm. 1, R.Ger. X Nr. 56, Seuff. VIII Nr. 13, XXXVIII Nr. 4. — Nicht zu verwechseln hiermit ist die übertragene Staatsaufsicht, die von höheren Kommunalverbänden über die Gemeinden oder von Gemeinden über die in ihnen enthaltenen Innungen (R.Gew.O. § 104), Ortskrankenkassen (Krankenvers.Ges. § 44) u. s. w. geübt wird; Gierke a. a. O., Rosin, Arbeitervers. I 703 Anm. 3.

²⁸ Gierke a. a. O. S. 673 ff.

²⁹ A. a. O. S. 685 ff.

³⁰ A. a. O. S. 706. Eine Formvorschrift kann freilich als bloße Ordnungsvorschrift für die Gültigkeit der Körperschaftshandlung unwesentlich sein (wie z. B. H.G.B. Art. 229 Abs. 2 u. Genossenschaftsges. § 25 Abs. 2 über Firmenzeichnung, Genossenschaftsges. § 45 über Eintragung der Beschlüsse ins Protokollbuch, Preuß. Bergges. § 113 Abs. 5, Sächs. Ges. v. 1868 § 25, Bayr. Ges. v. 1869 Art. 25; vgl. auch Seuff. XLIX Nr. 175). Im Zweifel aber ist sie wesentlich; R.Ger. IX Nr. 6. So hängt die Gültigkeit von Versammlungsbeschlüssen mitunter von ihrer gerichtlichen oder notariellen Beurkundung (H.G.B. Art. 238a und dazu R.Ger. XXV Nr. 41), im Falle der Statutenänderung von der Eintragung (Genossenschaftsges. § 16 Abs. 4, R.Ges. v. 20. April 1892 § 55 Abs. 2, Entw. II § 61) ab.

lung vorliegt, haben die Träger oder Mitträger der Organschaft als Individuen überhaupt nicht gehandelt⁸¹. Umgekehrt wird, insoweit die Erfordernisse einer Körperschaftshandlung nicht erfüllt sind, die scheinbare Körperschaftshandlung den handelnden Personen als Individuen zugerechnet⁸². In erheblichem Umfange jedoch findet eine Verflechtung von organmäßigen und individuellem Thun der handelnden Menschen statt⁸³.

IV. Einzelne Körperschaftshandlungen. Nicht alle Körperschaftshandlungen haben einen rechtlichen Inhalt⁸⁴. Die Rechtshandlungen der Körperschaften zerfallen in drei Klassen, jenachdem sie sich auf die gemeinheitliche, die gliedmäßige oder die individuelle Rechtssphäre ihres Subjektes beziehen. Doch kann dieselbe Handlung gleichzeitig in mehrere dieser Gebiete fallen⁸⁵.

1. Die gemeinheitlichen Körperschaftshandlungen gehören dem inneren Leben der Gesamtperson an, sie entsprechen als „innere Körperschaftshandlungen“ den „inneren Körperschaftsrechten“ und sind daher eigenartige Akte des Sozialrechts, die im Individualrecht kein Vorbild haben⁸⁶. Ihren Gegenstand bildet zum Theil die Gestaltung und Bewegung des eignen sozialen Organismus⁸⁷, zum Theil die Erfüllung der eignen sozialen Lebensaufgabe⁸⁸.

2. Die gliedmäßigen Körperschaftshandlungen gehören dem äußeren Leben der Gesamtperson, zugleich aber dem inneren Leben einer anderen Verbandsperson an⁸⁹. Sie sind sozialrechtliche Akte,

⁸¹ Gierke a. a. O. S. 712 Anm. 1—2.

⁸² A. a. O. S. 714 Anm. 1—2.

⁸³ A. a. O. S. 713.

⁸⁴ Eine Körperschaft kann z. B. eine Glückwunsch- oder Dankadresse beschließen, einen Nachruf widmen, Einladungen ergehen lassen, Aufzüge veranstalten u. s. w. In allen solchen Fällen kommen die Rechtssätze über den Umfang der körperschaftlichen Handlungsfähigkeit und über die Erfordernisse der Körperschaftshandlung zur Anwendung; im Uebrigen dagegen fällt die Handlung nicht in das Rechtsgebiet.

⁸⁵ A. a. O. S. 721—723, 725, 730—732.

⁸⁶ A. a. O. S. 714 ff.

⁸⁷ Dabin gehören Verfügungen über den eignen Bestand, Ertheilung, Entziehung und Veränderung von Mitgliedschaft oder Organträgerschaft, Anregung, Fortpflanzung und Stillstellung von Organthätigkeit; a. a. O. S. 715 ff.

⁸⁸ Dabin gehören alle Satzungs-, Rechtsprechungs- und Verwaltungshandlungen im Bereiche der körperschaftlichen Machtsphäre, mögen sie nun dem Leben des Ganzen persönliche Dienstleistungen und sachliche Beitragsleistungen der Glieder zuführen, oder das Leben des Ganzen durch Spendung persönlicher und sachlicher Genüsse den Gliedern dienstbar machen; a. a. O. S. 717 ff.

⁸⁹ A. a. O. S. 723 ff.

können jedoch in gleicher Weise von Einzelpersonen in entsprechender Gliedstellung vollzogen werden⁴⁰ und empfangen nur zum Theil durch die Beschaffenheit ihres Subjektes einen besonderen Inhalt⁴¹.

3. Die individuellen Körperschaftshandlungen gehören als solche lediglich dem äußeren Leben der Gesamtperson an⁴². Sie haben einen gleichartigen Inhalt, wie die Rechtshandlungen der Einzelpersonen im Bereiche der individuellen Freiheit, und unterstehen im Zweifel bezüglich ihrer Form und ihrer Wirkungen den gewöhnlichen Regeln des Individualrechts.

a. Die Körperschaft kann daher zunächst innerhalb der Grenzen ihrer Rechts- und Handlungsfähigkeit Rechtsgeschäfte jeder Art vornehmen⁴³. Hiebei ist im modernen Recht die Gleichstellung der Verbandspersonen mit den Einzelpersonen und untereinander grundsätzlich durchgeführt⁴⁴.

⁴⁰ So z. B. Beitragsleistungen, Stimmabgaben, manche Dienstleistungen.

⁴¹ So kann nur eine Körperschaft Mitgliederverzeichnisse, Beschlüsse, gemeinheitliche Wirthschaftspläne einreichen, übertragene staatliche Machtbefugnisse an ihren Gliedern ausüben u. s. w.; vgl. oben § 66 II.

⁴² A. a. O. S. 725 ff.

⁴³ Wegen der Schranken ihrer Rechtsfähigkeit kann sie z. B. keine familienrechtlichen Geschäfte schliessen und nicht von Todeswegen verfügen. Die Beschränkungen der Handlungsfähigkeit beziehen sich vielfach gerade auf bestimmte Klassen von Rechtsgeschäften; so bedarf es der staatlichen Genehmigung zu den durch die Amortisationsgesetze erschwerten körperschaftlichen Erwerbsgeschäften, ferner bei Gemeinden und höheren Gemeindeverbänden, kirchlichen Körperschaften, Innungen (R.Gew.O. § 89), öffentlichen Wassergenossenschaften (Preuss. Ges. § 51) u. s. w., sowie allgemein nach Pr.L.R. II, 6 § 83—85 u. Code civ. Art. 531, 1712 und 2045 zu gewissen Veräußerungsgeschäften (Veräußerung und Belastung von Liegenschaften, Veräußerung von Gegenständen mit besonderem geschichtlichem oder Kunstwerth) und Verpflichtungsgeschäften (Anleihen, Bürgschaften), mitunter auch zu Vergleichen u. s. w.; Gierke a. a. O. S. 668 Anm. 3.

⁴⁴ Im römischen Recht sind manche Reste einer gegentheiligen Ordnung erhalten; Gierke, Genossenschaftsr. III S. 163 ff. Sie sind jedoch für uns bedeutungslos. So vor Allem die *lex civitas* (a. a. O. S. 163 Anm. 128), die schon seit dem Mittelalter durch Umdeutung unschädlich gemacht wurde (a. a. O. S. 164 Anm. 128, S. 229, 335, 399—400, 486 ff., 737, Kleinschrod, Ueber l. 27 D. de reb. cred., Heid. 1851) und durch die romanistische Reaktion unseres Jahrhunderts nicht wieder lebendig geworden ist (Dernburg, Pand. I § 66 Anm. 4). Unpraktisch ist auch das von Justinian den Kirchen und milden Stiftungen verliehene Privileg des Eigenthumserwerbes aus Schenkung oder Kauf ohne Tradition; vgl. Gierke a. a. O. S. 162 Anm. 120 u. S. 334 Anm. 276, Landsberg, Die Glosse des Accursius und ihre Lehre vom Eigenthum, Leipzig 1883, S. 108, Biermann, *Traditio ficta* S. 24 ff. (der aber gleich manchen Aelteren das Privileg ganz wegdeutet), Dernburg I § 211 Anm. 2; a. M. Windscheid § 171 Anm. 2. Als gemeines Recht gilt noch die Wirksamkeit der einseitigen Pollizitation zu Gunsten

b. Ebenso ist die Körperschaft zu Rechtsausübungshandlungen gleicher Art befähigt, wie sie den Einzelpersonen zur Verwirklichung individueller Rechte und zur Erfüllung individueller Pflichten dienen⁴⁵. Dies gilt namentlich auch von allen Besitzhandlungen, hinsichtlich deren die Bedenken der römischen Juristen für uns bedeutungslos sind⁴⁶.

c. Desgleichen vermag die Körperschaft durch Prozeßhandlungen ihr Recht zu schützen⁴⁷. Sie ist nicht bloß parteifähig, sondern auch prozeßfähig⁴⁸. Das ältere Recht verlangte regelmäßig die Bestellung eines sei es ständigen sei es für den Einzelfall berufenen besonderen Prozeßorganes und sah sogar gerade in der Prozeßführung durch einen solchen „syndicus“ oder „actor“ ein Hauptkennzeichen der juristischen Person⁴⁹. Nach den neueren Gesetzen ist meist der Vorstand zur „gerichtlichen Vertretung“ ermächtigt⁵⁰ und wird nur, wenn er selbst der Körperschaft als Prozeßgegner gegenübersteht, durch ein außerordentliches Prozeßorgan ersetzt⁵¹. Im älteren Recht

von Städten und Kirchen, Windscheid § 304, Dernburg II § 9, R.Ger. XV Nr. 49 (auch zu Gunsten des Staats). — Soweit eine Körperschaft handlungsfähig ist, ist sie auch wechselfähig; R.O.H.G. XIV Nr. 80 S. 245.

⁴⁵ Gierke, Genossenschaftsth. S. 278. Ueber körperschaftliche Selbsthülfe im Gebiete des Privatrechts vgl. R.Ger. XXV Nr. 31.

⁴⁶ Gierke, Genossenschaftsr. III 162, 229, 291, 372 Anm. 71, 440 Anm. 107, 675. Auch leiblichen Gewahrsam (Detention) hat durch ihre Organe die Verbandsperson selbst; Gierke, Genossenschaftsth. S. 278 Anm. 2, R.Ger. XIV Nr. 102; unrichtig R.Ger. in Str.S. V Nr. 2.

⁴⁷ Gierke, Genossenschaftsth. S. 729 ff. u. 732 ff.; Bekker, Pand. I § 63; Wach, Civilproz. S. 520 ff.; Planck, Civilproz. I 210 ff.

⁴⁸ Gierke a. a. O. S. 733 Anm. 2—3. A. M. die herrschende Lehre, vgl. Wach a. a. O. S. 540 ff., Planck a. a. O. S. 216. — Natürlich werden Beschränkungen der Handlungsfähigkeit auch hier wirksam; so insbesondere das Erfordernis höherer Genehmigung zur Prozeßführung, über das nach C.Pr.O. § 50 das bürgerliche Recht entscheidet.

⁴⁹ Vgl. Gierke, Genossenschaftsr. III 165 ff., 281 ff., 338 ff., 400 ff., 487 ff., 676, 762 Anm. 20. Doch galt die Prozeßführung durch gesetzlich oder statutarisch ermächtigte ordentliche Vorsteher niemals als ausgeschlossen; Genossenschaftsth. S. 740 Anm. 1.

⁵⁰ Vgl. oben § 65 Anm. 52; nach dem Bayr. Ges. v. 29. April 1869 Art. 16 nur mangels gegentheiliger statutarischer Bestimmung. — Ohne gesetzliche oder statutarische Berufung ist auch heute der Vorstand nicht zur Prozeßführung legitimirt; Seuff. XXV Nr. 199. Die C.Pr.O. greift nur insoweit ein, als nach § 157 jede Zustellung gültig an den Vorstand und zwar, wenn mehrere Vorstandsmitglieder vorhanden sind, an jedes einzelne Vorstandsmitglied erfolgt; im Uebrigen entscheidet das Verfassungsrecht der einzelnen Körperschaft.

⁵¹ R.Ger. VII Nr. 123; Gierke, Genossenschaftsth. S. 710 Anm. 3 u. 740 Anm. 2. Bei Aktiengesellschaften und eingetragenen Genossenschaften ist in Pro-

wurden gewisse Prozeßhandlungen regelmäßig der Kompetenz des ordentlichen Prozeßorganes entzogen und den körperschaftlichen Beschlufsorganen vorbehalten⁵². Heute pflegt die Gesamtheit der Prozeßhandlungen in die Hand eines einzigen Prozeßorganes gelegt zu sein⁵³. Auch zur körperschaftlichen Eidesleistung, die nach den älteren Gesetzen stets durch besonders gebildete Schwurorgane erfolgt⁵⁴, ist nach den neueren Gesetzen der Vorstand berufen⁵⁵.

V. Rechtswidrige Körperschaftshandlungen. Die Körperschaft kann nicht nur rechtmäßig, sondern auch rechtswidrig handeln.

Die Deliktsfähigkeit der Körperschaften stand im älteren deutschen Recht außer Zweifel⁵⁶. Sie blieb auch nach der Aufnahme des römischen Rechtes, das sie entschieden verneint⁵⁷, in Theorie und Praxis anerkannt⁵⁸. Erst seit dem Ende des vorigen Jahrhunderts wurde die Unmöglichkeit eines Körperschaftsdeliktes grund-

zessen mit Vorstandsmitgliedern der Aufsichtsrath, wenn aber auch Aufsichtsrathsmitglieder zu den Prozeßgegnern gehören, die durch besondere Bevollmächtigte vertretene Generalversammlung zur Prozeßführung berufen; H.G.B. Art. 223 mit Art. 194—195, R.Ges. v. 1. Mai 1889 § 87. Vgl. auch R.Ges. v. 20. April 1892 § 47 Z. 8.

⁵² So der Empfang der ersten Ladung, die Ertheilung einer Prozeßvollmacht, die Verfügung über den Streitgegenstand durch Geständniß, Verzicht oder Vergleich, die Erklärung über Annahme oder Zurückschiebung des Eides; Gierke, Genossenschaftsr. III 228, 342, 401, 489, 738 Anm. 114, 762, Genossenschaftsth. S. 741 Anm. 1.

⁵³ Gierke, Genossenschaftsth. S. 742 Anm. 1. — Nur zum Theil wird durch die C.Pr.O. eine Konzentration der prozessualen Vertretungsmacht erzwungen; a. a. O. S. 740 Anm. 3 u. S. 741 Anm. 1.

⁵⁴ Vgl. solche Gesetze b. Gierke, Genossenschaftsr. III 762 Anm. 21, auch über den sächs. Gerichtsgebrauch S. 738 Anm. 115; ferner E. Viereck, Betrachtungen über die Anwendung des Beweismittels der Eidesdelation und der richterlichen Notheide auf juristische Personen, Rost. u. Schwerin 1848; Wetzell, Syst. des ord. Civilproz. (8. Aufl. 1878) S. 266 ff.; Seuff. VIII Nr. 187—189, XII Nr. 101, XIII Nr. 194 u. 294, XV Nr. 86, XVII Nr. 182, XVIII Nr. 277. Die C.Pr. O. greift hier nicht ein; Gierke, Genossenschaftsth. S. 741 Anm. 2.

⁵⁵ Gierke a. a. O. S. 742 Anm. 1 und über die Frage, ob alle oder nur einige und welche Vorstandsmitglieder zu schwören haben, Anm. 2.

⁵⁶ Gierke, Genossenschaftsr. II 522 ff., 817 ff., 905.

⁵⁷ A. a. O. III 168 ff.

⁵⁸ Vgl. über die mittelalterliche Lehre, die einstimmig am Begriff des Körperschaftsdeliktes festhielt, a. a. O. S. 284 ff., 342 ff., 402 ff., 491 ff.; über deren Aufnahme in Deutschland ib. S. 656 Anm. 22, 667 Anm. 76, 678 Anm. 21, 681 ff., 738 ff., 763 Anm. 23; über ihre Fortführung in Theorie und Praxis Genossenschaftstheorie S. 744 Anm. 2; über die naturrechtliche Lehre vom Körperschaftsdelikt ib. Anm. 3.

sätzlich behauptet⁵⁹. Allein obwohl die neue Lehre, nachdem der anfängliche Widerspruch verstummt war⁶⁰, nicht nur in der Doktrin sich zu fast unbestrittener Herrschaft erhob⁶¹, sondern auch auf die Gesetzgebung und die Rechtsprechung machtvoll einwirkte⁶², so vermochte sie doch auf die Dauer unser Rechtsleben nicht unter ihr Joch zu beugen⁶³. Vielmehr blieb der Begriff des Körperschaftsdeliktes selbst da, wo er theoretisch geleugnet wurde, praktisch lebendig. In neuester Zeit aber beginnt die grundsätzliche Anerkennung der Deliktsfähigkeit der Körperschaften wiederum durchzudringen. In der Theorie mehren sich die in diesem Sinne abgegebenen Stimmen⁶⁴. In der Rechtsprechung ist der Sieg der deutschrechtlichen Auffassung durch die unumwundene Stellungnahme des Reichsgerichts besiegelt⁶⁵. Auch die Gesetzgebung vermag sich dieser Strömung nicht zu entziehen⁶⁶.

⁵⁹ Gierke, Genossenschaftsth. S. 745 Anm. 1.

⁶⁰ Die Vertheidiger der alten Lehre in unserem Jahrh. sind a. a. O. S. 746 Anm. 1 angeführt.

⁶¹ A. a. O. S. 747 Anm. 1.

⁶² A. a. O. S. 749 ff. Selbst im Gebiete des preuss. Landr. gewann die romanistische Anschauung mehr und mehr Boden, obwohl das Gesetzbuch selbst die Deliktsfähigkeit der Gemeinheiten anerkennt; vgl. Rocholl, Rechtsfälle aus der Praxis des Reichsgerichts, I, Breslau 1883, S. 395 ff.

⁶³ Ueber die thatsächliche Gestaltung der neueren deutschen Praxis vgl. E. Löning, Die Haftung des Staats aus rechtswidrigen Handlungen seiner Beamten nach deut. Priv. u. Staatsr., Frankfurt a. M. 1879, Rocholl a. a. O., Gierke, Genossenschaftsth. S. 749 ff.

⁶⁴ Vgl. Beseler, D.P.R. § 68 Anm. 3, Weiske, Prakt. Unters. III 141 ff., Dahn, Vernunft im Recht S. 167 ff., Bolze a. a. O. S. 135 ff. u. 148 ff., Rocholl a. a. O. S. 383 ff., Förster-Eccius § 282 VIII, Regelsberger, Pand. § 88, Jellinek a. a. O. S. 246 ff.; im Ergebniss aber auch Windscheid § 59 Anm. 9, Dernburg, Pand. I § 66 u. Preuss. P.R. I § 56, Bekker, Pand. I § 62 Anm. o, Karlowa a. a. O. S. 427 ff.; unter den Kriminalisten besonders v. Liszt, Lehrb. des deut. Strafr. (3. Aufl. Berlin 1891) § 26, u. Merkel, Strafr. § 18.

⁶⁵ Vgl. die Uebersicht b. Gierke a. a. O. S. 751 ff. Seitdem hat das Reichsgericht noch entschiedener Stellung genommen; vgl. bes. die grundsätzlichen Erörterungen XIX Nr. 67, wonach bei juristischen Personen in gleicher Weise wie bei physischen Haftung aus eigenem und aus fremdem Versehen zu unterscheiden, als eignes Versehen der juristischen Person aber jedes ihr als „Willensfehler“ anzurechnende Versehen eines Willensorganes, das innerhalb seiner Zuständigkeit handelt, anzusehen ist; ferner ib. Nr. 20, XXII Nr. 53, XXXI Nr. 54, Jurist. Wochenschrift 1886 S. 21 u. 1888 S. 212, Seuff. XLIII Nr. 114, XLIV Nr. 83, XLIX Nr. 1 (hier jedoch mit bedenklichen Einschränkungen).

⁶⁶ In Entw. II § 30 u. 77 ist die schon in Entw. I § 46 ausgesprochene Haftung der Verbandspersonen aus Delikten ihres Vorstandes (vgl. über die Unvollkommenheit dieser Bestimmung Gierke, Personengemeinschaften S. 25 ff.) zu einer Haftung aus Delikten jedes „verfassungsmässig berufenen Vertreters“ erweitert.

Ueber den Umfang der körperschaftlichen Deliktsfähigkeit entscheiden die allgemeinen Grundsätze über den Umfang der körperschaftlichen Handlungsfähigkeit⁶⁷.

Auch für die Voraussetzungen einer rechtswidrigen Körperschaftshandlung gelten die allgemeinen Regeln: der Körperschaft wird als eigne rechtswidrige Handlung oder Unterlassung zugerechnet, was ein Organ als solches innerhalb seiner Zuständigkeit rechtswidrig thut oder zu thun versäumt⁶⁸. Sie vermag also nicht bloß durch einen Körperschaftsbeschluss oder durch das Verhalten ihres Vorstandes, sondern auch durch das Handeln oder Unterlassen mittelbarer Organe eine Schuld auf sich zu laden⁶⁹. In allen Fällen aber reicht ihre rechtliche Identität mit ihrem Organe nur so weit, wie sich dessen Zuständigkeit erstreckt⁷⁰. Was daher ein Organ außerhalb seiner Zuständigkeit rechtswidrig thut, fällt lediglich dem Individuum zur

⁶⁷ Gierke, Genossenschaftsth. S. 755—758. Die ältere Theorie beachtete nicht immer, daß eine jenseits der Grenzen des körperschaftlichen Lebensgebietes liegende Handlung auch dann kein Körperschaftsdelikt sein kann, wenn sie mit körperschaftlichen Mitteln und in körperschaftlichen Formen vollbracht ist. Umgekehrt wird seit Feuerbach oft aus der Beschränkung der körperschaftlichen Lebensthätigkeit auf die Verfolgung eines gesetzmäßigen Zweckes die Unmöglichkeit jedes Körperschaftsdeliktes gefolgert. Allein nothwendig reicht das mit der rechtlichen Zuweisung einer Lebensaufgabe dem Träger eines freien Gemeinwillens gewährte rechtliche Können weiter, als das rechtliche Dürfen. Auch kann die Körperschaft nicht nur durch Verabsäumung ihrer Pflichten Omissivdelikte und durch Verfolgung ihres Zweckes mit rechtswidrigen Mitteln Kommissivdelikte begehen, sondern sich auch durch Anmaßung einer Machtvollkommenheit oder Verfolgung eines fremdartigen Zweckes, obschon das in dem usurpirten Gebiete demächst vollzogene Handeln ihr rechtlich nicht zugerechnet wird, eine Schuld aufladen.

⁶⁸ A. a. O. S. 758 ff.

⁶⁹ Darum müssen auch Staat und Gemeinde die rechtswidrigen Amtshandlungen ihrer Beamten als eigne Handlungen vertreten. Lange freilich hat gerade hier die ältere Theorie nachgewirkt, die zwischen einem Verschulden der „universitas ipsa“ und einem nur kraft ihrer konkurrierenden Verschuldung (*culpa in eligendo vel custodiendo*, Gutheißung, Aneignung u. s. w.) auf sie zurückfallenden Verschulden ihrer „Vertreter“ unterschied; vgl. a. a. O. S. 754 Anm. 1—2 u. S. 760 Anm. 1. Allein mehr und mehr ist die richtige Anschauung durchgedrungen, daß das wollende und handelnde Gemeinwesen durch Behörden und Beamte als Organe genau so wie durch Oberhäupter oder Versammlungen zur Erscheinung gebracht und folgeweise mit „eignem Verschulden“ belastet werden kann; a. a. O. S. 761 Anm. 1. Auch das Reichsgericht, das mehrfach den verkehrten Weg betreten hatte (bes. XI Nr. 42), hat jetzt sich grundsätzlich in diesem Sinne entschieden; vgl. bes. XVII Nr. 25 u. XIX Nr. 67, auch XXIX Nr. 13, XXXI Nr. 54. Richtig auch das Obst. L.G. f. Bayern b. Seuff. XLII Nr. 276.

⁷⁰ Näheres über die Grenzen dieser Zuständigkeit und die hierbei aus der Relativität der Zuständigkeitsgrenzen und aus der autoritären Stellung öffentlicher Organe sich ergebenden Verhältnisse b. Gierke a. a. O. S. 764—767.

Last⁷¹. Und überdies steckt in jedem ein Körperschaftsdelikt wirklichen Thatbestande zugleich ein individuelles Verschulden der beteiligten Einzelpersonen⁷², die daraus nicht nur der Körperschaft verantwortlich sind⁷³, sondern auch neben, vor oder hinter der Körperschaft nach außen hin haftbar gemacht werden können⁷⁴.

Die Wirkungen eines Körperschaftsdeliktes treffen immer nur die Körperschaft als solche und somit ihre Mitglieder zwar in denjenigen Beziehungen, in denen sie der Körperschaft angehören, niemals aber in ihrer Individualsphäre⁷⁵.

Mit dieser Beschränkung sind Straffolgen wider die Körperschaft keineswegs ausgeschlossen⁷⁶ und auch aus dem geltenden Rechte nicht völlig verschwunden⁷⁷.

Vor Allem aber erzeugt jedes Körperschaftsdelikt für die Körperschaft eine gleichartige privatrechtliche Ersatzverbindlichkeit, wie sie aus einem entsprechenden rechtswidrigen Verhalten für die Einzelperson erwächst⁷⁸. Dies gilt nicht nur in allen Fällen eines kontraktlichen Verschuldens⁷⁹, sondern ebenso in den Fällen

⁷¹ A. a. O. S. 768 Anm. 1; R.Ger. XXIX Nr. 36.

⁷² A. a. O. S. 768; R.Ger. XXVIII Nr. 54 S. 241 ff.

⁷³ A. a. O. S. 770—771.

⁷⁴ Und zwar sowohl strafrechtlich wie privatrechtlich; a. a. O. S. 768 ff. — Doch braucht sich der durch ein Körperschaftsdelikt Geschädigte nicht zunächst auf die Ersatzklage gegen den mithaftenden schuldigen Einzelnen verweisen zu lassen, sofern nicht durch positiven Rechtssatz die Haftung der Körperschaft zu einer bloß subsidiären Haftung abgeschwächt ist; a. a. O. S. 769 Anm. 4 u. S. 770 Anm. 1, Seuff. XXXV Nr. 287, R.Ger. XVII Nr. 25.

⁷⁵ Anders im älteren deutschen Recht kraft der ursprünglichen Ununterschiedenheit von Gesamteinheit und Gesamtvielheit; Gierke, Genossenschaftsr. II 386 ff. u. 522 ff., auch 817 ff.; E. Löning a. a. O. S. 26 ff. Es war das hauptsächlichste Ziel und das größte Verdienst der romanistisch-kanonistischen Korporationslehre, die Unterscheidung der die Körperschaft als solche und der die Mitglieder als Individuen treffenden Rechtsnachtheile durchzuführen.

⁷⁶ Gierke, Genossenschaftsth. S. 771 ff. — Das Nähere hierüber gehört ins Strafrecht.

⁷⁷ Neben der Auflösung zur Strafe, wovon unten zu reden ist, begegnet die Entziehung einzelner Rechte (z. B. des Notenprivilegs nach Reichsbankges. v. 14. März 1875 § 49 ff.) als Körperschaftsstrafe. Ueber Geldstrafen gegen Verbandspersonen a. a. O. S. 783—784.

⁷⁸ Denn hier greift der Grundsatz der Gleichstellung von Verbandspersonen und Einzelpersonen im Privatrecht durch; a. a. O. S. 784.

⁷⁹ Hierüber besteht im Wesentlichen Einverständnis; a. a. O. S. 784 ff., Seuff. XLII Nr. 276, XLIX Nr. 40. Doch wird häufig noch diese Haftung mit der Haftung des Prinzipals für kontraktliches Verschulden von Stellvertretern und Gehülfen zusammengeworfen. Richtig sondert das Reichsgericht auch hier die Haftung der Verbandspersonen aus eigenem Verschulden von ihrer Haftung für fremdes Verschulden; Entsch. VIII Nr. 38, XIX Nr. 20 u. 67, Gruchot XXV 106.

eines zum Schadensersatz verpflichtenden außerkontraktlichen Verschuldens⁸⁰. Und es gilt nicht nur bei Verfehlungen der Verbandsperson in ihrem individualrechtlichen Wirkungsbereiche⁸¹, sondern ebenso bei Verfehlungen in ihrem sozialrechtlichen Wirkungsbereiche⁸². Somit ist auch dann, wenn ein Organ einer öffentlichen Körperschaft oder des Staates selbst durch ungehörige Ausübung oder Nichtausübung von Hoheitsrechten widerrechtlich Schaden zugefügt hat, ein privatrechtlicher Ersatzanspruch gegen die Körperschaft oder den Staat begründet⁸³. Dies wird in der gemeinrechtlichen Theorie und Praxis überwiegend anerkannt⁸⁴. Zum Theil aber wird in solchen Fällen der Ersatzanspruch gegen das Gemeinwesen eingeschränkt⁸⁵ oder

⁸⁰ Gierke a. a. O. S. 788 ff., R.Ger. XXXI Nr. 54.

⁸¹ Auf diesem Gebiete ist der Grundsatz der Ersatzpflichtigkeit der Verbandspersonen aus außerkontraktlichem wie kontraktlichem Verschulden ihrer Organe trotz mancher Schwankungen mehr und mehr durchgedrungen, so daß insbesondere der aquilischen Klage, aber auch der actio doli und anderen Deliktsklagen gegen Verbandspersonen, die durch Verabsäumung privatrechtlicher Pflichten oder durch unerlaubte privatrechtliche Handlungen Schaden gestiftet haben, regelmäßig stattgegeben wird; vgl. a. a. O. S. 778—793 u. seitdem R.Ger. XVII Nr. 25, XVIII Nr. 21, XXII Nr. 53, XXVI Nr. 56, sowie b. Seuff. XLI Nr. 100, XLII Nr. 210 u. 277, XLIII Nr. 271, XLIV Nr. 83, XLIX Nr. 76, Obst. L.G. f. Bayern ib. XLI Nr. 271; unrichtig O.L.G. Hamb. ib. XLII Nr. 96. Ausdrücklich will Entw. II § 30 u. 77 das Prinzip für private wie öffentliche Verbandspersonen sanktioniren.

⁸² Dies wird für Fälle des kontraktlichen Verschuldens ziemlich allgemein anerkannt, so daß auch der Staat und die öffentlichen Körperschaften einerseits in privatrechtlichen Vertragsverhältnissen für vertragswidrige Ausübung publizistischer Funktionen haftbar gemacht werden (Gierke a. a. O. S. 786 Anm. 1, R.Ger. VIII Nr. 77 u. XXV Nr. 78), andererseits in öffentlichrechtlichen Vertragsverhältnissen (z. B. aus öffentlicher Hinterlegung) für das Verschulden ihrer Organe einstehen müssen (Gierke a. a. O. S. 787 Anm. 1). Der gleiche Grundsatz aber muß in Fällen einer außerkontraktlichen Schadenszufügung durch rechtswidrige Ausübung oder Nichtausübung sozialer Funktionen gelten (a. a. O. 794 ff.).

⁸³ Die privatrechtliche Natur dieses Anspruches wird freilich von Manchen (z. B. Zachariae, Staatsr. § 140, G. Meyer, Staatsr. § 149, E. Löning a. a. O. S. 93 ff.) bestritten; sie folgt aber schon aus der Gleichartigkeit des gegen den Staat oder die Gemeinde begründeten Ersatzanspruches mit dem stets als privatrechtlich anerkannten Ersatzanspruch gegen den schuldigen Beamten; vgl. die nähere Ausführung b. Gierke a. a. O. S. 794 ff.

⁸⁴ A. a. O. S. 796 Anm. 1—3 und über einzelne Anwendungsfälle (widerrechtliche Anwendung der Zwangsgewalt durch Eingriffe in die Persönlichkeit oder durch Entziehung oder Zerstörung von Sachen, -- Versehen bei der Verwaltung fürsorglicher Einrichtungen, wie der freiwilligen Gerichtsbarkeit, der Grundbuchführung oder der obervormundschaftlichen Thätigkeit, — Unterlassung der Erfüllung einer den Einzelnen gegenüber begründeten öffentlichrechtlichen Verbindlichkeit zur Vornahme von Hoheitsakten oder fürsorglichen Maßregeln) S. 797—801.

⁸⁵ Z. B. durch Beilegung eines bloß subsidiären Charakters; vgl. a. a. O. S. 770 Anm. 1, 787 Anm. 1, 796 Anm. 3—4, 797 Anm. 2 u. oben Anm. 74.

sogar, wie namentlich in Preußen, grundsätzlich versagt⁸⁶. Doch ist überall für einzelne Gebiete amtlicher Thätigkeit die staatliche oder kommunale Ersatzverbindlichkeit durch besondere Gesetze ausdrücklich festgestellt⁸⁷.

Von den Ersatzverbindlichkeiten aus eigenem Verschulden der Körperschaft sind scharf die Ersatzverbindlichkeiten zu trennen, die sie aus fremdem Verschulden treffen⁸⁸. In dieser Hinsicht stehen die Verbandspersonen im Allgemeinen den Einzelpersonen gleich; sie haften daher, während die Haftung aus eigenem Verschulden als Regel eintritt, aus fremdem Verschulden nur in den gesetzlichen Ausnahmefällen, in denen eine solche Haftung durch Geschäfts- oder Hausherrschaft oder sonstige besondere Verhältnisse begründet wird⁸⁹.

Nicht minder sind von allen Ersatzverbindlichkeiten der Körperschaft aus Verschulden die Ersatzverbindlichkeiten zu unterscheiden, die ihr ohne Verschulden erwachsen, mögen sie nun in gleicher Weise bei Verbandspersonen und Einzelpersonen vorkommen oder in eigenthümlichen Verhältnissen des Gemeinlebens wurzeln⁹⁰.

§ 68. Verhältniß der Körperschaft zu ihren Gliedern.

Im Verhältniß der Körperschaft zu den ihr eingegliederten Personen müssen Rechtsbeziehungen dreifacher Art unterschieden werden.

⁸⁶ A. a. O. S. 796 Anm. 4 u. hinsichtlich des preuss. R. seitdem R.Ger. XVII Nr. 25, XXVIII Nr. 74, XXIX Nr. 57 u. XXXII Nr. 37 S. 146 (mit höchst unbilligen Konsequenzen).

⁸⁷ So z. B. für den Geschäftsbereich der Depositverwaltung (oben Anm. 82), der Grundbuchführung (Gierke a. a. O. S. 798 Anm. 3), der Obervormundschaft (a. a. O. S. 799 Anm. 1), für die Fälle widerrechtlicher Gefangenhaltung oder Beschlagnahme (a. a. O. S. 797 Anm. 2—3) u. s. w. Alle solche Gesetzesbestimmungen sind nur Anwendungsfälle eines allgemeingültigen Rechtsgrundsatzes; wo aber dieser Grundsatz nicht anerkannt wird, erscheinen sie als Ausnahmen, in denen das richtige Prinzip durchbricht.

⁸⁸ A. a. O. S. 801 ff., auch oben Anm. 65 u. 79.

⁸⁹ Vgl. R.Ger. XIX Nr. 67, XXIX Nr. 57, Seuff. XLIII Nr. 114. — Davon im Obligationenrecht.

⁹⁰ A. a. O. S. 805 ff. Hierher gehören die Fälle einer Haftung aus schuldloser Verursachung, von denen im Obligationenrecht zu reden ist (vgl. auch schon oben § 38 Anm. 24 u. 81—82). Insbesondere können die Ersatzverbindlichkeiten, die Unger, Handeln auf eigene Gefahr, 2. Aufl. Jena 1893, unter dem gemeinsamen Gesichtspunkte der Haftung aus einem Handeln auf eigene Gefahr behandelt, fast durchweg sowohl für Verbandspersonen wie für Einzelpersonen entstehen. Dazu treten aber Ersatzverbindlichkeiten, die nach dem Prinzip der ausgleichenden Gerechtigkeit aus einer rechtmäßigen Schädigung Einzelner durch Anwendung sozialer Machtmittel entspringen. So bei der Zwangsenteignung und verwandten Eingriffen in individuelle Rechtssphären. Desgleichen bei der Entschädigung unschuldig Verurtheilter.

I. **Aufserkörperschaftliche Verhältnisse.** Jenseits des körperschaftlichen Bereiches stehen die Körperschaft und die Körperschaftsglieder einander als unverbundene Personen gegenüber. Auf diesem Gebiete gilt daher zwischen ihnen reines Individualrecht¹.

Für die Körperschaft sind demgemäß alle aufserkörperschaftlichen Rechte und Pflichten ihrer Mitglieder und Organträger freie Sonderrechtsverhältnisse. Die Individualsphären der Körperschaftsglieder werden vom Körperschaftsverhältniß in keiner Weise berührt². Rechtsbeziehungen zwischen der Verbandsperson und den verbundenen Personen erwachsen hier erst aus besonderen individualrechtlichen Thatbeständen und unterstehen den Regeln über die Rechtsbeziehungen zwischen der Körperschaft und „Dritten“³.

II. **Rein körperschaftliche Verhältnisse.** Innerhalb des körperschaftlichen Bereiches stehen die Körperschaft und die Körperschaftsglieder einander als einheitliche Gesamtperson und in ihr enthaltene Gliedpersonen gegenüber. Hier gilt daher zwischen ihnen reines Sozialrecht, das bei öffentlichen Verbänden sich zum Range des öffentlichen Rechts erhebt⁴.

Für die Körperschaft sind somit alle in ihrem Bereiche beschlossenen Rechte und Pflichten von Körperschaftsgliedern reine Mitgliedschaftsverhältnisse. Die Rechtsverhältnisse dieser Gattung sind in ihrem ganzen Bestande ein Ausfluß der körperschaftlichen Ordnung. Sie werden kraft Verfassungsrechtes durch den Erwerb der Mitgliedschaft oder einer besonderen Gliedstellung begründet und gehen mit dem Verluste der Mitgliedschaft oder einer besonderen Gliedstellung, an die sie geknüpft sind, ohne Rückstand unter. Nach außen erscheinen sie als Bestandtheile der körperschaftlichen Rechtsphäre und werden als solche von der Verbandsperson mitvertreten. Nach innen fallen sie in das Herrschaftsgebiet der Körperschaftsgewalt und sind somit der Verfügung der Verbandsperson unterworfen.

Gleichwohl handelt es sich auch hier um wirkliche Rechtsverhältnisse. Nicht bloß zwischen den Gliedern, sondern auch zwischen jedem Gliede und dem Ganzen stellt die körperschaftliche Lebensordnung, weil und soweit sie Rechtsordnung ist, ein Verhältniß der Gegenseitigkeit her, das sich in beiderseitigen Rechten und Pflichten ausprägt. Darum genießen auch die reinen Mitgliedschaftsverhältnisse des Rechtsschutzes. Sie sind freilich, da sie ein selbständiges Dasein

¹ Gierke, Genossenschaftsth. S. 176 ff.

² Oben § 65 Anm. 38 u. 43.

³ R.O.H.G. VI Nr. 27, XIV Nr. 37; R.Ger. IV Nr. 20.

⁴ Gierke a. a. O. S. 182 ff.

aufserhalb des körperschaftlichen Zusammenhanges nicht haben, nur durch, nicht gegen die körperschaftliche Lebensordnung gesichert. Mit- hin müssen, bevor die Körperschaft gegen ihr Mitglied der richterlichen Hilfe bedarf oder das Mitglied gegen die Körperschaft den Rechtsweg beschreiten kann, zunächst die durch die Körperschaftsverfassung selbst gebotenen Mittel der Abhülfe erschöpft sein⁵. Und soweit sich bei körperschaftlichen Eingriffen in Mitgliedschaftsverhältnisse lediglich die verfassungsmäßige Herrschaft des Verbandsganzen über seine Glieder in verfassungsmäßiger Form bethätigt hat, ist eine richterliche Nach- prüfung überhaupt ausgeschlossen⁶. Innerhalb der hiermit gezogenen Schranken aber steht bei Streitigkeiten zwischen der Körperschaft und den Körperschaftsgliedern über reine Mitgliedschaftsverhältnisse der Rechtsweg offen. Nur sind bei öffentlichen Körperschaften regelmäsig- derartige Streitigkeiten unter Ausschluss des ordentlichen Rechtsweges auf den Weg des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens verwiesen⁷. Da- gegen ist bei privaten Körperschaften der Weg des Civilprozesses in solchen Fällen grundsätzlich unverschränkt⁸, so daß z. B. eine Klage auf Anerkennung des Bestandes einer Vereinsmitgliedschaft, auf Zurück- nahme eines Ausstofsungsbeschlusses, auf Gewährung von Stimmrechten, auf Einräumung einer rechtlich begründeten Organstellung u. s. w. angestellt werden kann⁹.

In die Individualsphären ihrer Subjekte reichen die reinen Mit- gliedschaftsverhältnisse überhaupt nicht hinein. Wer kraft Mitglied- schaftsrechtes an der Beherrschung und dem Genuß des Körperschafts- vermögens Theil nimmt, hat gleichwohl keinen individuellen Antheil an diesem Vermögen oder einem einzelnen Bestandtheile desselben. Wer kraft Mitgliedschaftspflicht zur Bestreitung der Körperschaftslasten beitragen muß, ist gleichwohl durch die Verpflichtungen der Körper- schaft individuell nicht verpflichtet. Ebenso bleiben die kraft einer besonderen Organstellung begründeten Rechte und Pflichten der Indi- vidualsphäre ihres Trägers fremd. Darum gelten auch seit alter Zeit in rein körperschaftlichen Angelegenheiten die Körperschaftsglieder als zeugnissfähig und als fähig zum Richteramte¹⁰.

⁵ R.O.H.G. XIV Nr. 35 S. 82 ff., XXII Nr. 24 S. 104 ff.

⁶ R.Ger. II Nr. 82, XXVI Nr. 59; Seuff. XLVII Nr. 4.

⁷ Gierke a. a. O. S. 184 Anm. 3—4. Doch bestehen mancherlei Ausnahmen.

⁸ Und zwar nicht bloß, wie Stobbe § 61 Anm. 4 meint, im Falle eines Ver- mögensinteresses. Vgl. R.Ger. XII 283.

⁹ Preuss. O.Tr. Entsch. VII 126; Strieth. VII 292; R.O.H.G. XVII Nr. 28, XXIII Nr. 121; R.Ger. XXVII Nr. 43; Seuff. XXXIX Nr. 186, XLVII Nr. 4. Vgl. auch oben § 65 Anm. 42—43.

¹⁰ Seuff. I Nr. 372, VI Nr. 70 u. 71, IX Nr. 91, XVII Nr. 164, XX Nr. 192,

III. Verhältnisse des körperschaftlichen Sonderrechts. Kraft des genossenschaftlichen Prinzips hat das deutsche und moderne Recht eine Fülle gemischter Verhältnisse entwickelt, die zum Theil innerhalb und zum Theil außerhalb des körperschaftlichen Bereiches liegen. Hier stehen die Körperschaft und die Körperschaftsglieder einander gleichzeitig in ihrer Zusammengehörigkeit als Gesamtperson und Gliedpersonen und in ihrer Selbständigkeit als Sonderpersonen gegenüber. Somit verflechten sich hier Sozialrecht und Individualrecht und folgeweise bei öffentlichen Körperschaften öffentliches Recht und Privatrecht¹¹.

Für die Körperschaft sind die aus solchen Beziehungen entspringenden Rechte und Pflichten von Mitgliedern und Organträgern mitgliederschaftliche Sonderrechtsverhältnisse. Mit den Rechten dieser Gattung, den „*jura singulorum in universitate*“, haben sich Theorie und Praxis seit dem Mittelalter eingehend befaßt¹². Geringere Beachtung haben die entsprechenden Pflichten gefunden¹³. Das gemeinsame Merkmal aller dieser Verhältnisse besteht in der Doppelseitigkeit ihres Wesens, vermöge deren sie zugleich den gliedmäßigen und den individuellen Sphären ihrer Subjekte angehören. Von freien Sonderrechtsverhältnissen unterscheiden sie sich durch körperschaftsrechtliche Gebundenheit, von reinen Mitgliedschaftsverhältnissen durch individualrechtliche Selbständigkeit.

Die körperschaftlichen Sonderrechtsverhältnisse spielen bei den einzelnen Körperschaftsgattungen eine überaus ungleiche Rolle¹⁴. In dem Maße, in dem das genossenschaftliche Prinzip durchgeführt ist, nehmen sie die Bedeutung wesentlicher Elemente des Verbandsrechtes an. Je mehr sich die Körperschaft einer Gesellschaft nähert und somit das Ganze zum Mittel für die Zwecke der Glieder herabsinkt, desto weiter erstreckt sich ihr Gebiet. Ihre höchste Steigerung er-

XXIV Nr. 281, XL Nr. 252; R.Ger. II Nr. 112, VII Nr. 92. Ueber das Geschichtliche Gierke, Genossenschaftsr. III 300 ff., 375, 444, 727 Anm. 90.

¹¹ Gierke, Genossenschaftsth. S. 188 ff.

¹² Ueber die mittelalterliche Theorie vgl. Gierke, Genossenschaftsr. III 297 ff., 398 Anm. 163, 472 ff. Unter den späteren Schriften sind hervorzuheben: Gaudlitz-Haubold, *De finibus inter jus singulorum et universitatis regundis*, Lips. 1804 (hier nach Haubolds Opuscula Vol. II); Renand, Z. f. D. R. IX 88 ff.; Laband in Hirths Ann. Jahrg. 1874 S. 1487 ff.; Löwenfeld, Recht der Aktiengesellschaften S. 367 ff.; Stobbe, D.P.R. § 53 III; Alexander, Die Sonderrechte der Aktionäre (1892); Regelsberger § 84; K. Lehmann, Arch. f. b. R. IX 297 ff. Vgl. auch Bernatzik a. a. O. S. 285 ff. u. 295 ff.

¹³ Doch hat sich die Nothwendigkeit ihrer begrifflichen Formulirung bei den Erörterungen über das Wesen der mitgliederschaftlichen Sonderhaft bei eingetragenen Genossenschaften herausgestellt.

¹⁴ Gierke, Genossenschaftsth. S. 306 ff.

fahren sie bei den Vermögensgenossenschaften. Denn indem hier die Mitgliedschaft als Aktie, Kux u. s. w. in ein selbständiges Vermögensrecht verwandelt ist, empfängt das Mitgliedschaftsverhältniß im Ganzen die Natur eines Sonderrechts, das die reinen Mitgliedschaftsrechte und Mitgliedschaftspflichten als unselbständige Bestandtheile enthält¹⁵.

Ihrem Subjekte nach sind die körperschaftlichen Sonderrechte und Sonderpflichten ungleich beschaffen, jenachdem sie für alle Mitglieder als solche oder für die Angehörigen einer bestimmten Mitgliederklasse oder für die Träger einer besonderen Glied- oder Organstellung begründet sind¹⁶.

Ihrem Objekte nach lassen sie sich mit Rücksicht auf den Inhalt ihres individualrechtlichen Bestandtheils in personenrechtliche, sachenrechtliche und obligationenrechtliche eintheilen.

Bei den personenrechtlichen Sonderrechtsverhältnissen ist in die körperschaftsrechtliche Beziehung ein Individualrecht des Körperschaftsgliedes an der eigenen Persönlichkeitssphäre verwoben¹⁷. Derartige Sonderrechte richten sich theils nur auf den Schutz der Persönlichkeit gegen die Körperschaft, theils auch auf die Geltendmachung der Persönlichkeit in der Körperschaft. So begegnen in allen Körperschaften, jedoch mit sehr ungleicher Tragweite und in sehr verschiedenartiger Entfaltung, Sonderrechte der Mitglieder auf Achtung des vorbehaltenen Bereiches ihrer individuellen Freiheit¹⁸ und auf Wahrung der genossenschaftlichen Gleichheit¹⁹. In manchen Körperschaften aber

¹⁵ A. a. O. S. 240—245, 276—279.

¹⁶ Nach dem preufs. Landr. (vgl. über dessen Theorie R.Ger. XII Nr. 60 S. 271 ff.) sind grundsätzlich nur die dem einen oder anderen Mitgliede als solchem zustehenden Rechte gegen Mehrheitsbeschlüsse geschützt (II, 6 § 68), während Angelegenheiten, „welche zwar nicht die Corporation als eine moralische Person betreffen, aber doch die sämtlichen Mitglieder derselben, als solche, betreffen“, dem Körperschaftsbeschluss unterliegen (a. a. O. § 88). Allein diese Regel muß zweifellos vor einer spezialgesetzlichen oder statutarischen Anerkennung von Sonderrechten sämtlicher Mitglieder zurücktreten.

¹⁷ Gierke a. a. O. S. 316.

¹⁸ A. a. O. S. 190 ff., 253 ff., 281, 296, 638, 640. Insoweit für eine Erweiterung des Körperschaftsbereiches auf Kosten der Individualsphären der Weg eines qualifizirten Körperschaftsbeschlusses eröffnet ist, besteht wenigstens ein Sonderrecht auf Nichtvornahme einer solchen Grenzverschiebung in einer anderen Form; a. a. O. S. 256. — Besonders gewährleistet ist vielfach das Recht der Austrittsfreiheit; a. a. O. S. 237 Anm. 1, 253, 281, 298, 316, auch oben § 64 Anm. 7.

¹⁹ Laband a. a. O. S. 1503 ff.; Gierke a. a. O. S. 237, 258, 282, 296; Ehrenberg, Versicherungsrecht I 135; Pr. L.R. II, 6 § 69; R.O.H.G. VIII 189 ff., R.Ger. XII Nr. 61 u. 62, Seuff. XLVIII Nr. 4, sowie die bei Gierke a. a. O. S. 226, 227, 228, 230 Anm. 1, 231 Anm. 3 u. 232 Anm. 1 angef. Erk. in Gemeinde-

begegnen überdies verfassungsmäßig gewährleistete Sonderrechte auf Mitgliedschaft²⁰ oder Organträgerschaft²¹, auf einen bestimmten Antheil am Gemeinleben und an der Bildung des Gemeinwillens²², ja selbst auf Untersagung oder Erzwingung gewisser Verfügungen der Körperschaft über ihren eignen Bestand²³.

Bei den sachenrechtlichen Sonderrechtsverhältnissen ist mit der gliedmäßigen Beziehung zur Körperschaft ein hierdurch sozialrechtlich umgebildetes Individualrechtsverhältniss an einer Sache verflochten²⁴. So kann ein mitgliedschaftliches Sonderrecht den Inhalt

rechtssachen. — Selbstverständlich kann dieses Sonderrecht durch Gesetz oder Statut ausgeschlossen oder eingeschränkt sein. Auch kommen umgekehrt nicht nur individuelle Vorrechte, sondern auch Klassenvorrechte als Sonderrechte vor; a. a. O. S. 191, 238, 259.

²⁰ Wo ein Recht auf Erwerb der Mitgliedschaft besteht (oben § 64 Anm. 5), entspricht ihm ein Sonderrecht auf Beibehaltung der Mitgliedschaft; ein solches ist aber auch sonst namentlich bei wirthschaftlichen Genossenschaften ausgebildet, vgl. Gierke a. a. O. S. 236 Anm. 1, 237 Anm. 1, 238 Anm. 1, 239 Anm. 1, 250 ff., 280, 297. Bei Aktiengesellschaften kommen auch Sonderrechte auf Hinzuerwerb weiterer Mitgliedschaftsrechte als „Bezugsrechte“ vor; a. a. O. S. 251 Anm. 1. In dem Sonderrecht auf Beibehaltung einer erworbenen Mitgliedschaft liegt zugleich das Sonderrecht auf deren unversehrten Bestand, woraus bei den auf eine feste Zahl von Antheilen gebauten Vermögensgenossenschaften zugleich ein Sonderrecht darauf folgt, daß die Zahl der Mitgliedschaften nicht oder doch (wie bei Aktiengesellschaften) nur unter bestimmten Voraussetzungen verändert werde; a. a. O. S. 251 ff. u. 279.

²¹ So z. B. im hochadligen Hause das Recht des regierenden Herrn auf die Stellung als Haupt; so ehemals alle patrimonialen Rechte auf ein Amt; so die in freien Genossenschaften etwa verfassungsmäßig gesicherten Rechte auf eine Organstellung (Schweiz. O.R. Art. 708). Regelmäßig aber werden nach modernem Körperschaftsrecht keine Individualrechte auf Organstellung, sondern nur solche auf deren vermögensrechtliche Ausflüsse anerkannt; Gierke a. a. O. S. 187 Anm. 2. Ja vielfach ist gesetzlich die Zusicherung eines festen Rechtes auf Organstellung ausgeschlossen, wie dies z. B. bei Aktiengesellschaften und eingetragenen Genossenschaften hinsichtlich der Vorstands- und Aufsichtsrathsmitgliedschaft der Fall ist (H.G.B. Art. 227 Abs. 3 und Art. 224 mit Art. 191 Abs. 4, Genossenschaftsges. § 24 Abs. 3 u. § 34 Abs. 3).

²² So die Sonderrechte auf Theilnahme an der Mitgliederversammlung (Gierke a. a. O. S. 260 u. 282), auf Stimmrecht oder ein bestimmtes Stimmgewicht (a. a. O. S. 240 Anm., 260, 282, 298, Ehrenberg, Versicherungar. I 135—136, K. Lehmann a. a. O. S. 362 ff., R.O.H.G. XXV 261 ff.), auf Kontrolle körperschaftlicher Lebensvorgänge (H.G.B. Art. 239 Abs. 2, R.Genoss.Ges. § 45, Preufs. Bergges. § 121, Oest. Genoss.Ges. § 34 u. 85, Schweiz. O.R. Art. 641).

²³ Z. B. auf ihre Nichtveränderung (Gierke a. a. O. S. 821, 843 Anm. 3—4) oder Nichtauflösung (a. a. O. S. 851) oder umgekehrt auf ihre Auflösung (a. a. O. S. 258, 840 Anm. 3, 844 Anm. 1, 845 Anm. 1).

²⁴ A. a. O. S. 317 ff.

eines dinglichen Nutzungsrechtes am Körperschaftsgute haben²⁵, eine mitgliedschaftliche Sonderpflicht in einer dinglichen Belastung des Einzelgutes bestehen²⁶. Insbesondere aber prägt sich das genossenschaftliche Prinzip in den zwischen einer Körperschaft und ihren Gliedern begründeten sachenrechtlichen Gemeinschaftsverhältnissen aus, bei denen innerhalb einer sachenrechtlichen Gesamtsphäre eine einheitliche Gemeinshäre und vielheitliche Sondersphären zugleich von einander geschieden und mit einander verbunden sind. Wird das Eigenthum einer derartigen Ordnung unterworfen, so entsteht ein genossenschaftliches Gesamteigenthum²⁷. Gegenstand eines solchen Gesamteigenthums kann nicht nur eine körperliche, sondern auch eine unkörperliche Sache und insbesondere auch ein Vermögen als Ganzes sein²⁸. Auch im Uebrigen weichen die verschiedenen Typen des Gesamteigenthums, unter denen im geltenden Recht das Familien-eigenthum am Hausgut, das Gemeinde- oder Genossenschaftseigenthum an der Allmende, das Gewerkschaftseigenthum am Bergvermögen und das Aktiengesellschaftseigenthum am Gesellschaftsvermögen hervorrangen, stark von einander ab²⁹. Ueberall aber findet sich eine genossenschaftliche Vertheilung der Eigenthumsbefugnisse. Darum gebührt das volle Herrschaftsrecht nur der Verbandsperson und den antheilsberechtigten Einzelnen zusammen³⁰. Dagegen steht die Verwaltung mit

²⁵ So z. B. ein mit einem Gemeindeamte verbundenes Gebrauchs- oder Nutzungsrecht an Gemeindegut oder die dinglichen Rechte an kirchlichen Pfründen, Begräbnisstätten und Kirchenstühlen (a. a. O. S. 196 ff., R.Ger. XVI Nr. 36, XXIV Nr. 34).

²⁶ So die das inkorporirte Grundeigenthum nach Art von Servituten oder Reallasten beschwerenden Kommunallasten, Deichlasten und Wassergenossenschaftslasten (Gierke a. a. O. S. 237 Anm. 1 u. 240 Anm.).

²⁷ Die Rechtfertigung dieses Begriffes vom deutschen Sachenrecht her muß später erfolgen.

²⁸ Im älteren deutschen Recht wurden namentlich auch selbständige Gerechtigkeiten, die einer Genossenschaft verliehen waren, als Gegenstand eines in einheitliches Herrschaftsrecht der Gesamtheit und antheilige Gerechtsame der Einzelnen zerlegten Eigenthums behandelt; so z. B. Regalgerechtigkeiten und zünftige Gewerbe-gerechtigkeiten, Gierke, Genossenschaftsr. II 347 ff. u. 916 ff. Das moderne Recht hat vor Allem das Gesamteigenthum an einem Vermögensbegriff als solchem entwickelt; Gierke, Genossenschaftsth. S. 325 ff.

²⁹ Von den einzelnen Formen des Gesamteigenthums ist bei den betreffenden Genossenschaftsgattungen zu handeln.

³⁰ Insbesondere bedarf jede Substanzverfügung, die die Antheile der Einzelnen nicht nur mittelbar berührt, sondern unmittelbar beseitigt oder schmälert, der Zustimmung der Einzelnen; vgl. Gierke a. a. O. S. 221 Anm. 1. Dieser Satz gilt auch bei Aktiengesellschaften, bei denen aber, weil die Antheile nur an der Wertheinheit des Vermögensganzen bestehen, nur eine unmittelbar auf Preisgabe von Werth gerichtete Verfügung durch Liberalitätsakt dem Widerspruch des einzelnen

Einschluß mehr oder minder durchgreifender Verfügungs- und Vertretungsbefugnisse in einheitlicher Weise der Verbandsperson zu⁸¹. Den Mitgliedern aber eignen sonderrechtliche Antheile, die regelmässig einen Anspruch auf die Nutzung und immer eine Anwartschaft auf die Substanz in sich schliessen⁸². Diese Antheile können sich unmittelbar auf den realen Sachgehalt beziehen und demgemäss in Sonderrechten auf realen Gebrauch oder Genuss äussern⁸³. Bei der Aktiengesellschaft und den ihr verwandten Vermögensgenossenschaften aber ergreifen sie nur die ideelle Wertheinheit des Vermögensganzen⁸⁴ und erschöpfen sich daher in Sonderrechten auf einen verhältnissmässigen Bruchtheil des Geldwerthes der Vermögenssubstanz⁸⁵ und ihres Nutzungs-

Aktionärs unterliegt; a. a. O. S. 249 Anm. 2, R.O.H.G. XXIV Nr. 58, R.Ger. II Nr. 39. Aehnlich bei Gewerkschaften; Preuss. Bergges. § 114 Abs. 2, Gierke a. a. O. S. 280 Anm. 1.

⁸¹ Wo die Zerlegung in Antheile sich lediglich auf das Eigenthum an einem Vermögensinbegriff als solchem bezieht, steht das Eigenthum an den einzelnen zu diesem Vermögensinbegriff gehörigen Sachen ungetheilt der Verbandsperson zu; so bei Aktiengesellschaften, vgl. a. a. O. S. 327.

⁸² Die Theilnahme an der Nutzung ist, so sehr sie meist im Vordergrunde steht, doch nicht wesentlich. So kann das Statut einer gemeinnützigen Aktiengesellschaft jeden Dividendenanspruch der Aktionäre ohne Ersatz ausschliessen; Gierke a. a. O. S. 246 Anm. 3. Bei einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung kann der Dividendenanspruch der Gesellschafter sowohl ausgeschlossen als unabhängig von den Geschäftsantheilen gestaltet werden; R.Ges. v. 20. Apr. 1892 § 29 u. dazu Neukamp, Komm. S. 75. Wo (wie im preuss. R.) beim Familienfideikommiss ein Familieneigenthum angenommen wird, kann den Sonderrechten der „Anwärter“ durch das „nutzbare Eigenthum“ des jeweiligen Besitzers jeder nutzbare Inhalt entzogen sein. In allen solchen Fällen gewähren die Antheile nur eine Anwartschaft; eine solche aber ist bei jeder Form des Gesamteigenthums in den Antheilen enthalten; Gierke a. a. O. S. 232, 248 Anm. 1—2, 279 Anm. 3, 379.

⁸³ So bei dem agrarischen Gesamteigenthum in Nutzungsrechten am Gemeinlande (insofern nicht auch hier die Abschwächung zu Bezugsrechten stattgefunden hat, a. a. O. S. 321 Anm. 2). Bei dem Hausgut der hochadligen Familie steht nur dem Familienhaupte nothwendig ein umfassendes reales Nutzungsrecht zu, während die Mitgenussrechte der übrigen Familienglieder sich in Rentenbezugsrenten erschöpfen können.

⁸⁴ Ueber die Natur des durch H.G.B. Art. 216 dem Aktionär ausdrücklich gewährleisteten „verhältnissmässigen Antheils am Gesellschaftsvermögen“ als Werthantheil und gegen die Theorien, die entweder durch Verflüchtigung des Antheils in ein Forderungsrecht den Aktionär oder durch Steigerung desselben zum Miteigenthumsantheil die Aktiengesellschaft enteignen, vgl. a. a. O. S. 327 ff.; seitdem auch Bekker, Pand. I 268 ff., Cosack, H.R. (2. Aufl.) S. 573. Gleiche Natur hat nach neuerem Gewerkschaftsrecht der Kux; Gierke a. a. O. S. 279 ff. Ebenso der Geschäftsantheil in der Gesellschaft mit beschränkter Haftung; Cosack a. a. O. S. 640.

⁸⁵ Diesen Inhalt hat die in der Aktie für den Fall der Auflösung der Aktiengesellschaft enthaltene Anwartschaft, die zwar als Mitgliedschaftsrecht nur nach

ertrages⁸⁶. In ähnlicher Weise wie das Eigenthum kann ein begrenztes dingliches Recht als genossenschaftliches Gesamtrecht einer Körperschaft und ihren Mitgliedern gemeinschaftlich zustehen⁸⁷. Andererseits findet sich auch die Ausgestaltung einer dinglichen Last zu einer genossenschaftlichen Gesamtlast, die mit der Körperschaftslast zugleich Sonderlasten der Mitglieder begründet⁸⁸.

Die größte Mannichfaltigkeit waltet bei den obligationenrechtlichen Sonderrechtsverhältnissen, die eine individualrechtliche Obligation durch Verflechtung in das Körperschaftsverhältniß in sehr verschiedenem Grade sozialrechtlich umprägen⁸⁹. Hierher gehören alle für Mitglieder oder Organträger aus ihrer Gliedstellung herauswachsenden selbständigen Forderungsrechte gegen die Körperschaft, wie sie

Maßgabe der gesetzlichen und statutarischen Bestimmungen realisiert werden kann (H.G.B. Art. 245, R.Ger. VII Nr. 10), jedoch als Sonderrecht in ihrem wesentlichen Gehalt unantastbar ist (R.O.H.G. XXIV 224, XXV 263). Ebenso beim Kux (Gierke a. a. O. S. 279 Anm. 3, R.O.H.G. XIX 192 u. 194, XXV 280).

⁸⁶ Diesen Inhalt hat das dem Aktionär verfassungsmäßig zugesicherte Recht auf Dividende, das zwar als Mitgliedschaftsrecht der statutenmäßigen Bestimmung und Festsetzung durch Körperschaftsbeschluss unterliegt (R.O.H.G. XI Nr. 43, XXV Nr. 77, R.Ger. IV Nr. 28, XIV Nr. 88, XV Nr. 21, XXII Nr. 20), jedoch als Sonderrecht in dem ihm statutenmäßig einmal verliehenen Gehalt für die Körperschaft unantastbar ist (R.O.H.G. IX 272 ff., XI 118 ff., XIV 357, XXV 263, R.Ger. XV Nr. 21); vgl. Gierke a. a. O. S. 246 ff., Neukamp, Z. f. d. g. H.R. XXXVIII 45 ff., K. Lehmann a. a. O. S. 376 ff. Das Dividendenbezugsrecht erscheint daher als Frucht des Mitgliedschaftsrechtes; Seuff. XLVII Nr. 132. (Möglich ist übrigens auch, daß statt oder neben dem Dividendenbezugsrecht den Aktionären ein unmittelbares Gebrauchsrecht an Vermögensobjekten der Gesellschaft als Sonderrecht eingeräumt ist, Gierke a. a. O. S. 246 Anm. 3). Gleiche Natur hat das Recht des Gewerken auf einen verhältnißmäßigen Antheil der Ausbeute; Preuss. Bergges. § 102. Ebenso im Zweifel das Recht des Gesellschafters auf einen Antheil am Reingewinne der Gesellschaft mit beschränkter Haftung; R.Ges. v. 20. Apr. 1892 § 29, Neukamp, Komm. S. 72 ff. Vgl. übrigens unten Anm. 41.

⁸⁷ Gierke a. a. O. 207 ff. u. 235 Anm. 2. So z. B. eine für eine Gemeinde als solche begründete Weide-, Holzungs- oder Wegeservitut, kraft deren sämtliche Gemeindeglieder oder die Mitglieder einer Klasse zur Benützung des belasteten Grundstückes für individuelle Zwecke befugt sind; vgl. z. B. Seuff. I Nr. 1 u. 313, II Nr. 258, VIII Nr. 113, XVI Nr. 176, XXIV Nr. 12, XLII Nr. 101. Oder eine in ähnlicher Weise einer Innung zum Nutzen der Mitglieder zustehende Servitut; a. a. O. XII Nr. 229, R.Ger. VII Nr. 53. Auch begegnen Reallastberechtigungen gleicher Struktur; Seuff. XVI Nr. 174, XXIX Nr. 12 u. 14. Desgleichen Bannrechte, a. a. O. XXIII Nr. 108.

⁸⁸ So z. B. eine Servitut oder Reallast, die eine Gemeindegemarkung als solche und die einzelnen in ihr befangenen Grundstücke belastet; Gierke a. a. O. S. 209, Seuff. I Nr. 1, IX Nr. 256, XVI Nr. 175, XXII Nr. 249.

⁸⁹ Gierke a. a. O. S. 333 ff.

zum Theil bei Körperschaften jeder Gattung vorkommen⁴⁰, zum Theil aber das eigenthümliche Wesen einer Genossenschaftsgattung bestimmen. So werden die Erwerbgenossenschaften durch mitgliedschaftliche Sonderrechte auf Auszahlung von Gewinnantheilen charakterisirt⁴¹; so empfangen alle wirthschaftlichen Gegenseitigkeitsgenossenschaften durch sonderrechtliche Ansprüche auf besonders geartete Vermögensleistungen, die der Verband den Mitgliedern schuldet, ihr eigenthümliches Gepräge⁴²; so müssen bei eingetragenen Genossenschaften überdies in

⁴⁰ So die mit einem Amte verknüpften vermögensrechtlichen Ansprüche; a. a. O. S. 195, 198, 295, 298, 274 ff. Oder die Entschädigungsansprüche von Mitgliedern aus einem gegen Entschädigung statthaften körperschaftlichen Eingriffe in ihre Sondersphäre; a. a. O. S. 192 Anm. 1, 198 Anm. 1, 292, 297 Anm. 1, Preufs. O.Tr. Entsch. XXI 277.

⁴¹ So entspringt bei der Aktiengesellschaft aus dem abstrakten Dividendenbezugsrecht (oben Anm. 36) mit statutenmäßiger Feststellung der Jahresdividende ein konkretes Dividendenbezugsrecht, das eine Forderung auf einen bestimmten Geldbetrag zum Inhalt hat; R.O.H.G. XIX Nr. 141, XXIII Nr. 59, R.Ger. XXII Nr. 20. Dasselbe ist jedoch keineswegs, wie meist angenommen wird, ein freies Forderungsrecht, das der Aktionär als Dritter hätte und daher z. B. auch im Konkurse der Gesellschaft als solcher geltend machen könnte; so R.O.H.G. XVIII Nr. 41, Cosack a. a. O. S. 609, K. Lehmann a. a. O. S. 849. Vielmehr bleibt es mitgliedschaftliches Sonderrecht; Neukamp, Z. f. H.R. XXXVIII 63 ff., Komm. zum R.Ges. v. 20. Apr. 1892 S. 76 ff. Ebenso verhält es sich mit den Gewinnantheilsbezugsrechten bei Gewerkschaften und Gesellschaften mit beschränkter Haftung. Desgleichen bei den eingetragenen Genossenschaften; Gierke a. a. O. S. 298 Anm. 1 u. jetzt R.Ges. v. 1. Mai 1889 § 19—20 u. 46.

⁴² Bei den Versicherungsgesellschaften auf Gegenseitigkeit sind die Versicherungsrechte der Mitglieder durchweg mitgliedschaftliche Sonderrechte; R.Ger. IV Nr. 111, XI Nr. 95, XXV Nr. 38, Gierke a. a. O. S. 299 Anm. 8 u. 295, auch Ehrenberg, Versicherungsr. I 131 ff., 134 u. 138 ff. (der nur scheinbar abweicht). So auch bei eingeschriebenen Hilfskassen; R.Ges. § 7, 10 u. 12. Desgleichen bei öffentlichrechtlichen Verbänden für Sach- oder Personenversicherung; daher auch bei Knappschaften, R.Ger. XII Nr. 61 u. 62, XXV Nr. 27; ebenso bei den Arbeiterversicherungsverbänden, Gierke a. a. O. S. 236 Anm. 1, Rosin, Arbeiterversich. I 428 ff. u. 524 (wo indess nicht hinreichend betont wird, daß der Inhalt des „mitgliedschaftlichen Fürsorgerechts“ eine Forderung ist); a. M. Laband, Staatsr. II 241 ff., Rehm, Arch. f. öff. R. V 525 ff., Piloty, Unfallv. S. 168 ff., Jellinek a. a. O. S. 255 ff. — Bei Kreditgenossenschaften auf Gegenseitigkeit ist das Recht auf Kreditgewährung und etwa auch auf Annahme von Spareinlagen, bei Konsumvereinen das Recht auf entgeltlichen Waarenbezug, bei Wohnungsgenossenschaften das Recht auf entgeltliche Ueberlassung von Wohnungen ein mitgliedschaftliches Sonderrecht, während die einzelnen Darlehns-, Kauf-, Miethsverträge u. s. w. zwischen den Mitgliedern und dem Verein als reine Individualrechtsgeschäfte, bei denen die Mitglieder als Dritte gelten, geschlossen zu werden pflegen; Gierke a. a. O. S. 295 Anm. 1, R.Ger. XXVI Nr. 28. Weiter greift zum Theil bei öffentlichen Kreditverbänden das Mitgliedschaftsverhältniß; Gierke a. a. O. S. 297 Anm. 1.

Gestalt von Mitgliederguthaben eigenartige Sonderrechte mit forderungsrechtlichem Gehalt gebildet werden⁴³. Andererseits entspringen aus Mitgliedschaft oder Organträgerschaft Schuldverbindlichkeiten gegen die Körperschaft, die in die Individualsphäre der Verpflichteten hineinreichen⁴⁴. Unter ihnen weisen namentlich die Beitragspflichten, deren ungleichartige Beschaffenheit ein Hauptunterscheidungsmerkmal der verschiedenen Körperschaftstypen bildet⁴⁵, sehr mannichfache Mischungen von gliedmäßiger Verpflichtung und individueller Obligation auf⁴⁶. In eigenthümlicher Weise gelangt endlich

⁴³ Ueber das Wesen dieser Guthaben nach dem älteren Recht, das sie als „Geschäftsantheile“ bezeichnete, vgl. Gierke a. a. O. S. 287 ff. Das R.Ges. v. 1. Mai 1889 hat daran grundsätzlich nichts geändert. Es versteht nur unter „Geschäftsantheil“ lediglich den Höchstbetrag, bis zu dem der Genosse sich zu betheiligen berechtigt und nach näherer Festsetzung durch Statut oder Generalversammlungsbeschluss verpflichtet ist (§ 7 Z. 2, 16, 22 u. 48), nennt dagegen den innerhalb dieser Grenze durch wirkliche Betheiligung mittels Einzahlungen und Zu- und Abschreibungen gebildeten konkreten Anspruch der Genossen „Geschäftsguthaben“ (§ 19). Dieses Geschäftsguthaben aber ist ein mitgliedschaftliches Sonderrecht mit forderungsrechtlichem Inhalte geblieben, das während des Bestandes der Mitgliedschaft vermöge seiner körperschaftsrechtlichen Gebundenheit aufer der im Zweifel nach ihm bemessenen Gewinn- und Verlustbetheiligung (§ 19) nur eine Anwartschaft gewährt (§ 21—22 u. 64), dagegen nach der Lösung des Bandes in eine freie Forderung von bestimmter Höhe übergeht (§ 71—73 u. 89). Die Bestimmungen über die Uebertragbarkeit der Guthaben an andere Genossen (§ 74) und über die Möglichkeit mehrerer Geschäftsantheile eines Genossen bei Genossenschaften mit beschränkter Haftpflicht (§ 128—132) ändern an dieser Natur der Guthaben nichts.

⁴⁴ Hierher gehören auch die Ersatzverbindlichkeiten, die für die Träger einer Organstellung aus Verschulden im Bereiche ihrer amtlichen Verantwortlichkeit der Körperschaft (nicht den einzelnen Mitgliedern) gegenüber erwachsen; Gierke a. a. O. S. 269 ff., 275 Anm. 1, 336 Anm. 1.

⁴⁵ Je nach Gesetz oder Statut schulden die Mitglieder Beiträge in Geld oder anderen Sachen; einmalige Beiträge (Einlagen) oder wiederkehrende; feste oder nach dem Bedürfnis wechselnde; im letzteren Falle vorläufige (mit Rückzahlung des zu viel und Nachforderung des zu wenig Erhobenen) oder nachträgliche (Umlagen); begrenzte oder unbegrenzte; gleiche oder nach irgend einem Maßstabe verhältnismäßige. Vgl. Gierke a. a. O. S. 236 Anm. 1, 239 Anm. 1, 271 ff., 283 ff., 299 ff.; Rosin, Arbeiterversich. I 608 ff.; Ehrenberg, Versicherungsr. I 192 ff. u. 508 ff.

⁴⁶ Als Mitgliedschaftspflicht hängt die Beitragsschuld regelmäßig in höherem oder geringerem Maße von der Festsetzung durch Körperschaftsorgane ab, ist grundsätzlich der Aufrechnung mit rein individualrechtlichen Forderungen entzogen (R.O.H.G. XVII 215, R.Ger. VI Nr. 18, H.G.B. Art. 219 mit Art. 184 c) und andererseits zur Aufrechnung mit mitgliedschaftsrechtlichen Forderungen geeignet (Krankenversich.Ges. § 56, Hilfskassenges. § 10), wird bei manchen Genossenschaften durch Liberierungsverbote körperschaftsrechtlich vinkulirt, hat vielfach besondere Verzugsfolgen, die in der Entziehung oder Schmälerung der Mitgliedschaft gipfeln,

auch hier das genossenschaftliche Prinzip in obligationenrechtlichen Gemeinschaftsverhältnissen zwischen der Körperschaft und ihren Mitgliedern zum Ausdruck⁴⁷. Es finden sich genossenschaftliche Gesamtforderungsrechte, bei denen eine einheitliche Forderung der Verbandsperson und vielheitliche Forderungen der einzelnen Mitglieder mit einander verbunden sind⁴⁸. Und es begegnen genossenschaftliche Gesamtverbindlichkeiten, die auf einer verfassungsmässigen Verknüpfung von einheitlicher Körperschafts haft und vielheitlicher Sonderhaft beruhen⁴⁹. Unter den zahlreichen möglichen Formen einer derartigen Gesamtverbindlichkeit sind bei

u. s. w. Als individuelle Schuld kann sie dem einzelnen Mitgliede ohne dessen Zustimmung niemals über seine gesetzliche oder statutarische Verpflichtung hinaus auferlegt werden; Pr. L.R. II, 6 § 64. Im Zweifel ist freilich jedes Mitglied verpflichtet, zur Erfüllung des Körperschaftszweckes und der Körperschaftsverpflichtungen verhältnissmässig beizutragen, und kann somit auch einer hierfür erforderlichen Erhöhung der Beiträge durch Körperschaftsbeschluss nicht widersprechen; Pr. L.R. II, 6 § 65; Seuff. XLIV Nr. 101. Vielfach aber besteht ein Sonderrecht auf Innehaltung engerer Grenzen. So ist die Beitragspflicht bei der Aktiengesellschaft unbedingt durch den Nominalbetrag oder etwaigen höheren Emissionsbetrag der Aktie begrenzt; H.G.B. Art. 219, R.O.H.G. XXIII Nr. 97. Ebenso bei der Gesellschaft mit beschränkter Haftung regelmässig durch die Stammeinlage, möglicher Weise aber erst durch einen als Grenze einer hinzutretenden Nachschufspflicht festgesetzten höheren Betrag; R.Ges. v. 20. Apr. 1892 § 21—24, 26 Abs. 3, 28 u. 45 Abs. 3. Desgleichen bei Genossenschaften mit beschränkter Haftpflicht durch Geschäftsantheil und etwaige höhere Haftsumme; R.Ges. v. 1. Mai 1889 § 135. Auch bei Versicherungsgenossenschaften auf Gegenseitigkeit finden sich feste Grenzen der Beitragspflicht; Ehrenberg, Versicherungsr. I 112 u. 132. Und selbst bei öffentlichen Genossenschaften kommt das gleiche Verhältniss vor; Krankenversich. Ges. § 31, 47, Rosin, Oeff. Genoss. S. 164 ff. Bei anderen Genossenschaften ist die Beitragspflicht zwar unbegrenzt, jedoch die Befreiung von einer neu auferlegten Beitragsschuld durch Preisgabe des sonderrechtlichen Antheiles zulässig; so bei Gewerkschaften nach dem System der Zubusse (Gierke a. a. O. S. 281 ff.) und bei Gesellschaften mit beschränkter Haftung im Falle der Einführung einer unbeschränkten Nachschufspflicht (R.Ges. v. 20. Apr. 1892 § 26—27). Bei eingetragenen Genossenschaften mit unbeschränkter Nachschufspflicht (zu denen auch solche mit unbeschränkter Haftpflicht gehören) ist die jenseits der Einlagepflicht bestehende unbegrenzte Beitragspflicht dadurch ermässigt, dass sie erst nach Auflösung der Genossenschaft zur Deckung des Ausfalles im Konkurse und nur in dem gesetzlich geordneten Umlageverfahren realisiert werden kann; R.Ges. v. 1. Mai 1889 § 98—108, 122—124.

⁴⁷ Hierauf ist im Obligationenrecht zurückzukommen.

⁴⁸ Gierke, Genossenschaftsr. II 381 ff., 919, Genossenschaftsth. S. 337.

⁴⁹ Gierke, Genossenschaftsr. II 383 ff., 920, Genossenschaftsth. S. 338.

Zweifellos kann auch heute eine Haftung der Mitglieder für Körperschaftsschulden in beliebigem Umfange durch Satzungsrecht begründet werden; Ehrenberg, Versicherungsr. I 142.

den eingetragenen Genossenschaften die beiden Formen einer unbeschränkten und einer beschränkten subsidiären Solidarhaft der Mitglieder für alle Verbindlichkeiten der Verbandsperson als zulässig erklärt und genau geregelt⁵⁰. —

Die Rechtsgrundsätze, von denen die Verhältnisse des körperschaftlichen Sonderrechtes beherrscht werden, spiegeln durchweg die Einschränkung des Sozialrechtes durch individualrechtliche Elemente und die Verfärbung des Individualrechts durch sozialrechtliche Gebundenheit wieder.

Schon zur Begründung solcher Verhältnisse müssen daher körperschaftsrechtliche und individualrechtliche Thatbestände zusammenwirken: sie beruhen auf der doppelten Grundlage der verfassungsmäßigen Ordnung und eines selbständigen Titels⁵¹.

Während ihres Bestandes gehören sie als Mitgliedschaftsverhältnisse dem körperschaftlichen, als Sonderrechtsverhältnisse dem individuellen Lebensbereiche an. Ihre rechtlichen Schicksale werden

⁵⁰ R.Ges. v. 1. Mai 1889 § 2, 116—119 u. 135. Ueber die rechtliche Natur der Genossenhaftung als mitgliedschaftlicher Sonderpflicht vgl. Goldschmidt, Z. f. d. g. H.R. XXVII 56 ff., Gierke, Krit. V.J.Schr. XXIV 393 ff., Genossenschaftsth. S. 302 ff., R.Ger. XIX Nr. 36 u. XXIV Nr. 27. (Unrichtige Konstruktionen b. Sicherer S. 229 ff. u. Stobbe I 556). — Bei Genossenschaften mit unbeschränkter Nachschufspflicht besteht so wenig wie bei Aktiengesellschaften und Gesellschaften mit beschränkter Haftung irgend eine unmittelbare Verpflichtung der Mitglieder gegen die Gläubiger der Genossenschaft; hier sind daher die Verbindlichkeiten der Genossenschaft keine Gesamtverbindlichkeiten, sondern reine Körperschaftsverbindlichkeiten.

⁵¹ Darum verflechten sich hinsichtlich der unmittelbar aus der Mitgliedschaft fließenden Sonderrechtsverhältnisse mit den Gründungshandlungen Individualrechtsgeschäfte, die um so selbständiger hervortreten, je stärker der sonderrechtliche Inhalt der Mitgliedschaft entwickelt ist; vgl. oben § 63 Anm. 20, Gierke, Genossenschaftsth. S. 128, 130 ff., 223, 241, R.Ger. XXII Nr. 23 (Uebernahme der Aktien durch die Gründer bei der Simultangründung als „Anschaffungsgeschäft“). Ebenso verbindet sich bei dem späteren Erwerbe einer Mitgliedschaft mit dem Eingliederungsakte ein mehr oder minder ausgeprägter rechtsgeschäftlicher Vorgang, der in vielen Fällen als ein echter Vertragsschluss erscheint; oben § 64 Anm. 9, Gierke a. a. O. S. 277, 288, 295, 336 Anm. 2, Ehrenberg, Versicherungs. I 138 ff., R.Ger. XXI Nr. 6, XXIV Nr. 20 (Begründung der Mitgliedschaft in einer preussischen Landschaft durch Bepfandbriefung zugleich ein echter Darlehnsvertrag). Aehnlich bei dem Erwerbe einer Organstellung; oben § 65 Anm. 7. Dieselbe Doppelnatur haben, wo Sonderrechtsverhältnisse erst durch besondere Vorgänge begründet oder verändert werden, die hierfür erforderlichen Rechtshandlungen; so z. B. bei dem Hinzuerwerb von Geschäftsanteilen in Genossenschaften mit beschränkter Haftpflicht, R.Ges. v. 1. Mai 1889 § 131.

daher zum Theil durch körperschaftliche, zum Theil durch individuelle Vorgänge und Handlungen bestimmt.

Nach innen sind sie in ihrem körperschaftsrechtlichen Bestandtheile der Körperschaftsgewalt, in ihrem sonderrechtlichen Bestandtheile der Herrschaft des Einzelwillens unterworfen⁵². Darum endet die Macht des Körperschaftsbeschlusses, während sie die mitgliedschaftlichen Voraussetzungen und Wirkungen der Sonderrechte und Sonderpflichten ergreift, doch da, wo das Sonderrecht als solches beginnt⁵³. Umgekehrt wird die Verfügung des einzelnen Mitgliedes über sein Sonderrecht durch dessen verfassungsmäßige Einordnung in den körperschaftlichen Zusammenhang begrenzt⁵⁴. Hiernach bestimmt sich auch Art und Umfang des Rechtsschutzes, den die Sonderrechtsverhältnisse bei Streitigkeiten zwischen der Körperschaft und ihren Mitgliedern genießen⁵⁵. Insbesondere steht hier zwar grundsätzlich auch bei öffentlichen Körperschaften, insoweit der privatrechtliche Bestandtheil des Verhältnisses in Frage kommt, der ordentliche Rechtsweg offen⁵⁶;

⁵² R.Ger. II Nr. 42; Gierke a. a. O. S. 197, 225 ff., 236 Anm. 1, 246 ff., 279 ff., 290 ff., 639; auch oben Anm. 36 u. 46.

⁵³ Vgl. oben § 65 Anm. 37—41. Der Satz, daß Mehrheitsbeschlüsse nicht in *jura singulorum* eingreifen dürfen, war von je als oberster Satz in dieser ganzen Lehre anerkannt. Er gilt ausnahmslos. Man darf dabei auch nicht mit Stobbe I 482 ff. einen Unterschied zwischen privatrechtlichen und öffentlichen Körperschaften machen: ungleich und im Einzelnen überaus streitig sind nur die Grenzen des Sonderrechts. — Zutreffend neuestens K. Lehmann im Arch. f. b. R. IX 297 ff. über „Einzelrecht u. Mehrheitswille in der Aktiengesellschaft“.

⁵⁴ Auch wo die Mitgliedschaft selbst als Sonderrecht veräußerlich ist, unterliegt die Veräußerung gesetzlichen und statutarischen Beschränkungen genossenschaftsrechtlicher Art; oben § 64 Anm. 16 u. 24, Gierke a. a. O. S. 242 ff. und 277 ff. Hinsichtlich der einzelnen Sonderrechte ist das Verfügungsrecht der Mitglieder in mannichfacher Abstufung durch Ausschluss oder Beschränkung der Veräußerung oder der Ueberlassung zur Ausübung, der Vererbung, der Pfändung, der Aufrechnung u. s. w. gebunden; vgl. z. B. über Gemeindennutzungsrechte Gierke a. a. O. S. 221 Anm. 1—3 u. Seuff. XLII Nr. 6, über Unterstützungsansprüche in eingeschriebenen Hilfskassen Hilfskassenges. § 10, über Geschäftsguthaben in eingetragenen Genossenschaften R.Ges. v. 1. Mai 1889 § 64, 74 u. 132.

⁵⁵ Die Sonderrechte als solche sind unbedingt geschützt; doch bewirkt ihr Zusammenhang mit der Mitgliedschaft, daß der genossenschaftliche Gerichtsstand nach C.Pr.O. § 23 begründet ist (R.Ger. IV Nr. 111), daß eine Klage erst nach Erschöpfung der körperschaftsrechtlichen Instanzen angestellt werden kann (R.O. H.G. XXII 103 ff.), daß Beschränkungen der Anfechtungsklage gegen Versammlungsbeschlüsse sich auch auf sie beziehen (oben § 65 Anm. 43) u. s. w.

⁵⁶ Seuff. IV Nr. 251, XIV Nr. 63, Erk. des Preuss. Komp.Ger. v. 12. Okt. 1861 (J. M.Bl. 1862 S. 61), R.Ger. XXX Nr. 49. So ist ja auch gegen öffentliche Körperschaften wie gegen den Staat selbst eine Civilklage (obschon meist erst nach administrativem Vorverfahren) wegen der Entschädigungsansprüche aus Eingriffen in Individualrechte, wegen der vermögensrechtlichen Ansprüche aus dem Beamten-

in bedeutendem Umfange aber hat ihn die Gesetzgebung mit Rücksicht auf die Verflechtung des Privatrechtes mit öffentlichem Rechte verschlossen⁵⁷.

Nach außen fallen diese Verhältnisse an sich in ihrem körperschaftsrechtlichen Bestandtheile der Mitvertretung durch die Körperschaft, in ihrem sonderrechtlichen Bestandtheile der Selbstvertretung der Individuen anheim. Wegen der innigen Durchdringung beider Bestandtheile aber greifen die Wirkungen von Körperschaftshandlungen und Einzelhandlungen hier vielfach in einander ein. So treffen in gewissem Umfange rechtsgeschäftliche Verfügungen der Körperschaft über ihre gemeinheitliche Sphäre zugleich die Sonderrechtsverhältnisse⁵⁸, aber auch rechtsgeschäftliche Verfügungen der Mitglieder über ihr Sonderrecht die gemeinheitliche Sphäre⁵⁹. So können Rechtsausübungshandlungen aus dem einen Gebiet in das andere hinüberwirken, wie dies namentlich bezüglich der Besitzhandlungen bei Gemeindevorständen von der Praxis anerkannt wird: die Gemeinde als solche kann mit dem körperschaftlichen Besitze an einem Gesamtrecht zugleich für ihre Mitglieder als Einzelne den Besitz an den darin enthaltenen Sonderrechten erwerben⁶⁰ oder verlieren⁶¹, aber auch

verhältniß und zum Theil auch wegen unberechtigter Abgabenerhebung meist zulässig; Gierke a. a. O. S. 192 Anm. 1, 193 Anm. 1, 195 Anm. 1. Ebenso bei Streitigkeiten über Gemeindevorstandsrechte (a. a. O. S. 234), über Innungsbeiträge (R.Gew.O. § 100b), über Leistungspflichten und Unterstützungsansprüche in Knappschaften und öffentlichen Krankenkassen (hier aber jetzt nach Krankenvers.Ges. § 58 vorbehaltlich landesgesetzlicher Verweisung zum Verwaltungsstreitverfahren).

⁵⁷ So oft bei Streitigkeiten über Gemeindevorstandsrechte (a. a. O. S. 234 Anm. 1—2) und bei allen inneren Streitigkeiten mancher öffentlicher Genossenschaften, wie z. B. Berufsgenossenschaften für Unfallversicherung, Deichverbände, Wassergenossenschaften, Fischereigenossenschaften; Rosin, Oeffentl. Genoss. S. 169 ff. Regelmäßig aber steht dafür das Verwaltungsstreitverfahren offen.

⁵⁸ Man denke z. B. an den Einfluß von Rechtsgeschäften, durch die eine Gemeinde ihr Gemeinland veräußert oder belastet oder ein dingliches Gesamtrecht erwirbt, auf die Nutzungsrechte und Sonderlasten der Gemeindeglieder; Gierke a. a. O. S. 220 ff. Oder an die durch Verfügungen einer Aktiengesellschaft über ihr Vermögen möglichen Veränderungen der Aktionärrechte, insbesondere z. B. bei den behufs Verstaatlichung der Eisenbahnen abgeschlossenen Verträgen, gegen die ein Widerspruchsrecht der Einzelnen nicht anerkannt werden konnte; a. a. O. S. 249 Anm. 1, R.O.H.G. XXII Nr. 51, R.Ger. III Nr. 39, XIV Nr. 38. Oder an die Einwirkung von Verfügungen einer eingetragenen Genossenschaft über ihr Vermögen auf die Geschäftsguthaben; Gierke a. a. O. S. 291.

⁵⁹ Enthält doch z. B. die Veräußerung einer Aktie zugleich eine Verfügung über den Mitgliederbestand der Aktiengesellschaft; a. a. O. S. 251.

⁶⁰ Seuff. XXXIII Nr. 282, XLII Nr. 101 (Ersitzung einer Kahnfahrtberechtigung für die Gemeindeglieder durch eine Dorfgemeinde).

⁶¹ Gierke a. a. O. S. 219 Anm. 2.

Einzelne können, indem sie eine Herrschaft als mitgliedschaftliches Sonderrecht für sich ausüben oder auszuüben unterlassen, zugleich einen Gemeindebesitz begründen⁶² oder zerstören⁶³; umgekehrt kann, wenn Erwerb oder Verlust des Besitzes an einem zugleich die Gemeinde als solche und die Mitglieder als Einzelne belastenden Rechte in Frage steht, sowohl das Verhalten der Gemeinde den Einzelnen wie auch das Verhalten der Einzelnen der Gemeinde schaden⁶⁴ oder nützen⁶⁵. So macht sich endlich auch im Bereiche der Prozeßhandlungen die gegenseitige Abhängigkeit der Gemeinsphäre und der Sonderphären geltend: die Körperschaft ist nach einem alten und befestigten Gerichtsgebrauche legitimirt, in Streitigkeiten über Gesamtrechte oder Gesamtpflichten als Klägerin oder Beklagte zugleich die Mitglieder oder eine Mitgliederklasse hinsichtlich ihrer zugehörigen Sonderrechte und Sonderpflichten zu vertreten⁶⁶; daneben

⁶² Dies wird bei Holzungs-, Weide-, Wege-, Fischereigerechtigkeiten u. s. w. seit alter Zeit anerkannt; Gierke, Genossenschaftsr. III 377 Anm. 97, 448, 676, 728 Anm. 91, 729, Genossenschaftsth. S. 219 Anm. 2, Stobbe I 489, Seuff. I Nr. 165, II Nr. 133, IX Nr. 255, XV Nr. 205, XVI Nr. 174. Dabei wird dafür vermuthet, daß die Einzelnen bei der Nutzung als Gemeindeglieder handelten; Seuff. XXII S. 328 Anm. 1.

⁶³ Vgl. über Störung des Gemeindebesitzes durch Störung Einzelner in der Ausübung des Gemeinderechts Emminghaus, Pand. S. 225 Nr. 62, Stobbe I 490.

⁶⁴ Soweit die rechtsgeschäftliche Verfügungsmacht einer Gemeinde als solcher reicht, kann sie auch durch das Verhalten ihrer Organe einem Dritten den Besitz eines derartigen Rechtes verschaffen oder erhalten; Pr. L.R. I, 7 § 91 u. 95, I, 9 § 578, Langenn u. Kori II 37 ff. Andererseits aber reicht hierzu auch das positive oder negative Verhalten sämtlicher beteiligter Mitglieder aus; Pr. L.R. I, 7 § 92—93, Seuff. VII Nr. 5 u. 269, Emminghaus a. a. O. S. 224 Nr. 58, Stobbe I 489, Gierke, Genossenschaftsth. S. 220 Anm. 1. Dagegen kann das Verhalten einzelner Mitglieder der Gemeinde als solcher und den übrigen Mitgliedern regelmäßig nicht präjudizieren; Pr. L.R. I, 7 § 90, Langenn u. Kori I 203 ff. Zum Theil aber soll nach besonderen Gesetzen der Besitz eines die Gemeinde und alle ihre Mitglieder belastenden Rechts (z. B. einer Laudemialberechtigung oder eines Holzungsrechtes) schon durch Handlungen gegen einzelne Gemeindeglieder erworben werden; Haubold § 480a, Anhalt-Dessauisch. Ges. v. 4. Aug. 1852, Stobbe I § 53 Anm. 45.

⁶⁵ Die Gemeinde kann durch das Verhalten ihrer Organe die Entstehung eines derartigen Besitzes hindern oder den Besitz unterbrechen; auch das einzelne Mitglied aber kann durch seine entgegengesetzte Handlung oder durch seinen Widerspruch die Besitzergreifung gegen die Gemeinde hindern; Pr. L.R. I, 7 § 94.

⁶⁶ Gierke, Genossenschaftsr. III 279 Anm. 95, Genossenschaftsth. S. 214 ff.; Reyscher, Z. f. D. R. XVI 133 ff., 411 ff., Langenn u. Kori II 33 ff., 51 ff., Martin, Arch. f. prakt. Rechtswiss. X 1 ff., Bolze, Jurist. Pers. S. 31 ff., Bekker, Pand. § 67 Beil. III, Stobbe I 486 ff.; Emminghaus S. 213, 223 Nr. 54; Seuff. I Nr. 1 mit Nachtr. S. 151, II Nr. 258, XIV Nr. 6; Preufs. O.Trib. Entsch.

aber bleiben die beteiligten Mitglieder legitimirt, in Streitigkeiten über ihre Sonderrechte oder Sonderpflichten als Kläger oder Beklagte sich selbst zu vertreten⁶⁷ und insoweit zugleich mit Wirkung für und wider die Körperschaft zu handeln⁶⁸.

Die Beendigung eines körperschaftlichen Sonderrechtsverhältnisses erfolgt, sobald körperschaftsrechtliche und individualrechtliche Erlöschungsgründe zusammentreffen⁶⁹. Wenn dagegen entweder nur die gliedmäßige oder nur die individuelle Beziehung wegfällt, so kann zwar das körperschaftliche Sonderrechtsverhältniß als solches gleichfalls nicht fortbestehen. Allein es erlischt nicht ohne Rückstand. Vielmehr ergießt es sich im ersten Falle in ein die Mitgliedschaft überdauerndes freies Sonderrechtsverhältniß⁷⁰. Im

XXXVI Nr. 221. Dahin gehören z. B. Streitigkeiten über die Allmende, über eine der Gemeinde auf fremdem Boden zu Gunsten ihrer Mitglieder oder einer Mitgliederklasse (z. B. auch der ärmeren Ortsbürger) zustehende Weide-, Wald-, Leseholz-, Streu- oder Wegegerechtigkeit, über Befreiung der Gemeindeglieder von einem Wegezoll, über das Weiderecht einer Metzgerzunft u. s. w.; Seuff. I Nr. 1 u. 313, VI Nr. 309, VII Nr. 2, IX Nr. 255, XI Nr. 124, XII Nr. 239, XVI Nr. 97 u. 174, XXIII Nr. 107, XXIV Nr. 12, XXVIII Nr. 102 u. 103, XXIX Nr. 12 u. 14. Ebenso aber Streitigkeiten über eine die Mitglieder oder eine Klasse derselben belastende Servitut, Reallast, Banngerechtigkeit, Abgaben- oder Frohnpflicht; Seuff. I Nr. 1, IX Nr. 256, XVI Nr. 175 u. 192, XXII Nr. 249, R.Ger. XVII Nr. 45 (Passivlegitimation der Kirchengemeinde hinsichtlich einer sämtliche Eingepfarrte treffenden Kirchenbaulast). Das für oder wider die Gemeinde ergehende Urtheil wird dann auch für oder wider die gegenwärtigen und künftigen Mitglieder als Einzelne rechtskräftig. — Ueber die Behandlung der Schadensersatzansprüche in derartigen Fällen vgl. Gierke, Genossenschaftsth. S. 215 Anm. 2.

⁶⁷ Seuff. II Nr. 252, VI Nr. 136, VIII Nr. 113, X Nr. 125, XVI Nr. 97, XXIII Nr. 107 u. 108, XXVI Nr. 4, XXVIII Nr. 102, XXIX Nr. 12, XXXIII Nr. 282. Ebenso, falls sie als parteifähig anerkannt ist, eine Mitgliederklasse als solche; Schüler I 285 ff., Seuff. I Nr. 314—316, XII Nr. 229, XV Nr. 205, XXIII Nr. 108. Vgl. Gierke a. a. O. S. 211 Anm. 3 u. 218—219, Stobbe I § 58 Am. 34 u. 37. — Darum steht auch den beteiligten Mitgliedern in den ihr Sonderrecht berührenden Prozessen der Körperschaft das Recht der Nebenintervention zu; Gierke a. a. O. S. 217 Anm. 2, 248 Anm. 3, 291 Anm. 1; a. M. Wach, Civilproz. I 265 Anm. 36.

⁶⁸ Seuff. II Nr. 258; Gierke a. a. O. S. 218 Anm. 2.

⁶⁹ A. a. O. S. 230 ff., 251, 277, 290 ff.

⁷⁰ So gehen mit der Auflösung einer Vermögensgenossenschaft die sonderrechtlichen Antheile der Mitglieder in Miteigenthumsantheile, mit dem Ausscheiden von Genossen aus einer eingetragenen Genossenschaft die Geschäftsguthaben in freie Forderungsrechte über; so bestehen auch nach Beendigung der Mitgliedschaft bereits begründete Beitragspflichten (z. B. aus der Zeichnung einer Aktie oder aus einer Nachschufspflicht zur Deckung vorhandener Verbindlichkeiten) oder Haftpflichten als individuelle Verbindlichkeiten fort; a. a. O. S. 271, 291, 302 ff., 351 Anm. 2, 377 ff., R.Ger. XXXII Nr. 13.

zweiten Falle aber wandelt es sich in ein reines Mitgliedschaftsverhältnis um⁷¹.

§ 69. Veränderung der Körperschaften¹.

I. Begriff. Eine Veränderung der Körperschaft liegt vor, wenn in ihren rechtlichen Beziehungen ein Wechsel eintritt, ihre Persönlichkeit aber dieselbe bleibt. Diese Identität im Wechsel, ohne die es keine Persönlichkeit giebt, ist von je als Wesensmerkmal aller Verbandspersönlichkeit betrachtet worden.

II. Arten. Die Veränderungen, die eine Körperschaft erfahren kann, sind zwiefacher Art.

Viele Veränderungen lassen den rechtlichen Zustand der Verbandsperson als solcher überhaupt unberührt und können daher, mögen sie nun im Uebrigen mehr oder minder erheblich sein, als *unwesentliche* bezeichnet werden. Dahin gehören unter den äußeren Lebensvorgängen einer Körperschaft die Veränderungen ihres Vermögensbestandes², unter ihren inneren Lebensvorgängen die Veränderungen im Mitgliederbestande oder im Personalbestande von Gliedverbänden oder Organen³.

Andere Veränderungen ergreifen den rechtlichen Zustand der Verbandsperson als solcher und lassen sich daher als *wesentliche* bezeichnen. Unter den äußeren Lebensvorgängen einer Körperschaft gehört

⁷¹ So können z. B. ehemalige sonderrechtliche Gemeindennutzungsrechte in bloßen „bürgerlichen Nutzungen“ fort dauern (vgl. unten S. 594 ff. u. 607 ff.).

¹ Gierke, Genossenschaftsth. S. 809 ff.

² So auch bei Vermögensgenossenschaften, falls nur das Vermögenssubstrat als solches unberührt bleibt; daher z. B. bei Aktiengesellschaften eine Erhöhung des Betriebskapitals durch Ausgabe von Prioritätsobligationen (im Gegensatz zur Erhöhung des Grundkapitals durch Ausgabe von Prioritätsaktien) oder ein tatsächlicher Vermögensverlust (mögen auch bei Verlust über die Hälfte und bei Zahlungsunfähigkeit oder Ueberschuldung dem Vorstände aus H.G.B. Art. 240 besondere Pflichten erwachsen). — Trotzdem können natürlich Gesetz oder Statut gewisse besonders wichtige Vermögensveränderungen durch Rechtsgeschäft an gleiche Voraussetzungen wie wesentliche Veränderungen (z. B. staatliche Mitwirkung oder erschwerten Körperschaftsbeschluss) binden; vgl. oben § 65 Anm. 29—30, § 66 Anm. 15—19, § 67 Anm. 43, auch H.G.B. Art. 213d u. 213f.

³ Hieran ändert es nichts, wenn wichtige Veränderungen dieser Art an besondere Voraussetzungen gebunden sind und, wie bei allen der Publizität unterworfenen Genossenschaften, ein Wechsel im Personalbestande des Vorstandes, bei manchen Genossenschaften (vgl. bes. R.Ges. v. 1. Mai 1889 § 15 u. 67—70, auch R.Gew.O. § 104 d, Hülfskassenges. § 27, Bayr. Vereinsges. Art. 18) auch ein Wechsel im Mitgliederbestande öffentlich kundgemacht werden sollen; Gierke a. a. O. S. 811 Anm. 1.

dahin jede Mehrung oder Minderung ihrer Rechts- oder Handlungsfähigkeit⁴ und der Erwerb oder Verlust einer besonderen rechtlichen Eigenschaft⁵; somit namentlich auch die vielfach gesetzlich zugelassene und geregelte Umwandlung einer Körperschaft in eine Körperschaft anderer Gattung⁶. Unter den inneren Lebensvorgängen aber muß dahin jede Abänderung des gemeinheitlichen Organismus als solchen gerechnet werden, wie sie durch eine „Verfassungsänderung“ im materiellen Sinne des Wortes vollzogen wird⁷; somit stets eine Veränderung der Lebensaufgabe oder der Lebensdauer des Verbandes⁸; desgleichen eine Veränderung der Regeln über Zusammensetzung, Gliederung oder Organisation des Vereinskörpers⁹; endlich aber je nach der Bauart der Körperschaft auch die Veränderung einer sachlichen Grundlage, wie z. B. bei Gebietskörperschaften des Gebietes¹⁰ oder bei Vermögensgenossenschaften des Grundvermögens¹¹.

⁴ So z. B. Einordnung in einen höheren Verband oder Lösung aus einem solchen, Unterstellung unter besondere Staatsaufsicht, Entmündigung, Konkursöffnung (falls sie nicht Auflösung bewirkt); vgl. a. a. O. S. 812 Anm. 1—2.

⁵ So z. B. der öffentlichrechtlichen Qualifikation, der Kaufmannseigenschaft, eines Ranges u. s. w.; desgleichen eines für die rechtliche Gesamtstellung entscheidenden Persönlichkeitsrechtes (wie z. B. der ausschließlichen Gewerbebefugniß bei Innungen oder des Notenprivilegs bei Banken); ferner Verlegung des Sitzes (soweit sie ohne Aufhebung der Körperschaft möglich ist); auch Aenderung des Namens oder der Firma; vgl. a. a. O. S. 813 Anm. 1—3.

⁶ So z. B. die Umwandlung einer Landgemeinde in eine Stadtgemeinde oder umgekehrt (a. a. O. S. 812 Anm. 3); einer schon bestehenden Genossenschaft in eine „eingetragene Genossenschaft“, eine „eingeschriebene Hilfskasse“ oder einen „anerkannten Verein“ (oben § 68 Anm. 36); einer Gewerkschaft des älteren in eine solche des neueren Rechts (Preufs. Bergges. § 235 a—235 g); einer Gewerkschaft in eine Aktiengesellschaft (R.Ger. XXVI Nr. 64); einer eingetragenen Genossenschaft mit unbeschränkter Haftpflicht, unbeschränkter Nachschufspflicht oder beschränkter Haftpflicht in eine solche mit anderer Haftart (R.Ges. v. 1. Mai 1889 § 137—139).

⁷ Pr. L.R. II, 6 § 27—31, Strieth. I 263. Hiermit deckt sich keineswegs der in neueren Gesetzen und Statuten überwiegende formelle Begriff der Verfassungsänderung im Sinne der Abänderung einer geschriebenen Grundsatzung.

⁸ Gierke a. a. O. S. 814 Anm. 2.

⁹ A. a. O. S. 673 ff., 716 Anm. 1, 814—815.

¹⁰ A. a. O. S. 815 Anm. 2. Aehnlich bei Berufsgenossenschaften für Unfallversicherung neben einer Abänderung ihres Bezirkes eine Abänderung der Berufsabgrenzung (Unfallversich.Ges. § 31), bei Ortskrankenkassen die Zuweisung oder Ausscheidung einer Betriebs- oder Gewerbsart (Krankenversich.Ges. § 18 a u. 48), bei Innungen die Aufnahme oder Ausscheidung eines verwandten Handwerkes.

¹¹ So bei einer Agrargenossenschaft die Mehrung oder Minderung des Gemeinlandes (vgl. Preufs. Haubergs-O. f. Siegen § 3—5 u. 10 b), bei einer Gewerkschaft die Aenderung des Grubensfeldes (Preufs. Bergges. § 51), bei einer Aktiengesellschaft die Erhöhung oder Herabsetzung des Grundkapitals (H.G.B. Art 248 u.

III. Eintritt. Veränderungen einer Körperschaft treten vielfach als unmittelbare gesetzliche oder statutarische Rechtsfolgen der Verwirklichung eines Thatbestandes ein¹². Im Uebrigen werden sie durch darauf gerichtete menschliche Handlungen vollzogen.

Im Bereiche ihres Selbstbestimmungsrechtes kann jede Körperschaft ihre rechtlichen Beziehungen durch eigne Handlungen umgestalten und daher durch Körperschaftsbeschluss auch eine wesentliche Abänderung ihres Bestandes und namentlich eine Verfassungsänderung herbeiführen¹³. Nur wird durch Gesetz oder Statut dazu vielfach ein qualifizirter Körperschaftsbeschluss erfordert¹⁴ und durch neuere Gesetze zum Theil selbst bei Privatkörperschaften die Herabminderung der Hemmnisse und Erschwerungen eines solchen Beschlusses dem autonomen Belieben entzogen¹⁵. Auch hängt bei Körperschaften, deren Entstehung durch eine öffentliche Kundmachung vermittelt wird, regelmässig auch die Wirksamkeit einer wesentlichen Veränderung von einer entsprechenden Kundmachung ab¹⁶. Insoweit aber die Körper-

215 a, R.O.H.G. XXIV 247), bei einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung die Erhöhung oder Herabsetzung des Stammkapitals (R.Ges. v. 20. April 1892 § 56—59). — Bei Genossenschaften mit beschränkter Haftpflicht entspricht die Erhöhung oder Herabsetzung der Haftsumme (R.Ges. v. 1. Mai 1889 § 126—127).

¹² Und zwar wesentliche wie unwesentliche; Gierke a. a. O. S. 816 Anm. 1.

¹³ Vgl. oben § 65 Anm. 34. Vielfach verleihen die Gesetze (allgemein Preuss. L.R. II, 6 § 31 u. 34) und fast immer die Statuten dem Gemeinwillen ausdrücklich das Recht zu Verfassungsänderungen; Gierke a. a. O. S. 821 Anm. 3.

¹⁴ Oben § 65 Anm. 29—30, Gierke a. a. O. S. 822 Anm. 1. Die neueren Gesetze erschweren meist jede Verfassungsänderung im formellen Sinne (oben Anm. 7), wovon dann auch die Abänderung einer in die geschriebene Grundsatzung aufgenommenen unwesentlichen Festsetzung getroffen, dagegen eine ohne Abänderung der geschriebenen Grundsatzung durchführbare wesentliche Veränderung nicht getroffen wird; sie zeichnen aber gewisse wesentliche Veränderungen, wie z. B. Abänderung des Gegenstandes (H.G.B. Art. 215 Abs. 3, Genossensch.Ges. v. 1. Mai 1889 § 16 Abs. 2), Veränderung des Grundkapitals einer Kapitalgenossenschaft (H.G.B. Art. 215 a u. 248, R.Ges. v. 20. April 1892 § 56—59) oder bei eingetragenen Genossenschaften Erhöhung der Geschäftsanteile oder der Haftsumme, Herabsetzung der Geschäftsanteile, der Einlagepflichten oder der Haftsumme, Veränderung der Haftart (R.Ges. v. 1. Mai 1889 § 16 Abs. 2, 22, 126—127, 128 Abs. 2, 137—138) durch besondere Erschwerungen aus. Aehnlich verfahren die Satzungen.

¹⁵ Vgl. oben § 65 Anm. 36. Insoweit die statutarische Erleichterung einer Verfassungsänderung zulässig bleibt, kann doch nach den neueren Gesetzen niemals ein anderes Organ als die Generalversammlung dazu ermächtigt werden; H.G.B. Art. 215 Abs. 1, R.Genoss.Ges. § 16 Abs. 1, Hülfskassenges. § 30 Abs. 3, Schweiz. O.R. Art. 644.

¹⁶ H.G.B. Art. 214, 215 a, 248, R.Ges. v. 1. Mai 1889 § 16 Abs. 3—4, R.Ges. v. 20. April 1892 § 55; Bayr. Vereinsges. Art. 5—6; Entw. II § 61. — Bei Ge-

schaft in ihrem Selbstbestimmungsrecht beschränkt ist, bedarf sie zur Selbstveränderung fremder Mitwirkung. So ist einerseits da, wo eine Körperschaft nur mit höherer Genehmigung begründet werden kann, im Zweifel jede wesentliche Veränderung an die gleiche Genehmigung und somit namentlich bei öffentlichen Körperschaften an Staatsgenehmigung gebunden¹⁷. Andererseits müssen, wo einer Veränderung mitgliederschaftliche Sonderrechte entgegenstehen, diese erst durch individuelle Zustimmung der beteiligten Mitglieder überwunden werden¹⁸.

Auch durch fremde Handlungen werden nicht nur unwesentliche, sondern vielfach auch wesentliche Veränderungen von Körperschaften herbeigeführt. Das Recht, einer Körperschaft eine wesentliche Veränderung aufzuerlegen, kann als Individualrecht vorkommen¹⁹. Hauptsächlich aber begegnet es als gemeinheitliches Recht eines höheren Verbandes an seiner Gliedkörperschaft²⁰. Insbesondere kann der Staat nicht nur im Wege der Gesetzgebung jede Körperschaft beliebig umgestalten, ohne auf eine formelle Rechtsschranke zu stoßen, sondern auch im Rahmen der bestehenden Rechtsordnung gewisse Umwandlungen körperschaftlicher Organismen vollziehen²¹. Doch nimmt er diese Befugnis heute Privatkörperschaften gegenüber grund-

nossenschaften des sächs. R. (§ 71) und freien Wassergenossenschaften des preuss. R. (§ 19) wird durch die Eintragung der Statutenänderung nur ihre Wirksamkeit gegen Nichtmitglieder bedingt.

¹⁷ Oben § 63 Anm. 13; Pr. L.R. II, 6 § 29—31 u. 34; Hilfskassenges. § 4 Abs. 3, R.Gew.O. § 98b u. 104c, Unfallvers.Ges. § 20 Abs. 4 u. 31; Preuss. Bergges. § 170, Wassergenoss.Ges. § 95; Sächs. Ges. v. 15. Juni 1868 § 72.

¹⁸ Oben § 65 Anm. 37. So weit ein Sonderrecht als solches reicht, kann die Körperschaft über dasselbe auch im Wege der Verfassungsänderung nicht verfügen; Gierke a. a. O. S. 224 Anm. 2, 239 Anm. 3, 247 Anm. 2, 253 Anm. 3, 256 Anm. 2, 262 Anm. 1, 282 Anm. 2, 640, R.O.H.G. VIII Nr. 187, XX Nr. 14, R.Ger. XVII Nr. 3 S. 19 ff., XXV Nr. 27 u. 33. Umgekehrt ist, soweit nach Gesetz oder Statut durch eine Verfassungsänderung in Sonderrechte eingegriffen werden kann, hiermit eben der Umfang des Sonderrechtes begrenzt, ohne daß ihm die sonderrechtliche Sicherung bis zu dieser Grenze verkürzt wäre; vgl. oben § 65 Anm. 40, Gierke a. a. O. S. 251—252 u. 256.

¹⁹ Gierke a. a. O. S. 816 Anm. 2. Regelmäßig begegnen aber nur Individualrechte auf Setzung unwesentlicher Veränderungen (z. B. auf Ein- oder Austritt als Mitglied oder auf Erwerb oder Niederlegung einer Organträgerschaft).

²⁰ So auch in der Kirche; a. a. O. S. 817 Anm. 1.

²¹ Hierbei entsprechen die Machtbefugnisse des Staates zwar im Allgemeinen den Befugnissen, die er bei der Errichtung von Körperschaften der betreffenden Gattung hat, sind aber vielfach durch Anerkennung eines Rechtes der einmal errichteten Körperschaft auf unveränderten Bestand enger begrenzt; vgl. Unfallvers.Ges. § 20 Abs. 4 mit Abs. 3, Krankenvers.Ges. § 24 Abs. 2 mit § 23, Preuss. Bergg. § 170 mit § 169 Abs. 2, Gierke a. a. O. S. 817 Anm. 2.

sätzlich nicht mehr in Anspruch²². Und auch öffentlichen Körperschaften gegenüber ist sein Umwandlungsrecht vielfach beseitigt oder eng begrenzt²³ und überdies meist an eine Mitwirkung der Körperschaft gebunden²⁴.

IV. Wirkungen. Die Wirkungen der Veränderung einer Körperschaft bestehen darin, daß die gemeinheitliche Rechtssphäre eine Wandlung erfährt, ihr Subjekt aber dasselbe bleibt. Mag eine wesentliche Veränderung noch so tief in den äußeren und inneren Bestand der Körperschaft eingreifen, so bleibt doch das rechtliche Selbst ihrer Persönlichkeit unversehrt und somit die volle Kontinuität ihrer rechtlichen Beziehungen gewahrt²⁵.

Wird dagegen an Stelle der bisherigen Verbandsperson eine andere Verbandsperson gesetzt, so liegt, auch wenn der Vorgang als „Umwandlung“ bezeichnet wird, im Rechtssinne keine bloße Veränderung, sondern Auflösung und Neubildung vor. Doch kann im thatsächlichen Erfolge hierbei ein sehr ähnliches Ergebnis erzielt werden, indem die neue Verbandsperson aus den Elementen der auf-

²² Früher wurde aus der Korporationshoheit ein generelles staatliches jus reformandi hergeleitet; vgl. Pr. L.R. II, 6 § 191. Die neueren Gesetze gewähren dem Staat auch bei solchen privaten Genossenschaften, zu deren Aufhebung er unter Umständen befugt ist, niemals ein Umwandlungsrecht.

²³ Es fehlt z. B. bei Innungen und Innungsverbänden; ebenso fast ganz (von dem Falle des § 31 Z. 3 abgesehen) bei Berufsgenossenschaften für Unfallversicherung. Dagegen besteht es in großem Umfange bei allen Gemeinden. Gierke a. a. O. S. 818 Anm.

²⁴ Bei manchen öffentlichen Genossenschaften erfolgt eine Statutenänderung zwar durch staatliche Willensaktion, aber lediglich auf Grund eines Körperschaftsbeschlusses; so bei Ortskrankenkassen (§ 24, vgl. aber § 48 a), Wassergenossenschaften (Preufs. Ges. v. 1. April 1879 § 57—58), Waldgenossenschaften (Preufs. Ges. v. 6. Juli 1875 § 45), Fischereigenossenschaften u. s. w. Zum Theil sind auch Veränderungen eines Gemeindegebietes an die Zustimmung der Gemeinde gebunden. In anderen Fällen bedarf es zu einer Bestandsveränderung eines Antrages der Körperschaft oder sonstiger Betheiligter; Unfallvers. Ges. § 31 Z. 3, Krankenvers. Ges. § 48, Haubergsordn. f. Siegen § 4—5. Endlich ist regelmäsig da, wo eine Körperschaft wider ihren Willen umgewandelt werden kann, mindestens ihre Anhörung vorgeschrieben; so nach den meisten Gemeindeordnungen bei Veränderung des Gemeindegebietes; ebenso bei der Zuweisung eines Gewerbszweiges oder einer Betriebsart zu einer Ortskrankenkasse (Krankenvers. Ges. § 18 a).

²⁵ So bei jeder Verfassungsänderung (irrig. R.O.H.G. XIV 252); bei jeder Gebietsveränderung eines Staates oder einer Gemeinde (Seuff. VIII Nr. 54); bei der Veränderung des Grundkapitals einer Aktiengesellschaft (R.O.H.G. XXIV Nr. 62); bei der Umwandlung einer Körperschaft in eine Körperschaft anderer Gattung (R.G. XXIII Nr. 43, XXVI Nr. 64), daher auch bei der Eintragung einer schon bestehenden Genossenschaft in das Genossenschaftsregister (R.O.H.G. XXII 108 ff., R.Ger. XV. Nr. 18). Vgl. Gierke a. a. O. S. 823 Anm. 1 u. 824 Anm. 1.

gelösten Verbandsperson gebildet und zur Gesamtnachfolge in deren Hinterlassenschaft berufen wird²⁶. Immerhin wird sich der Unterschied von einer bloßen Veränderung auch praktisch in dem Nichtübergange höchstpersönlicher Rechte und Pflichten der aufgelösten Verbandsperson äußern²⁷.

V. Vereinigung und Zertheilung. Bei der Vereinigung und Zertheilung von Verbänden begegnen mancherlei Kombinationen von Veränderung, Auflösung und Neubildung.

Eine Vereinigung mehrerer Verbandspersonen kann sich in ihrer Veränderung durch Herstellung eines personenrechtlichen Bandes erschöpfen²⁸. Sie kann aber auch in der Weise zu Stande kommen, daß sich mit der Veränderung der vereinigten Verbandspersonen die Neubildung einer aus ihnen zusammengesetzten Verbandsperson verknüpft²⁹. Umgekehrt können, indem eine hierdurch aufgelöste Verbandsperson mit einer hierdurch veränderten Verbandsperson verschmolzen wird, Veränderung und Auflösung zusammentreffen³⁰. Möglich ist endlich auch eine Verschmelzung, durch die alle Verbandspersonen untergehen und aus ihren Elementen ein neues Rechtssubjekt geschaffen wird³¹.

²⁶ So konstruiert z. B. das R.Ges. v. 20. April 1892 § 78 die „Umwandlung“ einer Aktiengesellschaft in eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung; Seuff. XLVIII Nr. 127. Ebenso das kanonische Recht die *transformatio s. mutatio vi erectionis*; Hinschius, K.R. II 396 u. 455. Vgl. auch Gierke a. a. O. S. 825 Anm. 2. — Aehnlich verhält es sich, wenn eine Gesellschaft ohne eigne Persönlichkeit in eine Körperschaft verwandelt wird; daher auch bei der Umwandlung einer Kommanditgesellschaft auf Aktien in eine Aktiengesellschaft, H.G.B. Art. 206 a.

²⁷ So wird z. B. ein Nießbrauch oder ein besonderes Privileg erlöschen.

²⁸ So z. B. bei der Begründung einer Realunion zwischen Staaten; bei der kirchlichen *unio per aequalitatem* (Hinschius II 425) oder *per subjectionem* (ib. 427); bei dem Eintritt eines Staates in einen schon bestehenden Bundesstaat, einer Gemeinde in einen Provinzialverband, einer Innung in einen Innungsverband u. s. w.

²⁹ So bei der Vereinigung von Staaten zu einem Bundesstaate, von Gemeinden zu einem höheren Kommunalverbände oder einer Samtgemeinde, von Deichverbänden zu einem Sammtdeichverbände, von Innungen zu einem Innungsverbände, von Gemeinden und Ortskrankenkassen zu einem Kassenverbände u. s. w.; Gierke a. a. O. S. 827 Anm. 1.

³⁰ So bei der Einverleibung eines bisher selbständigen Staates in einen anderen Staat oder einer Gemeinde in eine andere Gemeinde; bei der kirchlichen Inkorporation (Hinschius II 436 ff., Seuff. XXXVII Nr. 130); bei der Fusion einer Aktiengesellschaft mit einer anderen Aktiengesellschaft (H.G.B. Art. 215 Abs. 4 u. 247). Vgl. Gierke a. a. O. S. 827 Anm. 2.

³¹ So bei der Verschmelzung von Staaten zu einem ganz neuen Staat, von Gemeinden zu einer ganz neuen Gemeinde; bei der kirchlichen *unio per confusionem* (Hinschius II 430); in der Regel auch bei der Verschmelzung von Innungen,

Die Zertheilung eines Verbandes kann sich gleichfalls in der Veränderung bestehender Verbandspersönlichkeit erschöpfen⁸². Sie kann jedoch zugleich Veränderung einer mit gemindertem Bestande fortbestehenden Verbandsperson und Neubildung aus den ausgesonderten Elementen geschaffener Verbandspersönlichkeit sein⁸³. Umgekehrt kann sie in der Auflösung einer umfassenderen Verbandsperson und bloßer Veränderung der hierdurch bereicherten engeren Verbandsperson bestehen⁸⁴. Endlich ist auch eine Zertheilung möglich, durch die eine bisherige Verbandsperson aufgelöst und an ihre Stelle eine Mehrzahl aus ihren Elementen völlig neu gebildeter Verbandspersonen gesetzt wird⁸⁵.

§ 70. Beendigung der Körperschaften.

I. Eintritt. Eine Körperschaft endet durch die Verwirklichung der thatsächlichen Voraussetzungen, an die das Recht den Wegfall ihrer Persönlichkeit knüpft¹. Jenachdem das Recht diese Wirkung

Krankenkassen (Krankenversich.Ges. § 67 c), Knappschaften, Berufsgenossenschaften (Unfallvers.Ges. § 32 Abs. 1); bei der Fusion mehrerer Aktiengesellschaften zu einer neuen Aktiengesellschaft. Gierke a. a. O. S. 828 Anm. 1.

⁸² So bei der „theilweisen Auflösung“ eines Verbandes durch Ausscheidung von wesentlichen Bestandtheilen, falls diese entweder ganz frei werden oder in einen anderen schon bestehenden Verband übergehen (vgl. z. B. H.G.B. Art. 248, Krankenversich.Ges. § 48 u. 67 a, Unfallvers.Ges. § 31 Z. 2—3 u. § 32 Abs. 2); bei der Auflösung einer personenrechtlichen Gemeinschaft zwischen Verbandspersonen, z. B. der kirchlichen *dissolutio unionis* (Hinschius II 484 ff.); bei der Zerlegung eines gesellschaftlichen Körpers in Gliedverbände ohne Persönlichkeit (z. B. Bezirke, Sektionen, Klassen). Gierke a. a. O. S. 828 Anm. 2.

⁸³ So bei der Abzweigung eines Staatstheiles als Staat oder eines Gemeindetheiles als Gemeinde (Bayr. Gem.O. Art. 4 Z. 3), einer Tochterkirche durch kirchliche *divisio* (Hinschius II 400 ff., R.Ger. XV Nr. 35 u. 55), einer Berufsgenossenschaft (Unfallvers.Ges. § 31 Z. 4 u. § 32 Abs. 3), einer Tochtergewerkschaft (R.O.H.G. XVIII Nr. 76); und zwar auch dann, wenn die abgezweigte Verbandsperson Gliedperson des als Gesamtperson fortbestehenden Stammverbandes bleibt. Gierke a. a. O. S. 828 Anm. 3.

⁸⁴ So bei der Auflösung eines der oben Anm. 29 bezeichneten Verbände; a. a. O. S. 829 Anm. 1.

⁸⁵ So bei der vollkommenen Zerspaltung eines Staates in mehrere Staaten, einer Gemeinde in mehrere Gemeinden, einer Kirche in mehrere Kirchen, einer Innung in mehrere Innungen, einer Ortskrankenkasse in mehrere Krankenkassen (R.Ges. § 48) oder irgend einer Genossenschaft in mehrere Genossenschaften (Seuff. XIX Nr. 12). Gierke a. a. O. S. 829 Anm. 2.

¹ Normalerweise verknüpft es den Wegfall dieser Persönlichkeit mit dem Lebensende des körperschaftlichen Organismus. Wenn es jedoch, wie dies ausnahmsweise begegnet, kraft seiner formellen Allmacht entweder einer Körperschaft

unmittelbar einem Thatbestande beilegt oder sie aus einer darauf gerichteten eignen Handlung der Körperschaft oder endlich aus einer entsprechenden fremden Handlung entspringen läßt, sind drei Gruppen von Beendigungsgründen zu unterscheiden.

1. Beendigung durch Verwirklichung eines Thatbestandes.

a. Erreichung eines gesetzten Lebenszieles. Wenn eine Körperschaft nur auf bestimmte Zeit errichtet ist, endet sie durch Zeitablauf²; wenn nur für die Erfüllung einer vorübergehenden Aufgabe, durch Zweckerreichung³. Dagegen geht eine auf die Dauer errichtete Körperschaft nicht ohne Weiteres dadurch unter, daß die fernere Erfüllung ihres Zweckes unmöglich wird⁴. Vielmehr kann sie nach verfassungsmäßiger Abänderung ihrer Zweckbestimmung für eine neue Lebensaufgabe fortbestehen⁵.

b. Wegfall des persönlichen Substrats. Die Körperschaft endet durch den Wegfall sämtlicher Mitglieder⁶. Nur bei

lediglich die Persönlichkeit abspricht, ohne ihr Verbandsleben zu zerstören, oder umgekehrt die Fortdauer dieser Persönlichkeit annimmt, obwohl das Verbandsleben erloschen ist, so ist die Körperschaft im ersten Falle trotz ihres realen Fortbestandes rechtlich beendigt, im zweiten Falle trotz ihres realen Nichtbestandes rechtlich nicht beendigt. Gierke a. a. O. S. 830 ff.

² H.G.B. Art. 242 Z. 1, R.Ges. v. 1. Mai 1889 § 77 u. v. 20. Apr. 1892 § 60 Z. 1; Preufs. Wassergenoss.Ges. § 91 Z. 1, Sächs. Ges. v. 15. Juni 1868 § 30 Z. 1, Bayr. Vereinsges. Art. 26. — Eine Fortsetzung über das Ziel hinaus muß vor dessen Eintritt verfassungsmäßig beschlossen sein und hat überdies mangels abweichender Satzung ein Sonderrecht jedes Mitgliedes auf Nichtfortsetzung zu überwinden; Renaud, Z. f. H.R. XIII 141 ff., Löwenfeld a. a. O. S. 388 ff., Gierke a. a. O. S. 254 Anm. 3, vgl. oben § 68 Anm. 18 u. 23; a. M. O.Tr. Berlin b. Seuff. XXIV Nr. 57 u. R.Ger. VI Nr. 32.

³ Windscheid § 61, Wächter, Pand. § 57, Dernburg, Pand. § 64, Bekker, Pand. § 65 Anm. h, Gierke a. a. O. S. 843 Anm. 2; a. M. Stobbe § 54 Anm. 1a, Regelsberger § 85 III.

⁴ Seuff. I Nr. 54, XXXVII Nr. 55, XLIV Nr. 101; Bekker § 65 Anm. i, Gierke a. a. O. S. 843 Anm. 4; a. M. Thöl, H.R. § 174, u. Renaud, Aktienges. S. 788. — Die Unmöglichkeit der Zweckerreichung kann jedoch ein staatliches Aufhebungsrecht begründen; Pr. L.R. II, 6 § 189, R.Ges. v. 20. Apr. 1892 § 61.

⁵ Möglicher Weise freilich erst nach Ueberwindung entgegenstehender Sonderrechte; R.Ger. b. Seuff. XXXVII Nr. 55.

⁶ Pr. L.R. II, 6 § 179; Sächs. Gb. § 56 u. Ges. v. 15. Juni 1868 § 29; R.Gew.O. § 94 Abs. 6. So überwiegend auch die ältere civilistische Theorie; Gierke, Genossenschaftsr. III 237, 411 Anm. 241 u. 479 ff. Vgl. Pfeifer, J.P. § 40, Brinz, Pand. (1. Aufl.) S. 1147, Unger I 345 Anm. 60, Wächter, Pand. I § 57, Dernburg, Pand. § 64 Anm. 2, Stobbe § 54 Anm. 4, Meurer a. a. O. I 98 ff., Gierke, Genossenschaftsth. S. 833 ff., Regelsberger § 85 I 1. — Daß nicht bloß der Tod, sondern auch der Austritt aller Mitglieder eine Beendigung des

Körperschaften mit starker Beimischung anstaltlicher Elemente wird bisweilen ein Fortbestand ohne Mitglieder angenommen, so daß hier die Verbandsperson in Gestalt einer reinen Anstaltsperson erhalten bleibt, um im Falle der Neugewinnung von Mitgliedern das körperschaftliche Dasein ohne Bruch der Kontinuität wieder aufzunehmen⁷. Die Körperschaft endet aber an sich auch schon durch Wegfall aller Mitglieder bis auf Eines. Doch ist die entgegengesetzte Regel des römischen Rechtes in das gemeine Recht und neuere Gesetzbücher übergegangen⁸. Da es eine Körperschaft ohne die Grundlage einer Personenvereinigung nicht geben kann, ist auch der Fortbestand einer Körperschaft mit einem einzigen Mitgliede nur durch Verwendung anstaltlicher Elemente zur Erhaltung der Verbandsperson als Anstaltsperson möglich. Darum ist der römische Satz auf freie Genossenschaften unanwendbar⁹. Hier erlischt vielmehr, sobald kein Verein mehr besteht, die Verbandspersönlichkeit, wenn auch das Genossenschaftsvermögen in der Hand seines nunmehrigen Alleineigenthümers gebunden bleibt¹⁰, der objektive Restbestand der Körperschaft zu ihrer Wiederaufrichtung verwerthet werden kann¹¹ und bei werthpapiermäßiger Einkleidung der Mitgliedschaften das zeitweilige Nicht-

körperschaftlichen Daseins ohne eine auf sie gerichtete Handlung ist, leuchtet ein; Unger I 346 Anm. 65. — Bei Aktiengesellschaften begegnet diese Beendigungsart in Gestalt der Amortisation aller Aktien; Renaud S. 748, Hahn, I 748 § 5; a. M. Völderndorff, Komm. S. 727.

⁷ Vgl. z. B. Pr. L.R. II, 11 § 307—308 u. Preuss. Ges. v. 13. Mai 1838; Gierke, Genossenschaftsth. S. 834, Bekker, Pand. I § 65 Beil. I. — In Folge der anstaltlichen Auffassung aller Korporationen wurde zuerst von Kanonisten und später auch von Civilisten der Fortbestand der Korporation beim Wegfalle aller Mitglieder grundsätzlich angenommen; vgl. Gierke, Genossenschaftsr. III 350 ff., 497 ff. u. 745. Unter den Neueren vertreten diese Meinung z. B. Savigny II 280 u. Puchta, Inst. § 192 u. Pand. § 28 (anders noch Rechtslex. III 77); ähnlich auch Windscheid § 61 Anm. 3, Böhlau, Rechtssubj. S. 40, Arndts § 45 Anm. 1, Jhering, Jahrb. f. Dogm. X 433 ff.

⁸ L. 7 § 2 D. 3, 4; Gierke, Genossenschaftsr. III 182 Anm. 189, 237, 250, 411 Anm. 240, 497; Pr. L.R. II, 6 § 177—179 (wonach aber Auflösung eintritt, falls „nach der Natur und dem Zwecke der Gesellschaft das allein übrig gebliebene Mitglied nicht im Stande ist, die Pflichten derselben zu erfüllen“); Stobbe § 54 Anm. 6; Meurer a. a. O. I 95 ff. — A. M. Regelsberger § 85 I 2.

⁹ Gierke a. a. O. S. 836 ff.

¹⁰ Als ein von seinem übrigen Vermögen unterschiedenes Sondervermögen; vgl. z. B. Haubergsordn. f. Siegen § 34, f. Altenkirchen § 36; Gierke a. a. O. S. 837 Anm. 1—2.

¹¹ So namentlich bei einer Vermögensgenossenschaft, wenn nicht bloß die Vermögenseinheit, sondern auch ihre Gliederung in Antheile als objektives Verhältniß erhalten ist; a. a. O. S. 838 Anm. 1.

vorhandensein einer Körperschaft überhaupt nicht in den rechtlichen Horizont zu treten braucht¹². Trotz der in Theorie und Praxis überwiegenden gegentheiligen Meinung endet somit auch eine Gewerkschaft durch Vereinigung aller Kuxe in Einer Hand¹³ und eine Aktiengesellschaft durch Vereinigung aller Aktien in Einer Hand¹⁴. Schliesslich kann durch Gesetz oder Satzung der Untergang einer Körperschaft schon an die Herabminderung des Mitgliederbestandes unter eine bestimmte Zahl geknüpft sein¹⁵.

c. Wegfall eines unpersönlichen Substrats. Je nach ihrer Bauart erlischt eine Körperschaft auch durch den Wegfall eines für sie wesentlichen unpersönlichen Substrats. Somit geht eine Ge-

¹² So insbesondere bei Inhaberaktien, jedoch (mangels Umschreibung im Aktien- oder Gewerksbuch) auch bei Namenaktien und Kuxscheinen; a. a. O. S. 838 Anm. 2.

¹³ Preufs. O.Tr.Entsch. XX 358, LXXXI 188; Klostermann, Komm. zum Preufs. Bergges. § 100 Anm. 218. Dagegen nimmt das R.Ger. XXIII Nr. 43, XXX Nr. 57 u. XXXII Nr. 83 Fortbestand an; ebenso für alte Gewerkschaften Dernburg, Preufs. P.R. § 268 Anm. 37, für österreichische das Verw.Ger. zu Wien nach Z. f. Bergr. XXIII 262.

¹⁴ Primker in Endemanns Handb. I 651 ff., Molle, Aktienges. S. 149. A. M. Bekker, Z. f. H.R. IV 560 u. Pand. § 68 Anm. vv, Kuntze, Z. f. H.R. VI 288, Renaud § 89, Keyfsner, Komm. zu H.G.B. Art. 242, Löwenfeld S. 511 ff., Stobbe § 54 Anm. 6, Cosack, H.R. S. 618. Im Erk. des R.Ger. XXII Nr. 21 S. 116 bleibt die bei Erzählung des Thatbestandes mitgetheilte Thatsache unbeanstandet, dass ein Einzelner unter Nachweis des Besitzes aller Aktien notariell erklärt hat, er fasse als alleiniger Aktionär einen das Statut abändernden „Generalversammlungsbeschluss“, und dass dieser „Beschluss“ ins Handelsregister eingetragen ist. Der richtigen Ansicht nach hätte der Richter auf Grund des Art. 26 des H.G.B. sofort die ihm kundgewordene Auflösung der Aktiengesellschaft eintragen müssen; Gierke a. a. O. S. 839. — Ebenso endet die Gesellschaft mit beschränkter Haftung durch Vereinigung aller Geschäftsantheile in Einer Hand; Neukamp S. 222 ff. — Gleiches gilt natürlich, wenn der Wegfall aller Mitglieder bis auf Eines durch Wegfall aller Aktien bis auf Eine (so hier auch Renaud S. 823) oder aller Geschäftsantheile bis auf Einen (Neukamp S. 223) bewirkt wird.

¹⁵ Als unmittelbarer gesetzlicher Beendigungsgrund kommt eine zu starke Verminderung der Mitgliederzahl nur selten vor; vgl. jedoch Pr. L.R. II, 11 § 308 u. Ges. v. 13. Mai 1893 § 1—2 über das Erlöschen von Parochien, sowie ältere Zunftordnungen b. Gierke, Genossenschaftsr. I 956 (Auflösung durch Reduktion der Mitgliederzahl auf drei). Dagegen soll jetzt nach R.Ges. v. 1. Mai 1889 § 78 eine eingetragene Genossenschaft, falls die Zahl der Genossen unter sieben beträgt, auf Antrag des Vorstandes und, wenn der Antrag nicht binnen 6 Monaten erfolgt, von Amtswegen nach Anhörung des Vorstandes durch gerichtlichen Beschluss aufgelöst werden. Gleiches will Entw. II § 63 für eingetragene Vereine bestimmen, falls die Mitgliederzahl unter drei herabsinkt. Vgl. auch Krankenvers.Ges. § 47 Z. 1, Preufs. Wassergenoss.Ges. § 61, Schweiz. O.R. Art. 710 Z. 2, sowie engl., franz. u. belg. R. b. Gierke, Genossenschaftsth. S. 840 Anm. 3.

bietskörperschaft mit dem Wegfall ihres Gebietes, eine Vermögensgenossenschaft mit dem Wegfall ihrer vermögensrechtlichen Grundlage unter¹⁶.

d. Konkursöffnung. Vermögensverlust als solcher, Ueberschuldung oder Zahlungsunfähigkeit sind keine Beendigungsgründe¹⁷. An sich wird daher auch durch Konkursöffnung eine Körperschaft nicht aufgelöst, sondern eben nur in die Stellung eines Gemeinschuldners versetzt¹⁸. Für zahlreiche Genossenschaftsgattungen aber ist durch Gesetz der Konkursöffnung auflösende Kraft beigelegt¹⁹.

2. Beendigung durch eigne Handlung. Eine Körperschaft vermag durch eigne Willensthat ihren Bestand selbst zu

¹⁶ Eine Agrargenossenschaft endet durch Veräußerung ihres Gemeinlandes. Eine Gewerkschaft nicht blos durch Wegfall ihres ganzen Vermögens (R.Ger. XXVIII Nr. 83), sondern schon durch Entziehung oder Veräußerung ihres Bergwerkeigenthums; vgl. Z. f. Bergr. XII 184, XVII 489, Klostermann, Komm. zu § 100, Gierke a. a. O. S. 841; a. M. R.O.H.G. XIX 190 ff. Eine Aktiengesellschaft oder eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung durch Wegfall ihres nominalen Grund- oder Stammkapitals, was aber nicht (wie im Erk. des R.Ger. XIV Nr. 116 u. b. Neukamp S. 224 geschieht) mit dem realen Vermögensverlust verwechselt werden darf.

¹⁷ Wohl aber vielfach zwingende Beweggründe zur Beendigung durch eigne oder fremde Handlung. So werden Aktiengesellschaften und Gesellschaften mit beschränkter Haftung sowohl durch Zahlungsunfähigkeit wie durch Ueberschuldung (H.G.B. Art. 240 Abs. 2 u. R.Ges. v. 20. Apr. 1892 § 63—64), eingetragene Genossenschaften durch Zahlungsunfähigkeit (R.Ges. v. 1. Mai 1889 § 91—93), andere Genossenschaften durch Ueberschuldung (so nach Entw. II § 39 Abs. 2 alle Vereine) zur Erwirkung der Konkursöffnung, durch die dann ihre Auflösung eintritt (unten Anm. 19), verpflichtet. Bei Genossenschaften des sächs. R. ist Zahlungsunfähigkeit ein Rechtsgrund für gerichtliche Aufhebung (Sächs. Ges. v. 15. Juni 1868 § 78 Z. 2). Eine Aktiengesellschaft konnte früher nach H.G.B. Art. 242 schon im Falle einer Minderung ihres Vermögens auf die Hälfte des Betrages ihres Grundkapitals staatlich aufgelöst werden; ähnlich eine „registrierte Gesellschaft“ nach Bayr. Ges. v. 29. Apr. 1869 Art. 77.

¹⁸ Stobbe § 54 Z. 4, Bekker § 65 Anm. k, Gierke a. a. O. S. 841. So insbesondere Gemeinden; vgl. Meili, Rechtsgutachten betr. die Schuldexekution u. den Konkurs gegen Gemeinden, Bern 1835; Das Exekutionsverfahren gegen Gemeinden, Wien 1893; Kohler, Konkursr. S. 71 ff., 128, 154. Ebenso aber nicht nur die meisten anderen öffentlichen, sondern mangels gegentheiliger Gesetzesbestimmung auch die privaten Körperschaften.

¹⁹ So reichsgesetzlich für Aktiengesellschaften (H.G.B. Art. 242 Z. 3), eingetragene Genossenschaften (§ 94), Gesellschaften mit beschränkter Haftung (§ 60 Z. 4), eingeschriebene Hilfskassen (§ 29), Innungen und Innungsverbände (R.Gew.O. § 103 Abs. 5 u. 104m); landesgesetzlich für Gewerkschaften (Klostermann zu Preufs. Bergges. § 100 Anm. 218), freie Wassergenossenschaften (Preufs. Ges. § 31 Z. 3), anerkannte Vereine (Bayr. Ges. Art. 26). Vgl. auch Schweiz. O.R. Art. 664 Z. 3 u. 709 Z. 3. — Entw. II § 39 für alle Vereine.

zerstören²⁰, Im Zweifel genügt zur Selbstauflösung ein einfacher Körperschaftsbeschluss²¹. Meist aber wird durch Gesetz oder Satzung ein qualifizierter Körperschaftsbeschluss für erforderlich erklärt²². Die statutarische Herabminderung der gesetzlichen Erschwernisse ist zum Theil ausgeschlossen²³.

Das Selbstauflösungsrecht der Körperschaft kann durch das Recht einer anderen Person, sie beim Dasein festzuhalten, beschränkt sein. Ein derartiges Recht kann als Individualrecht vorkommen²⁴, begegnet aber namentlich als gemeinheitliches Recht eines höheren Verbandes und vor Allem des Staates an seiner Gliedkörperschaft²⁵. Dem Staate wurde früher sogar generell die endgültige Entschliessung über die

²⁰ Das Gegentheil wurde früher in Folge der anstaltlichen Auffassung aller Korporationen von Kanonisten behauptet; Gierke, Genossenschaftsr. III 850 ff. Ebenso in neuerer Zeit von Puchta, Rechtslex. III 72 ff. u. Pand. § 28, Pfeifer, J. P. § 40—41, Arndts § 45, Unger I 345 ff. (anders später), Meurer, Heil. S. I 98 ff. — Unstatthaft dagegen ist wie beim Individuum ein nackter Verzicht auf die Persönlichkeit; anders Sächs. Gb. § 65 u. Ges. v. 15. Juni 1868 § 71, vgl. aber Gierke, Genossenschaftsth. S. 849 Anm. 3.

²¹ Gierke a. a. O. S. 258 u. 851, Brinz S. 1148, Roth, D.P.R. § 72 Anm. 39, Ehrenberg, Versicherungsr. I 147, Regelsberger § 85 V. — Unrichtig fordern Viele Einstimmigkeit; so Windscheid § 61 Anm. 2, Wächter, Pand. I § 57, Dernburg, Pand. § 64 Anm. 3, Bekker I 259, Böhlau, Meckl. L.R. II 444, Stobbe I 495 ff., auch Renaud, Aktienges. S. 250 u. 800 ff. Da die Körperschaft durch Selbstauflösung nur über sich selbst verfügt, die Mitglieder aber lediglich entbindet, steht dem einzelnen Mitgliede ein Widerspruchsrecht grundsätzlich keineswegs zu, — es müsste ihm denn ein Sonderrecht auf Festhaltung der Körperschaft bei ihrem Bestande besonders zugesichert sein. Auch das von Beseler § 68 u. Bluntschli § 43 behauptete Recht der Minderheit auf Fortführung der Korporation unter sich kann nicht anerkannt werden.

²² H.G.B. Art. 242 Z. 2; R.Ges. v. 1. Mai 1889 § 76; R.Ges. v. 20. Apr. 1892 § 60 Z. 3; Hülfskassenges. § 28. Vgl. auch die Landesgesetze über öffentliche Wassergenossenschaften (z. B. Preufs. § 62, Bayr. Art. 42, Bad. Art. 57, Elsaß-Lothr. Art. 15) u. das Preufs. Ges. v. 6. Juli 1875 über Waldgenossenschaften. Allgemein will Entw. II § 38 Dreiviertelmehrheit fordern. — Einstimmiger Beschluss ist nach Krankenversich. Ges. § 46a zur Auflösung eines Kassenverbandes erforderlich. — Andere Gesetze verlangen einen Versammlungsbeschluss, begnügen sich aber mit einfacher Majorität; Gierke a. a. O. S. 854 Anm. 1.

²³ So bei Aktiengesellschaften (H.G.B. Art. 242 Z. 2) u. eingetragenen Genossenschaften (R.Ges. § 76). Dagegen behält das R.Ges. v. 20. Apr. 1892 § 60 Z. 3. bei Gesellschaften mit beschränkter Haftung abweichendes Satzungsrecht vor. Ebenso Entw. II § 38.

²⁴ So als mitgliedschaftliches Sonderrecht, oben Anm. 21; aber auch als Recht eines Dritten, Pr. L.R. II, 6 § 181.

²⁵ Das Recht des Staates kann auch hier mit dem Recht eines anderen Verbandes (z. B. der Kirche) konkurrieren; Gierke a. a. O. S. 851 Anm. 3.

Auflösung von Körperschaften vorbehalten²⁶. Das moderne Recht gesteht allen privaten und auch manchen öffentlichen Genossenschaften ein vollkommen freies Selbstaufhebungsrecht zu²⁷. Bei den meisten öffentlichen Körperschaften aber bindet es den Auflösungsbeschluss an staatliche Genehmigung²⁸ und gewissen Körperschaften versagt es überhaupt das Selbstaufhebungsrecht²⁹.

3. Beendigung durch fremde Handlung. Das Recht, einer Körperschaft die Auflösung aufzuerlegen, kann als Individualrecht begründet sein³⁰, kommt aber hauptsächlich als gemeinheitliches Recht eines höheren Verbandes an seiner Gliedkörperschaft³¹ und vor Allem als Recht des Staates vor.

Der Staat besitzt in seiner formell schrankenlosen Gesetzgebungsgewalt ein Mittel, um jede Aufhebung einer Körperschaft in das Gewand des Rechtes zu kleiden³². Im Rahmen der bestehenden

²⁶ Die ältere civilistische Theorie forderte allgemein Staatsgenehmigung; Gierke, Genossenschaftsr. III 411 u. 498. Ebenso mit Savigny II 279 u. Sintenis § 15 Anm. 31 viele Neuere. Vgl. Pr. L.R. II, 6 § 180; Sächs. Gb. § 56; Bad. Ges. v. 17. Nov. 1883 § 3 (für Vereine, die öffentliche Zwecke verfolgen und durch ministerielle Genehmigung Korporationsrechte erhalten haben).

²⁷ Unter den öffentlichen Genossenschaften namentlich Innungen und Innungsverbänden (R.Gew.O. § 98a u. 104b) und Kassenverbänden (Krankenversich.Ges. § 46a); das Bayr. Wasserges. Art. 9 u. das Bad. Wasserges. Art. 4 auch öffentlichen Wassergenossenschaften. — Aus staatlicher Verleihung der Persönlichkeit oder dem Erfordernis der Staatsgenehmigung zur Errichtung folgt an sich keineswegs eine Einschränkung des Selbstaufhebungsrechtes; Unger, Krit. Uebersch. VI 176, Stobbe I 496.

²⁸ So z. B. vielfach bei öffentlichen Wassergenossenschaften (Preufs. Ges. § 62, Hess. Art. 20), Waldgenossenschaften (Preufs. Ges. § 45 Abs. 2) u. Fischereigenossenschaften (Bad. Ges. Art. 1); ebenso bei Berufsgenossenschaften für Unfallversicherung im Falle des § 31 Z. 1 des R.Ges.; vgl. auch R.Gew.O. § 98 u. Rosin, Oeff. Genoss. S. 145 ff.

²⁹ So allen Gemeinden (vgl. indess Bayr. Gem.O. Art. 4 Abs. 4), den Deichverbänden, den öffentlichen Krankenkassen (R.Ges. § 47), regelmäßig auch den Berufsgenossenschaften für Unfallversicherung u. s. w.

³⁰ Ein gesetzliches Sonderrecht der Mitglieder auf Auflösung, wie es im engl., franz. u. belg. Recht begegnet (Gierke, Genossenschaftsth. S. 258 Anm. 2 u. 840 Anm. 3), ist dem deutschen Recht unbekannt (a. a. O. S. 258 Anm. 1 u. 845 Anm. 1). Auch in der bei Gesellschaften mit beschränkter Haftung eingeführten Auflösungsklage einer Minderheit (unten Anm. 47) ist es nicht enthalten. Dagegen kann durch Statut (z. B. bei Aktiengesellschaften nach H.G.B. Art. 242 u. bei Gesellschaften mit beschränkter Haftung nach R.Ges. § 60 Abs. 2) sowohl Mitgliedern wie Dritten (z. B. Gläubigern) ein Auflösungsrecht (z. B. in der Form eines Kündigungsrechtes) eingeräumt werden.

³¹ So in der Kirche; Gierke a. a. O. S. 845 Anm. 2.

³² A. a. O. S. 845 ff.

Rechtsordnung dagegen vermag er das Dasein einer Körperschaft nur kraft gesetzlicher oder statutarischer Ermächtigung auszutilgen. Das ältere Recht legte dem Staate die Befugniß bei, durch Verwaltungsakt aus mehr oder minder dringenden Zweckmäßigkeitserwägungen jede Körperschaft aufzuheben⁸³. Heute ist diese Befugniß durch das entgegenstehende Recht der Körperschaften auf Festhaltung ihres Daseins stark zurückgedrängt⁸⁴. Manche Körperschaften kann der Staat überhaupt nur noch durch Gesetz aufheben⁸⁵. Im Uebrigen ist die Aufhebung durch den Staat meist entweder an die Zustimmung der dem Untergange geweihten Körperschaft gebunden⁸⁶ oder nur aus bestimmten Rechtsgründen zulässig. Die unfreiwillige Auflösung kann private und öffentliche Genossenschaften vor Allem als Strafolge eines Körperschaftsdeliktes treffen⁸⁷. So bedrohen neuere Gesetze jede ihnen unterstellte Genossenschaft allgemein mit der Auflösung, wenn sie sich einer rechtswidrigen Handlung oder Unterlassung schuldig macht, die das Gemeinwohl gefährdet⁸⁸. Ueberdies

⁸³ So die ältere Theorie, vgl. Gierke, Genossenschaftsr. III 350, 411, 498 u. 745; von Neueren Savigny II § 89, Pfeifer, J. P. § 41. Dazu Pr. L.R. II, 6 § 24, 189—190 (mit Entsch. des O.Tr. XVI 429), Sächs. Gb. § 56 u. andere Gesetze b. Gierke, Genossenschaftsth. S. 877 Anm. 2. Zum Theil sollte jedoch die Aufhebung aus Gründen des Gemeinwohles nur gegen Entschädigung der Beteiligten stattfinden; Pfeifer S. 118, Preuß. Ges. v. 9. Nov. 1843 § 6, Preuß. E.G. zum H.G.B. Art. 12 § 4.

⁸⁴ Gierke, Genossenschaftsth. S. 847 ff.

⁸⁵ So mangels abweichender Gesetzesbestimmung alle Körperschaften, deren konkretes Dasein auf Gesetz beruht; ebenso nach Bad.Gem.O. § 4 u. Braunschw. St.O. § 7 u. L.G.O. § 4 alle Gemeinden; desgleichen heute die Aktiengesellschaften.

⁸⁶ So nach vielen Gemeindeordnungen bei Gemeinden, während andere Gemeindeordnungen in dringenden Fällen die Auflösung einer Gemeinde auch wider ihren Willen zulassen; vgl. Gierke a. a. O. S. 848 Anm. 2 u. seitdem Preuß. L.G.O. v. 3. Juli 1891 § 2. So bei kirchlichen Körperschaften; Hinschius, K.R. II 471 ff. So auch bei Ortskrankenkassen, Betriebskrankenkassen u. Baukrankenkassen in den Fällen des Krankenvers.Ges. § 47 Abs. 2—3, § 48 Abs. 1 u. 3, § 67 c, § 68 Abs. 3 u. § 72 Abs. 3.

⁸⁷ Gierke a. a. O. S. 777 ff.

⁸⁸ Vgl. für Innungen u. Innungsverbände R.Gew.O. § 103 Z. 3 u. 104 g Z. 3, für eingetragene Genossenschaften R.Ges. v. 1. Mai 1889 § 79 (altes § 35); ehemals auch für Aktiengesellschaften Preuß. E.G. zum H.G.B. Art. 12 § 5. Aehnlich (jedoch in etwas engerer Fassung) für Gesellschaften mit beschränkter Haftung R.Ges. v. 20. Apr. 1892 § 91. Allgemein will Entw. II § 40 Abs. 1 die Auflösung eines Vereins zulassen, „wenn er durch gesetzwidrige Beschlüsse der Mitgliederversammlung oder durch gesetzwidriges Verhalten des Vorstandes das Gemeinwohl gefährdet.“ — Die Schließung einer eingeschriebenen Hilfskasse kann wegen jedes gesetz- oder statutenwidrigen Generalversammlungsbeschlusses erfolgen, wenn derselbe nach Aufforderung der Aufsichtsbehörde nicht in der gesetzten Frist

begegnet die Strafauflösung vielfach wegen besonderer Verfehlungen von Genossenschaften, wie z. B. wegen Verfolgung fremdartiger Zwecke³⁹, Nichtabänderung eines unzulässigen Statuts⁴⁰, Vernachlässigung der Lebensaufgabe⁴¹, ungerechtfertigten Ausschlusses von Mitgliedern⁴² oder Verstöße gegen die öffentliche Vereinsordnung⁴³. In gewissen Fällen aber erfolgt die unfreiwillige Auflösung von Körperschaften auch wegen objektiver Mängel, wie z. B. wegen Unmöglichkeit der Zweckerreichung⁴⁴, Unfähigkeit zur Erfüllung der körperschaftlichen Lebensaufgabe⁴⁵ oder Herabminderung des Mitgliederbestandes unter eine bestimmte Zahl⁴⁶. Eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung kann nicht nur wegen Unmöglichkeit der Zweckerreichung, sondern auch aus anderen in ihren Verhältnissen liegenden wichtigen Gründen aufgelöst werden, falls gegen sie von Gesellschaftern, deren Geschäftsanteile zusammen mindestens den zehnten Theil des Stammkapitales darstellen, die Auflösungsklage erhoben ist⁴⁷. Immer setzt nach neuerem Recht die unfreiwillige Auflösung einer Körperschaft ein geordnetes Verfahren voraus⁴⁸. Vielfach kann sie überhaupt nicht oder doch nicht endgültig durch Verwaltungsakt, sondern nur durch Rechtsprechung erfolgen⁴⁹.

zurückgenommen wird; R.Ges. § 29 Z. 3. — Nach Schweiz. O.R. Art. 710 u. 716 Abs. 4 können Genossenschaften und Vereine aufgelöst werden, wenn sie unerlaubte oder unsittliche Zwecke verfolgen oder unerlaubte oder unsittliche Mittel anwenden.

³⁹ R.Gew.O. § 103 Z. 3, 104g Z. 3; R.Genoss.Ges. § 79 (altes § 35); Hülfskassenges. § 29 Z. 4; Sächs. Ges. v. 15. Juni 1868 § 78; Oesterr. Ges. v. 9. Apr. 1873 § 37—38 u. 88; Entw. II § 40 Abs. 3—4.

⁴⁰ R.Gew.O. § 103 Z. 1, 104g Z. 1; Hülfskassenges. § 29 Z. 5a.

⁴¹ R.Gew.O. § 103 Z. 2, 104g Z. 2; Hülfskassenges. § 29 Z. 1, 2 u. 5; Preufs. Wassergenoss.Ges. v. 1. Apr. 1879 § 61 Z. 2.

⁴² Hülfskassenges. § 29 Z. 6.

⁴³ Die Schließung von Vereinen auf Grund der Vereinsgesetze (Gierke a. a. O. S. 782 Anm. 1) vernichtet zugleich ihre Rechtsfähigkeit; so auch Entw. II § 64 Abs. 3.

⁴⁴ Vgl. oben Anm. 4.

⁴⁵ So namentlich bei leistungsunfähigen Gemeinden (vgl. z. B. Preufs. L.G.O. v. 3. Juli 1891 § 2 Z. 2 u. 5a) u. öffentlichen Genossenschaften (Unfallversich.Ges. § 33, Krankenversich.Ges. § 47 Abs. 1, 68 u. 72, Rosin, Oeff. Genoss. S. 151); aber auch bei eingeschriebenen Hülfskassen (§ 29) und in gewissen Fällen auch bei anderen privaten Genossenschaften (oben Anm. 17).

⁴⁶ Vgl. oben Anm. 15.

⁴⁷ R.Ges. v. 20. Apr. 1892 § 61.

⁴⁸ Vgl. z. B. R.Gew.O. § 20—21 u. § 103 Abs. 3—4, Krankenversich.Ges. § 47 Abs. 3, § 48 Abs. 4, Hülfskassenges. § 29 Abs. 2 u. Entw. II § 40 Abs. 4; ferner Unfallversich.Ges. § 31 Z. 3 u. § 33; auch Preufs. L.G.O. v. 3. Juli 1891 § 2 Z. 3—4 u. 6—7.

⁴⁹ Ein Urtheilsspruch des Civilrichters ist zur Auflösung einer Gesellschaft

II. Wirkungen. Mit der Beendigung einer Körperschaft erlöschen alle diejenigen Rechte und Pflichten der weggefallenen Verbandspersönlichkeit, die an ihr Subjekt gebunden sind⁵⁰. Diejenigen Rechte und Pflichten dagegen, die ihr Subjekt überdauern, bilden eine körperschaftliche Verlassenschaft⁵¹.

In diese Verlassenschaft findet eine Rechtsnachfolge statt, die als sozialrechtliche Succession eigenartigen Regeln untersteht. Der Begriff der individualrechtlichen Erbfolge ist für sie nicht verwendbar. Wenn im Gegensatze hierzu eine bis vor Kurzem herrschende und noch heute nicht überwundene Theorie, indem sie die Vorstellung der juristischen Person als eines künstlichen Individuums folgerichtig entfaltet, das erledigte Verbandsvermögen als erblose Verlassenschaft ansieht und als solche grundsätzlich dem Fiskus zuspricht⁵², so ist

mit beschränkter Haftung bei angestellter Auflösungsklage (oben Anm. 47) und in Ermangelung eines Verwaltungsstreitverfahrens auch bei körperschaftlichem Verschulden (oben Anm. 38) erforderlich (R.Ges. v. 20. Apr. 1892 § 61 Abs. 3 u. § 62 Abs. 2); er war früher auch zur unfreiwilligen Auflösung eingetragener Genossenschaften (R.Ges. v. 4. Juli 1868 § 35) und zur Strafauflösung von Aktiengesellschaften (Preufs. Ges. v. 9. Nov. 1843 § 7 u. E.G. zum H.G.B. Art. 12 § 5) erforderlich. Vgl. ferner Sächs. Ges. v. 15. Juni 1868 § 78—79; Schweiz. O.R. Art. 710 u. 716 Abs. 4. Durch Beschluß des Civilrichters erfolgt die Auflösung eingetragener Genossenschaften wegen Verminderung der Mitgliederzahl unter das gesetzliche Maß (oben Anm. 15; ebenso Entw. II § 63). — Ein Urtheilsspruch des Strafrichters entscheidet nach Preufs. Ges. v. 11. März 1850 über die Schließung von Vereinen; ebenso früher nach Bayr. Genoss.Ges. Art. 35 über die Strafauflösung von Genossenschaften. — Ein verwaltungsgerichtliches Urtheil wird, wo ein Verwaltungsstreitverfahren besteht, reichsgesetzlich zur Strafauflösung von eingetragenen Genossenschaften nach R.Ges. v. 1. Mai 1889 § 79 Abs. 2 und von Gesellschaften mit beschränkter Haftung nach R.Ges. v. 20. Apr. 1892 Abs. 2 (von allen Vereinen nach Entw. II § 40), sowie zur endgültigen Entscheidung über die Schließung von Krankenkassen (Krankenversich.Ges. a. a. O. mit § 24) berufen; desgleichen kraft reichsgesetzlicher Ermächtigung landesgesetzlich zur endgültigen Schließung von Innungen, Innungsverbänden und eingeschriebenen Hilfskassen (vgl. z. B. Preufs. Ges. v. 1. Aug. 1883 § 126 u. 142, Bad. Ges. v. 14. Juni 1884 § 4 Nr. 5); ebenso nach Bayr. Ges. v. 8. Aug. 1878 Art. 8 Z. 6 u. Art. 9 zur endgültigen Schließung von Vereinen, mögen sie nun die Rechte „anerkannter Vereine“ erworben haben oder nicht.

⁵⁰ Gierke a. a. O. S. 855 ff.

⁵¹ Es sind dies dieselben Rechte und Pflichten, die bei dem Tode eines Menschen dessen Erbschaft bilden; a. a. O. S. 856—857.

⁵² Vgl. über die Ausbildung dieser Theorie durch die mittelalterliche Jurisprudenz, die aber dabei zwischen weltlichem und kirchlichem Fiskus unterschied, Gierke, Genossenschaftsr. III 238 Anm. 171, 351 Anm. 341, 412 ff., 499 ff.; über ihre neueren Vertreter Genossenschaftsth. S. 857 Anm. 3. Aufgenommen ist sie in das Sächs. b. Gb. § 57. Aber auch Entw. I § 49 Abs. 2 u. II § 41 Abs. 2 u. § 42 Abs. 1 verrathen ihre Einwirkung.

diese Lehre, der gegenüber besser begründete Theorien niemals ganz verstummt sind⁵³, Angesichts der neueren deutschen Rechtsgestaltung schlechthin unhaltbar⁵⁴.

Die soziale Rechtsnachfolge vollzieht sich durch einen von Rechtswegen eintretenden Anfall an das nach der Rechtsordnung anfallberechtigte Subjekt.

Die Bestimmung des Anfallberechtigten kann zunächst durch das besondere Verfassungsrecht der einzelnen Körperschaft erfolgen⁵⁵. Kraft gesetzlicher oder statutarischer Ermächtigung kann sie auch durch eine Verfügung der Körperschaft über ihren künftigen Nachlaß stattfinden⁵⁶. Mangels besonderer Satzung oder Verfügung

⁵³ Diese Theorien wollten das rechtliche Schicksal des Korporationsvermögens je nach dessen Ursprung und Zweckbestimmung ungleich ordnen; so schon die Glossatoren, besonders aber Bartolus und zahlreiche spätere mittelalterliche u. moderne Civilisten; vgl. Gierke, Genossenschaftsr. III 237, 418, 499, 715, Genossenschaftsth. S. 858 Anm. 1.

⁵⁴ Vgl. Bluntschli, D.P.R. § 38 Anm. 7 u. § 43 Anm. 4, Rosin, Oeff. Genoss. S. 153 Anm. 31, Bekker, Pand. § 67 Beil. V u. § 69 Beil. IV, Regelsberger § 86 u. andere b. Gierke a. a. O. S. 858 Anm. 2 angeführte Schriftsteller, von denen indess Manche den Anfall an den Fiskus aus dem Titel der bona vacantia immer noch als prinzipale Norm festhalten.

⁵⁵ Pr. L.R. II, 6 § 192; Zürch. Gb. § 47 (jetzt § 37); Schweiz. O.R. Art. 713 Abs. 1 u. 716 Abs. 3; Entw. II § 41 Abs. 1. Bei eingeschriebenen Hilfskassen (R.Ges. § 2 Z. 8), Krankenkassen (R.Ges. § 72 Abs. 3) u. Innungen (R.Gew.O. § 98a Z. 11) ist sogar die Aufnahme einer derartigen Bestimmung in das Statut gesetzlich vorgeschrieben. Neben den sonstigen gesetzlichen Schranken des autonomen Beliebens begegnen dabei besondere gesetzliche Schranken; vgl. z. B. R.Gew.O. § 103a Abs. 1 u. 104o, Bayr. Bergges. Art. 190. Erfolgt die Bestimmung im Wege der Abänderung oder Ergänzung der ursprünglichen Verfassung, so bilden für sie zugleich die bereits erworbenen Rechte und namentlich auch die anwartschaftlichen Sonderrechte der Mitglieder eine Schranke; Gierke a. a. O. S. 860, Regelsberger § 86 IIc.

⁵⁶ Ohne Weiteres besitzt eine Verbandsperson keineswegs gleichsam die Testirfähigkeit; vgl. Seuff. X Nr. 225, Bekker, Pand. I 260—261, Gierke a. a. O. S. 861 Anm. 1. Dagegen kann das Statut, insoweit es den Anfallberechtigten unmittelbar bestimmen kann, auch der Mitgliederversammlung oder einem andern Körperschaftsorgan die Bestimmung anheimgeben; Entw. II § 41 Abs. 1. Gesetzliche Ermächtigungen der Mitgliederversammlung zu gewissen Verfügungen über den körperschaftlichen Nachlaß begegnen vielfach; vgl. z. B. R.Gew.O. § 94 Abs. 2 und 104o (dazu ältere Gesetze über Zünfte bei Gierke, Genossenschaftsr. I 952 Anm. 6, 953 Anm. 7 und 956), Unfallversich.Ges. § 32 Abs. 2, Bayr. Bergges. Art. 190, auch H.G.B. Art. 215 Abs. 4; ferner Schweiz. O.R. Art. 716 Abs. 3—4 u. Entw. II § 41 Abs. 3; Näheres bei Gierke, Genossenschaftsth. S. 861 Anm. 2 und über die Möglichkeit einer derartigen Verfügung noch während des Auseinandersetzungsstadiums S. 863 Anm. 1. Immer müssen natürlich auch hier etwa entgegenstehende erworbene Rechte und namentlich auch anwartschaftliche Sonderrechte der Mit-

erfolgt sie durch allgemeine Sätze des Gesetzes- oder Gewohnheitsrechtes, die aber nicht nur für die verschiedenen Körperschaftsgattungen, sondern auch je nach der Beendigungsart ungleich lauten⁵⁷.

Als oberster Gesichtspunkt waltet dabei im geltenden Rechte die Rücksichtnahme auf die zwischen der wegfallenden Verbandsperson und der übrigen Personenwelt bestehenden personenrechtlichen Zusammenhänge. Der körperschaftliche Nachlaß fällt daher regelmäßig dahin, wohin die körperschaftliche Persönlichkeit selbst gefallen ist. Insbesondere erscheint sein Anfall als Folge des durch die soziale Lebensbewegung bewirkten Ueberganges der Elemente des aufgelösten Verbandslebens in anderes Leben⁵⁸.

Darum erfolgt zunächst in den Fällen, in denen die Elemente der aufgelösten Körperschaft zur Neuschaffung oder Umschaffung von Verbandspersönlichkeit verwandt werden, der Anfall der körperschaftlichen Verlassenschaft an die neugebildete oder umgebildete Ersatzperson. So wird bei der Umwandlung einer Körperschaft durch Auflösung und Neubildung das neue Rechtssubjekt zur Gesamtnachfolge in das Vermögen des weggefallenen Rechtssubjektes berufen⁵⁹. So succedirt einer durch Vereinigung untergegangenen Körperschaft im Falle der Verschmelzung mehrerer Körperschaften die hierdurch neu entstandene und im Falle der Einverleibung einer Körperschaft die hierdurch umgebildete Verbandsperson⁶⁰. So fällt das Vermögen einer durch Zertheilung zerstörten Körperschaft den aus ihr gebildeten neuen Verbandspersonen zu verhältnismäßigen Theilen an⁶¹.

glieder erst durch Zustimmung der Berechtigten überwunden werden; a. a. O. S. 862 Anm. 1 u. S. 863 Anm. 1.

⁵⁷ A. a. O. S. 863.

⁵⁸ A. a. O. S. 864 ff.

⁵⁹ Vgl. oben § 69 Anm. 26; R.Ger. VII Nr. 23, XXVI Nr. 64; R.Ges. v. 20. Apr. 92 § 79 Abs. 1.

⁶⁰ Oben. § 69 Anm. 30—31; Unfallvers.Ges. § 32 Abs. 1; Krankenvers.Ges. § 67 c. Abs. 3; Preufs. L.G.O. v. 3. Juli 91 § 3 a. E. (im Falle der Vereinigung von Gemeinden geht das Vermögen auf die neugebildete Gemeinde über); H.G.B. Art. 247. Vgl. auch R.Ger. XVI Nr. 60.

⁶¹ Seuff. XIX Nr. 12 (nach dem Maßverhältniß der Aufnahme des „materiellen Bestandes des früheren Verbandes“); Unfallversich.Ges. § 31 Abs. 4; Krankenvers. Ges. § 48 Abs. 1 u. 4. — Verwandt ist die Vermögenübertragung, die im Wege verhältnismäßiger Vermögenstheilung bei der Abzweigung einer Verbandsperson von einer fortbestehenden Verbandsperson (oben § 69 Anm. 32) und bei der Einverleibung von Wesensbestandtheilen einer fortbestehenden Verbandsperson in eine andere Verbandsperson (ib. Anm. 33) stattfindet. Neuere Gesetze gewähren auch hier feste Rechtsansprüche auf einen der Bestandsveränderung entsprechenden Vermögenstheil, die aber mangels Vereinbarung erst durch behördliche Auseinander-

Steht eine Ersatzperson nicht bereit, so ist überall da, wo die Elemente der aufgelösten Körperschaft in das Leben eines Ganzen, dessen Glied sie war, zurückfallen, eine höhere Verbandsperson zur Rechtsnachfolge berufen. So gebührt der Kirche ein Heimfallsrecht am Vermögen der kirchlichen Rechtssubjekte⁶², der Gemeinde am Vermögen der kommunalen Gliedkörper⁶³. Insbesondere aber besteht ein umfassendes Heimfallsrecht des Staates⁶⁴, das nicht nur im Zweifel alle öffentlichen Körperschaften ergreift, sondern vielfach auch auf private Genossenschaften mit gemeinnützigen Zwecken erstreckt wird⁶⁵. Diesen sozialen Heimfallsrechten liegt keineswegs der Anspruch auf erbloses Gut zu Grunde. Sie wurzeln vielmehr in dem Berufe des höheren sozialen Organismus, die leer gewordene Stelle eines gliedmäßigen sozialen Organismus auszufüllen. Darum sind sie auch vielfach durch eine fortdauernde Zweckgebundenheit des angefallenen Vermögens beschränkt und sollen zum Theil nur dessen Ueberleitung auf eine der erloschenen Verbandsperson substituirte Ersatzperson gleicher oder ähnlicher Art vermitteln⁶⁶.

setzung realisirt werden können; Krankenvers.Ges. § 47 Abs. 5—6, 48 Abs. 4, 67 a, 68 Abs. 5, Unfallvers.Ges. § 32 Abs. 2—5, Preufs. L.G.O. v. 3. Juli 1891 § 3.

⁶² Gierke, Genossenschaftsth. S. 868 Anm. 1.; Bündner Gb. § 96.

⁶³ A. a. O. S. 869 Anm. 1. Kraft positiver Vorschrift der R.Gew.O. § 94 Abs. 3 und § 103 a im Zweifel auch bei Innungen. Vgl. ferner Zürich. Gb. § 47 (jetzt § 37), Glarner § 138, Solothurner § 1226, Bündner § 96.

⁶⁴ Bei Berufsgenossenschaften für Unfallversicherung succedirt das Reich, R.Ges. § 33; nur im Falle des § 93 Abs. 3 ein Einzelstaat.

⁶⁵ An sich kann eine derartige Zweckbestimmung keineswegs, wie b. Seuff. XIII Nr. 207 u. v. Regelsberger § 86 II D 1 angenommen wird, den Rückfall der Persönlichkeit und somit auch des Vermögens einer freien Genossenschaft in die Individualsphären ausschließen; Gierke a. a. O. S. 870 Anm. 1. Anders nach positiven Gesetzen; vgl. Pr. L.R. II, 6 § 192 ff., Sächs. Gb. § 57, Zürich. Gb. § 47 (jetzt § 37). Entw. II § 41 will bei jedem rechtsfähigen Verein, der nicht ausschließlich den Interessen seiner Mitglieder diene, dem Fiskus ein Anfallsrecht gewähren, jedoch bei Vereinen für ideale Zwecke die Mitgliederversammlung gesetzlich ermächtigen, den Anfall an den Fiskus durch Zuweisung des Vermögens an eine öffentliche Stiftung oder Anstalt auszuschließen.

⁶⁶ Die Verpflichtung, heimgefallenes Körperschaftsvermögen nur für gleiche oder verwandte Zwecke zu verwenden und womöglich einer für einen solchen Zweck bestehenden oder neu gebildeten Verbandsperson zu überweisen, besteht nicht nur für die Kirche (Hinschius II 462) und die Gemeinde (R.Gew. O. § 94 Abs. 3 u. 103 a, Zürich. Gb. § 48 [jetzt § 38]), sondern auch für den Staat; Gierke a. a. O. S. 870 ff., Dernburg, Pand. § 64 Anm. 8, Seuff. XIII Nr. 207, Schweiz. Gesetz. b. Huber I 170—172; dazu Entw. II § 42 Abs. 1. Doch fordert das Pr. L.R. II, 6 § 192 nur „anderweitige Verwendung für das gemeine Wohl“.

Wo im Gegensatze zu solchem Heimfalle des Gliedes an das Ganze die Elemente der aufgelösten Körperschaft in das Leben ihrer Glieder zurückkehren, vollzieht sich der Anfall der körperschaftlichen Verlassenschaft an die Mitglieder. Dieses Verhältniß tritt ein, sobald ein wesentlich nur auf sich selbst gestellter und durch den ihm immanenten Gemeinwillen zusammengehaltener sozialer Körper in seine Bestandtheile zerfällt. Darum muß heute bei allen privaten Genossenschaften die Rechtsnachfolge sämtlicher zur Zeit der Auflösung vorhandenen Mitglieder als Regel gelten⁶⁷. Kraft besonderer Bestimmung aber kommt die Mitgliedernachfolge auch bei öffentlichen Genossenschaften vor⁶⁸. Da es sich auch hier nicht um eine individualrechtliche Erbfolge, sondern um eine im Mitgliedschaftsverhältniß wurzelnde sozialrechtliche Succession handelt, vollzieht sich der Anfall nach dem

Speziell ist bei dem Wegfall von Gemeinden durch manche Verf. Urk. (Hess. § 46, Braunsch. § 45, Kob.-Gotha § 65, Meining. § 26, Altenburg § 113) die Vereinigung des Gemeindevermögens mit dem Staatsvermögen untersagt. Das Vermögen einer aufgelösten Krankenkasse ist, falls die versicherungspflichtigen Mitglieder einer anderen Kasse zugewiesen werden, an diese Kasse abzuführen, sonst aber „in der dem bisherigen Zwecke am meisten entsprechenden Weise zu verwenden“; Krankenversich. Ges. § 47 Abs. 5, 48 Abs. 4, 68 Abs. 5. Vgl. auch die Bestimmungen des Bayr. Bergges. Art. 190 über Knappschaften. Ferner die älteren Gewerbe Gesetze über die Schicksale des Zunftvermögens b. Gierke, Genossenschaftsr. I 952 ff.

⁶⁷ Unger, Krit. Uebersch. VI 179, Roth, D.P.R. § 72 Anm. 42, Bolze S. 182 ff., Rosin, Oeff. Genoss. S. 158 Anm. 31, Stobbe I 499, Gierke, Genossenschaftsth. S. 878, Regelsberger § 86 II C 2; für Versicherungsgesellschaften auf Gegenseitigkeit R.O.H.G. IV 201 u. Ehrenberg, Versicherungsr. S. 149. Ausdrücklich bestimmen dies alle Spezialgesetze für die von ihnen geregelten privaten Genossenschaften. Dagegen Entw. II § 42 nur für Vereine, die ausschließlich den Interessen ihrer Mitglieder dienen, und auch hier bei Vereinen für ideale Zwecke vorbehaltlich einer gesetzlichen Ermächtigung der Mitgliederversammlung, den Anfall an die Mitglieder durch einen Beschluß des oben Anm. 65 bezeichneten Inhaltes auszuschließen. Auch das Schweiz. O.R. Art. 716 Z. 3–4 beschränkt bei Vereinen mit idealen Zwecken den gesetzlichen Anfall an die Mitglieder durch die Bestimmung, daß die Generalversammlung die Zuwendung des Vermögens an eine für gleiche oder ähnliche Zwecke sorgende öffentliche Anstalt beschließen kann, im Falle der Strafauflösung aber das Gericht eine solche Zuwendung anordnen kann und, wenn der Vereinszweck ein öffentliches Interesse hatte, anordnen muß. Ueber schweiz. Kantonalrechte vgl. Huber I 170 ff.

⁶⁸ So bei öffentlichen Wassergenossenschaften (Preufs. Ges. § 87 mit § 41), Waldgenossenschaften (Preufs. Ges. § 46) und Hauberggenossenschaften (Haubergs-O. f. Siegen § 46). Desgleichen bei Innungsverbänden (R.Gew.O. § 104o Abs. 3). Bei Innungen kann hinsichtlich des durch Beiträge der Mitglieder entstandenen Vermögens ein Körperschaftsbeschluß die Vertheilung unter die zeitigen Mitglieder anordnen (R.Gew.O. § 94 Abs. 2 u. § 103a Abs. 3).

Masse der Mitgliedschaftsrechte⁶⁹ und in körperschaftsrechtlicher Gebundenheit⁷⁰.

In manchen Fällen findet unter Sonderung eines der bisherigen sozialen Bestimmung zu erhaltenden und eines der Auftheilung unterworfenen Bestandtheiles der körperschaftlichen Hinterlassenschaft eine Kombination des Anfalles an ein höheres Ganze und des Anfalles an die Glieder statt⁷¹.

Fehlt es endlich überhaupt an einem Anfallsberechtigten, so kann ausnahmsweise der Fall vorkommen, daß wirklich einmal der Fiskus aus dem Titel der *bona vacantia* zur Nachfolge berufen ist⁷².

Ihrer rechtlichen Natur nach ist alle sozialrechtliche Succession im Einklange mit ihrer personenrechtlichen Grundlage eine Gesamtnachfolge. Das Vermögen geht also als Ganzes mit allen in ihm enthaltenen Rechten und Pflichten über⁷³. Für die Verbindlichkeiten der weggefallenen Verbandsperson haftet aber ihr Rechtsnachfolger mangels persönlicher Uebernahme oder besonderer gesetzlicher Auflage nicht persönlich, sondern nur mit der Verlassenschaft⁷⁴.

Als Gesamtnachfolger tritt der Anfallsberechtigte auch in die

⁶⁹ Daher im Zweifel nach Köpfen; R.Genoss.Ges. § 89 Abs. 2 (altes § 47), Bayr. Vereinsges. Art. 29, Zürch. Gb. § 47 (37), Entw. II § 42 Abs. 1. Dagegen bei Vermögensgenossenschaften nach Antheilen; H.G.B. Art. 245 Abs. 1, R.Ges. v. 20. Apr. 92 § 73; Zürch. Gb. § 46 (jetzt § 36), Gb. f. Glarus § 138. Bei Versicherungsgesellschaften auf Gegenseitigkeit nach Versicherungsbeträgen; Ehrenberg S. 149. Bei anderen Genossenschaften nach Beitragsleistungen; z. B. bei Waldgenossenschaften nach Preufs. Ges. § 46. Bei Innungsverbänden und Kassenverbänden succediren die einzelnen Innungen oder Kassen nach Beitragsleistungen; R.Gew.O. § 104 o Abs. 3, Krankenversich.Ges. § 46 a Abs. 3.

⁷⁰ Davon unten S. 574 ff. — Ein verwandter Vorgang ist die partielle Auftheilung des Körperschaftsvermögens bei partieller Auflösung; vgl. Gierke, Genossenschaftsth. S. 880 Anm. 2; Krankenversich.Ges. § 46 a Abs. 3.

⁷¹ Vgl. z. B. Pr. L.R. II, 6 § 192—202 (Heimfall an den Staat, aber Ausscheidung stiftungsmässiger Sondermassen und gewisser den Mitgliedern zu leistender Rückgewährungen und Abfindungen); R.Gew.O. § 94, 103a und 104o; Gierke a. a. O. S. 875 Anm. 2.

⁷² So z. B. bei dem Wegfall der sämtlichen Mitglieder einer privaten Körperschaft; dagegen tritt bei der Beendigung einer öffentlichen Körperschaft auf diesem Wege das soziale Heimfallsrecht ein, vgl. R.Gew.O. § 94 Abs. 6.

⁷³ Pr. L.R. II, 6 § 201; Sächs. Gb. § 57; H.G.B. Art. 215 Abs. 4, 245 u. 247; R.Genoss.Ges. § 88; Krankenversich.Ges. § 47; R.Gew.O. § 94, 103a u. 104o; R.Ges. v. 20. Apr. 1892 § 74 u. 79; Preufs. Wassergenoss.Ges. § 37 u. 41; R.Ger. I Nr. 88, XXVI Nr. 64, XXVIII Nr. 88, Seuff. XLVII Nr. 265; Gierke a. a. O. S. 876.

⁷⁴ Eine gesetzliche Ausnahme besteht nach Unfallversich.Ges. § 33 zu Lasten des einer wegen Leistungsunfähigkeit aufgelösten Berufsgenossenschaft succedirenden Reiches oder Staates.

Rechte und Pflichten der aufgelösten Körperschaft gegen ihre Mitglieder ein, soweit diese Rechte und Pflichten in ihren sonderrechtlichen Bestandtheilen das Mitgliedschaftsverhältniß überdauern⁷⁵. Insbesondere entfalten gewisse mitgliedschaftliche Sonderrechtsverhältnisse, die gerade auf den Fall der Auflösung abzielen, nun erst ihre Wirksamkeit. So einerseits die subsidiären Haft- und Deckungspflichten⁷⁶, andererseits die anwartschaftlichen Sonderrechte am Körperschaftsvermögen⁷⁷.

III. Verwirklichung der Auflösungsfolgen. Die Wirkungen der Beendigung einer Körperschaft treten in dem Zeitpunkte ein, in dem die mit Beendigungskraft ausgerüstete Thatsache oder Willensaktion vollendet ist⁷⁸. Vielfach ist eine öffentliche Feststellung und Kundmachung der Beendigung vorgeschrieben⁷⁹. Doch pflegt

⁷⁵ So kann er einerseits fällig gewordene Beitragsleistungen ehemaliger Mitglieder noch einfordern (R.O.H.G. XX Nr. 72 u. XXII Nr. 80, R.Gew.O. § 103 a u. 104 n, Hülfskassenges. § 81), auch Ersatzansprüche gegen ehemalige Organe noch geltend machen (Seuff. XLI Nr. 207). Andererseits muß er die bereits entstandenen Ansprüche von Mitgliedern befriedigen; so z. B. Versicherungsansprüche (Unfallversich.Ges. § 32 Abs. 2—4 u. § 33, Krankenversich.Ges. § 47 Abs. 5 u. 68 Abs. 5, Hülfskassenges. § 81, Ehrenberg S. 148), Gewinnbezugsrechte (R.Genoss.Ges. § 89 Abs. 1) u. s. w.; vgl. auch die alle solche Mitgliederansprüche deckenden Bestimmungen des Pr.L.R. II, 6 § 198—200 u. 202.

⁷⁶ Eine bloße Haftpflicht für den Ausfall begründet freilich nur ein Gläubigerrecht, kein Recht des Nachfolgers der aufgelösten Körperschaft; vgl. R.Ger. III Nr. 7 u. VIII Nr. 18, dazu Gierke a. a. O. S. 801 Anm. 1 u. 878 Anm. 2. Aus der mitgliedschaftlichen Deckungspflicht (Nachschußpflicht) aber entspringen Forderungsrechte des Rechtsnachfolgers gegen die ehemaligen Mitglieder, die als Aktivbestandtheile des Nachlasses zur Befriedigung der Gläubiger verwandt werden müssen; R.Genoss.Ges. § 98—108, 122—224, 185, Preufs. Wassergenoss.Ges. § 24 u. 52, Waldges. v. 6. Juli 1875 § 43.

⁷⁷ Vor der Befriedigung solcher Anrechte ist kein Aktivvermögen vorhanden. So ergibt sich bei eingetragenen Genossenschaften erst nach vollständiger Auszahlung der Geschäftsguthaben ein Ueberschuß der Aktiven des Nachlasses über die Passiva; R.Genoss.Ges. § 89. Wo daher bei genossenschaftlichem Gesamteigenthum die antheilmäßigen Anwartschaftsrechte das ganze Genossenschaftsvermögen erschöpfen, findet im Falle der Mitgliedernachfolge überhaupt keine eigentliche Succession, sondern eine Konsolidation statt; Beseler S. 271, Gierke a. a. O. S. 879. — Ueber die Realisirung der Anwartschaftsrechte von Aktionären, die bei der Umwandlung einer Aktiengesellschaft in eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung nicht Mitglieder der neu gebildeten Körperschaft werden, vgl. R.Ges. v. 20. Apr. 1892 § 79 Abs. 2 mit § 78 Abs. 3—4.

⁷⁸ Gesetzliche Fixirungen dieses Zeitpunkts finden sich z. B. im R.Genoss.Ges. § 78 Abs. 2 u. Preufs. Wassergenoss.Ges. § 68. Vgl. Gierke a. a. O. S. 881 Anm. 1.

⁷⁹ H.G.B. Art. 243 und 247; R.Genoss.Ges. § 80; R.Ges. v. 20. April 1892 § 65; Sächs. Ges. v. 15. Juni 1868 § 81—82; Bayr. Vereinsges. Art. 26—28; Preufs. Wassergenoss.Ges. § 82; Schweiz. O.R. Art. 665, 669, 711—712.

hiervon auch da, wo Beginn und Veränderung des körperschaftlichen Daseins durch eine solche Kundmachung bedingt sind, dessen Beendigung nicht abzuhängen⁸⁰.

Die Verwirklichung der Auflösungsfolgen vollzieht sich aber meist nicht mit Einem Schlage, sondern durch eine Reihe von Handlungen und Vorgängen, die oft einen längeren Zeitraum in Anspruch nehmen. Auf die Beendigung der Körperschaft folgt daher regelmässig ein besonderes Zersetzungsstadium. Dasselbe trägt in ähnlicher Weise wie das Gründungsstadium ein zwiefaches rechtliches Antlitz. Denn insoweit, als es sich auf die Ueberführung der Bestandtheile der aufgelösten Rechtssphäre in andere Rechtssphären richtet, besteht es aus individualrechtlichen Handlungen und Vorgängen, die dem allgemeinen Verkehrsrechte unterstehen. Insoweit jedoch, als es auf die Dekomposition des sozialen Körpers durch Abtragung seines Rückstandes abzielt, bildet es eine einheitliche sozialrechtliche Gesamtkaktion, die den Normen des Körperschaftsrechtes unterworfen bleibt⁸¹.

Darum entspricht dem körperschaftlichen Vorleben des Gründungsstadiums ein körperschaftliches Nachleben des Zersetzungsstadiums. Von einem wirklichen oder fingirten Fortbestande der Verbandspersönlichkeit darf man freilich nicht reden⁸². Eine Person kann unmöglich sich selbst überleben, um ihre eigne Verlassenschaft zu reguliren. Vielmehr wird die soziale Nachlassregulirung von dem Rechtsnachfolger der Körperschaft oder einem anderen dazu berufenen lebendigen Willensträger besorgt. Allein kraft Nachwirkung der ehemaligen Verbandspersönlichkeit, die ihr nunmehriger Träger bis zur ordnungsmässigen Zersetzung ihrer organischen Reste als einen gesonderten Bestandtheil seiner eignen Persönlichkeitssphäre fortzuführen hat, bleibt die Lebensordnung des abgestorbenen Gemeinwesens für einen sich unter anderen Personen abspielenden Lebensvorgang in Kraft⁸³.

Das körperschaftliche Nachleben äussert sich vor allem in der Fortdauer einer objektiven Einheit des Verbandsvermögens, das in der Hand des nunmehrigen Vermögensherrn als ein zweckgebundenes Sondervermögen seine volle Geschlossenheit und Selbst-

⁸⁰ Gierke a. a. O. S. 882 Anm. 2. — Abweichend Bad. Wasserges. Art. 57.

⁸¹ Gierke a. a. O. S. 883 ff.

⁸² In Praxis u. Theorie begegnet oft eine derartige Konstruktion; vgl. z. B. R.O.H.G. XIX 168, R.Ger. V 7, IX 18, v. Sicherer S. 284, Stobbe I 496 und weitere Nachweisungen b. Gierke S. 885 Anm. 1. Folgerichtig muss man dann mit Löwenfeld, Aktienges. S. 518 u. 521, u. v. Völderndorff, Komm. zu H.G.B. Art. 244 S. 780 Anm. 7, die „Auflösung“ als bloße „Veränderung“ deuten.

⁸³ Gierke a. a. O. S. 884 ff.; Neukamp a. a. O. S. 260 ff.

ständigkeit bewahrt⁸⁴. Dieses Sondervermögen ist eben kraft seiner Zweckbestimmung dem Untergange gewidmet und kann und soll diesem stufenweise zugeführt werden. Inzwischen aber ist sein Bestand rechtlich gesichert. Der Vermögensherr darf es bei eigener Verantwortung nicht vorzeitig zerstören: jedenfalls nicht vor Erfüllung oder Sicherstellung aller auf ihm lastenden Verbindlichkeiten⁸⁵, vielfach nicht vor Ablauf eines gesetzlich festgestellten Mindestzeitraumes⁸⁶.

Die Nachwirkung ehemaliger Verbandspersönlichkeit äußert sich aber auch in der Fortdauer von Elementen der subjektiven Verbandseinheit, indem der Rechtsnachfolger durch den Eintritt in eine noch von der körperschaftlichen Lebensordnung beherrschte personenrechtliche Stellung für die Dauer des Uebergangsstadiums eine Modifikation seiner Rechtssubjektivität erleidet.

Bei dem Anfall der körperschaftlichen Verlassenschaft an eine einzige Person entfaltet sich hauptsächlich nur die objektive Nachwirkung des beendigten Verbandslebens⁸⁷. Der Rechtsnachfolger hat

⁸⁴ Vgl. Gierke a. a. O. S. 886 ff. und über die Eigenartigkeit dieser nur aus der Nachwirkung erloschener Persönlichkeit erklärbaren Form von Vermögenseinheit S. 888 Anm. 3.

⁸⁵ H.G.B. Art. 245, R.Genoss.Ges. § 88, R.Ges. v. 10. Apr. 1892 § 74, Sächs. Ges. v. 15. Juni 1868 § 31—32, Bayr. Vereinsges. Art. 28, Preufs. Wassergenoss.Ges. § 41; Entw. II § 47—48. Die Gesetze treffen nähere Bestimmungen darüber, wie die bekannten Gläubiger durch besondere Mittheilungen und die unbekanntenen Gläubiger durch öffentliche Kundmachungen von der Auflösung in Kenntniß zu setzen und zur Anmeldung ihrer Ansprüche aufzufordern, die angemeldeten Schuldbeträge durch Zahlung und die nicht angemeldeten bekannten Schuldbeträge durch öffentliche Hinterlegung zu berichtigen und die schwebenden oder streitigen Forderungen sicher zu stellen sind, bevor das Vermögen vertheilt oder sonst mit anderem Vermögen verschmolzen werden darf.

⁸⁶ Des sogenannten „gesperrten Jahres“ nach H.G.B. Art. 245 Abs. 2 u. 247 Z. 5, R.Genoss.Ges. § 88 Abs. 1, R.Ges. v. 20. April 1892 § 74 Abs. 1, Sächs. Ges. § 34, Bayr. Ges. Art. 29 u. allgemein Entw. II § 47. Vgl. Oesterr. Genoss.Ges. § 81 u. Schweiz. O.R. Art. 667 u. 669 (bei Genossenschaften schreibt Art. 713 Abs. 2 nur ein gesperrtes Halbjahr vor).

⁸⁷ So bei dem Heimfall an eine höhere Verbandsperson, vgl. Hinschius K.R. II 463, Gierke a. a. O. S. 889, Preufs. L.R. II, 6 § 201; dem Erfolge nach auch, wenn der Fiskus als „Erbe“ behandelt wird, Sächs. Gb. § 2620, Entw. II § 42 Abs. 1. Ebenso bei dem Uebergange auf eine zum Ersatz berufene Verbandsperson; vgl. die Vorschriften über Fusion von Aktiengesellschaften in H.G.B. Art. 247 u. R.Ger. IX Nr. 8; auch R.Ges. v. 20. April 1892 § 78—79. Endlich aber auch bei der Nachfolge einer kraft spezieller Berufung oder als letztes Mitglied succedirenden Einzelperson; Gierke a. a. O. S. 886 ff. und 890. — Aehnlich verhält es sich, wenn der Anfall an mehrere untereinander nicht oder doch nicht durch den aufgelösten Verband verbundene Personen erfolgt; denn hier entsteht zwar unter den Nachfolgern eine Gemeinschaft, allein diese Gemeinschaft wird von

hier zwar eine Liquidation des ihm angefallenen Sondervermögens durchzuführen, untersteht aber hinsichtlich seiner hierzu erforderlichen Willensthätigkeit der eignen Daseinsordnung. Gleichwohl fehlt es auch hier nicht ganz an subjektiven Nachwirkungen der erloschenen Persönlichkeit⁸⁸.

In ungleich stärkerer Weise aber tritt bei dem Anfall der körperschaftlichen Verlassenschaft an die Summe der Mitglieder neben der objektiven Nachwirkung die subjektive Nachwirkung des Körperschaftslebens hervor. Denn hier bleibt die Vielheit der nunmehrigen Vermögensherren, so lange das ihnen nach Antheilen angefallene Vermögen als Sondervermögen fortbesteht, für dessen Bereich zu einer von der fortwirkenden Daseinsordnung der erloschenen Körperschaft beherrschten Gemeinschaft verbunden. Hierauf beruht die als „Liquidation“ im engeren Wortverstande in solchen Fällen eintretende und von den neueren Gesetzen eingehend geordnete Form der genossenschaftlichen Nachlaßregulierung⁸⁹. Die Genossenschaft „in Liquidation“ ist eine durchaus eigenartige Gemeinschaft, die als eine sich zersetzende Körperschaft unter Körperschaftsrecht steht und doch keine lebendige Körperschaft mehr ist⁹⁰. Sie bewahrt die einheitliche Rechtsfähigkeit⁹¹: allein ihre Rechtsfähigkeit wird durch die ihr

ihrem eigenen Prinzip und nicht von der Lebensordnung der ehemaligen Körperschaft beherrscht; a. a. O. S. 891—892.

⁸⁸ A. a. O. S. 891; H.G.B. Art. 247 Z. 2 (Fortbestand des Gerichtsstandes der fusionirten Aktiengesellschaft während der Dauer der getrennten Vermögensverwaltung); R.Ger. IX Nr. 3 (bes. S. 18).

⁸⁹ H.G.B. Art. 244 u. 244 a, R.Genoss.Ges. § 81 ff.; R.Ges. v. 20. April 1892 § 66 ff., R.Gew.O. § 103 a u. 104 n, Hilfskassenges. § 30; Sächs. Ges. über j. P. § 31 ff., Bayr. Vereinsges. Art. 28—30, Preufs. Wassergenoss.Ges. § 34—43, 64 u. 86—88; Oesterr. Genoss.Ges. § 41—51; Schweiz. O.A. Art. 666—667 u. 711—714; Entw. II § 42 Abs. 2 bis § 48 u. § 66—67. — Auch da aber, wo es an gesetzlichen Bestimmungen fehlt, müssen analoge Grundsätze zur Anwendung kommen. So bei Gewerkschaften; vgl. gegen abweichende Entsch. preussischer Gerichte (Z. f. Bergr. XII 474 u. XVII 489) R.O.H.G. XIX 190 ff. u. Gierke a. a. O. S. 900 Anm. 3. Ebenso bei Versicherungsgenossenschaften auf Gegenseitigkeit; Ehrenberg S. 148. Vgl. auch Stobbe I 496, Bekker, Pand. I 237 u. 259, R.Ger. XXV Nr. 41.

⁹⁰ H.G.B. Art. 244 a Abs. 1 mit Art. 144 Abs. 1, R.Genoss.Ges. § 85, R.Ges. v. 20. April 1892 § 70; Bayr. Vereinsges. Art. 30 Abs. 1, Preufs. Wassergenoss.Ges. § 42; Entw. II § 44 Abs. 2; R.O.H.G. XIX 163; Gierke a. a. O. S. 893.

⁹¹ Sie behält ihren Gerichtsstand (so die in Anm. 90 angef. Ges. u. Sächs. Ges. § 36 Abs. 1), ihren Namen (wenngleich mit einem den Liquidationszustand andeutenden Zusatz, der aber keine Namensänderung bewirkt, R.Ger. XV Nr. 22 S. 105), ihre Markenrechte (R.Ger. a. a. O.) u. s. w.; vgl. auch R.Ger. V Nr. 2 u. IX Nr. 3.

gestellte Aufgabe der Selbstauflösung begrenzt⁹². Sie bleibt handlungsfähig: allein ihre Handlungsfähigkeit reicht nicht über das zur Beendigung des körperschaftlichen Lebenswerkes erforderliche Maß hinaus⁹³. Sie behält die bisherige Organisation⁹⁴: allein dieselbe erfährt namentlich an ihrer Spitze eine mehr oder minder durchgreifende Veränderung, die vielfach schon äußerlich in der Ersetzung des Vorstandes durch „Liquidatoren“ zu Tage tritt⁹⁵; die Berufung oder Abberufung von Organträgern und die Neubildung von Organen wird eingeschränkt⁹⁶; die Zuständigkeiten aller Organe verengern sich⁹⁷. Und mit der vollständigen Beendigung des Auflösungsstadiums verschwindet dieser ganze Rückstand körperschaftlicher Existenz⁹⁸.

Ein eigenthümliches Verfahren tritt stets im Falle der Konkursöffnung über den Nachlaß einer Verbandsperson an Stelle des sonstigen Auseinandersetzungsverfahrens⁹⁹. Dabei gelten nur

⁹² Insbesondere mindert sich der Umfang der Körperschaftsgewalt; Gierke a. a. O. S. 894 Anm. 2, R.O.H.G. XXI Nr. 108.

⁹³ Gierke a. a. O. S. 895.

⁹⁴ A. a. O. S. 896 Anm. 2; R.O.H.G. IX 163; R.Gen. III Nr. 16. Insbesondere bleibt regelmäßig eine Generalversammlung oberstes Organ, ein Aufsichtsrath Kontrollorgan, ein Vorstand Vertretungs- und Regierungsorgan. Denn auch wo an Stelle des Vorstandes „Liquidatoren“ treten, haben diese „die Rechte und Pflichten des Vorstandes“; H.G.B. Art. 244a Abs. 2, R.Genoss.Ges. § 87 Abs. 1, R.Ges. v. 20. April 1892 § 72, Sächs. Ges. § 36—37, Bayr. Vereinsges. Art. 30, Entw. II § 43.

⁹⁵ Im Zweifel sind zwar die bisherigen Vorstandsmitglieder, möglicher Weise aber auch andere Personen zu Liquidatoren berufen; zum Theil ist auf Antrag eines Organes oder einer Minderheit die gerichtliche Bestellung von Liquidatoren zulässig; der Eintritt (auch des bisherigen Vorstandes) in die Liquidatorenstellung und der Austritt aus derselben wird öffentlich kundgemacht; vgl. die b. Gierke a. a. O. S. 896 Anm. 3 u. 897 Anm. 1—2 angef. Ges. u. dazu R.Ges. v. 1. Mai 1889 § 81—84 u. v. 20. April 1892 § 66—68, Entw. II § 43 u. 66. — Auch wo der Vorstand als solcher die Liquidation zu besorgen hat, kann ihm theils durch Statut oder Beschluß (vgl. z. B. Sächs. Ges. § 37, Bayr. Vereinsges. Art. 30 Abs. 2), theils auch durch höhere Verfügung (vgl. z. B. Hülfskassenges. § 30, R.Gew.O. § 103a u. 104n) ein besonderes Liquidationsorgan substituiert werden.

⁹⁶ Gierke a. a. O. S. 898 Anm. 1—2; R.Ges. v. 1. Mai 1889 § 81 Abs. 3—4 u. v. 20. April 1892 § 66 Abs. 2—3. Namentlich tritt in erhöhtem Maße gerichtliche oder sonstige behördliche Mitwirkung ein.

⁹⁷ Vor Allem die Vertretungs- und Verwaltungsmacht des Vorstandes (oder der Liquidatoren); Gierke a. a. O. S. 898 Anm. 3, R.Ges. v. 1. Mai 1889 § 86—87 u. v. 20. April 1892 § 71—72, Entw. II § 44. Aber auch die Beschlußgewalt der Generalversammlung; Gierke a. a. O. S. 899 Anm. 1. Ebenso die Funktionen des Aufsichtsrathes; a. a. O. S. 900 Anm. 1, H.G.B. Art. 244a.

⁹⁸ Gierke a. a. O. S. 900 Anm. 2; R.O.H.G. XIX 164; R.Ger. XV Nr. 22; R.Ges. v. 1. Mai 1889 § 90 u. v. 20. April 1892 § 75.

⁹⁹ H.G.B. Art. 243, R.Genoss.Ges. § 91 ff., R.Ges. v. 20. April 1892 § 63—64.

zum Theil Abweichungen vom gewöhnlichen Konkursverfahren, das für die Erhaltung und Auflösung des als objektiver Rückstand der Körperschaft verbliebenen Sondervermögens hinreichend sorgt¹⁰⁰. In soweit aber im Konkurse der Gemeinschuldner persönlich zu handeln hat, entfaltet sich auch hier die subjektive Nachwirkung der Verbandspersönlichkeit, so daß namentlich im Falle der Mitgliedernachfolge auch während des Konkurses die in die Rolle des Gemeinschuldners versetzte Gesamtheit eine vom bisherigen Körperschaftsrecht beherrschte Gemeinschaft bleibt¹⁰¹.

Vierter Titel.

Die Gemeinden insbesondere.

§ 71. Die alte Markgemeinde¹.

I. Ursprung. Die deutsche Gemeinde war der Niederschlag der einstigen Bodenbesiedlung durch geschlechtige Verbände, die eine ihnen zugleich als Wohngebiet und als Sondervermögen zugetheilte Mark der genossenschaftlichen Ordnung unterworfen hatten. Sie war

Hülfskassenges. § 29, R.Gew.O. § 103 Abs. 5 u. 104m, Sächs. Ges. § 35, Bayr. Vereinsg. Art. 28 u. 31, Preufs. Wassergenoss.Ges. § 33—34; auch Oesterr. Genoss.Ges. § 60 ff. u. 85 ff., Schweiz. O.R. Art. 635 u. 711—712. Die Konkursöffnung ist nicht blos in den vom Gesetz hervorgehobenen Fällen (R.Konk.O. § 193 Abs. 2 u. E.G. § 6), sondern stets auch noch im Zersetzungsstadium der Körperschaft möglich.

¹⁰⁰ Ueber Abweichungen in den Voraussetzungen vgl. oben Anm. 17; im Uebrigen R.Konk.O. § 193—197 nebst E.G. § 6 u. namentlich R.Genoss.Ges. § 91—111, 116—119, 122—124 u. 134—135.

¹⁰¹ Dies wird zum Theil in den Gesetzen anerkannt oder vorausgesetzt; vgl. R.Gew.O. § 104m, R.Konk.O. § 196 Abs. 1, R.Genoss.Ges. § 97, 101, 108, 110—111, R.Ger. VIII Nr. 2, Seuff. XXXIX Nr. 188. Es gilt aber allgemein. So z. B. auch für Aktiengesellschaften; Seuff. XLIII Nr. 201. Vgl. auch R.Ger. XIV Nr. 116 u. XVI Nr. 78 (wo aber nicht die vollen Konsequenzen gezogen werden; Gierke a. a. O. S. 903 Anm. 1).

¹ G. Hanssen, Agrarhistorische Abhandlungen, Leipz. 1880 u. 1881 (darin Wiederabdruck von Abh. seit 1835). W. Roscher, Ansichten der Volkswirtschaft, Leipzig 1861. K. Th. v. Inama-Sternegg, Deut. Wirtschaftsgesch. I 6 ff., 207 ff., II 1 ff. K. Lamprecht, Deut. Wirtschaftsleben im M. A. S. 19 ff., 331 ff. u. 667 ff. A. Meitzen, Der Boden u. die landwirthsch. Verhältn. des preufs. Staats I 343 ff. — E. de Laveleye, Das Ureigenthum, übersetzt u. vervollständigt von Bücher, Leipz. 1879. — E. Nasse, Ueber die mittelalterliche Feldgemeinschaft u. die Einhegungen des 16. Jahrh. in Engl., 1869. Seebohm, The english village community, 1883 (übers. von Bunsen, Heidelb. 1885). — v. Löw, Ueber die Markgenossenschaften, Heidelb. 1829. F. Thudichum, Die Gau- und Markenverfassung in Deutschland, Giefs. 1856; Rechtsgeschichte der

daher und blieb in mannichfadem Wandel ihres äußeren und inneren Baues eine Markgemeinde.

II. Wesen. Das Wesen der Markgemeinde wird durch drei Merkmale bestimmt.

1. Sie erfüllt gleichzeitig den doppelten Beruf eines örtlichen Gemeinwesens und einer ländlichen Wirthschaftsgenossenschaft. Mit der Eigenschaft eines politisch-sozialen Gebietskörpers im Sinne der heutigen Gemeinde verbindet sie die Eigenschaft einer vermögensrechtlichen Vereinigung im Sinne einer agrarischen Produktivgenossenschaft. Untrennbar sind darum in ihr auch öffentliches und Privatrecht verwoben.

2. Das Band, das sie zusammenhält, ist zugleich Personenvereinigung und Markgemeinschaft. Ursprünglich war die Markgemeinschaft Ausfluß einer vor ihr gegebenen persönlichen Verbundenheit gewesen. Allmählich kehrte sich mit der Verdinglichung der Gemeinde das Verhältniß um, so daß nun die Markgemeinschaft als Grundlage des Genossenbandes erschien. Doch hat die persönliche Seite der Verbindung ihre selbständige Bedeutung nie ganz eingebüßt.

3. In der Markgemeinde herrscht die genossenschaftliche Ordnung. Die Mark ist zwischen Gemeinde und Einzelne dergestalt vertheilt, daß einheitliches Gesamtrecht und mitgliederschaftliche Sonderrechte an ihr einander zugleich begrenzen und ergänzen. Dabei waltet der alte Genossenschaftsbegriff, dem eine Unterscheidung der Gesamtheit als Einheit von der zusammengefaßten Vielheit der Genossen noch fremd ist. Die Grenzen zwischen Ge-

Wetterau I 1867, II 1 1874, II 2 1885; Gesch. des deut. Privatr. S. 69 ff. u. 403 ff. — G. L. v. Maurer, Einleitung zur Geschichte der Mark-, Hof-, Dorf- u. Stadtverfassung u. der öff. Gewalt, Münch. 1854; Geschichte der Markenverfassung in Deut., Erl. 1856; Geschichte der Fronhöfe, der Bauernhöfe u. der Hofverfassung in Deut., 4 Bde., Erl. 1862; Geschichte der Dorfverfassung in Deut., 2 Bde., Erl. 1866; Geschichte der Städteverfassung in Deut., 4 Bde., Erl. 1869—1871. — G. Landau, Die Territorien, Hamb. u. Gotha 1854. — Bluntschli, Staats- u. Rechtsgesch. v. Zürich I 257 ff., II 53 ff. Blumer, Rechtsgesch. der schweiz. Demokr. I 17 ff., 376 ff. v. Wyss, Z. f. schweiz. R. I 20 ff. A. Heusler ib. X 44 ff. A. v. Miaskowski, Die Agrar-, Alpen- u. Forstverfassung der deut. Schweiz in ihrer geschichtl. Entwickl., Basel 1878; Die schweizer. Allmend in ihrer geschichtl. Entwickl. vom 13. Jahrh. bis zur Gegenwart, Leipz. 1879. Huber, Schweiz. P.R. IV 261 ff., 769 ff. — Renaud, Z. f. D. R. IX 1 ff. Römer ib. XIII 94 ff. Weiske, Prakt. Unters. III 174 ff. — Gierke, Genossenschaftsr. I § 7—9, 13—15, 21, 24, 29—30, 34, 53, II § 8 ff. u. 26. Heusler, Inst. I § 56 ff., II § 88. Stobbe, D. P.R. I § 55. Brunner, R.G. I 56 ff. u. 196 ff. Schröder, Z. f. R.G. XV 49 ff., Forsch. z. D. G. XIX 144 ff., R.G. § 10, 28 u. 41 (hier die umfassendsten weiteren Litteraturnachweise).

sammitrecht und Sonderrecht können ungleich gezogen sein und erfahren im Laufe der Jahrhunderte mannichfache Verschiebungen, die im Allgemeinen in einer fortschreitenden Aufzehrung von Gesamtrecht durch Sonderrecht bestehen. Immer aber bleiben beiderlei Rechtssphären wesentlich und an und durch einander gebunden.

III. Ausgestaltung. Die äußere und innere Gestalt der Markgemeinde wird durch manche sich mehrfach kreuzende Unterschiede ungleich bestimmt.

1. Dorfgemeinden und Einzelhöfe. Regelmäßig siedelten die Deutschen in Dörfern. In einzelnen Landschaften aber (besonders in Westfalen) fand durchweg eine Siedlung in Einzelhöfen statt. Ueberdies wurden wohl von je neben den Dörfern gutsherrliche Einzelhöfe angelegt.

a. Bei der Dorfanlage zerfiel die Mark in drei Bestandtheile². Den ersten Bestandtheil bildet der innere Dorfraum, in dem nur Wege und Plätze dem Gesamtrecht vorbehalten, dagegen die für Haus, Hof und Garten bestimmten Hofstätten den einzelnen Genossen zu freiem Sondereigen zugetheilt sind. Im Gehege der Hofstätte findet die Hausherrschaft des selbständigen Mannes ihr dingliches Abbild. Als zweiter Bestandtheil erscheint die Feldmark, die das dem Pfluge und der Sense unterworfenene Kulturland umfaßt³. An ihr wurde nach dem ursprünglichen Systeme der Feldgemeinschaft das Eigenthum der Gesamtheit bewahrt, jedem Genossen aber auf Grund wiederkehrender Vermessung, Vertheilung und Verloosung ein zeitlich begrenztes Sondernutzungsrecht an je einem Streifen (Loos, Ackerbeet) jedes der dem Anbau gewidmeten Feldstücke (Gewannen, Lagen, Kampe, Feldungen) überwiesen⁴. Als diese sogenannten

² Vgl. die Flurkarte b. Schröder, R.G. S. 200.

³ Anfangs wurde die Feldmark in jedem Sommer neu ausgeschieden. Denn noch längere Zeit, nachdem der von Caesar de B.G. IV c. 1 u. VI c. 22 geschilderte jährliche Wechsel der Marken zwischen den schweifenden Genossenschaften aufgehört hatte, herrschte in den fest gewordenen Genossenschaftsmarken das System der Wechselwirthschaft oder sog. Feldgraswirthschaft, wobei nur zur Ergänzung der überwiegenden Weidewirthschaft unerschöpfter oder ausgeruhter Boden mit Sommerfrucht bestellt wurde. Doch wird sich schon unter diesem Systeme allmählich ein fester Kern von Kulturland, das nicht mehr in die Wildniss zurückfiel, sondern abwechselnd als Pflugland diente und brach lag, zur ständigen Feldmark ausgebildet haben. Vgl. Tac. Germ. c. 26. Als dann mit der Einführung der Wintersaaten das bis in unser Jahrhundert herrschend gebliebene System der Dreifelderwirthschaft entstanden war, gab es überall feste Feldmarken. Mit der Entwicklung der Wiesenkultur trat das Wiesenland als ständig ausgeschiedener Markbestandtheil hinzu.

⁴ Zur Zeit der Feldgraswirthschaft nur auf ein Jahr (Tac. Germ. c. 26), später auf längere Zeit.

„strenge“ oder „eigentliche“ Feldgemeinschaft schon nach der Völkerwanderung ziemlich allgemein verschwand⁵, giengen die ständig gewordenen Feldantheile in das Sondereigen ihrer Besitzer über. Keineswegs aber erlosch an ihnen das Gesamtrecht. Vielmehr blieb kraft der fortbestehenden sogenannten „laxen“ oder „uneigentlichen“ Feldgemeinschaft oder des sogenannten „Flurzwanges“ das Eigenthum des Einzelnen an Aeckern und Wiesen, wie dies schon durch deren aus der ursprünglichen Theilungsart herstammende „Gemen- gelage“ bedingt war, durch ein starkes Gemeinderecht gebunden und beschränkt. Der Gemeinde gebührte die Bestimmung der Fruchtfolge (jetzt fast überall nach der Regel der Dreifelderwirthschaft) und der Zeit für Bestellung und Ernte; ihr stand das Weiderecht auf der Brache und der Stoppel und während der „offenen Zeit“ auch auf den Wiesen zu; sie übte das Jagdrecht und mancherlei andere Nutzungen auf der ganzen Feldmark aus⁶. Einen dritten Bestandtheil der Mark endlich bildet überall die Allmende (gemeine Mark, Meente, Gemein, auch „Mark“ im engeren Sinne), die „Wald, Weide und Wasser“, dazu Wege und Stege, öde Gründe und ähnliche Stücke umspannt. An ihr bleibt alles Herrschafts- und Nutzungsrecht ungetheilt. Weil aber die Gesamtheit Einheit und Vielheit zugleich ist, benützt sie die Allmende nicht nur für einheitliche Gemeindebedürfnisse⁷, sondern auch und zwar überwiegend für die gleich-

⁵ Vereinzelt bestand sie fort oder wurde von Neuem begründet. So in den zum Theil wohl uralten, zum größten Theil jedoch erst aus grundherrlichen Beunden mit höriger Betriebsgemeinschaft hervorgegangenen Gehöferschaften des Mosellandes; Hanssen I 99 ff., II 1 ff., Meitzen I 348 ff., Heusler, Inst. I 294 ff., Lamprecht I 451 ff. Ebenso vermuthlich in den westfälischen Haubergsgenossenschaften; Achenbach, Die Haubergsgenossenschaften des Siegerlandes, Bonn 1863; Bernhardt, Die Haubergswirtschaft im Kreise Siegen, 1867. In gewissem Umfange wurde sie überdies durch die Verloosung einzelner Allmendstücke zu zeitweiliger Sondernutzung als Allmendäcker oder Allmendwiesen immer wieder erneut; Maurer, Markenverf. S. 175 ff., Dorfv. I 304 ff., Gierke, Genossenschaftsr. II 222 ff., Miaskowski, Allmend S. 127 ff.

⁶ Gierke a. a. O. II 212 ff. Dafs man sich der Fortdauer des Gesamtrrechtes als Quelle aller dieser Einschränkungen bewußt war, zeigen besonders deutlich die in den Weisthümern wiederkehrenden Wendungen, nach denen Wiesen und Aecker zugleich „eigen“ und „gemein“ sind, die Brachzeit wieder „Allmend“ wird u. s. w. Am kräftigsten aber äußert sich das fortbestehende Gesamtrecht in dem häufig geltenden Satze, dafs Feld, das zu Wald verwachsen ist, in die Allmende zurückfällt; Grimm, W. I 502, 513, 573, 591 § 5, III 414 § 9, 416 § 5, Gierke a. a. O. S. 215. — Vgl. ferner W. der Gemeinde Töls v. 1536 b. Grimm, W. I 128 ff., u. dazu Gierke a. a. O. S. 219 ff.

⁷ Gierke a. a. O. S. 235—243.

mässigen Bedürfnisse der verbundenen Einzelwirthschaften⁸. Jeder Genosse ist daher befugt, die gemeine Mark für seine wirthschaftlichen Bedürfnisse zu benützen; er darf im Walde das erforderliche Bauholz, Brennholz und Nutzholz schlagen; er darf mit seinem Vieh die Weide beschicken und mit seinen Schweinen die Mast geniessen; er darf jagen und fischen, Gestein brechen u. s. w.; ja ursprünglich darf er durch Rodung und Umhegung Stücke der Mark sich aneignen⁹. Nur eine zwiefache Schranke ist ihm gesetzt. Einerseits ist sein Nutzungsrecht durch sein eignes wirthschaftliches Bedürfnis begrenzt, so daß ihm der Verkauf der aus der Allmende gewonnenen Erzeugnisse und die Benützung der Allmende für Fremde untersagt ist und mehr und mehr eine grundsätzliche „Schließung“ der Mark erfolgt¹⁰. Andererseits ist er bei der Allmendnutzung an die verfassungsmässige Ordnung der Gemeinschaft und die in deren Handhabung ergehenden Gemeindebeschlüsse gebunden, muß sich daher nicht nur der genossenschaftlichen Forst-, Flur- und Weidepolizei unterwerfen, sondern sich auch die Einschränkungen und Mafsbestimmungen gefallen lassen, die bei eintretendem Mangel nothwendig werden und nach vollendetem Ausbau des Landes in der That überall begegnen¹¹. Innerhalb dieser Schranken aber steht das Nutzungsrecht des einzelnen Genossen dem Gesamtrecht als sein Sonderrecht gegenüber: es ist seine Allmendberechtigung, sein Markenrecht, sein Gemeindnutzen, seine Ware, seine Gewalt, seine Rechtsame, sein Echtwort u. s. w. und wird vielfach als sein Antheil an der gemeinen Mark, sein Theil oder seine Schar bezeichnet¹². Dieses Sondernutzungsrecht an der Allmende gilt, wie es wirthschaftlich die schlechthin unentbehrliche Ergänzung des bäuerlichen Besitzthums ist, rechtlich als Zubehör von Haus und Hof¹³. Hofstätte, Feldantheil und Allmendnutzen bilden als zusammengehöriges Ganze eine volle bäuerliche „Hufe“¹⁴.

⁸ A. a. O. I 616 ff., II 243 ff.

⁹ Ueber das Recht des Neubruches, das die Begründung eines dem Flurzwange nicht unterworfenen Landeigenthums (bifang, infang, beunde, captura, aprisio, proprisio) ermöglichte und für das Wachstum des Großgrundbesitzes überaus wichtig war, und über die allmählich erfolgende Abschwächung dieses Rechtes vgl. Beseler, Der Neubruch, Berl. 1868, Gierke a. a. O. I 68 ff., II 146 ff., Schröder, R.G. S. 202 u. 416 ff.

¹⁰ Gierke a. a. O. I 592, II 244 ff.

¹¹ Gierke a. a. O. I 616 ff., II 247 ff.

¹² Ueber diese und andere Namen vgl. a. a. O. II 310 Anm. 207.

¹³ A. a. O. II 308 ff.

¹⁴ Huoba, hoba, angelsächs. híd, lat. mansus; vgl. Waitz, Ueber die altdeutsche Hufe, Gött. 1854, Brunner, R.G. I 62, Schröder, R.G. S. 201 ff.

b. Wo Einzelhöfe bestehen, erstreckt sich das freie Sonder-eigen nicht bloß auf eine Hofstätte, sondern auf eine Hofmark, die um die Hofstätte herum das zur Hufe gehörige Bauland umfaßt und in diesem ganzen Umfange als Gebiet der Einzelherrschaft abgehegt ist. Hier giebt es daher, regelmäßig keine gemeine Feldmark. Wohl aber giebt es auch hier stets eine vornehmlich aus Wald, Weide und Wasser gebildete gemeine Mark. Und auch hier entfaltet sich in der genossenschaftlichen Beherrschung und Benutzung dieser dem Gesamtrechte vorbehaltenen Allmende der wirthschaftsgenossenschaftliche Inhalt des die Einzelhöfe umschließenden Gemeindeverbandes. Fehlt es überhaupt an einem Dorfe, so sind sämtliche Einzelhöfe der Mark zu einer bauerschaftlichen Markgemeinde verbunden¹⁵. Auch die neben den Dörfern vorhandenen Einzelhöfe aber stehen mit den Dörfern in Markgemeinschaft und scheiden nur dann, wenn sie sich zu Grundherrschaften auswachsen, vielfach durch Abmarkung aus dem Markgemeindevernande völlig aus¹⁶.

2. Ortsmarken und grössere Markgenossenschaften. Oft bilden mehrere Dörfer oder Bauerschaften, während sie im Uebrigen selbständige Gemeinden sind, hinsichtlich einer ihnen ungetheilt zustehenden Allmende eine einzige Markgemeinde¹⁷. Derartige grössere Markgenossenschaften sind zum Theil aus alten Gemeindeverbänden höherer Ordnung (Hundertschaften oder verwandten Gerichtsgemeinden), denen bei der Austheilung der Ortsmarken Wald, Wasser und Weide im Gesamtgebiet ganz oder theilweise vorbehalten waren, hervorgegangen¹⁸. Meist aber wurzeln sie in ursprünglichen Ortsmarken, bei deren Ausbau durch Anlage neuer Ortschaften die Allmende zwischen der Urgemeinde und den Tochtergemeinden nicht oder doch nicht völlig aufgetheilt worden war¹⁹.

¹⁵ Gierke a. a. O. I 69 ff.

¹⁶ Maurer, Einl. S. 148 ff., Markenverf. S. 11 ff., Fronh. I 285 ff.; Landau I 143 ff.; Gierke I 130, 132.

¹⁷ Löw S. 6 ff.; Thudichum, Gau- u. Markenverf. S. 127 ff.; Maurer, Einl. S. 103 ff., Markenv. S. 4 ff. u. 87 ff., Dorfv. I 23 ff.; Gierke I 81 ff. u. 586 ff., II 339 ff. (hier auch von den Uebergangsformen zwischen grosser Markgenossenschaft und bloßem Gemeinschaftsverhältniß zwischen Gemeinden).

¹⁸ Unrichtig ist jedoch die von Thudichum a. a. O. S. 84 u. 130 ff. aufgestellte, neuerdings von Lamprecht S. 255 ff. durchgeführte und von Vielen angenommene Meinung, daß es ursprünglich nur Hundertschafts- oder Gaumarken gegeben habe und stets erst aus deren Zertrümmerung Ortsmarken hervorgegangen seien.

¹⁹ Landau S. 115 ff.; Maurer, Einl. S. 46 ff., 147 ff., Dorfv. I 22 ff.; Gierke I 82 ff. u. 586 ff.

3. Freie und grundherrliche Gemeinden. Die Markgemeinde war als freie Gemeinde entstanden. Seitdem aber mit der Ausbreitung der Grundherrschaft die freie Gemeinde zur Ausnahme wurde, fand die Markgemeinde in mannichfach abgestuften Formen von grundherrlichen Gemeinden ihre Fortsetzung und Erneuerung. Denn einerseits wurde durch die Unterwerfung einer ursprünglich freien Mark unter eine Grundherrschaft der genossenschaftliche Gemeindeverband nicht aufgehoben, sondern nur einem Herrschaftsverbande eingegliedert und je nach dessen Beschaffenheit schwächer oder stärker umgewandelt²⁰. Andererseits wurden bei dem Ausbau der Grundherrschaften durch Stiftung und Besiedlung bäuerlicher Hufen unter den Grundholden genossenschaftliche Gemeindeverbände begründet, die den Typus der Markgemeinde in einer dem grundherrlichen Verhältniß angepaßten Gestalt wiedererzeugten und vielfach sogar besonders kräftig ausprägten²¹. Auch im Bereiche des Hofrechtes daher besteht unterhalb der herrschaftlichen Ordnung eine genossenschaftliche Ordnung, kraft deren die Sonderrechte der einzelnen Genossen an ihren hörigen Hufen durch ein Gesamtrecht ergänzt und gebunden werden. Allein im Gegensatze zu der selbständigen Mark des Volksrechtes bildet die hofrechtliche Mark einen Bestandtheil des im Eigenthum des Grundherrn stehenden Gebietes und ein Zubehör des ihr vorgesetzten Fronhofes. Nach Volksrecht ist, wie die Hufe Sondereigen, so die Mark Gesamteigen²². Nach Hofrecht

²⁰ Gierke I 202 ff., 588; Heusler, Inst. I 282 ff. Ueber die Verhältnisse in gemischten Marken Maurer, Einl. S. 299 ff., Markenv. S. 69, 87 ff., 441 ff., Dorfv. I 12 ff., 79 ff., 94 ff., II 107 ff., 200.

²¹ Maurer, Einl. S. 226 ff., Fronh. I 471 ff., IV 1 ff.; Gierke I 122 ff., 142 ff., 162 ff.; Schröder, R.G. S. 209 u. 413 ff.; Heusler, Inst. I 286 ff. — Ueber die hofrechtliche Wiedererzeugung der Feldgemeinschaft in Gehöferschaften oben Anm. 5; über sonstige Genossenschaftsbildungen auf Grund der hofrechtlichen Betriebs- und Lastengemeinschaft unten Anm. 26.

²² Ueber die Anwendung des Eigenthumsbegriffes auf das Recht an der Allmende und die Ueberwindung der Vorstellung, als sei das allen Gemeine herrenlos, vgl. Gierke II 144 ff. Dafs das ursprünglich dem Volke und später dem Könige am ganzen Lande zustehende oberste Herrschaftsrecht, von dem in der Lehre vom Eigenthum zu handeln sein wird, an den Allmenden und namentlich an den gemeinen Waldungen sich besonders kräftig äussert, steht der Annahme eines echten und vollen Eigenthums der freien Markgemeinde an ihrer Mark nicht entgegen. Ein echtes Gesamteigen ist in der That nie ganz verschwunden; vgl. die Nachweise a. a. O. S. 156 ff. Mit der Unterwerfung unter ein Herrschaftsrecht aber erfolgten Abschwächungen zu einem belasteten oder geminderten, einem zinsbaren oder vogtbaren Gesamteigen, ja vielfach zuletzt zu einem bloßen Gesamtuntereigenthum oder gar zu einem bloßen Gesamtnutzungsrecht; vgl. über diese Formen a. a. O. S. 159—168.

dagegen erschöpft sich, wie das Sonderrecht des einzelnen Hufners in einem abgeleiteten Besitzrecht, so das Gesamtrecht der Gemeinde in einem gemeinschaftlichen Nutzungsrecht am herrschaftlichen Gute²³.

4. **Gemeine Verbände und Sonderverbände.** Schon im Mittelalter begegnen in bunter Vielgestaltigkeit neben und in den gemeinen bäuerlichen Markgenossenschaften agrarische Sonderverbände, die zwar nach dem Vorbilde der Markgemeinde geformt sind, jedoch durch die besondere Gemeinschaft, die ihnen zu Grunde liegt, ein eigenartiges Gepräge empfangen²⁴. Derartige Genossenschaften bestehen namentlich unter Theilhabern eines zu besonderer genossenschaftlicher Bewirthschaftung ausgeschiedenen Bestandtheiles der Mark²⁵ oder unter den Inhabern besonders gearteter Hufen, die durch einen ihnen gemeinsam zustehenden oder obliegenden Betrieb, Dienst oder gewerblichen Beruf verbunden sind²⁶.

IV. **Verfassung.** In aller solcher Mannichfaltigkeit der Ausgestaltung weist die alte Markgemeinde eine in den Grundzügen übereinstimmende Verfassung auf.

1. **Zusammensetzung.** Die Mitgliedschaft ist ein zugleich personenrechtliches und vermögensrechtliches Verhältniß, in dem mit dem Recht und der Pflicht zur Theilnahme am Gemeinleben ein Antheilsrecht an der Mark und eine Antheilspflicht an den gemeinen Lasten untrennbar verknüpft sind²⁷.

²³ Ursprünglich ein prekäres Gebrauchsrecht, verstärkt sich das Gesamtrecht mehr und mehr zu einer festen Nutzungsgerechtigkeit und kann dann alle Stufen bis zum vollen Eigenthum durchlaufen; Gierke a. a. O. S. 158 ff.

²⁴ Vgl. Maurer, Markenverf. S. 38 ff., Dorfv. I 26 ff.; Gierke I 610 ff., II 347 ff.; Heusler, Inst. I 293 ff.; Lamprecht I 277 ff. („Partikulärmarkgenossenschaften“). Bei diesen Verbänden tritt zum Theil frühzeitig der wirtschaftsgenossenschaftliche Charakter in den Vordergrund; keinem von ihnen aber fehlt ursprünglich eine kommunale Bedeutung.

²⁵ So die Gehöferschaften (oben Anm. 5), die Hauberggenossenschaften (ebenda), manche Walderbengenossenschaften oder Holzmarkgenossenschaften (Thudichum a. a. O. S. 284 ff., Lamprecht I 280) und die gleichfalls in das Mittelalter zurückreichenden Alpmarkgenossenschaften (Heusler, Z. f. schweiz. R. X 99 ff., Inst. I 295, Blumer I, 1 S. 386 ff., I, 2 S. 389 ff., Maurer, Markv. S. 38 ff., Gierke I 610 ff.).

²⁶ So manche hofrechtliche Hufenverbände, die weit verbreiteten Weinberggenossenschaften (Gierke II 349 Anm. 2 u. bes. Lamprecht II 903 ff.), die Wildhuber- und Förstergenossenschaften (Gierke II 350 Anm. 4), die Zeidlergenossenschaften (ib. Anm. 5), die auf Fischerhufen gegründeten Fischergenossenschaften (ib. S. 351) u. s. w. Zum Theil erscheint hier das Gesamtrecht an Grund und Boden nur als Zubehör eines Gesamtgewerberechtes, so daß Uebergangsformen zwischen Gemeinde und Zunft entstehen.

²⁷ Gierke II § 11.

Aktive Mitgliedschaft gebührt nur den Vollgenossen, die als Bauern, Nachbarn, Huber, Gemeinsleute u. s. w., in den großen Marken als Märker, Erbexen, gewerte Männer u. s. w., lateinisch als villani, vicini, commarcani u. s. w. bezeichnet werden. Vollgenossen sind die durch Geburt oder Aufnahme der Genossenschaft angehörigen selbständigen Hufenbesitzer²⁸. Ursprünglich hatte der selbständig gewordene Genosse einen Anspruch auf Gewährung einer Hufe²⁹. Mehr und mehr wurde umgekehrt die als privatrechtliches Besitzthum verselbständigte Hufe zur Grundlage des Genossenrechts. Doch blieb einerseits gerade um des mit ihr verbundenen Gemeinderechtes willen das Privatrecht an der Hufe hinsichtlich der Vererbung, Veräußerung und Theilung durch das Genossenschaftsrecht mehr oder minder kräftig gebunden³⁰, andererseits der Erwerb des Vollgenossenrechts von dem Hinzutritt persönlicher Thatbestände, wie namentlich von einem eignen Hausstande (dem „eigenen Rauch“) und dem Wohnsitze in der Mark, abhängig³¹. Die Mitgliedschaftsrechte und Mitgliedschaftspflichten der Vollgenossen waren Anfangs unter einander gleich. Mit der durch Theilung und Vereinigung von Hufen herbeigeführten Ungleichheit des bäuerlichen Besitzes aber entstanden vielfach auch Ungleichheiten des Gemeinderechtes. Es gab nun Genossen geringeren (oft gerade halben) Rechtes (Schupposser, Mentager, Halbspänner u. s. w.), die nur einen Theil einer Hufe besaßen und zugleich im Stimmrecht und im Markantheil zurückgesetzt waren, und Genossen erhöhten Rechtes, denen mit dem Besitze eines größeren Gehöftes auch ein überwiegender Antheil am Gemeinderecht zustand³².

Neben den Vollgenossen gehörten der Gemeinde von je Schutzgenossen mit bloß passiver Mitgliedschaft an, die als unselbständige Leute durch die Vollgenossen mitvertreten wurden und an der Mark und ihren Nutzungen entweder nur mittelbar oder aus besonderer Vergünstigung Antheil hatten³³. So stets die Mitglieder eines fremden Hausstandes (Weib, Kind, Gesinde). So aber auch die im Laufe der Zeit sich mehrenden Beisassen oder Hintersassen, die entweder ganz

²⁸ Gierke I 593 ff., II 268 ff.; Lamprecht I 288 ff.

²⁹ Gierke I 74 ff., Z. f. R.G. XII 463 ff. u. über spätere Reste Genossenschaftsr. II 272.

³⁰ Gierke, Z. f. R.G. XII 430 ff., Genossenschaftsr. I 75 ff., 615, II 200 ff.

³¹ Gierke a. a. O. I 594, II 273 ff.

³² Gierke I 603, II 281, 318 ff.; Schröder, R.G. S. 413 ff. (der aber S. 49 u. 51 wohl mit Unrecht schon eine ursprüngliche Zutheilung halber und doppelter Loose annimmt).

³³ Gierke I 165 ff., 606 ff., II 279 ff.

grundbesitzlos waren (Einläufige, Tagelöhner, Miether) oder nur kleine Stellen ohne eigentliche Ackerwirthschaft besaßen (Kötter, Büdner, Häusler, Brinksitzer, Seldner, Handwerker) oder auf fremder Hufe siedelten (Lehner). So endlich auch die Ausmärker, die in der Mark Grundbesitz hatten, ohne in ihr zu wohnen.

2. Organisation⁸⁴. Oberstes Organ der Markgemeinde war stets die Genossenversammlung, die aus den Vollgenossen gebildet wurde und auf echten und gebotenen Dingen durch Mehrheitsbeschlüsse die wichtigsten Gemeindeangelegenheiten selbst ordnete. Ihre Zuständigkeit erstreckte sich in gleicher Weise auf die Erfüllung der politisch-sozialen Gemeindefunktionen und auf die Handhabung der aus dem Gesamtrecht an der Mark entspringenden gemeinwirthschaftlichen Befugnisse. Zur Leitung der Versammlung und zur Besorgung der laufenden Geschäfte war ein Einzelvorsteher (in den Dörfern und Bauerschaften ein Dorfrichter, Dorfgrebe, Heimburge, Bauermeister, Schultheiß u. s. w., in den großen Marken ein Obermärker, erster Märker, Holzgraf, Centgraf, Vogt u. s. w.) berufen, dem zum Theil Schöffen und außerdem ständige Stellvertreter und Unterbeamte (Förster, Bannwarte, Weibel, Gemeindegirten u. s. w.) zur Seite traten. Ursprünglich durch Wahl besetzt, wurden die Vorsteherchaften und andere Aemter später oft erblich oder als Realrechte mit bestimmten Grundstücken verknüpft. Mit der Ausbreitung der Grundherrschaft wurde die herrschaftliche Ernennung oder doch Bestätigung zur Regel. Ueberdies fand selbstverständlich in der Grundherrschaft die genossenschaftliche Selbstverwaltung ihre Grenze an der grundherrlichen Rechtssphäre, für deren Verwaltung ein eigener herrschaftlicher Amtsorganismus bestand, der vielfach in den genossenschaftlichen Amtsorganismus hineinreichte und zum Theil mit ihm verschmolz⁸⁵.

V. Umbildung. Seitdem das deutsche Gemeindewesen durch die Ausbildung des Städtewesens eine gewaltige Veränderung erfahren hatte, giengen die Schicksale der Markgemeinde in Städten und Landgemeinden weit auseinander.

1. In den Städten gieng schon im Mittelalter die Markgemeinde in ein neues rein politisches Gemeinwesen auf⁸⁶. An die Stelle des genossenschaftlichen Gesamtrechtes trat das gemeinheitliche Recht der einheitlichen Stadtpersönlichkeit, die Gemeindegliedschaft verwandelte sich in ein von der privatrechtlichen Grund-

⁸⁴ A. a. O. I 624 ff., II 494 ff.; Lamprecht I 304 ff.

⁸⁵ Gierke II 417 ff., bes. 421 ff.

⁸⁶ Gierke II 649 ff.; Heusler, Inst. I 305 ff.

lage gelöstes städtisches Bürgerrecht, die Gemeindeverfassung entfaltete sich in Gestalt der Rathsverfassung zu einer öffentlichrechtlichen Körperschaftsverfassung. So übernahm die Stadt als solche, wie sie das alleinige Subjekt der Gemeindegewalt im Stadtgebiet war, auch das alleinige Eigenthum am alten Gemeindevermögen.

Hiermit wurde die wirthschaftsgenossenschaftliche Seite der Markgemeinde in den meisten größeren Städten frühzeitig ganz beseitigt. Da anstatt der Landwirthschaft Handel und Gewerbe den Lebensnerv der Stadtwirthschaft bildeten, war für Markgemeinschaft hier keine dauernde Stätte. Die städtische Allmende wurde in dem Mase, in dem einerseits das Bedürfnis der einzelnen Bürger Wald- und Weidenutzungen nicht mehr forderte, andererseits das Bedürfnis des öffentlichen Haushaltes alles Gemeindevermögen in Anspruch nahm, zum städtischen „Kämmereigut“ gezogen⁸⁷. Wo ein Ueberschuß blieb und als „Bürgervermögen“ den wirthschaftlichen Bedürfnissen der einzelnen Bürger diente, wurden doch daran nicht mehr feste Sonderrechte, sondern nur noch unselbständige „bürgerliche Nutzungen“ anerkannt⁸⁸.

Doch gab es von dieser Entwicklung zahlreiche Ausnahmen. In den kleinen Ackerbaustädten erhielten sich oft die ländlichen Rechtszustände⁸⁹. Auch in größeren Städten aber verschwanden nicht immer alle Reste der Markgemeinde. Insbesondere setzte sich dieselbe bisweilen in besonderen Agrargenossenschaften fort⁴⁰.

Die nachmittelalterlichen Veränderungen des Städtewesens ließen diese Verhältnisse im Wesentlichen unberührt⁴¹.

⁸⁷ Gierke II 676 ff.

⁸⁸ A. a. O. S. 683 ff.

⁸⁹ A. a. O. S. 687—688, 690—691; Maurer, Stadtv. I 198, 255 ff., II 179, 601 ff., 726 ff., 797.

⁴⁰ Vgl. über die Kölner Bauerbänke Gierke I 336; über Agrargenossenschaften in Pommerschen Städten Pöpcke, Z. f. D. R. XVII 218 ff., Gierke I 681 ff.; über die Halbpflegegenossenschaften in Mecklenburg. Städten Buchka u. Budde, Entsch. III Nr. 21, Seuff. XIII Nr. 124; andere Beispiele b. Maurer, Stadtv. II 726 Anm. 4, 809, Michelsen, Z. f. D. R. IX 100 ff., Frensdorff, Dortmunder Stat. S. LXXXIX ff.

⁴¹ Indem die Stadt, während ihre öffentlichrechtliche Stellung der einer Staatsanstalt angenähert wurde, für das Privatrecht mehr und mehr als eine privilegierte Korporation mit dem ausschließlichen Recht auf „bürgerliche Nahrung“ erschien, nahm sie von Neuem ein halb privatrechtliches Wesen an, so daß auch das städtische Bürgerrecht wieder einen vermögensrechtlichen Inhalt gewann und nachdem in ihm enthaltenen Antheile am städtischen Gewerbeprivileg abgestuft wurde. Allein dieser wirthschaftsgenossenschaftliche Verband war nicht auf Privatrecht an Grund und Boden, sondern auf Privatrecht an Gewerbebetrieb gebaut. In unserem

2. In den Landgemeinden blieb mit seltenen Ausnahmen⁴² die alte Agrargemeinschaft bis weit über das Mittelalter hinaus erhalten⁴³. Nach wie vor bestand hier die Markgemeinde mit ihrem zugleich kommunalen und wirthschaftsgenossenschaftlichen Beruf, mit ihrer halb öffentlichrechtlichen und halb privatrechtlichen Grundlage, mit ihrer rein genossenschaftlichen Ordnung. Allein indem sich das Verhältniß zwischen beiden Seiten immer mehr im Sinne einer vermögensrechtlichen Ausgestaltung des ganzen Gemeindeverbandes verschob, traten Umbildungen ein, die oft genug zu Verbildungen wurden. Insbesondere wurde auf verschiedenen Wegen der Kreis der Vollgenossen stets enger und fester geschlossen, bis er den Schutzgenossen, deren Zahl fortwährend wuchs, als eine ausschließlich zur Marknutzung berechnete, zugleich aber ausschließlich die Gemeindeversammlung bildende Minderheit gegenübertrat. So entstanden neue Gemeindeformen, die sich nach der Rechtsgrundlage des Vollgenossenrechts in Personal-, Real- und Rechtsame- (oder Nutzungs-)gemeinden einteilen lassen.

a. Personalgemeinden. Bisweilen wurde das Vollgenossenrecht vom Grundbesitz ganz gelöst, so daß nur ein eigener Hausstand in der Mark erforderlich blieb. Da aber Voraussetzung aller Gemeindemitgliedschaft Geburt oder Aufnahme ist, die Aufnahme in das volle Gemeinderecht jedoch den nicht dazu Gebornen nur gegen hohes Einkaufsgeld oder gar nicht gewährt wird, verengert sich der Kreis der Vollgenossen zu einem geschlechtigen Dorfpatriziat⁴⁴.

b. Realgemeinden. Meist wurde umgekehrt der Grundbesitz zur Rechtsgrundlage des Vollgenossenrechts⁴⁵. Hierbei findet indess wieder eine ungleichartige Entwicklung statt.

α. Mitunter vermag jeder Grundbesitz in der Mark, wenn er auch nur 7 Schuh mißt oder den Platz für einen dreibeinigen

Jahrhundert ist er ohne Rückstand beseitigt und die Stadtgemeinde unter Wiedererhebung zu einem selbständigen Gemeinwesen als rein öffentliche Körperschaft ausgestaltet. Während daher in den älteren Lehrbüchern des deutschen Privatrechts die Städte um ihrer gewerblichen Vorrechte willen mit Fug eingehend behandelt wurden, fehlt heute hierzu jeder Anlaß. Das zum geschichtlichen Verständniß Erforderliche wird im Gewerberecht bemerkt werden. Im Uebrigen vgl. Gierke a. a. O. I 697 ff.

⁴² Ueber solche vgl. Gierke I 631 ff., II 448 ff., 864.

⁴³ Gierke I 585 ff., II 135 ff.

⁴⁴ Gierke I 599, II 307; Maurer, Dorfv. I 172 ff.; insbesondere über Schweizer Verhältnisse Wyfs, Z. f. schweiz. R. I 32 ff., Heusler ib. X 32 ff., Blumer I, 1 S. 277, I, 2 S. 355 ff.

⁴⁵ Gierke I 600 ff., II 308 ff.; Heusler, Inst. I 290.

Stuhl oder eine Wiege bietet, das Vollgenossenrecht zu gewähren⁴⁶. In diesem Falle nähert sich die Realgemeinde der Personalgemeinde. Durch Erschwerung der Aufnahme aber wird auch hier der Kreis der Gemeindeberechtigten verengt.

β. Oft wird das Vollgenossenrecht als ausschließliches Zubehör der altherrechtigten Hofstätten (der Ehehofstätten, gewarten Güter, Gerechtigkeithäuser, Reihestellen u. s. w.) behandelt. Den berechtigten Höfen stehen dann hier die unberechtigten Höfe, insbesondere die durch Abzweigung von einer Hofstätte oder durch Ansiedlung auf der Feldmark oder der Allmende gebildeten jüngeren Höfe gegenüber, deren Besitzer des selbständigen Gemeinderechtes entbehren⁴⁷.

γ. Am häufigsten wird das Vollgenossenrecht auf die volle Hufe, deren Umfang entweder herkömmlich feststeht oder satzungsmäßig festgestellt wird, radiziert⁴⁸. Hier erscheinen die unter den Vollgenossen bestehenden Klassenunterschiede als Wirkungen der Größenunterschiede des Landbesitzes. Neben den vollen Bauerhöfen (ganzen Pflügen, ganzen Gespannen u. s. w.) giebt es geringere Höfe, die zwar im Gegensatz zu bloßen Büdnerstellen ein Gemeinderecht, aber nur halbes Stimmrecht, halben Antheil an den Marknutzungen und halben Antheil an den Gemeindelasten begründen. Vielfach kommt es zu noch weiteren quantitativen Abstufungen, so daß den Vollbauern Halbbauern, Drittelsbauern, Viertelsbauern, Achtelsbauern u. s. w. zur Seite treten, andererseits aber auch doppeltes oder mehrfach vervielfältigtes Gemeinderecht möglich wird⁴⁹.

c. **Rechtsamegemeinden (Nutzungsgemeinden).** Die eigenthümlichste Gemeindeform entsteht durch die in vielen Gegenden vollzogene Verlegung des Sitzes der Gemeindemitgliedschaft in den Allmendantheil als solchen. Hier ist das Nutzungsrecht an der gemeinen Mark (die Rechtsame, Ware, Meente, der Gemeindsnutzen u. s. w.) zu einem selbständigen Sachenrecht erhoben, das vom Hofe getrennt und vorbehaltlich der verfassungsmäßigen Einschränkungen, die durch genossenschaftliche Gebundenheit des Sonderrechts und persönliche Voraussetzungen des Mitgliedschaftserwerbes bedingt werden, für sich

⁴⁶ Gierke I 598 Anm. 43, II 303.

⁴⁷ Gierke I 601, II 309; Lamprecht I 280, 291.

⁴⁸ Gierke I 602 ff., II 317 ff. W. der Bibrauer Mark b. Grimm I 512 (1885): 32 morgen wesen u. eckir, eine hobestadt.

⁴⁹ Gierke I 603 ff., II 319; Löw S. 78 ff., 87, 96 ff., 119; Bluntschli II 81 ff.; Renaud a. a. O. S. 37 ff.; Maurer, Einl. S. 281, Markv. S. 55 ff., Fronh. III 201 ff., Dorfv. I 87 ff., 122 ff.

vererbt und veräußert, gehäuft und getheilt werden kann. Dieses Antheilsrecht aber, das nach Art einer Aktie zunächst eine ideelle Quote des Gesamteigenthums bedeutet, ist zugleich Träger der vollen Gemeindemitgliedschaft mit allen in ihr enthaltenen Rechten und Pflichten. Auch hier giebt es dann neben dem einfachen ein mehrfaches und ein bruchtheiliges Gemeinderecht⁵⁰.

§ 72. Die Auflösung der Markgemeinde¹.

I. Auseinandersetzung zwischen politischer und wirthschaftsgenossenschaftlicher Gemeindeverbindung. Seit der grundsätzlichen Scheidung von öffentlichem und Privatrecht wurde die Verflechtung kommunaler und agrargenossenschaftlicher

⁵⁰ Bluntschli II 82 ff., Renaud a. a. O. S. 48 ff., Duncker, Gesamteigenthum S. 167 ff., Römer a. a. O. S. 97 ff., Maurer, Markv. S. 61 ff., Dorfv. I 65 ff., 173 ff., Gierke I 604 ff., 676 ff., II 211 ff. Insbesondere über die hessischen Rechtsamegemeinden mit ausschließlichem Vollbürgerrecht der Inhaber der als „Gemeindsnutzen“, „Gemeindsgebrauch“ oder „Einwart“ verselbständigten Allmendanteile Sternberg, Hessische Rechtsgewohnheiten, H. I Frankf. 1842. Ferner über die Meentengemeinden Ditmarschens, in denen selbst da, wo die für sich veräußerlichen, vererblichen, häufbaren und theilbaren Meenten durch völliges oder fast völliges Verschwinden der Allmende ihren Nutzungswerth ganz oder fast ganz eingebüßt hatten, zäh an der alten Verfassung festgehalten wurde, die den Meenteninhabern allein alle Rechte und alle Lasten der Ortsgemeinde zutheilte, Michelsen, Z. f. D. R. IX 95 ff.

¹ Vgl. außer den zu § 71 Anm. 1 angef. Schriften bes. noch: Stüve, Wesen u. Verfassung der Landgemeinden u. des ländl. Grundbesitzes in Niedersachsen u. Westfalen, Jena 1851. Knapp, Die Bauernbefreiung u. der Ursprung der Landarbeiter in den alten Theilen Preussens, 2 Theile, Leipzig 1887. A. Buchenberger, Agrarwesen u. Agrarpolitik, Leipzig 1892. — Lette u. v. Rönne, Die Landeskulturgesetzg. des Preuss. Staats, 3 Bde., Berlin 1853—54. Fröhlich, Die badischen Gemeindegesetze, Karlsruhe 1861, S. 157 ff. B. Schlitter, Die Zusammenlegung der Grundstücke in ihrer volkwirthschaftl. Bedeutung und Durchführung, Leipzig 1886. — Gierke, Genossenschaftsr. I § 55—57. Schröder, R.G. § 68. Stobbe, D. P.R. I § 56. Franken, D. P.R. S. 346 ff. Dernburg, Preuss. P.R. I § 207 ff. — Roscher, Syst. der Volkswirthsch. II Kap. 6. L. Stein, Verwaltungslehre VII (1868). Rösler, Soziales Verwaltungsr. I (1872) § 143 ff. E. Löning, Verwaltungsr. § 79 ff. G. Meyer, Verwaltungsr. I § 101 ff. — Artikel „Agrargesetzgebung“ u. „Gemeinheitstheilung“ von Gierke in Holtzendorffs Rechtslex. I u. II 72 ff. Artikel „Allmenden“ v. Bücher, „Gemeinheitstheilung“ v. F. Großmann, „Zusammenlegung der Grundstücke“ v. W. Wittich im Handwörterb. der Staatswiss. I 181 ff., III 785 ff., VI 898 ff. Artikel über „Ablösung“, „Auseinandersetzungsverfahren“ u. „Gemeinheitstheilung“ in Preussen v. Glatzel u. anschließende Artikel über die Agrargesetzgebung der anderen deut. Staaten v. G. Meyer, Schenkel, Zeller u. A. im Wörterb. des deut. Verwaltungsr. I 8 ff., 90 ff., 594 ff. — Schriften des Vereins f. Sozialpolitik XXII—XXIV.

Einrichtungen als ein innerer Widerspruch empfunden. Der überkommene Zustand wurde um so unhaltbarer, je mehr durch die Um- und Verbildung der alten Gemeinde das ursprüngliche Verhältniß verschoben und das öffentliche Gemeinderecht auf eine überwiegend privatrechtliche Grundlage gestellt war. So kam es, wie früher schon in den Städten, allmählich auch auf dem Lande zu einer freilich bis heute nicht überall vollendeten Auseinandersetzung zwischen beiden Seiten der Markgemeinde. Doch erfolgte die Scheidung auf dem Lande nur selten durch innere Entwicklung². Meist war sie das Werk einer von außen eingreifenden landesherrlichen Gesetzgebung³.

Diese Auseinandersetzung vollzog sich entweder im Wege einer Spaltung der Markgemeinde in zwei von einander getrennte Verbände oder im Wege einer Grenzziehung zwischen den ungleichartigen Bestandtheilen des Gemeindeverbandes.

1. Eine Spaltung der Gemeinde wurde dadurch angebahnt, daß mit der Verschiebung des Verhältnisses zwischen Vollgenossen und Schutzgenossen vielfach die Unterscheidung einer engeren und einer weiteren Gemeinde aufkam⁴. Je strenger der Kreis der Vollgenossen sich als bevorrechtete Körperschaft abschloß und die Schutzgenossen als „Ungenossen“ oder „Ungemeinder“ ausschloß, desto mehr erschien er als eine für sich bestehende Gemeinde. Nun wurden aber die an Zahl und Bedeutung stets zunehmenden Schutzgenossen in wachsendem Maße an gewissen Vortheilen des Gemeindeverbandes und in oft noch höherem Maße an den Gemeindelasten gleichfalls betheiliget. Insbesondere wurde seit der Reformation das Armenwesen im Sinne eines auf alle Beisassen und Hintersassen erstreckten kommunalen Unterstützungsverbandes geordnet⁵. Ebenso wurden bei der Neuordnung der kirchlichen Dinge und des Schulwesens die Schutzgenossen zur Theilnahme an Rechten und Pflichten herangezogen. Unter diesen Umständen war es auf die Dauer unmöglich, den Schutzgenossen die Gemeindegliedschaft abzusprechen. Vielmehr bildete sich der Begriff einer auch sie umfassenden weiteren Gemeinde, der die alte Gemeinde als engere Gemeinde gegenübertrat. Diese weitere

² Gierke, Genossenschaftsr. I 688 ff.

³ A. a. O. S. 685 ff.

⁴ A. a. O. S. 672 ff.

⁵ Schon durch die R.P.O. v. 1539 t. 34 § 1 u. 1577 t. 25 § 1, die Schweizer Tagsatzungen v. 1551 u. 1568 und zahlreiche Landesgesetze des 16. Jahrh. wurden die Gemeinden zur Fürsorge für ihre verarmten Beisitzer und Hintersassen verpflichtet; Renaud a. a. O. S. 61 ff., Maurer, Dorfv. I 340 ff., Stüve a. a. O. S. 131 ff., Gierke I 674 Anm. 70.

Gemeinde stand bereit, um in dem Augenblicke, in dem die ausschließliche Herrschaft der engeren Gemeinde als Gemeindeversammlung zusammenbrach, in die Stellung der politischen Gemeinde einzurücken. Die engere Gemeinde aber konnte unter Festhaltung ihres Gemeinbesitzes, von dem sie nur etwa einen Theil an das Gemeindevermögen abzugeben hatte, als eine Agrargenossenschaft fortbestehen.

2. Eine Grenzziehung zwischen den kommunalen und den agrargenossenschaftlichen Rechtsverhältnissen erfolgte auch da, wo eine Spaltung der Markgemeinde in zwei getrennte Verbände nicht eintrat. Sie fiel jedoch nicht nur nach örtlichen Verhältnissen, sondern auch unter dem Einflusse verschiedener juristischer Theorien und wechselnder politischer Strömungen überaus ungleich aus⁶.

II. Schicksale der politischen Seite der Markgemeinde. Die politische Seite des alten Gemeindeverbandes starb nur bei den allmählich in reine Wirthschaftsgenossenschaften verwandelten Sondermarkgemeinden und regelmässig auch bei den grossen Markgenossenschaften völlig ab. Im Uebrigen setzte sie sich in einer rein politischen Stadt- oder Landgemeinde fort. Denn überall wurde auch auf dem Lande, obschon meist erst durch obrigkeitliche Anordnung, aus der alten Genossenschaft eine politische Ortsgemeinde herausgebildet⁷, deren Vermögen als öffentliches Korporationsgut ausschliesslich für öffentliche Zwecke bestimmt und demgemäss der Verwendung für individuelle Bedürfnisse der Gemeindegossen entzogen wurde⁸. Diese Landgemeinde aber, die trotz ihres zunächst oft stark anstaltlichen Gepräges immer als besondere Verbandsperson galt, führte unmittelbar die Rechte der alten Markgemeinde an einem Theile des Gesamtgutes fort und ist auch bei ihrer in unserem Jahrhundert erfolgten Erhebung zu einer sich selbst verwaltenden Körperschaft das alte Rechtssubjekt geblieben. Dagegen wurde sie von der privatrechtlichen Grundlage der Markgemeinschaft begrifflich gelöst⁹.

⁶ Gierke I 663 ff. und unten S. 592 ff.

⁷ Gierke I 693 ff.

⁸ Bezeichnend sind namentlich die wiederkehrenden Verbote des gemeinsamen Vertrinkens der Bussen und sonstiger Gemeindecinkünfte, das im Sinne der alten Wirthschaftsgenossenschaft als regelrechte Verwendungsart erschien; Sachsens. III Art. 64 § 11 und die Weisth. u. Ges. b. Gierke II 370 ff. Zugleich wurde die Einrichtung einer Gemeindekasse, eines Gemeindehaushaltes und einer Gemeindecrechnung anbefohlen und unter obrigkeitliche Kontrolle genommen; Gierke I 670 ff.

⁹ Thatsächlich wurde freilich, während im Süden und Westen die Ortsbürgergemeinde überwog, im Norden und Osten meist der Zusammenhang zwischen Bodenvertheilung und Gemeinderecht aufrecht erhalten. Aber auch wo die Dorfgemeinde, wie im Preufs. L.R. II, 7 § 17 u. 20—22 und späteren preufs. und anderen Land-

III. Schicksale der wirthschaftsgenossenschaftlichen Seite der Markgemeinde. Die markgenossenschaftlichen Rechte an Grund und Boden wurden in bedeutendem Umfange theils durch die Ausbildung landesherrlicher Regale theils durch die um sich greifende neuere Gutsherrschaft aufgezehrt oder doch verengt¹⁰. Auch im Uebrigen aber verlor mit der Auflösung der Markgemeinde der in ihr enthaltene wirthschaftsgenossenschaftliche Verband seine allumfassende, das ganze bäuerliche Besitzthum ergreifende Bedeutung¹¹. Das Sondereigenthum an Grund und Boden trat nun aus dem genossenschaftlichen Bereiche ganz heraus und fiel als reines Privatrecht in die freien Einzelbereiche. Das Gesamtrecht an Grund und Boden verengte sich zu einem besonderen Gemeinschaftsverhältnisse an einem Theile der Mark. Statt der einheitlichen Markgemeinschaft bestanden daher nur Reste der Markgemeinschaft in doppelter Gestalt fort.

1. Einerseits brachten mancherlei Eigenthumsbeschränkungen nach wie vor die genossenschaftliche Gebundenheit des Einzelbesitzes zum Ausdruck. Sie erschienen aber nunmehr als Ausflüsse besonderer Privatrechte, die man als Rechte an fremder Sache und daher je nach ihrem Inhalte als Servituten, Reallasten, Näherrechte u. s. w. auffasste und regelmäsig nicht mehr der Gesamtheit am Sondergut, sondern den einzelnen Grundbesitzern gegenseitig an ihren Grundstücken zuschrieb¹².

2. Andererseits blieben Gemeinschaftsverhältnisse an der Allmende oder einzelnen Stücken derselben erhalten. Sie empfingen aber eine sehr verschiedene Rechtsgestalt, die ihnen nur selten aus innerer Entwicklung, meist durch generalisirende Theorien unter oft schreiender Vergewaltigung des Rechtslebens aufgeprägt wurde. Im Verhältniß zur politischen Gemeinde lassen sich drei Grundformen der fortbestehenden Allmendrechte unterscheiden.

a. Vielfach wurde die Allmende dem Gemeindevermögen überhaupt entfremdet. Wo die Spaltung der Markgemeinde in zwei

gemeindeordnungen (Gierke I 726 ff.), als reine Grundbesitzergemeinde konstruirt wurde, erscheint dies rechtlich nur noch als eine öffentlichrechtlich motivirte Besonderheit der ländlichen Gemeindeverfassung. Um so weniger wird durch die auch in neueren Gemeindeordnungen beibehaltene Einwirkung des Grundbesitzes auf das Stimmrecht die rein öffentlichrechtliche Grundlage des Gemeindeverbandes in Frage gestellt.

¹⁰ Hiervon ist später zu handeln.

¹¹ Gierke I 658 ff. u. 675 ff.

¹² So wurde die gemeine Weide auf der Feldmark in gegenseitige Weiderechte (Koppelweiderechte) aufgelöst, die Marklösung als Individualrecht ausgestaltet u. s. w. Hiervon später.

Rechtssubjekte durchdrang, erschien sie als ein besonderes Genossenschaftsvermögen¹³. Anderswo wurde sie grundsätzlich für ein besonderes Gemeinschaftsvermögen der nutzungsberechtigten Gemeindeglieder erklärt und zum Theil geradezu den Regeln des Miteigentums unterworfen¹⁴. Ebenso wurden die Gesamtnutzungsrechte an herrschaftlichem oder sonstigem fremdem Gute oft der Gemeinde als solcher ganz abgesprochen und in Nutzungsrechte einer Genossenschaft, einer Personenklasse oder einzelner Grundbesitzer verwandelt¹⁵.

b. Häufig wurde die Allmende zwar als Gemeindevermögen angesehen, jedoch den Sondernutzungsrechten in ihrem bisherigen Umfange die Eigenschaft von Privatrechten am Gemeindevermögen beigelegt. Dabei neigte die romanistische Theorie zur Auffassung aller solcher Nutzungsrechte als freier Individualrechte, die sie als *jura in re aliena* zu konstruieren suchte¹⁶. Doch erlosch niemals eine mehr germanistische Anschauung, die in den Allmendberechtigungen mitgliedschaftliche Sonderrechte (*jura singu-*

¹³ Gierke I 688 ff. — Zum Theil wurde freilich der Gemeinde das Eigenthum an dem von der Genossenschaft benützten Vermögen vorbehalten; dann aber erscheint ein dingliches Nutzungsrecht am Gemeinlande als besonderes Genossenschaftsvermögen; a. a. O. S. 687.

¹⁴ So durch das Preufs. A.L.R. II, 7 § 23, 28; vgl. Weisung des J.M. v. 12. Febr. 1845 (J.M.Bl. S. 38) u. Pl.Beschl. des O.Trib. v. 17. Okt. 1845 (Entsch. XI 74). Vgl. auch Osnabrücker Ver. v. 4. Juni 1785 bei Maurer, Dorfv. II 229 Anm. 20. In der Theorie verfochten die Annahme eines Miteigentums Ludolph, *Symph.* II c. 8, Reinhard, *De jure forestali, vom Märkerrecht*, 1738, s. III § 1—2, Strube, *Rechtl. Bed.* I Nr. 155 § 2, Pufendorf, *Obs.* II Nr. 60, J. Möser, *Osnabrück. Gesch.* I, 1 § 10 Anm. a, Cramer, *Nebenstunden* III Nr. 5 S. 117 ff., 138, Strombeck, *Jurist. Abh.* II, 1 § 106, II, 3 § 169—179, Duncker, *Gesamteigentum* S. 165 ff. u. A.; vgl. Gierke I 664 Anm. 25, Stobbe I 509 Anm. 23. Doch wurde nicht nur allgemein eine Reihe von Abwandlungen des römischen Miteigentums anerkannt, sondern vielfach der von germanistischer Seite aufgestellte Begriff eines besonders gearteten deutschen „Gesamteigentums“ auf gemeine Marken angewandt; vgl. unten die Lehre vom Eigenthum.

¹⁵ So namentlich Wald- und Weiderechte; von den großen Markgenossenschaften blieb nach Verwandlung der Marken in Staatseigenthum und nach Aufhebung der Märkerdinge oft überhaupt nichts als eine Summe von Waldservituten übrig; Gierke I 660.

¹⁶ Gierke I 693. In der Theorie reichen die Anfänge einer derartigen Auffassung ins Mittelalter zurück; a. a. O. III 377, 447. Meist nahm man Servituten oder servitutenähnliche Rechte an; a. a. O. I 664 Anm. 26, auch Kreittmayr II c. 8 § 14 Nr. 2, Gönner, *Ueber Cultur u. Vertheilung der Gemeinweiden*, *Landskut* 1803, § 12, 20 u. 22. Bisweilen auch bloße Prekarien; so Carpzov u. Ende, vgl. Gierke a. a. O. Anm. 27. Neuerdings eigenthümliche Realrechte; so Renaud a. a. O. S. 95 ff., Römer a. a. O. S. 94 ff.

lorum in universitate) erblickte¹⁷. In ähnlicher Weise verband man oft bei Gesamtnutzungsrechten die Annahme eines Gemeinderrechtes mit der Anerkennung selbständiger Privatrechte der zur Theilnahme berufenen Gemeindeglieder¹⁸.

c. Endlich verschaffte sich auch eine Theorie Geltung, die in der Allmende und den Gesamtnutzungsrechten reines Gemeindevermögen sah, alle Sondernutzungen daher lediglich als Ausflüsse des politischen Gemeindebürgerrechts behandelte¹⁹. Dieser Theorie zufolge sollte also, während Erwerb und Verlust des Ortsbürgerrechts nunmehr ausschließlich durch das öffentliche Recht bestimmt wurden, dem Ortsbürgerrechte nothwendig zugleich das Recht auf Mitgenuß der gemeinen Mark folgen und somit namentlich durch jede Erweiterung des Ortsbürgerrechts ohne Weiteres auch eine Ausdehnung der Allmendberechtigungen eintreten. Verwirklicht wurde diese Theorie

¹⁷ Diese Auffassung überwog in der mittelalterlichen Jurisprudenz, die zunächst das Gemeindevermögen in *patrimonium universitatis* und im Gemeingebrauche befindliche *res universitatis* zu unterscheiden, unter den *res universitatis* aber wieder die für den Gebrauch von „*universi ut universi*“ bestimmten Sachen (Straßen, Plätze, öffentliche Gebäude u. s. w.) und die dem *usus* der „*universi ut singuli*“ unterworfenen Allmenden zu sondern und an den letzteren feste Sonderrechte („*ex jure universitatis singulis competentia*“) anzunehmen pflegte; Gierke III 374 ff. u. 445 ff. Hieran hielten Spätere fest; a. a. O. S. 729; P. Gilken, *Comm. in Cod.*, Frankfurt 1606, S. 96 ff.; D. Tulden, *Inst.* 2, 1 c. 11; Kreittmayr a. a. O. litt. b (obwohl als *Servitut* traktirt, wird doch die Nutzung „im Hauptwerk selbst nicht *jure servitutis*, sondern *jure communitatis exerzirt*“); Gaudlitz-Haubold a. a. O. (oben § 68 Anm. 12) II 570 ff. (jedoch trotzdem „*jura in re aliena*“); J. F. Runde, *Beiträge* I 19 ff.; v. Bülow u. Hagemann, *Prakt. Erört.* III Nr. 25, IV Nr. 57, VI Nr. 6.

¹⁸ Besonders fand die von U. Zasius, *Sing. Respons.* I c. 11, aufgestellte Theorie Beifall, die solche deutschrechtlichen Gesamtweiderechte, Gesamtholzungsrechte u. s. w. mit dem römischen Begriff der *Prädialservitut* durch die Annahme zu vereinbaren suchte, daß *praedium dominans* hier die Gemeinemarkung als „*fundus universalis*“, zugleich aber jedes einzelne in ihr enthaltene Grundstück sei; A. Kohl, *Exerc.* (Magdeb. 1619) Nr. 6—7, Meichsner I dec. 34, Wesembeek, *Cons.* 311; vgl. Gierke III 676 ff. u. 729 Anm. 93. Vgl. aber auch Gaudlitz-Haubold a. a. O. S. 593 ff.

¹⁹ Schon im Mittelalter stellten Manche die Nutzungsrechte an der Allmende mit den öffentlichen Gebrauchsrechten an Straßen und Plätzen völlig gleich; Gierke III 447 ff. Später verbreitete sich diese Auffassung immer weiter; vgl. z. B. Losaeus, *De jure univ.* III c. 1; Harpprecht, *Inst.* 2, 1 § 6 Nr. 1—9; Manz, *Inst.* 2, 1 § 6 Nr. 1—14; Brunnemann zu I. 6 § 1 D. 1, 8 Nr. 4; Titius, *Jus priv. Rom.-Germ.* III c. 14 § 8; G. L. Boehmer, *El. jur. civ.* I exerc. 15 c. 1 § 13 u. 18 (frei entziehbar). Besonders einflußreich wurde die Vertheidigung dieser Theorie durch Thibaut, *Civilist. Abh.* Nr. 18 S. 391 u. 403. Vgl. auch Maurenbrecher § 159.

in bedeutendem Umfange namentlich bei der unter dem Einflusse der französischen Revolution in Süddeutschland vollzogenen Umgestaltung der Gemeinden, so daß hier mit der Demokratisirung der politischen Gemeindeverfassung zugleich eine starke Umwälzung der ländlichen Besitzverhältnisse verbunden war²⁰.

IV. Auflösung der Reste der Markgemeinschaft. Seit der zweiten Hälfte des vorigen Jahrhunderts setzte sich die Gesetzgebung das Ziel, die aus der alten Markgemeinde stammenden Reste der Agrargemeinschaft völlig zu beseitigen. Schon seit Jahrtausenden war ja die agrarische Entwicklung auf eine langsame Aufzehrung des Gesamtrechtes durch das Sonderrecht gerichtet gewesen. Nun aber ergriff der Staat selbst die bewußte Fortführung dieses Auflösungsprozesses als eine der volkswirtschaftlichen Aufgaben, die er durch eine umfassende Agrargesetzgebung zu lösen suchte. Die Agrargesetzgebung unseres Jahrhunderts näherte sich dem angestrebten Ziele immer mehr, bis in neuester Zeit mit der Abkehr von dem rein individualistischen Wirthschaftsideale in einzelnen Punkten eine Gegenströmung durchdrang. Da die Beseitigung der Reste der Agrargemeinschaft um des öffentlichen Wohles willen erfolgte, griff der Staat nicht nur überall fördernd, sondern vielfach auch zwingend ein. Zur Leitung und Durchführung des Werkes errichtete er zum Theil eigne Behörden²¹.

Die Gesetzgebung wandte sich sowohl gegen die genossenschaftliche Gebundenheit des Einzelbesitzes wie gegen den ländlichen Gemeinbesitz. Hauptsächlich sind es drei Klassen von Mafsregeln, die hier in Betracht kommen: die Zusammenlegung der Grundstücke, die Ablösung der Eigenthumsbeschränkungen und die Gemeinheitstheilung²².

²⁰ Gierke I 690 ff.; bes. Bayr. Gem.Ed. v. 1808 § 27, Nassau. v. 1816 § 2—3.

²¹ In Preußen die Generalkommissionen mit den ihnen unterstellten Spezialkommissaren; darüber als Rechtsprechungsbehörde das Oberlandeskulturgericht (früher Revisionskollegium) zu Berlin. Das Verfahren in Auseinandersetzungssachen richtet sich in Preußen nach dem Ges. v. 18. Febr. 1880. Vgl. Glatzel u. Sternberg, Das Verfahren in Auseinandersetzungsangelegenheiten, Berlin 1880.

²² Im Gebiete des preuß. Landr. werden im Begriff der „Gemeinheitstheilung“ alle drei Mafsregeln zusammengefaßt; so schon in den seit 1750 beginnenden Verordn. (bes. Regl. f. Schlesien v. 14. Apr. 1771), im Preuß. L.R. I, 17 § 311 ff., im Landeskultured. v. 14. Sept. 1811 u. bes. in der noch geltenden Gemeinheitstheilungsordnung v. 7. Juni 1821 nebst Ver. v. 28. Juni 1838, Deklar. v. 31. März 1841 u. 26. Juli 1847 u. Ges. v. 2. März 1850. Aehnlich in Lüneb. Gem.Th.O. v. 25. Juni 1802 nebst Instr. v. 30. Okt. 1806 u. Braunsch. Gem.Th.O. v. 12. Dez. 1834. Im Uebrigen pflegt man unter „Gemeinheitstheilung“ nur die Auftheilung der Allmenden zu verstehen.

1. Zusammenlegung²³. Um das ländliche Grundeigenthum vom Flurzwange zu befreien und einer möglichst intensiven Individualwirthschaft zugänglich zu machen, wurde im größten Theile Deutschlands die aus der alten Feldgemeinschaft stammende und durch spätere Vorgänge vielfach noch gesteigerte Gemengelage der Aecker und Wiesen durch deren Zusammenlegung (Verkoppelung, Arrondirung, Separation, Flur- oder Feldbereinigung, Konsolidation, Vermagschiftung) beseitigt²⁴. Eine derartige Eigenthumsveränderung kann im Wege des vertragsmäßigen Landtausches zu Stande kommen²⁵. Während aber manche ältere Gesetze sich darauf beschränkten, den Abschluß solcher Verträge durch die Anordnung obrigkeitlicher Mitwirkung und Bestätigung zu fördern und zu sichern²⁶, haben andere Gesetze schon seit dem 18. Jahrhundert die Zusammenlegung durch einen zwingenden staatlichen Verwaltungsakt ermöglicht²⁷. Doch fordern die neueren Gesetze einen Mehrheitsbeschluß der Betheiligten, um die Minderheit der Betheiligten zur Einwerfung ihrer Grundstücke in

²³ Hierher gehören die in der vor. Anm. angef. Gesetze, zu denen in Preußen noch das Ges. v. 2. Apr. 1872 tritt; ferner für die Rheinprov. Ges. v. 5. Juli 1869 u. 24. Mai 1885, f. Hohenzollern Ges. v. 29. Mai 1885, f. Hannover Ges. v. 30. Juni 1842 u. 8. Nov. 1856 mit Preufs. Ges. v. 17. Jan. 1883, f. Kurhessen V. über Ablösung der Servituten, Theilung der Gemeinschaften u. Zusammenlegung der Grundstücke v. 19. Mai 1867 nebst Ges. v. 25. Juli 1876, f. Schleswig-Holstein Ges. über die Ablösung der Servituten, die Theilung der Gemeinheiten und die Zusammenlegung der Grundstücke v. 17. Aug. 1876. Oldenburg. Ges. v. 27. Apr. 1858. Sächs. Ges. v. 14. Juni 1834 u. 23. Juli 1861. Bayr. Ges. v. 10. Nov. 1861 u. 24. Okt. 1888. Württemb. Ges. v. 30. März 1886. Bad. Ges. v. 5. Mai 1856 u. 21. Mai 1882. Hess. Ges. v. 24. Dez. 1857, 18. Aug. 1871 u. 28. Sept. 1887. Gesetze der kleineren Staaten b. G. Meyer a. a. O. S. 308 ff.

²⁴ In Norddeutschland wurde zunächst die Arrondirung des zwischen die Bauerländereien verstreuten Gutslandes, dann auch die Verkoppelung des Bauerlandes ziemlich allgemein durchgeführt. In Süddeutschland und am Rhein hat die Gesetzgebung erst in neuester Zeit kräftiger eingegriffen, ohne daß hier bis heute die Streulage durchgehends beseitigt wäre. Vielfach begnügte man sich hier behufs Aufhebung des Flurzwanges mit einer Regulirung der Feldwege. So z. B. in Nassau bei der „Konsolidation“ nach Ges. v. 12. Sept. 1829 u. 2. Jan. 1830. Auch die neuesten süddeutschen Gesetze stellen behufs „Flurbereinigung“ oder „Feldbereinigung“ die Zusammenlegung und die bloße Wegeregulirung zur Wahl.

²⁵ Freiwillige Zusammenlegungen begegnen vereinzelt schon seit dem 16. Jahrh.; Hanssen II 348 ff., E. Löning S. 357 ff.

²⁶ So z. B. das Kurhess. Ges. v. 28. Aug. 1834 u. das Sächs. Ges. v. 17. März 1832. Auch in Preußen war bis zum Ges. v. 2. Apr. 1872 die Zusammenlegung von Grundstücken, die keiner gemeinschaftlichen Benutzung unterworfen waren, nur mit Zustimmung aller Betheiligten zulässig.

²⁷ Hanssen II 352 ff., E. Löning S. 357 ff. Zum Theil erfolgte die Zusammenlegung von Amtswegen. Nach der Preufs. Gem.Th.O. § 2 u. 20 nebst V.

die Theilungsmasse zu zwingen²⁸. In solchen Fällen liegt eine Zwangsenteignung vor, bei der aber die Entschädigung in Land zu gewähren ist²⁹.

2. Ablösung. Mit der Zusammenlegung der Grundstücke wurde stets die Beseitigung der aus der genossenschaftlichen Gebundenheit des Einzelbesitzes herrührenden Eigenthumsbeschränkungen verbunden³⁰. Allein auch ohne Zusammenlegung sind die der alten Feldgemeinschaft entstammenden gegenseitigen und einseitigen Servituten theils aufgehoben theils für ablösbar erklärt worden³¹. Die auf Beseitigung der Servituten und Reallasten gerichtete Ablösungsgesetzgebung hat dann zugleich in die Reste der Allmendgemeinschaft insoweit zerstörend eingegriffen, als sie die aus ihr hervorgegangenen Privatrechte am Gemeinlande oder an einem der Gemeindennutzung geöffneten Herrenlande mitbetroffen hat³². Doch erschöpft sich die Bedeutung der Ablösungsgesetzgebung keineswegs in der Entfesselung des Grundeigenthums von den Schranken genossenschaftlicher Herkunft.

v. 28. Juli 1838 § 1, der Hannov. u. Sächs. Gesetzg. muß die Zusammenlegung stets dann stattfinden, wenn ohne sie eine beschlossene Gemeinheitstheilung nicht ausführbar ist.

²⁸ So schon Ges. des vor. Jahrh.; vgl. Hanssen II 357 ff. In Preußen bedarf es nach dem Ges. v. 2. Apr. 1872 eines Mehrheitsbeschlusses zur Verkoppelung von Grundstücken ohne Gemeinheitstheilung; nach den in Anm. 23 angef. Ges. f. die Rheinprov., Hohenzollern, Kurhessen u. Schleswig-Holstein, dem Oldenb. Ges. u. den süddent. Ges. ist in allen Fällen der Zusammenlegung ein Mehrheitsbeschluss erforderlich. Die Berechnung der Mehrheit erfolgt nach der Bodenfläche, meist aber in Kombination mit dem Steuerbetrage oder der Zahl der Parzellen oder der Kopffzahl oder mehreren dieser Faktoren. Im Uebrigen begnügen sich die geltenden Gesetze mit einfacher Mehrheit, während bis vor Kurzem namentlich die süddeutschen Gesetze verstärkte Mehrheit (Bayern bis 1838 $\frac{4}{5}$, Württemberg bis 1836 $\frac{2}{3}$ u. s. w.) forderten. — Gewisse Grundstücke, wie z. B. Gärten und Weinberge, sind überall von der Zwangsverkoppelung ausgeschlossen.

²⁹ Nur zur Ausgleichung geringfügiger Werthunterschiede können Abfindungen in Kapital oder Rente zuerkannt werden. — Das als Ersatz gewährte Land tritt in allen rechtlichen Beziehungen, somit z. B. auch für Pfandgläubiger, Pächter, Nießbraucher, an Stelle des eingeworfenen Landes; Preuss. Gem. Th. O. § 147 ff.

³⁰ Die wechselseitigen Dienstbarkeiten (insbesondere die Koppelhut) wurden meist ohne Entschädigung aufgehoben, die einseitigen der Ablösung unterworfen.

³¹ In Preußen bildet die Beseitigung der gemeinschaftlichen Benützung von Grundstücken auch ohne Verbindung mit einer Verkoppelung einen Gegenstand der „Gemeinheitstheilung“. In vielen Gegenden u. namentlich in Süddeutschland wurden die gegenseitigen Weidrechte und andere Reste der Feldgemeinschaft lange vor der Verkoppelung durch selbständige gesetzliche Mafsregeln beseitigt, indem ihre Aufhebung durch Mehrheitsbeschluss (so bei gegenseitigen Weidrechten nach Bayr. Ges. v. 28. Mai 1852) oder ihre einseitige Ablösung zugelassen wurde.

³² So namentlich die Ablösung der Waldservituten.

Vielmehr liegt sie vor Allem in der Beseitigung der den ehemaligen Herrschaftsverbänden entstammenden Grundlasten⁸³.

3. **Gemeinheitstheilung.** Den Ausgangs- und Mittelpunkt der gegen die Reste der Markgemeinschaft gerichteten Bewegung bilden die Gesetze, die auf die Auftheilung der Allmenden zu Sondereigenthum abzielen⁸⁴. Waren solche Auftheilungen vereinzelt stets vorgekommen⁸⁵, so wurden sie nunmehr zur Hebung der Landeskultur staatlich angeregt und auf jede mögliche Weise befördert⁸⁶. In der That ist so der weitaus grössere Theil der Allmenden namentlich in Norddeutschland verschwunden. Doch ist in gewissem Umfange neuerdings eine der Erhaltung der Allmenden günstigere Strömung, die in Süddeutschland im Ganzen überhaupt das Ueber-

⁸³ Wir handeln von der Ablösung bei den von ihr betroffenen Servituten u. Reallasten.

⁸⁴ Vgl. die oben Anm. 22 angef. Ges. Ferner Fuldaisches Dekr. v. 1772 b. Thomas I 222 ff., Kurhess. Ges. v. 24. Okt. 1834 u. Preufs. Ges. f. Kurhessen (oben Anm. 23). Nassau-Dietz'sche V. v. 1784, Preufs. Ges. f. Wiesbaden v. 5. Apr. 1869. Hannov. Ges. v. 30. Juni 1842 u. 8. Nov. 1856, Osnabrücker Markentheilungs-O. v. 25. Juni 1822. Gem.Th.O. f. die Rheinprovinz, Neuvorpommern u. Rügen v. 19. Mai 1851. Das oben Anm. 23 angef. Preufs. Ges. f. Schleswig-Holstein. Hess. Ges. v. 7. Sept. 1814 u. Gem.O. v. 30. Juni 1821 Art. 95—98. Sächs. Ges. v. 17. März 1832, Gotha. v. 2. Jan. 1832, Schwarzb.-Sondersh. v. 2. Apr. 1854, Schwarzb.-Rudolst. v. 7. Jan. 1856, andere thür. Ges. b. Heimbach § 178 Anm. 4. Oldenburg. Ges. v. 16. Dez. 1866 u. 20. Apr. 1873. Lippesches v. 16. März 1859. Brem. v. 31. Mai 1873. Bad. Gem.O. v. 31. Dez. 1831 § 92 ff., jetzige Fassung § 113 ff. u. 125 ff. Bayr. Gem.O. v. 29. Apr. 1869 Art. 26 ff., f. die Pfalz Art. 19 ff. — Oesterr. Pat. v. 5. Nov. 1768, Ges. v. 14. Okt. 1808, Ges. v. 7. Juni 1883. — Ueber die Schweiz Miaskowski, Allm. S. 26 ff., Huber I 169 ff., III 157 ff.

⁸⁵ Beispiele aus dem Mittelalter b. Kraut, Grundr. § 76 Nr. 6—7, Duncker S. 170, Lörsh u. Schröder Nr. 117, Gierke II 186.

⁸⁶ Die volkswirtschaftliche Litteratur war im 18. Jahrh. einig über die Schädlichkeit der Gemeinweiden und der gemeinen Marken überhaupt; vgl. die Nachweisungen b. Gaudlitz-Haubold S. 577 Anm. b u. Gönner a. a. O. In der Schrift „Die Aufhebung der Gemeinheiten in der Mark Brandenburg nach ihren grossen Vortheilen ökonomisch betrachtet“, Berlin 1766, heisst es S. 4 in bezeichnender Weise, die Erforschung des Ursprunges der Gemeinheiten wäre „vielleicht ebenso schwer, als die Lehre von dem Ursprung des Bösen überhaupt“! So fordern denn auch die älteren Gesetze, dass die Gemeinheiten „zum Besten der allgemeinen Landeskultur so viel als möglich aufgehoben“ werden. Vgl. Pr. L.R. I, 17 § 311. Ebenso Preufs. Gem.Th.O. v. 1821 § 1, die in § 23 eine Vermuthung dafür, dass jede Gemeinheitstheilung kulturförderlich und ausführbar sei, hinzufügt u. in § 24 erklärt, dass die Erreichung eines Vortheiles für alle Bethelligten kein Erforderniss der Theilung sein soll, falls nur die Benachtheiligten entschädigt werden.

gewicht behalten hatte³⁷, auch in Norddeutschland wieder zum Durchbruch gelangt³⁸.

a. Gegenstand der Gemeinheitstheilung ist stets nur Allmendgut, also Grundvermögen, das bisher für die Bedürfnisse der Einzelwirthschaften verwandt wurde. Grundvermögen, das den Zwecken der Gemeinde als solcher dient, ist der Theilung entzogen. Manche Gesetze nehmen aber auch das Allmendgut dann von der Theilung aus, wenn es zum Gemeindevermögen gehört und die Nutzungsrechte den Gemeindegliedern nur als solchen zustehen³⁹. Die Theilung gemeiner Waldungen, die ursprünglich gleichfalls befördert wurde, ist neuerdings überhaupt verboten oder doch stark beschränkt worden⁴⁰.

b. Theilungsfall. Während Anfangs nach manchen Gesetzen die Markentheilung durch die Staatsbehörden von Amts wegen durchgeführt werden sollte⁴¹, hat nach allen geltenden Gesetzen der Staat sich zwar die endgültige Entscheidung über die Zulässigkeit einer Theilung vorbehalten, jedoch die Entschliessung über deren Vornahme in den Willen der Betheiligten verlegt. Je nach der angenommenen Theorie aber gelangten in dieser Hinsicht entgegengesetzte Systeme

³⁷ Hier schützte die Allmenden ihre Umwandlung in öffentliches Gemeindevermögen, dessen Theilung umgekehrt unter dem Gesichtspunkte der darin enthaltenen Veräußerung von öffentlichem Gut wieder erschwert wurde.

³⁸ Einen Wendepunkt bildet schon die in der folgenden Anm. erwähnte Preufs. Deklar. v. 1847.

³⁹ So im Gegensatz zu der früheren Praxis die Preufs. Deklar. v. 26. Juli 1847 § 1—2: aufser dem eigentlichen Gemeindevermögen darf auch derjenige Theil des Gemeindevermögens nicht getheilt werden, dessen Nutzungen den Gemeindegliedern oder Einwohnern „vermöge dieser ihrer Eigenschaft“ zukommen, mögen auch die Nutzungsrechte „noch aufserdem durch den Besitz eines Grundstückes oder durch besondere persönliche Verhältnisse bedingt“ sein. Ebenso Rhein. Gem.Th.O. v. 1851 § 3; Kurhess. v. 1867 § 5; Wiesbad. v. 1869 § 3 (auch schon Nassau. Gem.O. v. 26. Juli 1854 § 43); Württ. Verw.Ed. v. 1. März 1822 § 90; Hess. Ges. v. 22. Nov. 1872 Art. 1. Nach der Bad. Gem.O. § 113 darf von der Allmende zu Eigenthum nur vertheilt werden, was nach Zuweisung eines Allmendgenusstheiles an jeden Gemeindebürger (1 Morgen Acker oder Wiese) übrig ist. Die neue Gem.O. f. Elsass-Lothringen § 53 verbietet jede Theilung.

⁴⁰ So in ganz Preussen durch das Ges. über gemeinschaftliche Holzungen v. 14. Mai 1881 § 1 u. 6, das auch alle Genossenschaftswaldungen trifft und eine Theilung nur ganz ausnahmsweise mit Zustimmung der Auseinandersetzungsbehörde gestattet. Dazu die Preufs. Haubergsordn. § 2 über Untheilbarkeit der Hauberge. Vgl. ferner das Verbot der Theilung von Allmendwald in Bad. Gem.O. § 113 Abs. 4, Bayr. Gem.O. Art. 29 u. Pfälz. Art. 22 (mit Ausnahmen), Meining. Ges. v. 9. Juli 1867 Art. 4, Kob. Ges. v. 3. Juli 1869 Art. 2.

⁴¹ So nach Oest. Pat. v. 1768; Schles. Regl. v. 1771: „von Amtswegen ohne Zeitverlust“.

zur Geltung⁴². Zufolge der Miteigentumstheorie genügt zur Einleitung des Theilungsverfahrens der Antrag eines einzigen Antheilsberechtigten⁴³. Diesen Grundsatz hat die Gesetzgebung namentlich in Preußen und Sachsen durchgeführt und bis heute festgehalten⁴⁴. Anderswo wird der Antrag einer ansehnlichen Minderheit verlangt⁴⁵. Ohne gesetzliche Grundlage dagegen ist die Anstellung einer Theilungsklage seitens einzelner Antheilsberechtigter stets unstatthaft⁴⁶. Nach der Theorie des Körperschaftseigenthums ist ein Mehrheitsbeschluss erforderlich und ausreichend⁴⁷. In diesem Sinne haben sich die meisten Gesetze entschieden⁴⁸. Sie weichen jedoch, jenachdem sie ein besonderes Genossenschaftseigenthum oder ein Gemeindeeigenthum annehmen, hinsichtlich der Art der vorgeschriebenen Beschlussfassung und der Berechnung der Stimmen vielfach von einander ab⁴⁹. Manche Gesetze fordern die Zustimmung einer überwiegenden Mehrheit⁵⁰. Nach der Theorie des durch selbständige Privatrechte beschränkten Körperschaftseigenthums bedarf es der Einstimmigkeit aller Beteiligten⁵¹. Dieser Ansicht hat sich kein einziges Gesetz angeschlossen.

⁴² Den Stand dieser „berühmten Kontroverse“ zu seiner Zeit legt eingehend Gaudlitz-Haubold S. 577 ff. dar.

⁴³ Dafür alle oben Anm. 14 Genannten; ferner bes. Krüll, Prüfung einzelner Theile des bürg. R. (1803) II Nr. 1 u. IV Nr. 4.

⁴⁴ Preufs. L.R. I, 17 § 316, Gem.Th.O. v. 1821 § 4 u. 17, Rhein. Gem.Th.O. u. Gem.Th.O. f. Wiesbaden; ferner V. f. Kurhess. v. 1867 § 1, Lüneb. Gem.Th.O. § 36, Osnabr. § 15 (Kraut § 76 Nr. 10), Sächs. Ges. v. 1832 § 133, die aber dem Einzelnen, wenn die Anderen keine Theilung wollen, nur einen Anspruch auf Ausscheidung seines Antheils geben. Vgl. E. Löning S. 360.

⁴⁵ Vgl. G. Meyer S. 311. — Nach der Preufs. V. v. 28. Juli 1838 § 1 u. Kurhess. V. v. 1867 § 3 ist der Antrag eines Viertels der Beteiligten erforderlich, wenn mit der Theilung eine Umlegung von Ländereien verbunden werden soll.

⁴⁶ Seuff. VIII Nr. 11, XXI Nr. 201, XXIII Nr. 109.

⁴⁷ Dafür Ende, Verm. jur. Abh. I Nr. 10, Thibaut a. a. O., Gönner a. a. O., Gaudlitz-Haubold S. 581 ff., Maurenbrecher § 159.

⁴⁸ So auch die ältere sächs. Gesetzgebung; vgl. diese b. Gaudlitz-Haubold S. 587 ff.

⁴⁹ Manche Gesetze berechnen die Mehrheit nach Köpfen (z. B. Hess. Ges. v. 1814 § 41); andere nach Nutzungsrechten oder nutzungsbefugten Grundstücken (Oldenburg. Ges. v. 20. Apr. 1873 Art. 11 § 1: „nach ihrer Erbesqualität gerechnet“); wieder andere nach kombinierten Gesichtspunkten (z. B. Bayr. Gem.O. Art. 27 nach Köpfen und Steuerkapital).

⁵⁰ So bedarf es in Braunschweig einer Zweidrittelsmehrheit (Steinacker S. 406 ff.), in Gotha, Baden (§ 125—126) u. Bayern (Art. 27) einer Dreiviertelsmehrheit.

⁵¹ Dafür z. B. Berger, Oecon. for. III t. 5 th. 32 Not. 6, Runde, Beitr. I 25 ff. u. D.P.R. § 181e (jedoch mit Vorbehalt eines Rechtes der Staatsgewalt, den Konsens zu ergänzen, wo bloßer Eigensinn einzelner Genossen das gemeine Beste

An sich kann freilich so wenig hier wie in anderen Fällen der Körperschaftsbeschluss in Sonderrechte der Mitglieder ohne deren Einwilligung eingreifen. Allein insoweit sich das genossenschaftliche Gesamteigentum erhalten hat, folgt hieraus ein Widerspruchsrecht des einzelnen Genossen nicht gegen die Theilung, sondern nur gegen jede Theilungsart, durch die nicht sein kraft Anfalles des Gesamtrechtes an die Sonderrechte zum freien Miteigentumsantheil verstärkter Antheil realisirt würde⁵². Nur wenn die Nutzungsrechte zu freien Privatreechten an einer fremden Sache geworden sind, kann in der That keinem Berechtigten das Nutzungsrecht entzogen und dafür ein Allmendtheil als Ersatz aufgedrängt werden. Die Gesetze schneiden jedoch eine nähere Prüfung des Inhaltes und der Stärke der Sonderrechte durch allgemeine Bestimmungen ab, nach denen alle Nutzungsrechte gegen Entschädigung durch die aus der Theilungsmasse gewährte Abfindung einseitig aufgehoben werden können. Insoweit hierin eine Zwangsenteignung liegt, wird sie durch die Berufung auf das öffentliche Interesse gerechtfertigt und durch die staatliche Mitwirkung gedeckt.

c. Theilungsart. Die Auftheilung der Allmenden erfolgt im Wege der Naturaltheilung, so dass die ideellen Eigenthumsantheile an der Mark in gesonderte Eigenthumsrechte an Realtheilen derselben übergeführt und ebenso die als Entschädigung für wegfallende Nutzungsrechte aus der Theilungsmasse geschuldeten Abfindungen in Land gewährt werden. Ausnahmsweise greift aber eine Abfindung in Kapital oder Rente Platz⁵³.

d. Theilungsfufs. Die Theilung muss nach dem Mafsstabe der bestehenden Antheilsrechte am Allmendgenuss erfolgen. Sind feste Antheilsrechte nicht vorhanden, so muss das nach dem Ortsherkommen und Besitzstande dem Rechtsbewusstsein der Betheiligten entsprechende Theilnahmeverhältniss ermittelt werden. Die Gesetze stellen aber einen im Zweifel anzuwendenden gleichförmigen Mafsstab auf. Hierbei sind namentlich zwei entgegengesetzte Richtungen zur

durch Widerspruch zu hindern sucht), Zachariae, Quaest. 10 p. 68 sq., Bülow u. Hagemann III Nr. 25, Eichhorn, D.P.R. § 373, Renaud, Z. f. D. R. IX 93, Römer ib. XIII 147, Bluntschli, D.P.R. § 89, Beseler, D.P.R. § 84 III; für die Regel auch Langenn u. Kori II 17 ff.

⁵² So mit zutreffender Beweisführung Gaudlitz-Haubold S. 582 ff. Ebenso O.A.G. Jena b. Seuff. II Nr. 256. Vgl. Gierke, Genossenschaftsth. S. 231—232. — Insoweit die Nutzungsrechte zu „bürgerlichen Nutzungen“ abgeschwächt sind, begründen sie überhaupt keine Schranke der körperschaftlichen Verfügungsmacht.

⁵³ Vgl. Preufs. Gem.Th.O. v. 1821 § 56, 60, 66, 77; Rhein. § 15; Kurhess. § 16, 20; Wiesbad. § 14, 16; Schlesw.-Holst. § 14.

Geltung gekommen. Einige Gesetze lassen im Einklange mit der in Süddeutschland überwiegender Auffassung gleiche Theilung nach Köpfen eintreten⁵⁴. Nach den meisten Gesetzen dagegen entscheidet der Umfang der bisher ausgeübten Nutzungsrechte⁵⁵. Fehlt es an einer festen Bestimmung der Nutzungsrechte, so soll wiederum bald auf die Größe des Viehstandes gesehen werden⁵⁶, bald der Umfang des Grundbesitzes oder das Verhältniß der Beiträge zu den Gemeindeflasten in Betracht kommen⁵⁷.

Insofern neben genossenschaftlichen Sondernutzungsrechten selbständige Marknutzungsrechte Dritter bestanden haben, bedarf es ihrer besonderen Abfindung durch volle Entschädigung⁵⁸. Hat die aufzutheilende Allmende nebenbei zugleich öffentlichen Gemeindebedürfnissen gedient, so muß auch für die Gemeinde als solche ein Antheil ausgeschieden oder eine Abfindung festgesetzt werden⁵⁹.

§ 73. Die Gemeinde im heutigen Recht.

I. Begriff. Gemeinde ist eine Gebietskörperschaft für Erfüllung des menschlichen Gemeinschaftszweckes in der Begrenzung auf die durch örtliches Zusammenleben gesetzten Aufgaben.

II. Arten. Urbild der Gemeinde ist die Ortsgemeinde¹.

⁵⁴ So Bad. Gem.O. § 127 (früher § 106, ebenso schon i. J. 1810) u. § 129 (früher § 108); Bayr. Gem.Ed. von 1808 § 27; Nassau. Gem.Ed. v. 1816 § 14. In der Theorie trat besonders Thibaut a. a. O. S. 381 ff. dafür ein; ebenso Mittermaier I § 130.

⁵⁵ Pr.L.R. II, 7 § 32, Gem.Th.O. v. 1821 § 30; Sächs. Ges. v. 1832 § 133 ff.; Hefs. Gem.O. v. 1821 Art. 96. Dafür Gönner a. a. O., Gaudlitz-Haubold S. 582.

⁵⁶ So entscheidet nach der Preufs. Gem.Th.O. § 32 ff. prinzipaliter der wirkliche Viehstand nach zehnjährigem Durchschnitt, subsidiär der Durchwinterungsfuß. Ebenso nach Gem.Th.O. f. Schlesw.-Holst. § 7, auch Lüneb. Gem.Th.O. u. anderen hannov. Gesetzen. Nach Preufs. L.R., Rhein. Gem.Th.O. § 10, Kurhess. § 11, Wiesbad. § 9 entscheidet der Durchwinterungsfuß.

⁵⁷ Ersteres z. B. 1768 in Oesterreich, Letzteres 1779 in Schleswig-Holstein.

⁵⁸ So z. B. Nutzungsrechte der Pfarre und der Schule; Bad. Gem.O. § 180 (109), Hess. Gem.O. v. 1821 Art. 98, Bayr. Gem.O. Art. 25. Auch die Mitgenussrechte von Beisitzern müssen abgefunden werden.

⁵⁹ Nach der Bayr. Gem.O. Art. 27 soll den Theilstücken eine ablösbare Rente zu Gunsten der Gemeindekasse auferlegt werden. Vgl. ferner Hannov. L.G.O. v. 1852 § 47 (Kraut § 76 Nr. 1); auch Bad. Gem.O. § 115 (94).

¹ Nachweisung der deut. Gemeindeordnungen b. Gierke Art. „Gemeinde“ in Holtzendorffs Rechtslex. II 46 ff. u. G. Meyer, Staatsr. § 110 Anm.; dazu seitdem Preufs. L.G.O. f. die sieben östl. Prov. v. 8. Juli 1891 u. f. Schlesw.-Holst. v. 4. Juli 1892, St.O. f. den Bezirk Wiesbaden v. 8. Juni 1891; Bad. Ges. v. 22. Juni 1890; Württemb. Ges. v. 21. Mai 1891; Gem.O. f. Elsass-Lothringen von

Die einst auch für das Privatrecht überaus wichtige Unterscheidung der Ortsgemeinden in Städte und Landgemeinden hat heute im Wesentlichen nur noch öffentlichrechtliche Bedeutung. Möglich ist eine Spaltung der Funktionen der Ortsgemeinde durch Bildung von Theilgemeinden in einer Ortsgemeinde oder durch Verbindung mehrerer Ortsgemeinden zu einer Samtgemeinde². Zum Theil aber werden auch alle oder gewisse Funktionen der Ortsgemeinde auf Verbände übertragen, die keine Gemeinden sind³.

Ueber den Ortsgemeinden stehen Gemeindeverbände höherer Ordnung (höhere oder weitere Kommunalverbände). Dazu gehören Amts- oder Bezirksgemeinden, Kreisgemeinden und Provinzialgemeinden⁴.

III. Rechtsstellung. Die heutige Gemeinde ist eine rein öffentliche Körperschaft. Als Körperschaft untersteht sie den allgemeinen Regeln des Körperschaftsrechtes. Die Besonderheiten dagegen, die für sie als Gemeinde gelten, gehören dem öffentlichen Rechte an. Dies gilt auch von solchen Sätzen des Gemeinderechtes, die mittelbar auf das Privatrecht einwirken; somit z. B. von den Sätzen über Erwerb und Verlust der Gemeindemitgliedschaft, wenschon sie zugleich die Gemeindennutzungsrechte berühren; oder von denen über die Gemeindeorganisation, wenschon sie auch über die Darstellung der Gemeinde als Privatrechtssubjekt entscheiden; oder von denen über die Staatsaufsicht, wenschon sie auch die privatrechtliche Handlungsfähigkeit der Gemeinde einschränken. Nur hinsichtlich des Gemeindevermögens bestehen im Zusammenhange mit der alten Markgemeindeverfassung vielfach noch eigenthümliche Rechtsverhältnisse, die unmittelbar in das Privatrecht hineinreichen.

1894, die voraussichtlich demnächst in Kraft gesetzt werden wird (Bearbeitung von A. Halley, Straßburg 1894). — Aeltere Sammlung: J. Weiske, Sammlung der neueren teutschen Gemeindegesetze, Leipz. 1848.

² Gierke, Genossenschaftsr. I 779 ff.; Jolly, Art. „Gesamtgemeinden“ im Wörterb. des Verwaltungsr. I 571 ff. — Vgl. z. B. Bad. Gem.O. § 166 (145), Hohenzollern-Sigmar. Gem.O. v. 1840 § 132 ff., Württ. Ges. v. 17. Sept. 1853, Schlesw.-Holst. L.G.O. v. 1892 § 121a—121e.

³ Keine Gemeinden sind die „selbständigen Gutsbezirke“; vgl. unten § 80a Anm. 19. Keine Gemeinden sind ferner die zur gemeinsamen Wahrung kommunaler Angelegenheiten gebildeten Verbände nachbarlich belegener Gemeinden und selbständiger Gutsbezirke nach Sächs. L.G.O. § 89—92 oder Preufs. östl. u. Schlesw.-Holst. L.G.O. § 128—138, mögen letzteren auch gemäß § 129 Abs. 2 die Rechte öffentlicher Körperschaften beigelegt sein.

⁴ Vgl. die Gesetze b. Gierke a. a. O. S. 786 ff., G. Meyer, Staatsr. § 115 bis 118, E. Löning, Verw.R. § 41—47.

IV. **Gemeindevermögen**⁵. Innerhalb des Vermögens, dessen Eigenthümerin die Gemeinde ist⁶, werden je nach dessen Zweckbestimmung zwei Bestandtheile unterschieden⁷.

1. **Eigentliches Gemeindevermögen**, „Gemeindevermögen im engeren Sinne“, in den Städten auch „Kämmereigut“, auf dem Lande „Ortsvermögen“ genannt, sind alle Vermögensgegenstände, die für die Zwecke der Gemeinde als solcher bestimmt sind. Dazu gehören unbewegliche und bewegliche Sachen, die vermöge ihrer Bestimmung für den öffentlichen Gebrauch unmittelbar einem Gemeindezwecke gewidmet sind⁸. Ebenso aber alle Vermögensgegenstände, die kraft der Bestimmung ihrer Erträge für den Gemeindehaushalt mittelbar dem Gemeindezwecke dienen⁹.

⁵ Vgl. außer den zu § 71 Anm. 1 u. § 72 Anm. 1 angef. Schriften noch: Bitzer, Die Realgemeinderrechte, ihre Entstehung und Stellung in der Gegenwart, Stuttg. 1844. Weiske, Ueber die Gemeindegüter und deren Benutzung durch die Mitglieder, Leipz. 1849. Kreittmayr II c 1 § 6. Ferner die Lehrb. des D.P.R. v. Runde § 181 b ff., Eichhorn § 372, Mittermaier I § 128 ff., Maurenbrecher I § 170 ff., Renaud I § 181 ff., Bluntschli § 59, Walter § 119, Gerber § 51, Beseler § 83, Gengler § 31 u. 54. Auch E. Löning, Verw.R. § 39; E. Leidig, Preussisches Stadtrecht, Berl. 1891, S. 203 ff.; von Reitzenstein, Art. „Gemeindevermögen“ im Wörterb. des deut. Verwaltungsr. I 540 ff.

⁶ An den in der Gemeindegemarkung belegenen Grundstücken muß, da ursprünglich die ganze Mark Eigenthum der Markgemeinde war, noch heute bis zum Nachweise eines Sondereigenthums Gemeindegemeinschaft angenommen werden; Seuff. XX Nr. 199, XXI Nr. 203, vgl. auch II Nr. 252 u. V Nr. 282; Mittermaier I § 128 VIII; a. M. Stobbe § 55 Anm. 2. — Im östlichen Preußen besteht jedoch zum Theil vielmehr eine Vermuthung für gutsherrliches Eigenthum (Auenrecht); vgl. Dernburg, Preuss. P.R. I § 228.

⁷ Pr.L.R. II, 8 § 138 ff.; Preuss. östl. u. Schlesw.-Holst. L.G.O. § 68; Oesterr. Gb. § 288; Code civ. Art. 542; Bad. Gem.O. § 64—65 (53—54); Hohenzollern-Sigmar. § 52 ff.; Kurhess. § 24 u. 70.

⁸ Mögen sie nun (wie Straßen, Plätze, Anlagen, Brücken, Brunnen u. s. w.) dem öffentlichen Gemeingebrauche oder (wie Rathhäuser, Schulhäuser, Markthallen, Schlachthäuser und andere öffentliche Gebäude mit ihrer Ausrüstung) einem engeren öffentlichen Gebrauche dienen. Die ältere Theorie bezeichnete alle solche Sachen als „res universitatis“ und warf sie entweder völlig mit den Allmenden zusammen (oben § 72 Anm. 19) oder liefs doch den Unterschied zwischen ihnen und den Allmenden erst bei einer Untereintheilung der „res universitatis“ zu Tage treten (oben § 72 Anm. 17). Auch die neuere Theorie schwankt hinsichtlich der Charakterisirung der öffentlichen Gemeindegüter. Ebenso begegnet in der Praxis vielfach noch die unbestimmte Kategorie der „res universitatis in specie sic dictae“ (z. B. Seuff. IX Nr. 91, XVII Nr. 5 u. 164) und deren Ausdehnung auf die Allmende (Seuff. I Nr. 165, IX Nr. 125, XXVIII Nr. 102).

⁹ Von der älteren Theorie als „patrimonium universitatis“ den „res universitatis“ gegenübergestellt; vgl. Seuff. XXVIII Nr. 102.

2. Allmendvermögen, „Gemeindegliedervermögen“, „Nutzungsgut“, „biens communaux“, in den Städten auch „Bürgervermögen“, auf dem Lande „Genossengut“ genannt, sind Vermögensgegenstände, deren Nutzungen für wirtschaftliche Bedürfnisse aller oder einzelner Gemeindeglieder bestimmt sind. Dazu gehören namentlich die Reste der alten gemeinen Mark¹⁰. Neben den im Eigenthum der Gemeinde stehenden Grundstücken müssen auch nutzbare Rechte der Gemeinde an fremdem Grund und Boden, falls sie den Gemeindegliedern als Einzelnen zu Gute kommen, zum Allmendvermögen gerechnet werden. Die aus derartigem Gemeindevermögen den Einzelnen zufließenden Nutzungen haben einen sehr verschiedenen Inhalt: bald wird den Einzelnen ein abgesondertes Nutzungsrecht an Theilstücken der Allmende (Allmendäckern, Allmendgärten, Looswiesen u. s. w.) nach einer bestimmten Reihenfolge oder auf Grund einer Verloosung, lebenslänglich oder auf Zeit, unentgeltlich oder gegen einen geringen Zins gewährt¹¹; bald sind die Einzelnen zur Ausübung eines gemeinschaftlichen Nutzungsrechtes befugt, so daß sie z. B. Vieh auf die Weide schicken, Holz schlagen, Raff- und Leseholz sammeln, Streu rechen, Plaggen hauen, fischen, Steine oder Erde gewinnen können¹²; bald äußert sich, während die Gemeinde allein die unmittelbare Nutzung ausübt, die Nutzung der Einzelnen in Bezugsrechten auf gewisse Fruchterträge (z. B. Holzgaben) oder auf einen Ersatz in Gelde (Allmendthaler u. s. w.)¹³. Was aber die

¹⁰ Doch kann auch die Neubegründung von derartigem Vermögen stattfinden. So durch Umwandlung von eigentlichem Gemeindevermögen in Nutzungsgut; Preufs. östl. u. Schlesw.-Holst. L.G.O. § 69 Abs. 1 (falls die Gemeinde schuldenfrei und daraus für absehbare Zeit keine Einführung neuer oder Erhöhung bestehender Gemeindeabgaben zu besorgen ist); Bayr. Gem.O. Art. 31 Abs. 2—3 (jedoch nur in widerruflicher Weise); Würt. Ges. ü. d. Gemeindeangehörigkeit v. 16. Juni 1885 Art. 20 Abs. 3; Bad. Gem.O. § 131—134 (110—113).

¹¹ Bayr. Gem.O. Art. 28, Pfälz. Art. 21. Würt. Ges. v. 16. Juni 1885 Art. 20 Abs. 1. Bad. Gem.O. § 104 ff. (85 ff.); bes. § 107 (Einrücken in erledigte Genusstheile nach der Reihe, unter gleich Berechtigten Entscheidung durch das Loos), § 110 (Entziehung bei Verwahrlosung) u. § 112; dazu über die Vertheilung von bisher gemeinschaftlich benutztem Allmendgut zu Genusstheilen (im Zweifel durch das Loos nach Köpfen in möglichst gleichem Werthe) § 113, 118—124. Hohenzollern-Sigmar. Gem.O. § 88, 90, 95—107 (Weiske S. 485 ff.). Elsass-Lothring. Gem.O. § 54 Abs. 1 Z. 2 litt. b (Einrücken in erledigte Theile nach Herkommen oder Loos).

¹² Vgl. Preufs. A.L.R II, 7 § 28 u. 30 u. über Weiderechte Gem.Th.O. v. 1821 § 41 ff. u. 166 ff.

¹³ Ueber Bürgerholzgaben vgl. z. B. Bad. Gem.O. § 104 Abs. 1 u. 3, § 105, § 106 Abs. 2, § 111, Hohenzollern-Sigmar. Gem.O. § 88, 90, 92—93 u. Bürger-

rechtliche Natur aller solcher Nutzungsrechte betrifft, so kommen je nach der geschichtlichen Entwicklung des Rechtszustandes in den einzelnen Gemeinden sehr ungleichartige Verhältnisse vor¹⁴. Bei ihrer Beurtheilung muß daher in erster Linie stets auf das örtliche Gewohnheits- und Satzungsrecht zurückgegangen werden¹⁵. Doch hat vielfach die Gesetzgebung durch generalisirende Vorschriften theils zwingender theils subsidiärer Art eingegriffen¹⁶.

a. Mitgliedschaftliche Sondernutzungsrechte. Wo das ursprüngliche Wesen der Nutzungsrechte bewahrt ist, erscheinen sie als mitgliedschaftliche Sonderrechte¹⁷. Sie sind daher mit der Gemeindemitgliedschaft verknüpft, setzen aber überdies einen durch Herkommen oder Satzung bestimmten individualrechtlichen Titel voraus¹⁸. Insbesondere sind sie oft durch Zugehörigkeit zu einer bestimmten Mitgliederklasse, oft durch Grundbesitz oder durch besonders gearteten Grundbesitz, oft auch durch eine wiederkehrende oder einmalige Vermögensleistung an die Gemeinde (eine Abgabe oder ein Einkaufsgeld) bedingt¹⁹. Ihre Uebertragung auf andere Gemeinde-

rechtsges. v. 5. Aug. 1837 § 113—115 (Weiske S. 485 u. 520 ff.), Württ. Ges. v. 1885 Art. 20, Code forestier Art. 105, Elsass-Lothring. Gem.O. § 54 Abs. 1 Z. 2 litt. b (Nutzholz nur gegen Werthersatz); über Vertheilung von Ueberschüssen Bayr. Gem.O. Art. 31 Abs. 2—3, Pfälz. Art. 24, Bad. § 103 Abs. 2—3, Hohenzollern-Sigmar. § 87.

¹⁴ Gierke, Genossenschaftsth. S. 198 ff.

¹⁵ R.Ger. IX Nr. 62; Seuff. I Nr. 256, II Nr. 258, XXVII Nr. 203.

¹⁶ Dabei neigen die Gesetze zu einer theoretischen Konstruktion, die nur die Wahl zwischen reinem Mitgliedschaftsrecht in der Gemeinde und freiem Privatrecht gegen die Gemeinde läßt; Gierke a. a. O. S. 199 ff.

¹⁷ Die gemeinrechtliche Praxis hält an dieser Auffassung der Allmendnutzungsrechte vielfach fest; vgl. Schüler a. a. O. I 266 ff., Seuff. I Nr. 313, II Nr. 258, VIII Nr. 11 u. 113, IX Nr. 256, XIV Nr. 6, XVI Nr. 97, XXIII Nr. 107, XXIX Nr. 12. Am allgemeinsten geschieht dies bei den Nutzungsrechten, die den Gemeindegliedern kraft einer der Gemeinde auf fremdem Boden zustehenden Gesamtgerechtigkeit gebühren, denen also nur ein im Gemeindevermögen befindliches begrenztes dingliches Recht, nicht ein Eigenthum der Gemeinde gegenübersteht; Gierke a. a. O. S. 207 ff., oben § 68 Anm. 37, 60—68.

¹⁸ Gierke a. a. O. S. 223 ff.; Seuff. XXXIII Nr. 281. Dieser Titel kann aber auch lediglich in einer von der Gemeinde ein für alle Mal erfolgten Verleihung bestehen, die auch unmittelbar durch einen zu Gunsten einer bestimmten Mitgliederklasse lautenden örtlichen Rechtssatz erfolgen kann; vgl. Seuff. XXIV Nr. 12 u. 208. Das Gegentheil wird b. Seuff. X Nr. 190, XXI Nr. 10, XXII Nr. 9 u. XXVIII Nr. 98 angenommen. Vgl. aber Gierke a. a. O. S. 200 Anm. 2, 201 Anm. 3, 223 Anm. 1.

¹⁹ Ueber Nutzungsrechte, für die außer der Gemeindemitgliedschaft der Besitz einer „Reihestelle“, eines „Bauerhofes“ oder eines „altberechtigten Hauses“ die Rechtsgrundlage bildet, vgl. Seuff. XVI Nr. 174, XXVIII Nr. 102, XXIX

glieder kann völlig ausgeschlossen, kann aber auch unter den durch das Gemeinderecht gesetzten Einschränkungen ihrer Veräußerung und Vererbung zugelassen sein²⁰. Dem Umfange nach sind sie möglicher Weise nach den verschiedensten herkömmlichen oder satzungsmäßigen Maßstäben unter einander ungleich. Hinsichtlich der Ausübung sind sie je nach dem örtlichen Verfassungsrecht an die genossenschaftliche Ordnung gebunden und der Einschränkung durch Gemeindebeschluss unterworfen²¹, in ihrem Bestande dagegen sind sie der Gemeindegewalt entzogen²². Sie sind also mit der öffentlichrechtlichen Gemeindemitgliedschaft verflochtene Privatrechte²³. Das alte kommunale Gesamteigenthum besteht hier an der Allmende fort²⁴. Ein wirtschaftsgenossenschaftlicher Bestandtheil ist in der politischen Gemeinde erhalten.

b. Bürgerliche Nutzungen. Vielfach haben die Nutzungsrechte an der Allmende ihren sonderrechtlichen Charakter eingebüßt und erscheinen daher als reine Mitgliedschaftsrechte. Wo der Typus solcher „bürgerlichen Nutzungen“ streng durchgeführt ist, werden die Allmendberechtigungen mit der Gemeindemitgliedschaft erworben und verloren, sind gleich ihr schlechthin unübertragbar, haben unter einander gleichen Inhalt und unterliegen der Gemeindegewalt und namentlich der Schmälerung oder Aufhebung durch Gemeindebeschluss²⁵.

Nr. 12, XXXV Nr. 180. Ueber Nutzungsrechte, die der Klasse der Häuslinge oder der ärmeren Ortsbürger zustehen, Gierke a. a. O. S. 223 Anm. 1. Das Einkaufsgeld wird auch heute oft nur von den nicht durch Geburt zur Nutzung berufenen Mitgliedern erhoben.

²⁰ Ob insbesondere die mit bestimmten Höfen verbundenen Nutzungsrechte vom Hofe trennbar sind, kann nur aus dem Ortsrecht entschieden werden. Ebenso, inwieweit eine Ueberlassung zur Ausübung oder eine Theilung zulässig ist. Vgl. Miaskowski, Allm. S. 86 ff.; Münchmeyer, Magaz. f. deut. R. d. Gegenw. II 41 ff., Stegemann, ib. 69 ff., Detmold, ib. III 82 ff., Fuhrmann, ib. 219 ff., Frank, il. V 228 ff., Gierke a. a. O. S. 221 Anm. 3.

²¹ Seuff. XIII Nr. 124, XVIII Nr. 3, XXIII Nr. 281.

²² So namentlich R.Ger. II Nr. 42; vgl. Seuff. XXXV Nr. 95. Gierke a. a. O. S. 225 ff.

²³ R.Ger. II Nr. 42: „kraft privaten Rechtes“. Obst. L.G. f. Bayern Seuff. XLIX Nr. 3. Daher auch Rechtsschutz im Wege des Civilprozesses; Seuff. IV Nr. 251, XIV Nr. 63, XXVIII Nr. 102. Unrichtig Seuff. XXXII Nr. 6 u. 8. Vgl. Gierke a. a. O. S. 198 Anm. 2 u. 234.

²⁴ Vgl. oben § 68 S. 539 ff.

²⁵ Gut gekennzeichnet sind die echten bürgerlichen Nutzungen im Beschl. des O.L.G. Braunsch. v. 13. Februar 1889 b. Seuff. XLIV Nr. 163. Zum Theil sucht aber die Praxis auch mitgliedschaftliche Sondernutzungsrechte in diese Kategorie hineinzudrängen; vgl. z. B. Seuff. VII Nr. 147, XXI Nr. 10, XXVIII Nr. 103, XXXII Nr. 6.

Sie sind daher durchweg öffentliche Rechte²⁶. In privatrechtlicher Hinsicht steht der Gemeinde ein unbeschränktes Alleineigenthum an der Allmende zu²⁷.

Die neueren Gesetze haben oft die Gemeindennutzungsrechte grundsätzlich dem Begriff der bürgerlichen Nutzungen unterstellt²⁸. Allein nur in einzelnen Ländern und auch hier nur zeitweise haben sie alle Folgerungen aus dieser Auffassung gezogen. Im Uebrigen erkennen sie in verschiedenem Umfange Abwandlungen an, vermöge deren die den Gemeindegliedern „als solchen“ gebührenden Nutzungsrechte im thatsächlichen Erfolge ein sonderrechtliches Gepräge empfangen können. So behandeln sie zwar den Anspruch auf Theilnahme an den Gemeindennutzungen an sich als Ausfluß der vollen Gemeindemitgliedschaft²⁹. Allein fast durchgängig gestatten sie, daß der Erwerb des Nutzungsrechtes außerdem von der Entrichtung eines seinem Werthe entsprechenden Einkaufsgeldes abhängig gemacht werde³⁰. Indem dann nach manchen Gesetzen die durch die Geburt

²⁶ Daher Ausschluß des Rechtsweges; Seuff. IV Nr. 251, XIV Nr. 63, XLVI Nr. 25; Erk. des Preufs. Komp. Gerichtsh. im J.M.Bl. v. 1856 S. 270, 1858 S. 164, 1859 S. 448, 1860 S. 314, 1861 S. 153; Bad. Gem.O. § 112 Abs. 5 u. § 173; Bayr. Gem.O. Art. 36, Pfälz. Art. 27; Elsass-Lothring. Gem.O. § 54 Abs. 4.

²⁷ Ebenso, falls es sich um ein bloßes Nutzungsrecht der Gemeinde handelt, aus dem die Gemeindeglieder solche bürgerliche Nutzungen herleiten, eine rein korporative Servitut oder Reallast; Seuff. XVII Nr. 5, XXVI Nr. 4, XXVIII Nr. 108; Württ. Ges. v. 16. Juni 1885 Art 31—32.

²⁸ So die preufs. Gesetzgebung; vgl. Pr. L.R. II, 7 § 28 ff., Deklar. v. 26. Juli 1847, östl. St.O. § 49 ff., Westfäl. St.O. § 48 ff., Rhein. St.O. § 45 ff., Schlesw.-Holst. St.O. § 21, Westfäl. L.G.O. § 51 ff., östl. L.G.O. § 68 ff. Ferner Sächs. St.O. § 11, 21 u. 130, L.G.O. § 11 u. 81; Bayr. Gem.O. Art. 19 Z. 3 u. Art. 26 ff., Pfälz. Art. 19 ff.; Bad. Gem.O. § 104 ff. (85 ff.); Württ. Ges. v. 16. Juni 1885 Art. 20 ff.; Hohenzollern-Sigmar. Gem.O. § 88 ff.; Elsass-Lothring. Gem.O. § 54.

²⁹ Pr. L.R. II, 7 § 28 u. dazu O.Trib. Entsch. VII 24 u. XI 74. Bayr. Gem.O. Art. 32 (alle Gemeindebürger, ihre Witwen und elternlose Kinder vormals nutzungsberechtigter Gemeindebürger, die den elterlichen Hausstand unvertheilt fortsetzen); Pfälz. Gem.O. Art. 25 (alle in der Gemeinde Heimathsberechtigten, die seit Jahresfrist dort wohnen und einen eignen Herd haben). Bad. Gem.O. § 106 (nach Zurücklegung des 25. Lebensjahres u. Gründung eines eignen Haushaltes oder Gewerbes), § 113 u. § 123 (Witwen). Württ. Ges. v. 16. Juni 1885 Art. 22 (alle männlichen, im Gemeindebezirke wohnhaften und selbständig auf eigne Rechnung lebenden Bürger über 25 Jahre) u. Art. 30 (deren Witwen). Elsass-Lothring. Gem.O. § 54 Abs. 2 (alle Einwohner, die seit 3 Jahren in der Gemeinde eine eigne Haushaltung mit eigener Feuerstelle geführt haben, ausgenommen Militärpersonen und Reichsausländer). Hohenzollern-Sigm. Gem.O. § 89.

³⁰ Preufs. Ges. v. 14. Mai 1860 u. 24. Juni 1861; Rhein. Gem.O. § 18; Hannov. St.O. § 29; Schlesw.-Holst. St.O. § 15; Nassau. Gem.O. § 85; Wiesb. St.O. § 52; östl. u. Schlesw.-Holst. L.G.O. § 72—73 (statt oder neben einer jährlichen

zum Allmendgenuß berufenen Gemeindeglieder von diesem Einkaufsgelde befreit sind⁸¹, nach anderen Gesetzen auch sonstige herkömmliche Nutzungsrechte ohne Einkaufsgeld gewährt werden müssen⁸², kommen neben der Gemeindemitgliedschaft individuelle Erwerbstitel zur Geltung. Ueberdies werden neben den persönlichen Gemeindennutzungsrechten meist die besonderen Nutzungsrechte anerkannt, die kraft Herkommens mit dem Besitze eines Gutes oder Hauses verknüpft sind⁸³. Vielfach werden aber überhaupt alle durch Ortsrecht den Mitgliedern einer bestimmten Klasse oder einzelnen Gemeindeangehörigen als solchen vorbehaltenen Nutzungsrechte aufrecht erhalten⁸⁴. Hiermit treten dann zugleich Ausnahmen von der Unübertragbarkeit der Nutzungsrechte ein⁸⁵. Ferner wird der Grundsatz der Gleichheit der Nutzungsrechte nur in einigen Gesetzen unbedingt

Abgabe). Weimar. Gem.O. v. 18. Jan. 1874 Art. 32. Bayr. Gem.O. Art. 22. Sächs. St.O. § 21. Württ. Ges. v. 1885 Art. 22 ff. — Verboten wird jede Erhebung einer derartigen Abgabe durch die Elsass-Lothring. Gem.O. § 54 Abs. 3.

⁸¹ So nach Württ. Ges. v. 1885 Art. 23: „Von der Bezahlung des Einstandsgeldes sind diejenigen Bürger befreit, welche ihr Bürgerrecht durch Abstammung von einem zur Theilnahme an den Gemeindennutzungen Berechtigten erworben haben“; dazu weitere Befreiungen in Art. 44. Vgl. ferner Kurhess. Gem.O. § 24, Bad. Bürgerrechtsges. § 37—39, Hess. St.O. Art. 75 u. L.G.O. Art. 63.

⁸² So nach Kurhess. Gem.O. § 24 u. Bayr. Gem.O. Art. 22 alle herkömmlich mit dem Besitz eines Grundstückes verbundenen Nutzungsrechte. Vgl. Schlesw.-Holst. St.O. § 21, Wiesbad. St.O. § 52 Abs. 8.

⁸³ Vgl. die vor. Anm.; ferner Bad. Gem.O. § 104 Abs. 2; Württemb. Bürgerrechtsges. Art. 51 u. Ges. v. 1885 Art. 28 (Realgemeinderechte); Hohenzollern-Sigmar. Bürgerrechtsgesetz v. 5. Aug. 1837 § 109—112 b. Weiske S. 519 ff. („Hofstattrechte“).

⁸⁴ Pr. L.R. II, 7 § 31, Westfäl. L.G.O. § 52, östl. u. Schlesw.-Holst. L.G.O. § 70; dazu über die preuss. St.O. Leidig S. 211 ff.; Bayr. Gem.O. Art. 32 („sofern dieselben nicht nach besonderen Rechtstiteln oder nach rechtlichem Herkommen einzelnen Klassen von Gemeindeangehörigen allein zustehen“). Vgl. auch Bad. Gem.O. § 65 u. § 104 Abs. 1 (Erhaltung des unbestrittenen Zustandes v. 1. Jan. 1833). Hohenzollern-Sigmar. Gem.O. § 53 u. 88.

⁸⁵ Doch wird mehrfach die Trennung der mit einem Grundstück verbundenen Nutzungsrechte von diesem verboten; Bayr. Gem.O. Art. 33 (abgeändert durch Ges. v. 14. März 1890, das die Untrennbarkeit nur als Regel festhält, ausnahmsweise aber mit kommunaler und staatlicher Zustimmung die Verbindung mit einem andern Grundstück und selbst Häufung und Theilung zuläßt); Bad. § 108. Im Uebrigen ist nach der Bad. Gem.O. jede Uebertragung von Allmendberechtigungen durch Veräußerung oder Erbschaft ausgeschlossen (§ 108), die Verpachtung an Genehmigung des Gemeinderathes gebunden (§ 109), der Verkauf von Holzgaben nur nach Befriedigung des eignen Bedürfnisses gestattet (§ 111). Ebenso Hohenzollern-Sigmar. Gem.O. § 91—93.

durchgeführt³⁶, meist dagegen nur in Ermangelung eines anderen feststehenden Maßstabes angewandt³⁷. Manche Gesetze aber lassen überhaupt die Vermuthung für Gleichheit fallen und wollen vielmehr im Zweifel die Theilnahme an den Gemeindennutzungen nach dem Verhältniß der Beiträge zu den Gemeindelasten oder nach dem wirthschaftlichen Bedürfniß bemessen³⁸. Sodann wird zwar regelmäßig der Bestand der Nutzungsrechte dem Gemeindebeschluss unterworfen³⁹ und sogar die Verwandlung des Allmendgutes in eigentliches Gemeindevermögen gestattet⁴⁰. Allein überall wird den hergebrachten Nutzungsrechten mindestens ein gewisser Schutz gegen willkürliche

³⁶ Vgl. Gierke, Genossenschaftsr. I 692; Nassau. Gem.O. § 46 (Gem. Ed. v. 1816 § 3 u. 14); Pfälz. Gem.O. Art. 25; Elsass-Lothring. Gem.O. § 54 Abs. 2; Württemb. Ges. v. 1885 Art. 27. Das Württemb. Ges. erkennt jedoch nicht nur Abweichungen zu Gunsten von Realgemeinderechten und besonderen Privatrechten an (Art. 28), sondern läßt auch die unbedingte Geltung des Gleichheitsprinzipes bei solchen Gemeindennutzungen fallen, die aus einem nutzbaren Rechte der Gemeinde, dessen Ertrag herkömmlich vertheilt oder dessen Ausübung herkömmlich den Bürgern oder Einwohnern überlassen wird, fließen; hier kann vielmehr die Gemeinde je nach ihrer Wahl die Nutzungen „den Bürgern nach einem dem Herkommen entsprechenden Maßstabe oder zu gleichen Theilen oder nach Verhältniß des Grundbesitzes oder Viehstandes“ gewähren (Art. 31—32).

³⁷ Vgl. Gierke a. a. O. I 692 Anm. 130; Bayr. Gem.O. Art. 32 (Ausnahmen „durch besondere Rechtstitel oder rechtliches Herkommen“); Bad. Gem.O. § 104—107 u. 120—123; Hohenzollern-Sigm. Gem.O. § 88 ff.; Hess. Ges. v. 21. Juni 1852 Art. 1.

³⁸ So entscheidet im Zweifel das Verhältniß der Beiträge zu den Gemeindelasten, bei Gemeinweiden aber das wirthschaftliche Bedürfniß nach Pr.L.R. II, 7 § 29—30 mit Gem.Th.O. v. 1821 § 41 ff. u. östl. L.G.O. § 70. Andere Gesetze verweisen im Zweifel nur auf das wirthschaftliche Bedürfniß; vgl. Oest. Gem.Ges. v. 1849 § 75. Wieder andere überhaupt nur auf die Beliebigkeiten und das Herkommen der Gemeinde; Gierke a. a. O. I 692 Anm. 131, Sächs. L.G.O. § 21.

³⁹ Viele Gesetze enthalten nähere Bestimmungen über die Befugnisse der Gemeinde, die Nutzungsrechte mit Lasten und Abgaben zu beschweren und im Bedürfnisfalle einzuschränken oder zu kürzen; vgl. z. B. Bayr. Gem.O. Art. 34, Pfälz. Art. 26; Württ. Ges. v. 1885 Art. 21, 27 Abs. 2 u. 34; Bad. Gem.O. § 70 und dazu über Minderung der Holzgaben § 104 Abs. 3 u. § 105, über Entziehung von Genussrechten zur Strafe und kraft Pfändung § 110 u. 112; Hohenzollern-Sigm. Gem.O. § 57—58 u. 94. Nach der Bad. Gem.O. § 104 Abs. 2 mit § 172 d kann die Gemeinde mit Zweidrittelsmehrheit unter staatlicher Bestätigung eine Aenderung der bisherigen Benutzungsart beschließen. Ebenso Hohenzollern-Sigm. Gem.O. § 88 u. 148. Die Elsass-Lothring. Gem.O. § 54 stellt Alles in den Beschluss des Gemeinderaths, der jedoch nach § 76 Z. 13 bei Neueinführung von Nutzungen oder Abänderung der bisherigen Grundsätze für deren Gewährung staatlicher Genehmigung bedarf.

⁴⁰ So durch staatlich genehmigten Gemeindebeschluss nach den Preuss. St.O. (vgl. schon St.O. v. 1808 § 53 u. v. 1831 § 30—32 u. 123, östl. St.O. § 49 u. s. w., dazu Leidig S. 207), Westfäl. L.G.O. § 53, Kurhess. Gem.O. § 70, Nassau. Gem.O. § 81 u. östl. u. Schlesw.-Holst. L.G.O. § 69 Abs. 3; ebenso nach Württemb. Verw.Ed.

Eingriffe der Gemeindegewalt gewährt⁴¹. Und die besonderen Gemeindevutzungsrechte einzelner Mitgliederklassen werden zum Theil überhaupt jeder Verfügung der Gemeinde entzogen⁴². Endlich wird zwar in Ansehung des Rechtsschutzes den Gemeindevutzungsrechten der Privatrechtsschutz versagt, jedoch der Schutz des Verwaltungsstreitverfahrens zugestanden⁴³.

c. Freie Privatnutzungsrechte. Vielfach haben, obwohl die Allmende Eigenthum der Gemeinde geblieben ist, alle oder gewisse daran begründete Nutzungsrechte ihren kommunalen Charakter ganz abgestreift und erscheinen daher der Gemeinde gegenüber als freie Privatrechte⁴⁴. Solche Nutzungsrechte beruhen lediglich auf einem individuellen Rechtstitel und können an sich in gleicher Weise

§ 65—66 u. Ges. v. 1885 Art. 20 Abs. 2. Durch einen mit Dreiviertelmehrheit gefassten Gemeindebeschluss, aber mit Vorbehalt der binnen 3 Monaten geltend zu machenden Ansprüche hierzu befugter Nutzungsberechtigter auf Gemeintheilung, nach Sächs. St.O. § 11 u. L.G.O. § 11.

⁴¹ Bei der Entziehung oder Schmälerung der Gemeindevutzungen darf keine Bevorzugung oder Zurücksetzung Einzelner stattfinden und regelmässig auch der herkömmliche oder gesetzliche Theilnahmemaßstab nicht abgeändert werden; auch sind der Belastung des Nutzungsrechts meist feste gesetzliche Grenzen gezogen; vgl. Gierke, Genossenschaftsth. S. 230 Anm. 1 u. die oben Anm. 39—40 angef. Gesetzesbestimmungen. — Die Elsass-Lothring. Gem.O. § 54 Abs. 1 Z. 2 litt. a gestattet von vornherein nur die „widerrufliche“ Gewährung von Nutzungen durch die Gemeinde.

⁴² So nach der Bad. Gem.O. § 104 die Genusstheile, die „unwiderruflich auf dem Besitz bestimmter Güter oder Häuser haften.“ Nach der Hohenzollern-Sigmar. Gem.O. § 88 die in den §§ 109—114 des Bürgerrechtsges. geregelten Hofstattrechte und Holzberechtigungen. Nach dem Württ. Ges. v. 1885 Art. 20 Abs. 2 weder die „auf rechtsbegründetem Herkommen beruhenden“ noch die „in gesetzmässiger Weise eingeführten“ Gemeindevutzungen, wohl aber die „Realgemeinderechte“ und „privatrechtliche Ansprüche“ (Art. 28). Auch nach der Bayr. Gem.O. Art. 35 nur die „auf einem privatrechtlichen Titel“ beruhenden Nutzungsrechte. Dagegen bestimmt die Preufs. östl. u. Schlesw.-Holst. L.G.O. § 69 Abs. 3 schlechthin, „dass Nutzungsrechte, welche nicht den sämtlichen, sondern nur einzelnen Gemeindegliedern oder Einwohnern als solchen zustehen, durch Gemeindebeschluss den letzteren wider ihren Willen nicht entzogen oder geschmälert werden dürfen.“ Vgl. Weim. Gem.O. v. 1840 § 32 b. Kraut § 76 Nr. 3.

⁴³ Preufs. Zuständigkeitsges. § 18 u. 160, östl. L.G.O. § 71, Wiesb. St.O. § 49; Bad. Ges. v. 5. Okt. 1868 § 5 Z. 2 u. § 15; Bayr. Ges. v. 8. Aug. 1878 Art. 8 Z. 28; Württ. Ges. v. 16. Dez. 1876 Art. 10 Z. 5; Hess. Ges. v. 12. Juni 1874 Art. 48; Elsass-Lothring. Gem.O. § 70.

⁴⁴ Gierke, Genossenschaftsth. S. 202 ff. — Die neueren Gesetze haben zum Theil alle Nutzungsrechte, denen sie überhaupt einen privatrechtlichen Charakter belassen haben, in diese Kategorie hineingedrängt; vgl. Bayr. Gem.O. Art. 35—37, Pfälz. Art. 27—28; Württemb. Bürgerrechtsges. Art. 50 u. Ges. v. 1885 Art. 28; Elsass-Lothring. Gem.O. § 54; Seuff. XLIII Nr. 88, XLVI Nr. 125. In Preussen

Gemeindegliedern oder Gemeindefremden zustehen. Insoweit sie an Gemeindegliederschaft gebunden sind, liegt hierin nur eine Besonderheit ihres Titels⁴⁵, nicht aber ein Stück der Gemeindeverfassung. Die berechtigten Gemeindeglieder sind also trotzdem nur als Einzelne oder etwa als Mitglieder eines unter ihnen bestehenden besonderen Verbandes berechtigt. Je nach ihrem Titel können solche Nutzungsrechte auch als Realrechte mit bestimmten Grundstücken verknüpft oder für sich vererblich und veräußerlich sein. Unter einander können sie einen ungleichen Umfang haben. Dem Gemeindebeschluss sind sie völlig entrückt⁴⁶. Sie sind somit reine Privatrechte⁴⁷. Das Eigenthum an der Allmende gebührt der Gemeinde, ist aber durch dingliche Rechte Anderer beschränkt⁴⁸.

3. Genossenschaftsvermögen. Insoweit die wirthschafts-genossenschaftliche Seite der Markgemeinde sich in einer besonderen Agrargenossenschaft fortsetzt, ist das für diese Genossenschaft ausgeschiedene Grundvermögen überhaupt nicht mehr Gemeindevermögen⁴⁹. Doch kommt es vor, daß das Eigenthum an der Allmende der Gemeinde verblieben und nur ein Gesamtnutzungsrecht in das Genossenschaftsvermögen übergegangen ist⁵⁰.

§ 74. Agrargenossenschaften.

I. Begriff. Agrargenossenschaften sind Genossenschaften zum Zwecke gemeinsamer landwirthschaftlicher Benutzung eines Grund-

ist die Entwicklung noch einen Schritt weiter gegangen, indem in demselben Umfange, in dem die Allmendnutzung als privatrechtliches Verhältniß angesehen wurde, der Gemeinde auch das Eigenthum an der Allmende entfremdet ist; vgl. unten Anm. 49.

⁴⁵ Gierke a. a. O. S. 202 Anm. 2.

⁴⁶ Gierke a. a. O. S. 229 Anm. 3; Z. f. D. R. XIII 119 ff.; oben Anm. 42.

⁴⁷ Daher steht der Rechtsweg offen; Bayr. Gem.O. Art. 36, Pfälz. Art. 27; Elsass-Lothring. Gem.O. § 54 Abs. 4; Leidig S. 213.

⁴⁸ Seuff. II Nr. 258, VII Nr. 271, XXVIII Nr. 102.

⁴⁹ Streng wird in Preußen die Auffassung durchgeführt, daß das ausschließlich von den Hofbesitzern oder einer anderen Mitgliederklasse zu nutzende ehemalige Allmendgut als „gemeinschaftliches Privatvermögen“ überhaupt nicht zum „Gemeindevermögen“ gehört und daher vom „Bürgervermögen“ oder „Gemeindegliedervermögen“ völlig geschieden ist; so die auf Grund des Preufs. L.R. II, 6 § 72, 7 § 32 u. 8 § 160 entwickelte Praxis, wie sie namentlich durch die Minist. Anw. v. 12. Febr. 1845 (J.M.Bl. S. 38) befestigt ist; vgl. Dernburg, Preufs. P.R. I § 54 Anm. 11, Gierke a. a. O. S. 203 Anm. 2; dazu östl. St.O. § 49, Westf. St.O. § 48 u. L.G.O. § 52. Vgl. ferner Hannov. L.G.O. § 45 u. 47 (b. Kraut § 76 Nr. 1); Bayr. Gem.O. Art. 37, Pfälz. Art. 28.

⁵⁰ Gierke a. a. O. S. 211 Anm. 1; oben § 72 Anm. 13. Bis zum Nachweise des Gegentheils muß sogar Gemeindeeigenthum angenommen werden; Seuff. XXVIII Nr. 102.

vermögens. Sie sind der Regel nach Reste der alten Agrargemeinschaft und können daher nur aus der Geschichte des Gemeindewesens begriffen werden. Doch steht der freien Neubildung gleichartiger Genossenschaften nichts entgegen¹.

II. Arten. Die Agrargenossenschaften weisen eine bunte Vielgestaltigkeit auf. Zu ihnen gehören die großen Markgenossenschaften, soweit sie sich als rein wirtschaftliche Verbände erhalten haben². Desgleichen zahlreiche Genossenschaften älterer Herkunft, die schon vor der Auflösung der Markgemeindeverfassung als Sonderverbände für die gemeinsame Bewirthschaftung eines ländlichen Besitzthums ausgebildet waren; so manche Waldgenossenschaften (Forstgenossenschaften, Walderbschaften u. s. w.)³, insbesondere aber die in Preussen durch neuere Gesetze geregelten eigenartigen Hauberggenossenschaften⁴; so einzelne Weidegenossenschaften, unter denen die namentlich in der Schweiz blühenden Alpengenossenschaften und Sentengenossenschaften hervorragen⁵; so die Gehöferschaften⁶; so die

¹ Vgl. Seuff. XXIII Nr. 109 (Anerkennung einer durch Vertrag v. 28. Dez. 1829 errichteten Waldgenossenschaft als rechtsbeständiger]Nachbildung einer Realgemeinde und somit als „deutschrechtlicher Genossenschaft“ im Erk. des O.Trib. Stuttgart v. 26. Juni 1865). Nach dem Preufs. Ges. über gemeinschaftliche Holzungen v. 14. März 1881 § 1 entsteht eine Holzungen-genossenschaft, wenn einer Klasse von Mitgliedern oder Einwohnern einer Gemeinde durch eine Gemeinheitstheilung oder Forstservitutenablösung eine Holzung als Gesamtabfindung überwiesen wird; derartige Abfindungen dürfen aber in Zukunft immer nur als Gesamtabfindungen überwiesen werden. Vgl. auch Bad. Ges. v. 17. Apr. 1884 über Begründung einer Weidegenossenschaft durch die selbst mit Mehrheitsbeschluss mögliche Einführung gemeiner Schafweide.

² Vgl. oben § 71 Anm. 17—19. Auf solche „Markgenossenschaften“ sind die Preufs. Ges. v. 14. März 1881 (vgl. unten Anm. 9) u. v. 5. Juni 1888 (vgl. unten Anm. 8) anwendbar.

³ Vgl. oben § 71 Anm. 25. Preufs. Ges. v. 14. März 1881 § 1 (Erbgenossenschaften) u. v. 5. Juni 1888 § 1 (Forstgenossenschaften).

⁴ Vgl. die im Wesentlichen übereinstimmenden Haubergsordnungen für den Kreis Siegen v. 17. März 1879, für den Dillkreis u. den Oberwesterwaldkreis v. 4. Juni 1887 u. f. den Kreis Altenkirchen v. 9. Apr. 1890; ältere Haub.O. f. Siegen v. 6. Dez. 1834, f. den Dillkreis v. 5. Sept. 1805. Litt. oben § 71 Anm. 5. Die Hauberge sind Grundflächen, die zur Erzielung von Niederwald (besonders Eichenschälwald) benützt, nach dessen periodischem (meist 16—18jährigem) Abtriebe aber zu einmaligem Körnerbau unter die Genossen vertheilt werden, daneben auch der gemeinen Weidenutzung dienen; vgl. die Haubergsordn. § 11—14 (Altenkirchener § 12—16).

⁵ Vgl. die Litt. über die Alpengenossenschaften oben § 71 Anm. 25; über Sentengenossenschaften Schauberg, Beitr. zur Kunde u. Förderung Zürch. Rechtspflege, N.F. XVIII 134 ff.

⁶ Vgl. oben § 71 Anm. 5. In den Gehöferschaften findet noch heute die

in einigen Städten fortbestehenden Baumanschaften, Halbpflege-genossenschaften und ähnlichen Genossenschaften⁷. Endlich die in neuerer Zeit aus der Spaltung der Markgemeinde hervorgegangenen Wirthschaftsgenossenschaften, die in den verschiedensten deutschen Landschaften begegnen und meist schon durch die Fortführung des Gemeindepens als Altgemeinden, Privatgemeinden, Realgemeinden, Nutzungsgemeinden, Allmend- oder Meentengemeinden, auch Hütungs-, Holz-, Moos- oder Gütergemeinden u. s. w. an ihren Ursprung erinnern⁸, anderswo als Genossenschaften oder Genossamen, Allmend-korporationen, Gemeinheiten, Reihemannschaften u. s. w. bezeichnet werden⁹.

III. Rechtsverhältnisse.

1. Die Agrargenossenschaften sind Körperschaften. Als solche sind sie zum Theil ausdrücklich oder doch mittelbar von der Gesetzgebung anerkannt¹⁰. Aber auch wo die Gesetzgebung schweigt

Benutzung einer gemeinsamen Feldmark durch wechselweise erfolgende Verloosung von Theilstücken unter die Genossen statt. Daneben haben sie öfter gemeine Waldungen; vgl. Preufs. Ges. v. 14. März 1881 § 1.

⁷ Vgl. oben § 71 Anm. 40.

⁸ Vgl. Preufs. Ges. betr. die Verfassung der Realgemeinden in der Provinz Hannover v. 5. Juni 1888 (§ 1: „Realgemeinden, Hütungsgemeinden, Forstgenossenschaften, Markgenossenschaften u. s. w.“), „Realgemeinden“ in Württemb.; vgl. oben § 73 Anm. 33. „Nutzungsgemeinden“ oder „Gemeindsnutzen“ in Kurhessen; vgl. oben § 71 Anm. 50, Preufs. Ges. v. 14. März 1881 § 1. „Meentengemeinden“ in Dithmarschen; oben § 71 Anm. 50. „Altgemeinden“ in Sachsen; L.G.O. v. 1838 § 6, 55 u. 56, Ges. über die jur. Pers. v. 15. Juni 1868 § 2, revid. L.G.O. v. 1873 § 21. Güter-, Nutzungs-, Holz-, Moos-, Allmend-, Korporationsgemeinden u. s. w. vielfach in der Schweiz.

⁹ Vgl. Preufs. Ges. v. 14. März 1881 § 1 („Realgemeinden, Nutzungsgemeinden, Markgenossenschaften, Gehöferschaften, Erbgenossenschaften und gleichartiger Genossenschaften“), Hannov. L.G.O. v. 1852 § 45 ff. u. v. 1859 § 60 ff. (Genossenschaften) u. Preufs. Ges. f. Hannover v. 5. Juni 1888 (oben Anm. 8). Preufs. V. f. Kurhessen v. 13. Mai 1867 § 1 (schützt „das Eigenthum von Mit- oder Gesamteigentümern oder von Genossenschaften“). Braunschw. St.O. v. 19. März 1850 § 147—148 u. L.G.O. de eod. § 119—124 („Genossenschaft“ oder „Gemeinheit“). Weimar. L.G.O. v. 1840 § 29—30 u. 32 („Genossenschaft“). Genossamen, Allmendgenossenschaften, Allmendkorporationen u. s. w. vielfach in der Schweiz.

¹⁰ Ausdrücklich z. B. die Hauberggenossenschaften durch preufs. Haub.O. § 6. Mittelbar durch die Bezeichnung als „Gemeinden“ oder „Genossenschaften“ in den oben Anm. 2—3, 6 u. 8—9 angef. Gesetzen. In Sachsen ertheilt das Ges. v. 15. Juni 1868 § 2 den Altgemeinden mindestens die Befugnis, über die Verwaltung und Veräußerung ihres Vermögens nach den Regeln des Körperschaftsrechtes Beschlufs zu fassen. Nach dem Meining. Ed. v. 16. Juni 1829 (Heimbach § 170 Anm. 8) kann eine Klasse nutzungsberechtigter Gemeindeglieder durch einen Syndikus Prozesse führen und Mehrheitsbeschlüsse fassen; die Meining. L.G.O.

oder lediglich auf das Herkommen verweist, kann ihre Persönlichkeit schon deshalb nicht bezweifelt werden, weil in ihnen ein Stück alter Gemeindepersönlichkeit fortlebt¹¹. So ist denn auch in der gemeinrechtlichen Praxis die Behandlung der Agrargenossenschaften als Körperschaften ziemlich allgemein durchgedrungen¹². Nur im Gebiete des preussischen Landrechtes bilden nach ausdrücklicher Gesetzesvorschrift die allmendberechtigten Gemeindeangehörigen „keine besondere Korporation“, sondern blos eine „Klasse“ mit „gemeinschaftlichem Privatvermögen“¹³; sie fallen jedoch unter den preussischrechtlichen Begriff der „erlaubten Privatgesellschaft“, für die wenigstens nach innen Körperschaftsrecht gilt¹⁴.

v. 1840 Art. 10 mit Art. 2 u. 16 behandelt eine solche Klasse als einen besonderen „Verein“. — Allgemein gelten in der Schweiz die Allmendgenossenschaften als Körperschaften; vgl. Bluntschli, R.G. II 381 ff., Renaud a. a. O. S. 69 ff., 74, 96, Z. f. schweiz. R. VI 9 ff., Stettler, Gemeinde- u. Bürgerrechtsverh. in Bern, S. 56 ff. u. 88 ff., Gierke, Genossenschaftsr. I 685 ff., Heusler, Inst. I 291 ff., Huber I 157 ff. So führt denn auch das Schweiz. O.R. Art. 719 die „Allmendgenossenschaften“ als eine Gattung der durch das kantonale Recht zu ordnenden „juristischen Personen“ auf.

¹¹ Vgl. Renaud a. a. O. S. 80 ff. u. 87 ff., Römer a. a. O. S. 107 ff., Gierke, Genossenschaftsr. I 687 u. Genossenschaftsth. S. 212 ff., Gengler, D.P.R. S. 189. — Selbstverständlich kann jedoch in einzelnen Fällen ein bloßes gemeinschaftliches Eigentum (sei es nun Miteigentum oder Eigentumsgemeinschaft zur gesamten Hand) mehrerer Personen an einem ehemaligen Allmendgut vorliegen; insbesondere besteht vielfach zwischen mehreren Gemeinden eine bloße Gemeinschaft, die nicht oder doch nicht mehr als Markgenossenschaft mit eigener Persönlichkeit erscheint. Dann ist aber eine „Agrargenossenschaft“ nicht vorhanden.

¹² Vgl. Seuff. I Nr. 315, XIII Nr. 124 („juristische Person“), XV Nr. 102, XVIII Nr. 3, XXI Nr. 201 u. 202, XXIII Nr. 107 u. 109 („deutschrechtliche Genossenschaft“), XXVII Nr. 102; Schüler I 285 ff.; Bayr. Blätter f. Rechtsanwendung XV 253 u. XIX 240; dazu Gierke, Genossenschaftsth. S. 66 Anm. 1, 67 Anm. 2 u. 4, 73 Anm. 2 u. 213. Ueber die Praxis bezüglich der württemb. Realgemeinden vgl. Bitzer a. a. O. S. 19 ff., Renaud a. a. O. S. 72 ff., Römer a. a. O. S. 94 ff., Weiske, Prakt. Unters. 48 ff.; bezüglich der hessischen Nutzungsgemeinden Renaud S. 75 ff., Weiske S. 69 ff., Sternberg I 7, 21, 23, 25, 29 u. 60. — Regelmäßig wird daher auch einer durch ein Gesamtnutzungsrecht oder eine Gesamtlast verbundenen Einwohnerklasse die selbständige Parteifähigkeit nicht nur in Prozessen wider die Gemeinde oder eine andere Einwohnerklasse, sondern auch in Prozessen mit Dritten zugestanden; Seuff. I Nr. 314—316, XII Nr. 229, XV Nr. 205, XXIII Nr. 108, XXVIII Nr. 108, XXXI Nr. 199; abweichend ib. XXIII Nr. 107; vgl. oben § 68 Anm. 67.

¹³ Pr. L.R. II, 7 § 23 ff. — Dadurch ist indess das Vorkommen von Agrargenossenschaften mit voller Korporationseigenschaft nicht ausgeschlossen; vgl. östl. St.O. § 49, Westfäl. St.O. § 48 u. L.G.O. § 52.

¹⁴ Pr. L.R. II, 7 § 25 und 27 u. dazu Gierke, Genossenschaftsth. S. 102 Anm. 2 u. 213. Auch das Preufs. Ges. über gemeinschaftliche Holzungen v. 14. März

2. Die Agrargenossenschaften sind selbständige Körperschaften mit eigener Verfassung, eigener Mitgliedschaft und eigenen Organen¹⁵. Vielfach ist allerdings der Zusammenhang mit der politischen Gemeinde nicht völlig gelöst¹⁶. Allein juristisch kann in der fortdauernden Verbindung nur noch ein zufälliges Zusammentreffen von Gemeindeverfassung und Genossenschaftsverfassung erblickt werden. Ist daher z. B. Gemeindeangehörigkeit zur Theilnahme an der Genossenschaft erforderlich oder der jeweilige Gemeindevorstand zugleich zum Genossenschaftsvorstande berufen, so beruht dies rechtlich nicht mehr auf der Gemeindeverfassung, sondern auf einer besonderen Anordnung der Genossenschaftsverfassung¹⁷.

3. Die Agrargenossenschaften sind demgemäß an sich private Körperschaften¹⁸. Hieran ändert es nichts, wenn sie zum Theil einer besonderen Staatsaufsicht unterstellt sind¹⁹. Manchen Genossenschaften dieser Gattung aber, wie namentlich den Haubergsgenossenschaften und für den Fall der Neuregelung ihrer Verfassung auch

1881 legt zwar den Begriff des „Miteigentums“ an Genossenschaftswaldungen zu Grunde, macht aber durch das Theilungsverbot, die Unterwerfung der Benutzung unter Staatsaufsicht, den Zwang zur Bestellung einheitlicher Repräsentanten und die Ermächtigung des Mehrheitsbeschlusses zur Errichtung eines „Statutes“ dabei gewisse körperschaftsrechtliche Grundsätze allgemein anwendbar und setzt der Fortgeltung oder Einführung einer vollen Körperschaftsverfassung kein Hinderniß entgegen. — Das Ges. v. 5. Juni 1888 schweigt über die rechtliche Natur der von ihm betroffenen Realgemeinden, behandelt sie aber durchweg als eigenthumsfähige „Genossenschaften“ körperschaftlicher Struktur.

¹⁵ Vgl. z. B. die Haubergs-O. § 14 ff. (Altenkirchener § 16 ff.). Für die Realgemeinden in Hannover ordnet das Ges. v. 5. Juni 1888 eine entweder auf Antrag von Mitgliedern oder im öffentlichen Interesse von Amtswegen zu erwirkende „Regelung der Verfassung“ an (§ 3); sie erfolgt durch ein unter obrigkeitlicher Mitwirkung und Genehmigung von der Mitgliederversammlung mit Mehrheit zu beschließendes, im Nothfall aber vom Bezirksausschuß festzustellendes Statut (§ 4—5 u. 7); das Statut muß die wesentlichen Bestandtheile einer Körperschaftsverfassung mit Genossenschaftsversammlung und Vorstand enthalten (§ 6).

¹⁶ Darum läßt die Praxis in Prozessen über Gesamtrechte oder Gesamtpflichten einer Klasse von Gemeindegliedern auch dann, wenn diese Klasse als parteifähig anerkannt wird, die Vertretung der Klasse durch die Gemeinde zu; vgl. oben § 68 Anm. 66, Gierke, Genossenschaftsth. S. 211.

¹⁷ Gierke a. a. O. S. 202 ff. u. 212 Anm. 1; Preuß. Ges. v. 5. Juni 1888 § 6 a. E.: „Durch das Statut kann der Vorstand der politischen Gemeinde zum Vorstande der Realgemeinde bestellt werden.“

¹⁸ Gierke a. a. O. S. 162 Anm. 4 u. 212, Renaud a. a. O. S. 80 ff., Gengler, D.P.R. S. 189; R.Ger. IX Nr. 62; dazu die oben § 73 Anm. 44 u. 49 angef. Gesetze.

¹⁹ So z. B. alle Holzungen-genossenschaften nach Preuß. Ges. v. 14. März 1881 § 6—9.

den hannoverschen Realgemeinden, ist durch die Gesetzgebung die Stellung öffentlicher Körperschaften verliehen²⁰.

4. Die Agrargenossenschaften sind Körperschaften genossenschaftlicher Struktur. Ihr Grundvermögen ist nach genossenschaftlicher Ordnung in Einheitsrecht der Verbandsperson und Vielheitsrechte der Mitglieder zerlegt. Es besteht also ein genossenschaftliches Gesamteigenthum²¹ oder doch, falls das Eigenthum der Gemeinde oder einem Dritten zusteht, ein entsprechendes dingliches Gesamtrecht²²: die Verfügungs- und Verwaltungsbefugnisse der Genossenschaft finden ihre Schranke an den Nutzungsrechten der Genossen, diese Nutzungsrechte aber haben, wie ungleich im Uebrigen ihr Inhalt und Umfang bestimmt sein mag, durchweg den Charakter mitgliedschaftlicher Sonderrechte²³.

²⁰ Haubergsordn. § 23—33 (Altenkirchener § 25—35); Preufs. Ges. v. 5. Juni 1888 § 8. Daher tritt hier auch bei Streitigkeiten über Nutzungsrechte, Stimmrechte und Lasten der Genossen als solcher das Verwaltungsstreitverfahren ein. — Auch manche Schweiz. Ges. schreiben allen oder gewissen Allmendgenossenschaften einen öffentlichen Charakter zu; so z. B. Thurgauer Gb. § 19—23; vgl. Huber I 161 ff., III 150 ff., IV 770.

²¹ Haubergsordn. § 2: „ungetheiltes und untheilbares Gesamteigenthum der Besitzer“; Seuff. XVIII Nr. 3: „deutschrechtliches Gesamteigenthum“; Gierke a. a. O. S. 320 ff. u. 322 Anm. 2; dazu oben § 68 S. 539 ff. — Im Erfolge kommt darauf auch das modifizierte „Miteigenthum“ hinaus, das im Gebiete des preufs. L.R. (vgl. oben Anm. 14) u. zum Theil auch in der gemeinrechtlichen Praxis (vgl. z. B. Seuff. VIII Nr. 11 u. XXIII Nr. 109) angenommen wird; Gierke a. a. O. S. 323.

²² Gierke a. a. O. S. 211 Anm. 1 u. 321 Anm. 3; Gwalter, Z. f. schweiz. R. XX 74 ff.; Heusler, Inst. I 292 ff. So ist auch nach dem Preufs. Ges. v. 5. Juni 1888 § 1—2 für den Begriff der „Realgemeinde“ unerheblich, „ob die gemeinschaftlich genutzten Vermögensgegenstände im Eigenthum der Genossenschaft oder ihrer Mitglieder, oder eines Dritten, oder im Miteigenthum mehrerer Genossenschaften sich befinden“.

²³ Gierke a. a. O. S. 323 ff., Heusler, Inst. I 295 ff., Gengler S. 189 ff., Huber IV 769 ff.; Preufs. Haubergsordn. § 7—9 mit § 11—14 u. 18; Preufs. Ges. v. 5. Juni 1888 § 1: „Genossenschaften, deren Mitglieder kraft ihrer Genossenschaftsangehörigkeit zur Nutzung einer Gemeinheit berechtigt sind.“ Dazu Seuff. XIII Nr. 124, XVIII Nr. 3, XXI Nr. 102, XXXIII Nr. 28, XXXV Nr. 95. — Da die Nutzungsrechte keine selbständigen dinglichen Rechte an einer fremden Sache sind, gehören sie auch nicht ins Grundbuch; vielfach aber bestehen für ihre Registrirung besondere genossenschaftliche Bücher, wie die Lagerbücher bei den Hauberggenossenschaften (Preufs. Haub.O. § 10, Altenkirch. § 11), die Mitgliederverzeichnisse bei den Realgemeinden (Preufs. Ges. v. 1888 § 6 Z. 3), die Seybücher bei den Berner Alpengenossenschaften (Heusler I 303 ff.) u. s. w.; vgl. Gierke a. a. O. S. 324 Anm. 2. — Wenn im Anschluß an die Theorien von Renaud a. a. O. S. 95 ff. u. Römer a. a. O. S. 118 ff. auch bei den Agrargenossenschaften

5. Die Agrargenossenschaften sind Wirtschaftsgenossenschaften. Ihr Lebenszweck ist die Befriedigung wirtschaftlicher Bedürfnisse der einzelnen Genossen durch gemeinsame Landnutzung. Darum ist der Antheil des einzelnen Genossen an der Nutzung stets der Kern seiner Mitgliedschaft²⁴. Im Uebrigen kann jedoch ein ungleiches Verhältniß stattfinden, indem der Nutzungsantheil entweder Ausfluß oder Grundlage der Mitgliedschaft ist. Denn in verengter Bedeutung dauern hier die verschiedenen, aus der Umbildung der Markgemeinde entstandenen Typen von Personalgemeinden, Realgemeinden und Rechtsamegemeinden fort²⁵. Insoweit hiernach die Mitgliedschaft entweder lediglich an persönliche Thatbestände oder in erster Linie an den Besitz gewisser Grundstücke geknüpft ist, bleibt der Nutzungsantheil ein Ausfluß der Mitgliedschaft²⁶. Wo aber die Nutzungsantheile zu selbständigen Vermögensrechten geworden sind, die vorbehaltlich der durch die Genossenschaftsverfassung gezogenen Schranken für sich vererbt, veräußert, gehäuft und getheilt werden können, erscheint der Nutzungsantheil gleich einer Aktie oder einem Kuxe als Grundlage der Mitgliedschaft²⁷. Agrargenossenschaften, die

die Konstruktion der Nutzungsrechte als *jura in re aliena* immer wieder Beifall findet, so wird doch meist zugegeben, daß diese dinglichen Rechte durchaus eigenartiger Natur sind; vgl. die bei Gierke a. a. O. S. 323 Anm. 2 angef. Praxis.

²⁴ Nach dem Umfange der Theilnahmerechte an der Nutzung richtet sich im Zweifel auch das Stimmrecht in der Genossenschaftsversammlung und der Antheil an den Genossenschaftslasten (Preuß. Ges. v. 14. März 1881 § 4–5, v. 5. Juni 1888 § 5, Haubergs-O. § 8 u. 15 [Altkirchener § 9 u. 17]).

²⁵ Insoweit haben die oben § 71 V 2 S. 587 ff. geschilderten Gemeindeformen noch praktische Bedeutung.

²⁶ So bei den Personalgenossenschaften, bei denen Abstammung oder Gemeindeangehörigkeit oder Wohnsitz im Bezirke die Grundlage der Mitgliedschaft ist, wie dies namentlich in der Schweiz bei den Allmendgenossenschaften vielfach begegnet; vgl. Heusler, Z. f. schweiz. R. X 32 ff., Miaskowski, Allmend S. 86 ff., Huber IV 770 Anm. 44. Ebenso aber auch bei den Realgemeinden, falls die Nutzungsrechte untrennbar an den Gütern haften, wie bei den württ. Realgemeinden, den Gütergemeinden in der Schweiz und regelmäßig auch bei den hannov. Realgemeinden; vgl. Gierke a. a. O. S. 324 Anm. 2, Frank, Mag. f. D. R. V 228 ff., Seuff. XXXV Nr. 180.

²⁷ So bei den Nutzungs- oder Rechtsamegemeinden (z. B. in Hessen und in Dithmarschen, vgl. oben § 71 Anm. 50), möglicher Weise auch bei den hannov. Realgemeinden (Preuß. Ges. v. 5. Juni 1888 § 6 Z. 6–7). So bei den Hauberggenossenschaften, die auf „Antheile“ gebaut sind, über die den Genossen die „freie Verfügung“ mit Ausnahme der Theilung unter das für jeden Hauberg bestehende geringste Einheitsmaß hinab zusteht; Haub.O. § 7. So bei den Gehöferschaften; Hanssen a. a. O. I 99 ff. So bei den Alpengenossenschaften, bei denen die Antheilsrechte Kuhrechte, Kuhhessen, Alprechte, Stöße, Gräser u. s. w. heißen und

in dieser Weise auf Antheile gebaut sind, bilden einen eigenartigen Typus der Vermögensgenossenschaft²⁸.

Fünfter Titel.

Die Genossenschaften insbesondere.

§ 75. Öffentliche Genossenschaften.

I. Begriff und Wesen. Als „öffentliche Genossenschaften“ bezeichnen wir alle öffentlichen Körperschaften, die nicht Gemeinden sind¹.

Der Begriff der „öffentlichen“ Körperschaft wird im geltenden deutschen Recht vielfach verwandt und mit Rechtsfolgen ausgestattet². Doch ist er weder eindeutig noch fest begrenzt. Denn einerseits gebrauchen ihn die verschiedenen Reichs- und Landesgesetze nicht immer im gleichen Sinne³. Andererseits wird zwar nicht nur allen Gemeinden, sondern auch manchen Genossenschaften ausdrücklich die Eigenschaft von „Körperschaften des öffentlichen Rechtes“ beigelegt, bei vielen Genossenschaften aber nur eine Reihe von Einzelbestimmungen getroffen, aus denen auf das Dasein der gleichen Eigenschaft geschlossen werden muß⁴.

Das Wesen der öffentlichen Körperschaft beruht in der Erhebung ihres Sozialrechtes zu einem Bestandtheile der öffentlichen Rechtsordnung⁵. Der Staat unterstellt ihr Gemeinleben, weil er es

Bruchtheile solcher Antheilsrechte (z. B. bis hinab zu Viertelskuhrechten oder Füßen) vorkommen; Blumer II 369 ff., Gierke, Genossenschaftler. I 611 ff., Heusler, Inst. I 295, Huber IV 769 Anm. 42 u. 770 Anm. 44. So auch bei manchen städtischen Agrargenossenschaften; vgl. Gierke a. a. O. S. 682, Seuff. XIII Nr. 124.

²⁸ Vgl. oben S. 484, 492 ff., 502 Anm. 26, 551, 560, 570 Anm. 69, unten S. 626.

¹ So auch Rosin, Das Recht der öffentlichen Genossenschaft, Freib. 1888. Dazu außer der hier S. 1—16 angef. Litteratur Bähr, Der Rechtsstaat S. 42 ff., Gierke, Genossenschaftsthe. S. 155 ff., Bekker, Pand. § 67, Regelsberger, Pand. § 80, Jellinek, Syst. der subj. öff. R. S. 250 ff., Förster-Eccius (6. Aufl.) IV 676 ff.

² Vgl. z. B. H.G.B. Art. 173 a Abs. 2 u. 207 a Abs. 2; R. Konk.O. § 54 Z. 3; Bayr. Vereinsges. Art. 1; Sächs. Ges. v. 15. Juni 1868 § 1; ferner die Nachweise aus Theorie u. Praxis b. Rosin u. Gierke a. a. O. Dazu Entw. II § 77: „Körperschaften des öffentlichen Rechtes.“ Vgl. auch Schweiz. O.R. Art. 719.

³ Gierke a. a. O. S. 158 ff.

⁴ Vgl. z. B. oben § 74 Anm. 20. Ebenso verhält sich die Reichsgesetzgebung bei den von ihr geregelten gewerblichen Körperschaften und sozialpolitischen Verbänden.

⁵ Gierke a. a. O. S. 167, dazu oben § 68 II u. III. — Sachlich übereinstimmend Hinschius in Marquardsens Handb. I 253 ff., im Wesentlichen auch Jellinek a. a. O. S. 253 ff.

als ein für ihn selbst werthvolles Gut betrachtet, gleichartigen Normen, wie sie sein eignes Gemeinleben beherrschen. Darum gilt im Verhältniß der Körperschaft zu ihren Gliedern eine Ordnung, kraft deren das Ganze und der Theil auch für den Staat nicht gleichwerthig sind, sondern der höhere Rang des über dem Einzelleben verlaufenden Gemeinlebens zu rechtlichem Ausdruck gelangt: die Körperschaftsgewalt empfängt Attribute einer hoheitlichen Macht⁶, die Träger der Körperschaftsgewalt nehmen eine obrigkeitliche Stellung ein⁷, die inneren Streitigkeiten werden unter Ausschluss des Civilprozesses auf den Verwaltungsrechtsweg gewiesen⁸. Andererseits behält sich der Staat über die Körperschaft, der er eine so erhöhte Kraft ihres Sozialrechtes gewährleistet, eine das Maß der allgemeinen Körperschaftshoheit überschreitende Macht vor: er bindet ihre Errichtung, Veränderung und Beendigung an seine Mitwirkung⁹, er beschränkt ihre Selbständigkeit durch eine gesteigerte Aufsicht¹⁰, er nimmt zum Theil ihr Leben in seinen Dienst und legt ihr die Erfüllung ihrer Lebensaufgabe als eine Berufspflicht auf¹¹. Schliesslich wird auch Dritten gegenüber die Körperschaft vielfach durch einen stärkeren Schutz ihrer Rechte und Interessen über die privaten Verbände emporgehoben¹².

In allen diesen Punkten aber werden bei verschiedenen Körperschaftsgattungen je nach ihrer staatlichen Werthung die einzelnen Rechtssteigerungen in sehr ungleichem Maße vollzogen. Es handelt sich eben durchweg um relative Unterschiede. Darum giebt es kein einzelnes Merkmal, an dem die öffentliche Körperschaft mit Sicherheit zu erkennen wäre. Insbesondere liegt ein solches weder in der Beschaffenheit des Körperschaftszweckes¹³ noch in der Zwangs-

⁶ Vgl. oben § 66 I; Hinschius a. a. O. (obrigkeitliche Gewalt); Jellinek a. a. O. (Herrschaftsrechte). Besonders häufig findet sich das Recht zur Beitreibung rückständiger Beiträge durch Verwaltungszwang; vgl. Rosin a. a. O. S. 9 ff., Förster-Eccius § 283 Anm. 1.

⁷ Gierke a. a. O. S. 159 ff.

⁸ Vgl. oben § 68 Anm. 7, 56—57, § 73 Anm. 26 u. 43, § 74 Anm. 20.

⁹ Oben § 68 Anm. 11—13 u. 26, § 69 Anm. 17 u. 23—24, § 70 Anm. 27—29 u. 37 ff.

¹⁰ Oben § 67 Anm. 14—27.

¹¹ Oben § 67 Anm. 19; Rosin S. 17 ff. — Dabei bestehen aber wiederum tiefgreifende Unterschiede, jenachdem die Körperschaft unmittelbar als Staatsorgan fungirt (wie die Gemeinde) oder nur als ein mit besonderen Rechten und Pflichten ausgestattetes Staatsglied erscheint.

¹² R.Str.G.B. § 34 Z. 4, § 107—109, § 132, § 196—197 u. dazu Gierke a. a. O. S. 160 ff.

¹³ Vgl. über und gegen die verbreitete Ansicht, daß der Zweck maßgebend sei, Rosin S. 12 ff., Sächs. Ges. v. 15. Juni 1868 § 33, auch oben § 70 Anm. 65.

mitgliedschaft¹⁴ noch in irgend welchen körperschaftlichen Privilegien¹⁵ noch in bestimmten gemeinheitlichen Machtbefugnissen¹⁶ noch in einer besonderen Organ- oder Gliedstellung im Staatsorganismus¹⁷ noch auch in der dem Staate gegenüber begründeten Pflicht zur Erfüllung der körperschaftlichen Lebensaufgabe¹⁸. Entscheidend ist vielmehr die in der Rechtsordnung ausgeprägte Gesamtauffassung¹⁹. Dabei bleibt innerhalb des Begriffes der öffentlichen Genossenschaft für eine stärkere oder schwächere Entfaltung des öffentlichrechtlichen Typus Raum²⁰. Umgekehrt können Genossenschaften in einzelnen Punkten den öffentlichen Körperschaften gleichgestellt sein, ohne hierdurch aus der Reihe der privaten Genossenschaften auszuscheiden²¹.

¹⁴ Gierke a. a. O. S. 166 ff., Rosin S. 3 ff. Es giebt öffentliche Wassergenossenschaften und Feuersozietäten mit und ohne Beitrittszwang; Kirchen, kaufmännische Korporationen, Innungen sind nach heutigem deutschem Rechte keine Zwangsverbände; ebensowenig die preussischen Landschaften. Vgl. im Uebrigen oben § 64 Anm. 4. — Noch weniger kann umgekehrt mit Jhering, Zweck im Recht I 296 ff., das Beitrittsrecht als Unterscheidungsmerkmal betrachtet werden; vgl. Rosin S. 5 ff.

¹⁵ Vgl. Hinschius a. a. O. S. 251, Rosin S. 2 ff., oben § 66 Anm. 21—25. — Noch weniger darf man mit E. Mayer, Krit. V. J. Schr. XXVIII 455 ff., alle durch Spezialverleihung oder auf Grund eines gesetzlichen Ausspruches nach erfolgtem Nachweise der „Gemeinnützigkeit“ mit Korporationsrechten ausgestatteten Verbände für „öffentliche“ erklären; vgl. Gierke a. a. O. S. 913, Jellinek S. 251.

¹⁶ Vgl. Rosin S. 6 ff. — Insbesondere entscheidet nicht der Verwaltungszwang; ib. S. 8 ff.

¹⁷ Rosin S. 1 ff. „Öffentliche“ Rechte und Pflichten gegen den Staat haben auch private Körperschaften; oben § 66 II, Jellinek S. 243 ff. — Auch das Mafs der staatlichen Einwirkung auf das Verbandsleben ist nicht entscheidend; Rosin S. 16.

¹⁸ So Rosin S. 16 ff. Vgl. gegen ihn Gierke S. 657 Anm. 1, Jellinek S. 252, Regelsberger § 80 Anm. 4, Förster-Eccius § 283 Anm. 1. Dieses Merkmal fehlt z. B. bei den anerkannten Kirchen und findet sich bei den eingeschriebenen Hilfskassen, von denen jene nur gewaltsam ihrer öffentlichrechtlichen Qualität entkleidet, diese nur gewaltsam zu öffentlichen Genossenschaften gestempelt werden können, wie dies Rosin S. 35 ff. u. 67 ff. unternimmt.

¹⁹ Gierke a. a. O. S. 167 u. 913; Regelsberger § 80; Jellinek S. 251 ff.

²⁰ Gierke S. 168; Jellinek S. 253 (er unterscheidet „aktive“ und „passive“ öffentliche Verbandsqualität).

²¹ Gierke S. 168 Anm. 2 u. 657 Anm. 1. So werden Vereine, denen im Gebiete des preuss. Landr. die Korporationsrechte speziell verliehen sind, durch die hiermit verknüpfte Unterstellung unter eine Fülle von Rechtssätzen, die sonst heute nur für öffentliche Körperschaften gelten, noch keine öffentlichen Körperschaften. Ebensowenig alle Religionsgesellschaften mit „Korporationsrechten“ durch R.Str. (G.B. § 166.

Insoweit nun hiernach eine öffentliche Genossenschaft vorliegt, untersteht sie zwar als Genossenschaft den allgemeinen Rechtssätzen über Körperschaften, empfängt aber als öffentliche Genossenschaft ihre Eigenart durch besondere Rechtssätze des öffentlichen Rechts. Manche öffentliche Genossenschaften indess greifen vermöge der Verflechtung von Individualrecht mit ihrem Sozialrecht so tief in das Privatrecht ein, daß ihr besonderes Recht auch im Privatrecht nicht übergangen werden kann.

II. Arten. Öffentliche Genossenschaften sind:

1. Kirchliche Körperschaften. Vermöge der öffentlich-rechtlichen Stellung der anerkannten christlichen Kirchen sind ihre Gliedkörperschaften, somit die Kirchengemeinden jeder Ordnung und die den Kirchen eingegliederten besonderen Körperschaften, öffentliche Genossenschaften²². Andere Religionsgenossenschaften dagegen nur, falls ihnen diese Eigenschaft ausdrücklich beigelegt ist²³.

2. Spezialgemeinden. Keine Gemeinden, wohl aber öffentliche Genossenschaften sind die für einzelne an sich kommunale Zwecke gebildeten Gebietskörperschaften. So die als besondere Körperschaften vorkommenden Schul-, Armen- und Wegegemeinden²⁴; so auch, falls sie überhaupt als Körperschaften anerkannt sind, die zur gemeinsamen Wahrnehmung einzelner kommunaler Angelegenheiten errichteten Verbände von benachbarten Gemeinden und Gutsbezirken²⁵.

3. Ständische Körperschaften. Öffentliche Genossenschaften sind, soweit sie sich erhalten haben, die alten Ständekörper, wie z. B. ritterschaftliche Korporationen und kommunalständische Ver-

²² Vgl. Hinschius a. a. O. S. 249 ff., Jellinek S. 260 ff., Förster-Eccius IV 684 ff. — Ueber die Kirchengemeinden als Rechtssubjekte vgl. Meurer a. a. O. II 158 ff., 280 ff., 290 ff., 392 ff.; über die als besondere kirchliche Körperschaften anerkannten Verbandspersonen (Kapitel, Klöster, Kongregationen) ib. S. 205 ff., 245 ff., 321 ff., 388 ff. u. 402 ff.

²³ Vgl. oben Anm. 21 u. § 55 II 2.

²⁴ Z. B. die preussischrechtlichen „Schulsozietäten“; Pr. L.R. II, 12 § 29 ff., O.Trib. Berlin Entsch. XXV 301, XXXVII 314, Striethorst Arch. XXX 233, R.G. b. Gruchot XXXIV 1031, Gierke, Genossenschaftsr. I 766 ff., Förster-Eccius IV 702 ff. Ferner die „Ortsarmenverbände“, sofern sie sich nicht mit einer Gemeinde decken, und immer die „Landarmenverbände“; Gierke a. a. O. S. 767 ff., R.Ges. v. 6. Juni 1870 § 3 ff., R.Ger. b. Gruchot XXV 119, Förster-Eccius IV 684. Bisweilen auch Wegebauverbände; Gierke a. a. O. S. 768.

²⁵ Nach der Preuss. östl. (u. Schlesw.-Holst.) L.G.O. § 129 „können diesen Verbänden auf ihren Antrag mit Königl. Genehmigung die Rechte öffentlicher Körperschaften beigelegt werden“.

bände²⁶. Ebenso aber manche berufsständische Genossenschaften des neueren Rechtes, wie z. B. die kaufmännischen Korporationen, die Innungen und im Falle der Beilegung der Rechtsfähigkeit auch die Innungsverbände, die Anwaltskammern und die in Preussen jüngst errichteten Landwirthschaftskammern²⁷.

4. Wirthschaftsgenossenschaften. Unter den auf einen gemeinsamen wirthschaftlichen Zweck gerichteten Genossenschaften nehmen sowohl personale wie reale Verbände die Stellung öffentlicher Körperschaften ein.

a. Personalgenossenschaften mit öffentlichrechtlichem Charakter begegnen namentlich als Trägerinnen einer Personenversicherung. Dahin gehören aufer manchen sonstigen Hilfsverbänden, Sterbekassen, Witwenkassen u. s. w. die Knappschaften des Bergrechtes²⁸ und vor Allem die reichsgesetzlich geregelten öffentlichen Krankenkassen und Berufsgenossenschaften für Unfallversicherung²⁹.

b. Realgenossenschaften wirthschaftlicher Art sind in noch größerer Zahl als öffentliche Körperschaften eingerichtet. So namentlich Grundbesitzerverbände, die behufs Erreichung eines zugleich im öffentlichen Interesse gelegenen gemeinsamen Wirthschaftszweckes das Grundeigenthum der einzelnen Genossen binden und belasten: Deichgenossenschaften, Sielachten und öffentliche Wassergenossenschaften³⁰; Waldgenossenschaften³¹; Jagdgenossenschaften³²; Fischereigenossenschaften³³. Desgleichen öffentliche Verbände für Immobilierversicherung, insbesondere die „Feuersozietäten“ mit oder ohne Beitrittszwang³⁴. Ebenso manche Kreditverbände von Grundbesitzern, wie sie nach dem Muster der preussischen Landschaften fast in ganz

²⁶ Gierke a. a. O. S. 793 ff., H. Schulze, Preufs. Staatsr. I 538 ff., Bornhak, Preufs. Staatsr. II 364 ff.

²⁷ Von den Innungen ist noch im Gewerberechte zu handeln. Die Anwaltskammern regelt das R.Ges. v. 1. Juli 1878 § 41—61, das in § 49 Z. 5 ihre Vermögensfähigkeit anerkennt. Ueber die Landwirthschaftskammern Preufs. Ges. v. 30. Juni 1894.

²⁸ Von ihnen im Bergrecht (unten Buch III Abschn. VI).

²⁹ Hiervon im Gewerberecht (unten Buch III Abschn. VII), wo auch zu prüfen ist, welche Kassen und Verbände körperschaftliche Natur haben.

³⁰ Von ihnen im Wasserrecht (unten Buch III Abschn. V).

³¹ Von ihnen im Forstrecht (unten Buch III Abschn. IV).

³² v. Brünneck, Die Jagdgenossenschaften, Halle 1867; Gierke a. a. O. S. 768 ff.; Näheres im Jagdrecht (unten Buch III Abschn. IV).

³³ Davon im Wasserrecht (unten Buch III Abschn. V).

³⁴ Gierke a. a. O. S. 1051 ff. — In Preussen werden jedoch die Landfeuersozietäten meist für Anstalten erklärt; Förster-Eccius IV 691.

Deutschland gebildet sind⁸⁵. Endlich auch, falls ihnen ausnahmsweise die Eigenschaft öffentlicher Körperschaften beigelegt ist, die Agrargenossenschaften, bei denen sogar der Typus der reinen Vermögensgenossenschaft in das öffentliche Recht eintritt⁸⁶.

§ 76. Private Genossenschaften.

I. Begriff und Wesen. Alle Genossenschaften, die nicht zu den öffentlichen Körperschaften gehören, sind „private“ Genossenschaften.

Entscheidend für ihr Wesen ist die Behandlung ihres Sozialrechtes als eines Bestandtheiles der Privatrechtsordnung¹. Der Staat legt daher zwar diesem Sozialrecht die Bedeutung der Lebensordnung eines Gemeinwesens bei, werthet es aber nicht hoch genug, um es in das Reich der öffentlichen Rechtsordnung zu erheben. Während somit das Körperschaftsrecht einer derartigen Genossenschaft in seiner Sphäre die Ueberordnung des Verbandsganzen über die Verbandsglieder zur Geltung bringt, erscheinen vor dem Forum des Staates die Gesamtperson und die Gliedpersonen als Träger gleichwerthiger Interessen. Die Körperschaftsgewalt ist bloße Privatgewalt; die Behörden und Beamten der Körperschaft sind Privatbehörden und Privatbeamte; die inneren Rechtsstreitigkeiten werden als „bürgerliche Rechtsstreitigkeiten“ im Wege des Civilprozesses ausgetragen. Dafür nimmt der Staat hier eine weit geringere Einwirkung auf das innere Verbandsleben in Anspruch.

Somit fällt der Schwerpunkt des Rechtes der privaten Genossenschaften in das Privatrecht. Ihm gehört nicht nur das Individualrecht, sondern auch das Sozialrecht dieser Verbände an. Keineswegs aber entbehren die privaten Genossenschaften der Beziehungen zum öffentlichen Rechte. Vielmehr haben sie sämmtlich öffentliche Rechte und Pflichten, die wiederum je nach der Besonderheit ihrer Gliedstellung im Staate und ihres Lebensberufes mannichfacher Abstufung fähig sind². Ueberdies wird zum Theil auch das innere Körperschaftsrecht in einzelnen Punkten nach den Grundsätzen des öffentlichen

⁸⁵ Von ihnen im Pfandrecht (unten Abschn. II Kap. VIII).

⁸⁶ Vgl. oben § 74 Anm. 20 u. 28.

¹ Gierke, Genossenschaftsth. S. 162 ff.

² So treten Aktiengesellschaften und andere Privatgenossenschaften in einen besonderen Kreis öffentlicher Rechte und Pflichten ein, wenn sie auf Grund eines staatlichen Privilegs Banknoten ausgeben, ein Eisenbahnunternehmen, das Versicherungsgewerbe oder sonst ein konzessionspflichtiges Gewerbe betreiben u. s. w. Man denke ferner an die besonderen öffentlichen Rechte und Pflichten der eingeschriebenen Hilfskassen.

Rechtes behandelt, ohne hiermit im Ganzen seinen privatrechtlichen Charakter einzubüßen³.

II. Arten. Die meisten privaten Genossenschaften sind gewillkürte Körperschaften. Doch giebt es auch gewordene Privatgenossenschaften, wie z. B. die Familien des hohen Adels und die meisten Agrargenossenschaften. Die Mitgliedschaft beruht in der Regel auf freiem Willensentschluss. Auch hiervon aber kommen Ausnahmen vor, wie z. B. die Berufung zum Familienmitgliede durch Geburt oder der Eintritt in eine vererbliche Mitgliedschaft durch Erbfolge. Im Uebrigen unterscheiden sich die Genossenschaften hauptsächlich nach ihrem Lebenszweck.

1. Familiengenossenschaften. Als eigenartige private Genossenschaften sind gemeinrechtlich die hochadligen Häuser anzuerkennen⁴. Partikularrechtlich gilt jede mit einem Familiengute bewidmete Familie als Verbandsperson⁵. Uebrigens kann auch sonst eine Familie kraft Unvordenklichkeit Körperschaftsrechte besitzen oder sich durch freien Gesamttakt als Körperschaft konstituieren⁶.

2. Wirthschaftsgenossenschaften. Genossenschaften, die auf einen wirthschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet sind, nehmen als Wirthschaftsgenossenschaften eine besondere Stellung zum Vermögensrechte ein. Denn sie sind nicht nur nothwendig vermögensbedürftig, sondern führen auch vermögensrechtliche Bestandtheile in ihre innere Lebensordnung ein. Das geltende Recht kennt eine Anzahl typischer Rechtsformen, die in verschiedener Weise die genossenschaftliche Lösung einer wirthschaftlichen Aufgabe ermöglichen. Sie sind von Hause aus darauf angelegt, selbstnützigen Zwecken der Mitglieder zu dienen, können aber zum Theil auch ausschließlich oder überwiegend in den Dienst eines gemeinnützigen Zweckes gestellt werden⁷. Je nach der Beschaffenheit ihrer Rechtsgrundlage lassen sich die Wirthschaftsgenossenschaften in drei Gruppen eintheilen.

a. Personalgenossenschaften. Bei den wirthschaftlichen Personalgenossenschaften bleibt die personenrechtliche Grundlage gewahrt, wird jedoch durch die verfassungsmäßige Verknüpfung ver-

³ Vgl. oben § 75 Anm. 21.

⁴ Oben § 47 S. 400 und unten Buch III Abschn. II.

⁵ Davon unten Buch III Abschn. II.

⁶ So ist im Erk. des R.Ger. XXIX Nr. 32 S. 124, 126 u. 130 die altadelige Zürcher Familie v. Orelli als parteifähige Körperschaft anerkannt. Vgl. auch R.Ger. I Nr. 123.

⁷ So Aktiengesellschaften und Gesellschaften mit beschränkter Haftung, zum Theil auch eingetragene Genossenschaften.

mögensrechtlicher Sonderrechte und Sonderpflichten mit der Mitgliedschaft mehr oder minder abgewandelt. Hierher gehören alle privaten Versicherungsgenossenschaften auf Gegenseitigkeit⁸, unter denen die als „eingeschriebene Hülfskassen“ eingerichteten Krankenversicherungsgenossenschaften einem reichsgesetzlichen Spezialrechte unterstehen⁹. Desgleichen die privaten Kreditgenossenschaften (Vorschufs- und Kreditvereine, Darlehnsvereine u. s. w.), Distributivgenossenschaften (Konsumvereine, Wohnungsgenossenschaften, Rohstoffvereine, Werkgenossenschaften, Absatzgenossenschaften und Magazinvereine) und Produktivgenossenschaften. Allen solchen „Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaften“ stellt das Reichsrecht die eigenartige Rechtsform der „eingetragenen Genossenschaft“ zur Verfügung¹⁰.

b. Realgenossenschaften. Private Genossenschaften, bei denen die Mitgliedschaft als Realrecht an bestimmten Grundstücken haftet, begegnen unter den Agrargenossenschaften. Auch gehören dazu die freien Wassergenossenschaften des preussischen Rechts¹¹.

c. Vermögensgenossenschaften. Die Genossenschaften, deren Rechtsgrundlage ein in Antheile zerlegtes Sondervermögen bildet, fallen als Vermögensgenossenschaften regelmässig in das Privatrecht¹².

⁸ Ihr besonderes Recht gehört ins Versicherungsrecht; vgl. darüber Lewis, Versicherungsr. I 142 ff., u. namentlich Ehrenberg, Versicherungsr. I 108—149.

⁹ Davon unten im Gewerberecht (Buch III Abschn. VII).

¹⁰ Dafs die „eingetragene Genossenschaft“ Körperschaft ist, wird jetzt nur noch vereinzelt bestritten. Die früher hiergegen aus der Solidarhaft der Mitglieder hergeleiteten Argumente sind nach dem jetzt geltenden R.Ges. v. 1. Mai 1889 hinfällig. Dieses Gesetz läfst im Gegensatz zu dem R.Ges. v. 4. Juli 1868, das nur Genossenschaften mit unbeschränkter Haftpflicht kannte, die Wahl zwischen den drei Unterformen der eingetragenen Genossenschaft mit unbeschränkter Haftpflicht, mit unbeschränkter Nachschufspflicht und mit beschränkter Haftpflicht. Kommentare v. Parisius u. Crüger, Berl. 1889, Proebst, Nördl. 1889, Joël, Berl. 1890, Maurer, Berl. 1890. Neben den reichsrechtlich normirten Genossenschaften bestehen in Bayern noch die auf Grund des Ges. v. 29. April 1869 „registrirten Gesellschaften“; R.Ges. v. 1. Mai 1889 § 159. — Ueber das frühere Recht Gierke, Genossenschaftsr. I 1030 ff., Genossenschaftsth. S. 42 ff., v. Sicherer, Die Genossenschaftsgesetzg. in Deut., Erl. 1872, Goldschmidt, Erwerbs- u. Wirthschaftsgenossenschaften, Stuttg. 1882, Stobbe, D. P.R. I § 60 u. die dort angef. weiteren Schriften. — Dazu Oesterr. Genoss.Ges. v. 9. April 1873 u. Strofs, Das österr. Genossenschaftsrecht, Wien 1887; Schweiz. O.R. Art. 678 ff.; andere ausländische Gesetze b. Maurer S. 13 ff. — Da die eingetragenen Genossenschaften Kaufmannseigenschaft haben, gehört ihr besonderes Recht ins Handelsrecht; in seinen allgemeinen Bezügen aber ist es oben in Tit. 3 überall verwerthet worden.

¹¹ Von ihnen im Wasserrecht (unten Buch III Abschn. V).

¹² Ueber ihren Begriff oben § 63 I 1 b S. 484; über ausnahmsweise vorkommende öffentliche Genossenschaften dieser Struktur oben § 75 a. E.

Private Vermögensgenossenschaften sind namentlich manche Agrar-genossenschaften; sodann die bergrechtlichen Gewerkschaften nebst den salzrechtlichen Pfännerschaften¹³; endlich vor Allem die modernen Kapitalgenossenschaften in Gestalt der Aktiengesellschaft¹⁴ und der Gesellschaft mit beschränkter Haftung¹⁵.

8. **Vereine für ideale Zwecke.** Genossenschaften, die nicht auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet sind, bestehen in unübersehbarer Fülle für die verschiedenartigsten Zwecke, die man neuerdings als „ideale Zwecke“ zusammenzufassen pflegt. Dahin gehören politische, religiöse, wissenschaftliche und künstlerische Vereine; Wohlthätigkeitsvereine; Vereine für gemeinnützige Bestrebungen (z. B. Volksbildung oder Volkserziehung, Volksernährung, Wohnungswesen u. s. w.); Vereine für Interessenvertretung, Berufsverbände, Fachvereine, Gewerkvereine; Rechtsschutzvereine; Bildungsvereine und Vereine für Leibesübung (z. B. Schützengilden, Turnvereine, Alpenvereine); sittlich-soziale Genossenschaften (z. B. Freimaurerlogen); gesellige Vereine jeder Art. Wie schon diese Beispiele zeigen, können die Zwecke solcher Vereine sowohl ausschließlich auf das Gemeinwohl wie ausschließlich auf das Wohl der Mitglieder gerichtet sein. Auch

¹³ Davon unten im Bergrecht (Buch III Abschn. VI).

¹⁴ Da nach geltendem deutschem Recht alle Aktiengesellschaften Handelsgesellschaften sind, ist ihr besonderes Recht ins Handelsrecht zu verweisen; in seiner allgemeinen Bedeutung für das deutsche Körperschaftsrecht ist es oben stets berücksichtigt worden. Die körperschaftliche Natur der Aktiengesellschaft ist nach langem Streite heute in Theorie und Praxis so gut wie unbestritten. Vgl. Gierke, Genossenschaftsr. I 990 ff., Genossenschaftsth. S. 38 ff. u. die dort gegebenen Nachweise; dazu R.Ger. XXXI 21. Aus der älteren Litt. sind hervorzuheben: Renaud, Das Recht der Aktiengesellschaften, 2. Aufl. 1875; Löwenfeld, Das Recht der Aktiengesellschaften, Berlin 1879; Primker in Endemanns Handb. I 471 ff. Seit dem R.Ges. v. 18. Juli 1884 die Kommentare zu diesem v. Ring (2. Aufl. 1893), Petersen u. Pechmann (1890), von Völderndorff (1885), Kayser (2. Aufl. 1891); ferner Bekker, Pand. I § 68, Stobbe, D.P.R. I § 58, Behrend, H.R. § 96 ff., Cosack, H.R. § 91 ff.

¹⁵ R.Ges. v. 20. Apr. 1892. Kommentare v. Hergenbahn (1892), Esser (1892), Förtsch (1893) u. bes. Neukamp (1893); Goldschmidt, Alte und neue Formen der Handelsgesellschaft, Berlin 1892, S. 17 ff.; Cosack, H.R. § 99; K. Schulz b. Stobbe, D.P.R. I 539; Förster-Eccius IV 695 ff. Auch über diese Verbandsform gehört das Nähere ins Handelsrecht. In der Theorie scheint bisher Einigkeit darüber zu herrschen, daß die Gesellschaft mit beschränkter Haftung eine Kapitalgenossenschaft mit eigener Persönlichkeit ist. In der That kann, so wenig sie in manchen Punkten dem Bilde entspricht oder doch zu entsprechen braucht, das man sich bisher von einer Körperschaft zu machen pflegte, ihre positivrechtliche Körperschaftsqualität nicht bezweifelt werden. Sie ist daher oben überall herangezogen worden.

kann ein Verein gleichzeitig gemeinnützige und selbstnützige Zwecke verfolgen. Die Vereine für ideale Zwecke sind meist, obschon nicht nothwendig, gleichfalls vermögensbedürftig, werden aber in ihrem inneren Bau vom Vermögensrechte nicht ergriffen. Eine besondere Rechtsform stellt ihnen das bayrische Gesetz v. 29. April 1869 in Gestalt des „anerkannten Vereins“ zur Verfügung¹⁶. In Sachsen können sie auf Grund des Gesetzes v. 15. Juni 1868 sich als „Genossenschaften“ eintragen lassen¹⁷. Im Uebrigen unterstehen sie, soweit nicht für den einzelnen Verein mit der etwaigen staatlichen Spezialverleihung der Körperschaftsrechte ein besonderes Recht begründet ist, lediglich den allgemeinen Rechtssätzen über körperschaftliche Verbände.

III. Nicht anerkannte Genossenschaften. Genossenschaften können thatsächlich bestehen, ohne von der Rechtsordnung als solche anerkannt zu sein. Dann ist ein Doppeltes möglich.

1. Ihr Bestand kann nichtig sein. Dies ist bei allen verbotenen Vereinen der Fall¹⁸. Ueberdies aber wird, soweit für Genossenschaften einer bestimmten Gattung ein Eintragungszwang gilt, einer nicht eingetragenen Genossenschaft dieser Gattung zwar die Rechtsstellung einer werdenden Genossenschaft zugestanden, dagegen die Eigenschaft einer bestehenden Genossenschaft schlechthin versagt¹⁹. Eine Genossenschaft, die rechtlich nicht oder noch nicht besteht, kann weder Rechte noch Pflichten haben. Ebenso wenig vermag sie zu handeln. Was trotzdem im Bereiche eines thatsächlich vorhandenen Verbandslebens geschieht, wird rechtlich nur den beteiligten Einzelnen zugerechnet und kann nur für und wider die Einzelnen wirken. Wird im Namen einer nicht eingetragenen Aktiengesellschaft oder Gesellschaft mit beschränkter Haftung gehandelt, so haften kraft ausdrücklicher Gesetzesvorschrift die Handelnden persönlich und solidarisch²⁰.

¹⁶ Vgl. oben § 63 Anm. 34 u. 36. Ebenso das Schweiz. O.R. Art. 716; vgl. oben § 63 Anm. 35. — Entw. II § 49—69 bietet ihnen die Rechtsform des „eingetragenen Vereines“, jedoch mit der oben § 63 Anm. 40 erwähnten Beschränkung für Vereine, die „einen politischen, sozialpolitischen oder religiösen Zweck“ verfolgen.

¹⁷ Vgl. oben § 63 Anm. 33 u. über die Beschränkung für Vereine, „deren Zweck sich auf öffentliche Angelegenheiten bezieht“, Anm. 40.

¹⁸ Oben § 63 Anm. 24.

¹⁹ H.G.B. Art. 211 Abs. 1: „Vor erfolgter Eintragung in das Handelsregister besteht die Aktiengesellschaft als solche nicht“; R.Ges. v. 20. Apr. 1892 § 11 Abs. 1; oben § 63 Anm. 35.

²⁰ H.G.B. Art. 211 Abs. 2; R.Ges. v. 20. Apr. 1892 § 11 Abs. 2. Aehnlich Oesterr. Genoss.Ges. § 8; Schweiz. O.R. Art. 17 („mit Vorbehalt des Rückgriffes gegen die übrigen Vereinsmitglieder“). Vgl. Renaud, A.G. S. 387—398, Gierke,

2. Vielfach aber ist der Bestand einer nicht als Genossenschaft anerkannten Genossenschaft gültig. Dies ist überall der Fall, wo auf Grund der Vereinsfreiheit eine Genossenschaft als erlaubter Verband zu Recht besteht, jedoch kraft positivrechtlicher Einschränkungen der Körperschaftsfreiheit der Körperschaftsrechte entbehrt. Ein derartiges Verhältniß ist nach der richtigen Ansicht dem gemeinen Rechte unbekannt²¹. Es begegnet aber in allen Rechtsgebieten, in denen das Landesrecht zur Entstehung einer Körperschaft in Ermangelung besonderer Gesetzesvorschriften staatliche Genehmigung fordert. Auch wird es vermöge der in der Praxis immer noch vorherrschenden irrigen Annahme, daß ein gleicher Rechtssatz gemeinrechtlich gelte, oft in das gemeine Recht hineingetragen²². In der hierdurch geschaffenen Rechtslage befinden sich namentlich zahlreiche Vereine für ideale Zwecke, vielfach aber auch Wirthschaftsgenossenschaften. Soweit für Genossenschaften einer bestimmten Gattung ein nur fakultatives Eintragungssystem gilt, können auch eintragungsfähige Genossenschaften, wenn sie von der dargebotenen Rechtsform keinen Gebrauch machen, dieses Schicksal theilen²³.

Aus dem rechtlich anerkannten Bestande nicht anerkannter Genossenschaften ergibt sich ein widerspruchsvoller Rechtszustand. Verbände, die in erlaubter Weise als Körperschaften bestehen und im Verkehr als solche auftreten und genommen werden, gelten rechtlich nicht als das, was sie sind. Um den unerträglichen Mißständen, die hieraus für das Rechtsleben entspringen, einigermaßen abzuhelpen, werden in Theorie und Praxis zwei verschiedene Wege eingeschlagen.

Zum Theil werden solche Verbände als unvollkommene Körperschaften behandelt²⁴. Man spricht ihnen die Eigenschaft

Genossenschaftsth. S. 87 Anm. 1—2. — Entw. II § 676 will eine gleiche Bestimmung für alle nicht rechtsfähigen Vereine treffen, obwohl sie im Uebrigen als „Gesellschaften“ zu Recht bestehen sollen. — Ueber das Verhältniß im Falle der Eintragung einer wegen eines wesentlichen Mangels nichtigen Aktiengesellschaft vgl. K. Lehmann, Jahrb. f. D. XXXIII 432 ff.

²¹ Oben § 63 Anm. 28.

²² Nachweise b. Gierke a. a. O. S. 59 Anm. 2.

²³ Oben § 63 Anm. 36.

²⁴ Vgl. Gierke, Genossenschaftsth. S. 62 ff. Dabei operirt die ältere Praxis meist mit dem von germanistischer Seite ursprünglich aufgestellten Zwischenbegriff der „deutschrechtlichen Genossenschaft“ (oben § 62 Anm. 1), in den auch neuere Entscheidungen immer wieder zurückfallen; vgl. z. B. Schüler a. a. O. S. 251 Anm. 18 u. S. 293 ff., Seuff. VI Nr. 2, XV Nr. 205, XIX Nr. 11, XXIII Nr. 107 u. 109, XXVII Nr. 102 u. dazu Gierke a. a. O. S. 78. Im Ganzen aber ist mehr

voller oder eigentlicher Körperschaften ab, beurtheilt aber gleichwohl ihre inneren und äußeren Rechtsverhältnisse nach Körperschaftsrecht. Natürlich kann man auf diesem Wege mehr oder minder weit vorschreiten. Immer aber gelangt man zur Anerkennung einer selbständigen Verbandspersönlichkeit, der man nur meist den Namen der „juristischen Person“ und überdies etwa einzelne Rechte der Persönlichkeit vorenthält²⁵. Es ist klar, daß dieses Verfahren dem wahren Wesen der Dinge annähernd gerecht wird. Soweit daher kein gesetzliches Hinderniß entgegensteht, muß es zum Mindesten eingeschlagen werden. Nur ergibt eine nähere Untersuchung des geltenden Rechtes, daß regelmäßig kein zwingender Grund vorliegt, auf halbem Wege stehen zu bleiben²⁶. Wo aber die Bahn frei ist, muß mit allen Halbheiten und Unklarheiten gebrochen und jeder rechtsbeständige Verein, der Körperschaft ist, als volle und echte Körperschaft anerkannt werden²⁷.

Eine andere Richtung sucht durch die Behandlung der nicht anerkannten Genossenschaften als modifizirter Gesellschaften zu

und mehr die Annahme einer „Körperschaft ohne Körperschaftsrechte“, einer Genossenschaft „mit korporativem Charakter“ durchgedrungen; vgl. z. B. Seuff. XXV Nr. 199, XXIX Nr. 212, XXXIII Nr. 1 u. 104, XXXIV Nr. 6, XLIV Nr. 101, XLVII Nr. 290, XLVIII Nr. 25. Dem Verbands wird daher, obschon er keine eigentliche „juristische Person“ sei, eine „eigne Rechtspersönlichkeit“ zugesprochen; vgl. bes. die nassauische Praxis in Busch Arch. XII 403 ff., Z. f. H.R. VII 585 ff., Seuff. XXI Nr. 96. Sehr entschieden hat diesen Standpunkt das R.O.H.G. vertreten; vgl. Entsch. IV Nr. 42 u. 44 (Seuff. XXVI Nr. 219 u. 257) u. XXII 103 ff. Desgleichen trotz zeitweiliger Erschütterung durch die Angriffe Roths die bayr. Praxis, die auch auf Vereine, die das Recht „anerkannter Vereine“ hätten erwerben können, „die Bestimmungen über juristische Personen“ anwendet; Bl. f. R.A. XXI 255, XXVIII 274, Seuff. XXXIII Nr. 103 u. XXXVII Nr. 188, weitere Nachweise b. Gierke a. a. O. S. 72 ff. u. seitdem Beschl. des Obst. L.G. b. Seuff. XLIV Nr. 178.

²⁵ So z. B. die Fähigkeit, als Eigenthümer oder dinglich Berechtigter ins Grundbuch eingetragen zu werden; Stobbe § 61 Anm. 10. Oder die Erbfähigkeit; Seuff. XXXIII Nr. 104 (dagegen zutreffende Polemik ib. S. 147 Anm. 1). Vgl. auch Schuster, Z. f. d. P. u. ö. R. d. G. IV 557 ff.

²⁶ Denn wo das Landesrecht nicht ausdrücklich sagt, daß außer den als „Korporationen“ oder „juristische Personen“ besonders anerkannten Verbänden kein anderer Verband Persönlichkeit habe, bleibt auf Grund des gemeinen Rechtes für die Anerkennung aller rechtsbeständigen Verbände, die in Wirklichkeit Körperschaften sind, als echter und nur nicht besonders autorisirter und privilegirter Körperschaften Raum; vgl. den Nachweis b. Gierke a. a. O. S. 88 ff., auch S. 55—56.

²⁷ Gierke a. a. O. S. 92 ff. mit S. 79 ff.

helfen⁸⁸. Im Gegensatz zu der früheren Praxis, nach der die Unterstellung unter den Gesellschaftsbegriff in Folge der Anwendung des römischen Sozietätsrechtes die volle Rechtsverweigerung für und wider den Verband bedeutete⁸⁹, ist schrittweise die Ansicht durchgedrungen, daß unter der Einwirkung des deutschen Rechtes das Sozietätsrecht hinreichend tiefgreifender Abwandlungen fähig geworden sei, um auch ein leidlich passendes Rechtsgewand für eine Körperschaft abzugeben⁹⁰. Im Einzelnen wird durch eine Reihe oft sehr künstlicher Konstruktionen sowohl nach innen wie nach außen der Gesellschaftsbegriff umgebogen. Nach innen wird das körperschaftliche Satzungsrecht als bindendes Vertragsrecht ausgelegt und geschützt: der vom Wechsel der Mitglieder unabhängige Vereinsbestand, der Ausschluß der Theilungsklage, der sofortige Eintritt neuer Mitglieder in einen Antheil an den gemeinschaftlichen Rechten und Pflichten, das Erlöschen dieses Antheiles durch Wegfall der Mitgliedschaft, die bindende Kraft von Versammlungsbeschlüssen, die Zuständigkeiten von Vorständen und anderen Organen werden aus ausdrücklicher oder stillschweigender Vereinbarung hergeleitet⁹¹. Nach außen wird dem Vereine durch die Annahme statutarisch oder auf Grund statutarischer Ermächtigung ertheilter und beschränkter Kollektivmandate eine Art von einheitlicher Rechts- und Handlungsfähigkeit verschafft: der durch seinen Vorstand vertretene Verein wird ziemlich allgemein als Prozeßpartei zugelassen⁹²; die im Namen des Vereines erworbenen Rechte werden als Vereinsrechte anerkannt, die der jeweiligen Mitgliedergesamtheit zustehen und von ihr nur gemeinschaftlich oder durch ihre jeweiligen Vertreter geltend

⁸⁸ Darüber vgl. Gierke a. a. O. S. 57 ff.

⁸⁹ Vgl. z. B. Seuff. XIII Nr. 57 u. 206, XX Nr. 200, XXXIII Nr. 103.

⁹⁰ Vgl. bes. Seuff. I Nr. 54, VI Nr. 2 S. 5 ff., XII Nr. 58—60, XX Nr. 201, XXIII Nr. 206, XXVII Nr. 5, XXXVII Nr. 207, XL Nr. 198; Z. f. Rechtspf. u. Verw. in Sachsen N. F. XIII 261 ff.; R.Ger. VII Nr. 53, VIII Nr. 81, XVIII Nr. 74. Theoretische Konstruktionen in diesem Sinne bes. b. R. Schmid, Arch. f. civ. Pr. XXXVI 188 ff., Gerber, Ges. Abh. S. 197 ff., u. Crome, Allg. Th. S. 169 ff.; dazu die unten Anm. 86 Angeführten.

⁹¹ Seuff. XX Nr. 201, XXIII Nr. 206, R.Ger. VII Nr. 53, VIII Nr. 81, bes. aber O.A.G. Cassel b. Heuser, Ann. XIII 443 ff., u. O.A.G. Rostock b. Seuff. XXVII Nr. 5 u. dazu Gierke a. a. O. S. 63 ff. Vgl. ferner Stobbe § 61 S. 567 ff., Ehrenberg, Versicherungsr. I 106 ff. Auch Sächs. Gb. § 1367, 1388 u. 1386 u. Seuff. XLIII Nr. 19.

⁹² Seuff. VI Nr. 2, R.Ger. VII Nr. 53, VIII Nr. 45; für eine nicht eingetragene Genossenschaft des sächs. R. Seuff. XLIII Nr. 19. Vgl. dazu Stobbe § 61 S. 569, Roth, Genoss. S. 84 ff., Wach, Civilproz. I 520 ff., Bekker, Pand. I § 63 Beil. I, Rosin b. Gruchot XXVII 123 ff., Ehrenberg a. a. O. S. 107. — Abweichend Crome S. 172 ff.

gemacht werden können⁸³; die im Namen des Vereins eingegangenen Verbindlichkeiten werden als Vereinsschulden behandelt, aus denen eine Klage gegen die durch den Vorstand vertretene jeweilige Mitgliedergesamtheit auf Befriedigung aus dem Vereinsvermögen entspringt⁸⁴ und für die ausschließlich das Vereinsvermögen haftet⁸⁵. Zuletzt läßt sich offenbar auf diesem Wege ein Ergebnis gewinnen, bei dem die Verbandsperson, deren Dasein grundsätzlich verneint wird, rechtliche Wirkungen entfaltet, als sei ihr Dasein bejaht. Der innere Widerspruch, der hierbei zwischen der begrifflichen Form und dem in sie hineingepreßten Lebensinhalte besteht, wird wesentlich gemildert, wenn bei der Konstruktion des Gesellschaftsverhältnisses der römische Gemeinschaftsbegriff durch den deutschen ersetzt und namentlich das Rechtsprinzip der gesamten Hand zu Hülfe gerufen wird⁸⁶. Allein immer bleibt jedes Verfahren, das die in Wahrheit

⁸³ Seuff. XX Nr. 201, XL Nr. 198. — Doch wird dem Vereine die Eintragung in die Grundbücher versagt; Stobbe I 573 und die dort Anm. 10a angef. Weimar. V. v. 12. März 1841 § 183 über die statt der Eintragung sämtlicher Mitglieder zulässige Eintragung eines fiduziarischen „Lehnsträgers“. Auch gilt der Verein nicht als erbfähig; Stobbe I 574. Indes hält das Sächs. Gb. § 2075 Erbeseinsetzungen und andere letztwillige Bedenkungen von „erlaubten Vereinen oder Gesellschaften, welche keine juristische Persönlichkeit haben“, zu Gunsten der beim Anfall vorhandenen Mitglieder mit der Maßgabe einer Verwendungspflicht für die Vereins- oder Gesellschaftszwecke aufrecht.

⁸⁴ Seuff. I Nr. 54, XX Nr. 200; Kritz, Sammlung III 312 ff.; Sächs. Z. f. Rechtspf. u. Verw. N. F. XIII 261 ff.; Heuser, Ann. XIII 448 ff.

⁸⁵ Seuff. XXVII Nr. 5; Stobbe I 570 ff.; Roth, Genoss. S. 88 ff.; Rosin a. a. O. S. 139 ff.; Schuster a. a. O. S. 558 ff. — Doch ist dieser Punkt stark bestritten. Manche nehmen eine Haftung sämtlicher Mitglieder an, bald in solidum (z. B. Randa, Arch. f. W.R. XV 345 ff., u. subsidiär auch Laband, Z. f. H.R. XXIV 27), bald pro rata (Seuff. XII Nr. 58 u. 59, XXXVII Nr. 207, Kritz, Samml. III 317 ff.), wobei überdies gestritten wird, ob ausgeschiedene Mitglieder forthaften und neu eingetretene Mitglieder haftbar werden. Andere legen den handelnden Vertretern eine persönliche und solidarische Haftung auf; so Salkowski S. 94 ff. und subsidiär Ehrenberg S. 143 ff. Das sächs. Ges. v. 15. Juni 1868 § 15 läßt die Handelnden nur mangels anderer Abrede und nur bis zur etwaigen Uebernahme der Schuld durch die zur juristischen Person erhobene Genossenschaft als Selbst- und Gesamtschuldner haften. Stobbe u. Roth a. a. O. nehmen eine persönliche Haftung der Handelnden nur an, wenn die statutarische Haftbeschränkung dem Dritten nicht kundgemacht oder sonst bekannt war.

⁸⁶ Diesen Weg hat namentlich Stobbe § 61 eingeschlagen. Ebenso Rosin a. a. O. S. 124 ff. Vgl. auch Crome S. 171. — Ueber die Konstruktion von *Sohn* vgl. oben § 62 Anm. 4. — Ehrenberg a. a. O. 104 ff. u. 142 will auf Gegenseitigkeitsgesellschaften ohne Korporationseigenschaft weder Korporationsrecht noch Sozietätsrecht anwenden, sondern sie als „freie Genossenschaften“ im Wesentlichen gleichen Grundsätzen unterstellen, wie sie für die erlaubten Privatgesellschaften des preufs. R. gelten.

körperschaftsrechtlichen Gebilde dem Gesellschaftsrechte unterwirft, ein unsicherer Nothbehelf⁸⁷. Mithin darf ohne Noth dazu nicht gegriffen werden⁸⁸. In mehreren Rechtsgebieten aber läßt in der That das positive Recht keinen anderen Weg offen⁸⁹.

Eine besondere Rechtsform ist endlich im Gebiete des preussischen Landrechtes von der Gesetzgebung selbst für alle körperschaftlich organisirten, jedoch nicht als Körperschaften anerkannten rechtsbeständigen Verbände geschaffen worden: die „erlaubte Privatgesellschaft“⁴⁰. Sie soll „die inneren Rechte der Korporationen und Gemeinen“ haben, dagegen nach außen „keine moralische Person“ vorstellen. Während also zwischen dem Verbands und seinen Mitgliedern volles Körperschaftsrecht gilt, werden Dritten gegenüber die Mitglieder „nur als Theilnehmer eines gemeinsamen Rechts oder einer gemeinsamen Verbindlichkeit betrachtet“. Die aus dem Bestande solcher „halben juristischen Personen“ nothwendig entspringenden Wirren sind bis heute nicht überwunden. Zum Theil hat die Praxis den erlaubten Privatgesellschaften auf mancherlei Umwegen auch eine

⁸⁷ Gierke a. a. O. S. 94 ff. u. 113.

⁸⁸ Dies thut im Gegensatz zum R.O.H.G. und zum Obst. L.G. f. Bayern das R.Ger.; oben Anm. 30 u. Gierke a. a. O. S. 59.

⁸⁹ So im K. Sachsen u. einigen sächs.-thür. Staaten, im Gebiete des französischen Rechts (Crome S. 168 ff.) u. nach der Annahme des R.Ger. XVIII Nr. 74 (entgegen der Ansicht des O.L.G. Karlsruhe) auch in Baden; vgl. oben § 63 Anm. 42, Gierke a. a. O. S. 111 ff. — Ebenso will Entw. II § 676 alle nicht rechtsfähigen Vereine seinem (auf das Prinzip der gesammten Hand gebauten) Gesellschaftsrechte unterwerfen, fügt aber die oben Anm. 20 erwähnte Ausnahmebestimmung hinzu, die Angesichts der in § 23 Abs. 2 u. § 55 vorgesehenen Einschränkungen des Anspruches auf Erwerb der Rechtsfähigkeit überaus unbillig ist.

⁴⁰ Pr. L.R. II, 6 § 11 ff.; dazu bes. Rosin in Gruchots Beitr. XXVII 108 ff., Förster-Eccius IV § 281, Dernburg I § 49 ff., II § 214, Gierke a. a. O. S. 98 ff. — Mit Recht hat die Praxis überwiegend nicht bloß Vereine für ideale Zwecke, sondern auch körperschaftlich organisirte Wirtschaftsverbände dem Begriff der erlaubten Gesellschaft unterstellt; vgl. Striethorst XLII 66, LXI 44, LXX 75, für Gegenseitigkeitsgenossenschaften auch R.O.H.G. VIII 180 ff. u. XVIII 398 ff. Abweichend einzelne frühere Erkenntnisse (vgl. Gierke S. 102 Anm. 4), für Erwerbgenossenschaften R.O.H.G. XXI 348 u. für alle auf private Vermögenszwecke der Mitglieder gerichteten Vereine R.Ger. IX Nr. 23 u. XVI Nr. 44, das aber XXV Nr. 41 trotzdem eine Versicherungsgenossenschaft auf Gegenseitigkeit wieder als erlaubte Privatgesellschaft behandelt. Gegen alle diese Einschränkungen vgl. Rosin S. 144 ff., Dernburg I § 59 Anm. 2 u. II § 214 Anm. 9, Gierke S. 103 u. jetzt auch Eccius IV 653 ff. Dazu oben § 74 Anm. 14 (Agrargenossenschaften). — Ueber die Wirkungen der „Genehmigung“ einer Gesellschaft nach Pr. L.R. II, 6 § 22—23 vgl. Rosin S. 111 ff., Gierke S. 100 ff., Förster-Eccius IV 655.

nach außen wirksame Rechts- und Handlungsfähigkeit verschafft⁴¹. Allein abgesehen davon, daß ihnen die Grundbuchfähigkeit vom Gesetz ausdrücklich versagt ist⁴² und die Erbfähigkeit bisher von der Praxis verweigert wird⁴³, ist namentlich in Ansehung der Vereinschulden zwar die Haftung des Gesellschaftsvermögens⁴⁴, nicht aber die Einschränkung der Haftung auf das Gesellschaftsvermögen durchgedrungen⁴⁵. Auch sonst begegnen immer wieder Schwankungen⁴⁶. Um einen festen Ausgangspunkt zu gewinnen, wird man daran festhalten müssen, daß die erlaubten Privatgesellschaften nach der Auffassung des preussischen Landrechtes unvollkommene Körperschaften sind: Verbände, deren körperschaftliches Wesen an sich feststeht, aber kraft positiver Satzung zum Theil nicht wirksam werden soll⁴⁷.

⁴¹ Sie können unter ihrem Namen Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen (Striethorst LXVIII 341, Entsch. des O.Tr. XV 318), wobei für ihre Vertreter das Statut als Vollmacht gilt (Rosin S. 130 Anm. 72). An den so begründeten gemeinschaftlichen Rechten und Pflichten nehmen auch Dritten gegenüber ohne Rücksicht auf den inzwischen durch Ein- und Austritt erfolgten Mitgliederwechsel alle jeweiligen Mitglieder und nur sie Theil (Striethorst LXI 44, LXVIII 341, Entsch. des O.Tr. XV 318 ff.). Die Gesellschaft wird als Prozeßpartei zugelassen (Strieth. XLII 66, LXI 45, R.O.H.G. VIII 180, XVIII 398 ff., Seuff. XXXIII Nr. 103, Rosin S. 130 ff., seitdem bes. auch R.Ger. XXVII Nr. 43 u. Dernburg I § 59 Anm. 8).

⁴² Pr. L.R. II, 6 § 13; Dernburg I § 59; Turnau, Grundbuchordn. S. 186 ff.; Rosin S. 129.

⁴³ Entsch. des O.Tr. LIII 62, Strieth. LIII 328. Mit Unrecht; vgl. Rosin S. 129 ff. A. M. Dernburg III § 100, Eccius IV § 251 Anm. 62 u. § 281 Anm. 24.

⁴⁴ Entsch. des O.Tr. XV 318 ff. (Klage gegen die jeweilige Gesamtheit auf Bezahlung aus dem Gesellschaftsvermögen).

⁴⁵ Die Praxis nimmt wegen § 12 A.L.R. II, 6 eine direkte, prinzipale und unbeschränkte Haftung der Einzelnen an, jedoch anstatt der im preussischen Recht sonst bei Schuldgemeinschaft eintretenden Solidarhaft nur eine Theilhaft, die sich auf alle gegenwärtigen Mitglieder erstrecken soll; Entsch. des O.Tr. XX 328, LXXV 252, Strieth. II 252, LXX 57, R.O.H.G. XVIII 408; auch Strieth. XIII 299 (aber mit Annahme subsidiärer Solidarhaft für die Ausfälle). Eccius IV 658 ff. statuirt unter Ausschluss jeder Gesellschaftshaftung eine prinzipale Solidarhaft aller bei der Handlung beteiligten Mitglieder, läßt aber die Abrede einer bloß gesellschaftlichen Haftung zu. Rosin S. 137 ff. nimmt Gesellschaftshaftung und hinter ihr eine subsidiäre Solidarhaft aller zur Zeit des Vertragsschlusses vorhandenen Mitglieder an. Für ausschließliche Haftung der jeweiligen Gesamtheit mit dem Gesellschaftsvermögen Förster IV 381 und (vorbehaltlich der persönlichen Haftung der nicht für gehörige Kundmachung der Sachlage sorgenden Handelnden) Gierke S. 108 Anm. 4.

⁴⁶ Insbesondere stellen Gerichte (z. B. das Kammergericht zu Berlin) und Schriftsteller (z. B. Eccius IV 660 ff.) immer wieder die Parteifähigkeit in Frage.

⁴⁷ Hieraus folgt, daß im Falle des Erwerbes der Körperschaftsrechte durch eine erlaubte Privatgesellschaft nicht ein Wechsel des Subjektes, sondern nur eine

Hieraus ergibt sich die Berechtigung, auf solche Gesellschaften grundsätzlich das Körperschaftsrecht anzuwenden und alle Folgerungen hieraus bis zu der durch ausdrückliche Verbote gesetzten Grenze zu ziehen⁴⁸.

Sechster Titel.

Anstalten.

§ 77. Oeffentliche Anstalten¹.

I. Begriff. Unter Anstalt verstehen wir einen als Verbandsperson anerkannten gesellschaftlichen Organismus, den fort und fort ein ihm von aussen eingepflanzter einheitlicher Stiftungswille durchherrscht (§ 60). Doch werden im weiteren Sinne auch dauernde Einrichtungen ohne eigne Persönlichkeit als Anstalten bezeichnet².

Eine öffentliche Anstalt ist eine solche, deren Sozialrecht einen Bestandtheil der öffentlichen Rechtsordnung bildet³. Auch im Gebiete des öffentlichen Rechtes wird der Name der Anstalt vielfach für Einrichtungen ohne eigne Persönlichkeit gebraucht⁴. Bis zu einem gewissen Grade kann auch einer derartigen Einrichtung ein unabhängiger Bestand gesichert und namentlich ein durch seine Zweck-

Erweiterung der Rechtsfähigkeit eines vorhandenen Subjektes stattfindet; Dernburg I § 50, Förster-Eccius § 282 S. 663, Gierke S. 120 Anm. 1. Unrichtig daher Strieth. LXXVI 138, LXXX 54 u. namentlich auch R.Ger. b. Seuff. XLII Nr. 112.

⁴⁸ Gierke S. 109 ff. — Dagegen will Rosin S. 124 ff. die erlaubte Privatgesellschaft unter Wegdeutung der inneren Körperschaftsrechte einheitlich als deutschrechtliche Gesellschaft mit einem zur gesammten Hand besessenen Sondervermögen konstruieren.

¹ Gierke, Genossenschaftsr. II § 37, Genossenschaftsth. S. 11 ff. u. 169. Beseler, D.P.R. § 65 III. Meurer a. a. O. I 73 ff. Rosin, Oeff. Genoss. S. 48 ff. Preufs a. a. O. S. 249 ff. Bernatzik, Arch. f. öff. R. V 254 ff. Dernburg, Pand. § 62. Regelsberger, Pand. § 75 II n. 88 ff. Förster-Eccius IV § 285.

² So im Sprachgebrauche des Lebens auch Einrichtungen für grössere Privatunternehmen (Heil-, Transport-, Verkehrs-, Kunst-, Leih-, Zubereitungsanstalten u. s. w.). Dieser Sprachgebrauch ist z. B. in Art. 272 Z. 3 des H.G.B. übergegangen.

³ Die Abgrenzung gegen die privaten Anstalten muss nach gleichen Gesichtspunkten wie bei den Körperschaften erfolgen, bleibt aber ebenso unsicher; vgl. oben § 75 I. Dazu Rosin a. a. O. S. 21, Regelsberger § 91. Der Name „Anstalt“ entscheidet noch nicht für öffentliche Natur; R.Ger. IX Nr. 70. Andererseits kann auch eine als „Stiftung“ bezeichnete Anstalt eine öffentliche sein; unten Anm. 30.

⁴ Jellinek, Syst. der subj. öff. R. S. 212 ff.; Rosin a. a. O. S. 49 Anm. 34, Arbeiterversich. I 449 ff.; Regelsberger § 87.

bestimmung gebundenes Sondervermögen zugewiesen sein⁶. Soll aber die Einrichtung ganz auf sich selbst gestellt und das ihren Zwecken dienende Vermögen von allem sonstigem öffentlichen Vermögen vollkommen getrennt werden, so wird eine öffentliche Anstalt mit eigener Persönlichkeit errichtet.

II. Geschichte. Der Begriff der öffentlichen Anstalt hat sich im Kirchenrechte entwickelt⁶. Wie die Kirche im Ganzen sich als von Gott gestiftete Heilsanstalt auffasste und ausgestaltete, so erschienen ihre seit der Besonderung des Kirchenvermögens mit selbständiger Rechtssubjektivität bekleideten Theileinheiten als anstaltliche Verbandspersonen. Durchweg herrscht bereits im kanonischen Recht der Anstaltsbegriff. In das weltliche Recht trat er seit der Umbildung alter Herrschaftsverbände zu obrigkeitlichen Verbandseinheiten ein⁷. Mehr und mehr suchte dann der moderne Staat, wie er sich selbst als Wohlfahrtsanstalt betrachtete und formte, so nicht nur den überkommenen engeren Verbänden ein anstaltliches Gepräge zu verleihen, sondern auch einzelne neue Aufgaben durch Errichtung neuer öffentlicher Anstalten zu lösen⁸. Doch blieb, da im Gegensatze zur Zertheilung des Kirchenvermögens die Einheit des Staatsvermögens durchdrang, die Ausrüstung reiner Anstalten mit eigener Persönlichkeit im weltlichen öffentlichen Rechte immer die Ausnahme. Durch die Wiederbelebung des Körperschaftswesens wurde das Gebiet der öffentlichen Anstalt verengt. Auch heute aber spielt sie nicht bloß im Kirchenrecht, sondern auch im weltlichen Recht eine bedeutende Rolle.

Von der Theorie wurde gleichwohl bis in die neueste Zeit das eigenartige Wesen der öffentlichen Anstalt nicht erkannt. Die mittelalterlichen Juristen unterstellten sie ihrem Korporationsbegriff⁹, der freilich gerade deshalb bei den Kanonisten eine anstaltliche Färbung annahm, immer aber doch auf rein anstaltliche Gebilde erst nach gewaltsamer Umbiegung anwendbar wurde¹⁰. Später empfand man um so weniger das Bedürfnis eines besonderen Anstaltsbegriffes,

⁶ Hiervon bei den Sondervermögen (unten Abschn. II Kap. 1).

⁶ Gierke, Genossenschaftsr. II 546 ff., III 116 ff., 248 ff., 799 ff.

⁷ A. a. O. II 958 ff., III 785 ff.

⁸ A. a. O. I 875 ff., 910, 960, 991 ff., 1052 ff., 1065 ff.

⁹ A. a. O. III 115, 117 ff., 194 ff., 248 ff., 355 ff., 421 ff., 716 ff., 816 ff. — Ueber unentwickelt gebliebene Keime eines selbständigen Anstaltsbegriffes ib. S. 195 u. 252.

¹⁰ So behalf man sich bei kirchlichen Instituten mit einem Einzelvorsteher mit der Ausflucht, daß hier Einer an Stelle einer Gesamtheit stehe; a. a. O. III 272, 421.

je mehr anstaltliche Züge man in den Korporationsbegriff hineintrug¹¹. Aber auch nachdem man in unserem Jahrhundert den Körperschaftsbegriff schärfer und reiner erfaßt und ihm einen selbständigen Stiftungsbegriff gegenübergestellt hatte, pflegte man die öffentlichen Anstalten entweder zwischen Korporationen und Stiftungen ganz zu übersehen oder den Stiftungen beizugesellen. Nur allmählich bricht sich die Erkenntniß Bahn, daß der hergebrachte Stiftungsbegriff zu eng ist, um alle anstaltlichen Verbandspersonen zu umfassen.

III. Arten. Die öffentlichen Anstalten lassen sich nach der Beschaffenheit ihrer Lebenszwecke unterscheiden. Von größerer Bedeutung aber ist die hiermit sich kreuzende Unterscheidung der Anstalten nach der Herkunft des ihnen eingepflanzten öffentlichen Willens.

1. Staatsanstalten. Als Staatsanstalten gelten nicht nur alle nachweislich vom Staate abgezweigten und nicht etwa einem engeren Verbands eingegliederten, sondern überhaupt alle nicht als Anstalten eines anderen Verbandes anerkannten öffentlichen Anstalten. Eine Reichsanstalt mit eigener Persönlichkeit ist die Reichsbank¹². Unter den Landesanstalten mit eigener Persönlichkeit begegnen Universitäten und höhere Schulen¹³, Versicherungs- und Rentenanstalten¹⁴, Kreditinstitute und Hilfskassen¹⁵, Armen- und Versorgungs-

¹¹ Oben § 58 IV. — Die naturrechtliche Gesellschaftslehre brachte die Anstalten bei der „societas inaequalis“ unter; oben S. 462 Anm. 14.

¹² R.Ger. XV Nr. 54. Rosin, Oeff. Genoss. S. 50 ff. — A. M. Laband, Staatsr. II 136 ff., der die Reichsbank für eine Korporation erklärt.

¹³ Preuss. A.L.R. II, 12 § 1 u. 54. Gierke, Genossenschaftsr. I 875 ff. Förster-Eccius IV 702. — Die Akademie der Wissenschaften gilt auch in Preussen als Korporation; Förster-Eccius a. a. O. Anm. 40.

¹⁴ Gierke a. a. O. S. 1052 ff. u. 1060 ff., Lewis, Versicherungsr. S. 147 ff., Förster-Eccius IV 705, Leuthold, Sächs. Verwaltungsr. § 9 u. 36. — Ob der Charakter der Anstalt oder der der Körperschaft überwiegt, ist hier oft (z. B. bei den öffentlichen Feuersozietäten, den öffentlichen Witwen- und Waisenkassen u. s. w.) sehr bestritten; vgl. oben § 75 Anm. 34. Unter allen Umständen aber ist es verfehlt, wenn Eccius a. a. O. S. 703 ff. alle in Preussen nach § 651 A.L.R. I, 11 u. C.O. v. 29. Sept. 1833 staatlich genehmigten gemeinschaftlichen Witwen-, Sterbe- und Aussteuerkassen, ferner die Knappschaften und die reichsgesetzlich geregelten Krankenkassen und Berufsgenossenschaften für Unfallversicherung nicht als Körperschaften, sondern nur als Anstalten gelten lassen will.

¹⁵ Gierke a. a. O. S. 1065 ff., Förster-Eccius IV 704 ff., Leuthold a. a. O. § 42. Dahin gehören Staatsbanken, Landeskulturrentenbanken (wie die preuss. Rentenbanken nach Ges. v. 2. März 1850, die sächs. Landrentenbank und Landeskulturrentenbank u. s. w.), Kreditinstitute (z. B. das kön. Kreditinstitut für Schlesien nach V. v. 8. Juni 1835 § 1), Leihhäuser (Gierke a. a. O. S. 1067 Anm. 77), Darlehnskassen (z. B. die preuss. Bergbaubülfkassen nach Gesetz v. 5. Juni 1868) u. s. w.

anstalten¹⁶, Erwerbsanstalten¹⁷ u. s. w. Reichsgesetzlich geregelte Landesanstalten sind die Versicherungsanstalten für Alters- und Invaliditätsversicherung¹⁸.

2. **Gemeindeanstalten.** Kommunale Anstalten mit eigener Persönlichkeit kommen als örtliche Gemeindeanstalten und als Anstalten höherer Kommunalverbände (Provinzialanstalten, Kreisanstalten u. s. w.) vor. So namentlich Leihhäuser¹⁹ und Sparkassen²⁰, aber auch andere Kreditinstitute²¹, Unterrichtsanstalten²², Versicherungsanstalten²³ und Versorgungsanstalten²⁴.

3. **Kirchenanstalten.** Die anerkannten christlichen Kirchen tragen als Gesamtverbände einen überwiegend anstaltlichen Charakter²⁵.

¹⁶ Das Preufs. A.L.R. II, 19 § 32 ff. nähert alle Armen- und Versorgungsanstalten den Staatsanstalten an. Gleichwohl sind sie im Sinne des heutigen Rechtes nur insoweit für öffentliche Anstalten zu erachten, als sie ausdrücklich dazu erhoben oder zum Staate in eine besondere Beziehung gesetzt sind.

¹⁷ So die preufs. Seehandlung, die im Jahre 1772 als Aktienanstalt begründet wurde, aber auch nach der i. J. 1810. erfolgten Beseitigung der Beteiligung von Privaten eine besondere Anstaltsperson blieb, wie dies aus der C.O. v. 17. Jan. 1820 deutlich erhellt. Gierke a. a. O. S. 1002 Anm. 92. A. M. Förster-Eccius IV 705. Ein unselbständiges Glied der Seehandlung mit zweckgebundenem Sondervermögen ist das K. Leihamt zu Berlin; C.O. v. 25. Februar 1834. — Die älteren Aktiengesellschaften waren vielfach in Wahrheit staatliche Aktienanstalten; Gierke a. a. O. S. 991 ff., 1002 ff.

¹⁸ R.Ges. v. 22. Juni 1889 § 41 ff.; Bosse u. v. Woedtke, Komm. zu § 44; Rosin, Arbeiterversich. I 644 ff. u. 649 ff.

¹⁹ Gierke a. a. O. S. 1067 Anm. 77; Seuff. IV Nr. 5, VI Nr. 135. In Preußen wird den kommunalen Leihanstalten (Cab.O. v. 28. Juni 26) die eigne Persönlichkeit meist abgesprochen; Förster-Eccius IV 705, Leidig, Preufs. Stadtr. S. 398 ff.

²⁰ Seuff. VI Nr. 135; Bad. Ges. v. 9. April 1880, die Rechtsverhältnisse und die Verwaltung der mit Gemeindebürgerschaft versehenen Sparkassen betreffend. In Preußen sind die Kreis- und Gemeindesparkassen (Regl. v. 12. Dez. 1838) nach der herrschenden Ansicht keine besonderen Personen; Förster-Eccius a. a. O. (vgl. jedoch das hier in Anm. 57 erwähnte abweichende Min. Reskr. v. 15. Aug. 1862), Leidig a. a. O. S. 400 ff.

²¹ Z. B. Darlehnskassen und Pfandbriefinstitute; Gierke a. a. O. S. 1067 Anm. 78 u. 1073 Anm. 95.

²² So die städtischen Gymnasien u. Realschulen in Preußen; R.Ger. I Nr. 38.

²³ Gierke a. a. O. S. 1054. Auch die Versicherungsanstalten für Alters- u. Invaliditätsversorgung können als Anstalten weiterer Kommunalverbände eingerichtet sein; R.Ges. v. 22. Juni 1889 § 41.

²⁴ Provinziale u. städtische Waisenhäuser, Spitäler u. s. w.

²⁵ Hinschius a. a. O. S. 249 ff.; Meurer a. a. O. II 76 ff.; anders nach der Auffassung des Preufs. L.R. II, 11 § 11 u. 17. — Die katholische Kirche als Gesamtorganismus hat zwar eine publizistische Rechtssubjektivität (Meurer I 139 ff.), ist aber nirgends in Deutschland als Privatrechtssubjekt anerkannt (ib. II

Unter ihren Gliedpersonen finden sich neben Körperschaften zahlreiche Anstalten²⁶. Nach gemeinem Rechte ist sogar die einzelne Pfründe eine besondere Anstaltsperson²⁷.

4. Sonstige Körperschaftsanstalten. Möglich ist die Abzweigung einer öffentlichen Anstalt von jeder öffentlichen Körperschaft²⁸.

IV. Rechtsgrundsätze. Da die für öffentliche Anstalten geltenden Rechtssätze einerseits bei den einzelnen Anstaltsgattungen sehr von einander abweichen, andererseits überwiegend dem öffentlichen Rechte angehören, ist hier nur Weniges zu bemerken.

1. Entstehung. Der Bestand einer öffentlichen Anstalt kann auf Unvordenklichkeit beruhen²⁹. Die Neuerrichtung einer öffentlichen Anstalt erfolgt durch einen öffentlichrechtlichen Schöpfungsakt, vermöge dessen der Träger eines über den Individualwillen erhöhten öffentlichen Willens von seinem eignen Verbandsorganismus einen zu selbständigem Leben befähigten gesellschaftlichen Organismus

73 ff.). Dagegen sind sowohl die katholische Landeskirche wie die protestantischen Landeskirchen in Bayern (ib. II 97 ff.) u. Baden (ib. S. 261 ff.) ausdrücklich für vermögensfähig erklärt. Im Uebrigen ist die privatrechtliche Persönlichkeit der katholischen Landeskirche, da sie kein selbständiger Organismus ist, zu verneinen (ib. S. 90 ff.), während die protestantischen Landeskirchen im Zweifel für vermögensfähig zu halten sind (vgl. Preufs. Ges. v. 3. Juli 1876 § 19).

²⁶ Der Anstaltsbegriff des kanonischen Rechtes hat sich in der katholischen Kirche erhalten und ist auch in der protestantischen Kirche wieder zur Geltung gelangt; Gierke a. a. O. III 799 ff. Anstaltspersonen sind gemeinrechtlich und auch nach den neueren Landesgesetzen die Lokalkirchen (Kirchenfabriken), die Bisthümer, die Pfründen (unten Anm. 27) und die besonderen kirchlichen Anstalten (z. B. Seminare, Emeritenanstalten, personifizierte Kirchenfonds u. s. w.); vgl. Meurer a. a. O. II 133 ff., 164 ff., 266 ff., 277 ff., 286 ff., 384 ff. Auch im Gebiete des Preufs. L.R. ist, da in § 160 u. 170 II, 11 der richtigen Ansicht nach nur eine Vermuthung für Eigenthum der Kirchengemeinde am örtlichen Kirchenvermögen aufgestellt wird, neben dem kirchlichen Genossenschaftsgut kirchliches Anstaltsgut vorhanden; Meurer II 290 ff. u. 307 ff., Friedberg, Kirchenr. § 175 Anm. 20—21. — Ueber die Rechtssubjektivität der kirchlichen Anstalten vgl. noch Schulte, De rerum eccles. domino, Berol. 1851, Die Erwerbs- u. Besitzfähigkeit der deut. kathol. Bisthümer, Prag 1860, Die jur. Persönl. der kath. Kirche, Gießen 1869; Hübler, Der Eigenthümer des Kirchenguts, Leipz. 1868, S. 112 ff.; Winterstein, Der Begriff der Kirche im kirchlichen Vermögensr., Leipzig und Wien 1888.

²⁷ Gierke a. a. O. III 273 ff., Meurer a. a. O. II 164 ff., Seuff. XL Nr. 33; (unrichtig verneint f. Mecklenburg v. Böhlau, L.R. III 75 ff.). Ebenso zweifellos nach bad. R. (Meurer II 269 ff.) u. sächs. R. (ib. S. 286 ff.), aber wohl auch nach preufs. L.R. (ib. S. 311 ff.) u. französ. R. (ib. S. 394 ff.).

²⁸ So finden sich ständekörperschaftliche Banken und Versorgungsanstalten, landschaftliche Banken u. s. w.; Gierke a. a. O. I 1067 Anm. 74 u. 78.

²⁹ Dies ist z. B. bei vielen kirchlichen Anstalten der Fall.

abzweigt und durch Einstiftung eines einheitlichen Willens beseelt. Möglich ist auch, daß eine durch privaten Stiftungsakt ins Leben gerufene Anstalt sofort oder später durch einen öffentlichrechtlichen Aneignungsakt zur öffentlichen Anstalt erhoben wird⁸⁰. Während der Staat in der Errichtung öffentlicher Anstalten unbeschränkt ist⁸¹, bedarf die Errichtung durch andere öffentliche Verbände regelmäßig der staatlichen Genehmigung⁸². Mit der Errichtung wird meist zugleich eine Vermögenstübereignung an die Anstalt verbunden⁸³. Die Anerkennung ihrer Persönlichkeit erlangt die Anstalt entweder kraft allgemeiner Rechtsregel oder kraft eines für sie geschaffenen besonderen Rechtssatzes unmittelbar mit ihrer Entstehung⁸⁴.

2. **Verfassung.** Die öffentliche Anstalt bedarf einer sie zur rechtlichen Einheit organisirenden Verfassung⁸⁵.

Als Organe der Anstalt können Einzelpersonen, Kollegien oder Versammlungen fungiren. Während manche Anstalten nur ein einziges

⁸⁰ Hier wird der Privatwille in den öffentlichen Willen aufgenommen. Es sind besonders derartige Fälle, in denen für eine öffentliche Anstalt der Name „Stiftung“ gebraucht zu werden pflegt. Auch Entw. II § 77 spricht von „Stiftungen und Anstalten des öffentlichen Rechts“.

⁸¹ Die Errichtung der Versicherungsanstalten für Alters- und Invaliditätsversicherung bedarf der Genehmigung des Bundesraths; R.Ges. v. 22. Juni 1889 § 42. Soweit nicht ein Staatsorgan zur Errichtung bestimmter Anstalten ein für alle Mal gesetzlich ermächtigt ist, muß die Errichtung durch Spezialgesetz erfolgen. Der Staat kann nicht bloß Staatsanstalten, sondern auch mit oder ohne Mitwirkung des nächstbetheiligten Verbandes Gemeinde- und Körperschaftsanstalten errichten oder Staatsanstalten in solche verwandeln.

⁸² So auch bei allen Kirchenanstalten. Hinsichtlich der Gemeindeanstalten vgl. z. B. Bad. Ges. v. 9. April 1880 § 1.

⁸³ Doch kann die Dotation auch ganz oder theilweise durch Vermögenszuwendung eines Anderen, der dann oft ungenau „Stifter“ genannt wird, erfolgen. Auch können manche Anstalten (z. B. Schulen, Sparkassen, Versicherungsanstalten) ohne jedes eigne Vermögen als vermögensfähige Subjekte ins Leben treten.

⁸⁴ Kraft allgemeiner Rechtsregel gelten z. B. nach gemeinem R. die kirchlichen Anstalten, nach R.Ges. v. 22. Juni 1889 § 42 die Versicherungsanstalten, nach Preufs. L.R. II, 12 § 54 die Universitäten und höheren Schulen, sobald sie gehörig errichtet sind, als Personen; nach Bad. Ges. v. 9. April 1880 § 1 erlangt die Sparkasse durch die erforderliche Staatsgenehmigung „als öffentliche Anstalt das Recht der juristischen Persönlichkeit“. Kraft eines besonderen Rechtssatzes trat z. B. die Reichsbank nach R.Ges. v. 14. März 1875 § 12 als „juristische Person“ ins Leben.

⁸⁵ Die Anstaltsverfassung beruht theils auf allgemeinen Rechtssätzen theils auf einem der einzelnen Anstalt eigenthümlichen Satzungsrecht. Vgl. z. B. R.Ges. v. 22. Juni 1889 § 54–56 über das für jede Versicherungsanstalt zu errichtende „Statut“, Bad. Ges. v. 9. April 1880 § 2 über die „Satzungen“ der Sparkassen; auch Reichsbankges. § 40 u. Statut der Reichsbank v. 21. Mai 1875; Universitäts- und Fakultätsstatute u. s. w.

Organ haben³⁶, findet sich bei anderen eine mehrgliedrige Organisation mit Vorständen, Ausschüssen und Versammlungen³⁷. Die Organbildung erfolgt mitunter ausschliesslich und fast immer zum Theil durch Willensaktionen des der Anstalt übergeordneten Verbandes, vielfach aber auch durch Wahlen oder andere innere Lebensvorgänge der Anstalt selbst. Die Anstaltsverfassung kann sich so einer Körperschaftsverfassung stark annähern³⁸.

Doch kann die Anstalt Mitglieder im technischen Sinne nicht haben. Es giebt eine Mitgliedschaft in den zu Anstaltsorganen bestellten Kollegien, aber keine Anstaltsmitgliedschaft³⁹. Alle Personen, die abgesehen von einer Organstellung zum Genusse der von der Anstalt gespendeten ideellen und materiellen Vortheile berufen werden, sind nur ihre Destinatäre (Genussberechtigten). Wenn freilich verfassungsmässig ein fester Kreis von „Betheiligten“ abgegrenzt ist, die nicht nur bestimmte Rechte und Pflichten gegen die Anstalt haben, sondern auch zur Organbildung mitberufen sind, ähnelt ihr Verhältniss stark einer Mitgliedschaft⁴⁰.

3. Rechtsfähigkeit. Die öffentliche Anstalt ist gleich anderen Verbandspersonen sowohl öffentlicher wie privater Rechte und Pflichten fähig. Auf dem Gebiete des Privatrechtes ist sie vor Allem vermögensfähig. Ihr Vermögen ist ein vollkommen selbständiges Personenvermögen, das daher stets in erster Linie und im Zweifel aus-

³⁶ Die einfachste Verfassung ist die einer Pfründe, deren einziges Organ der jeweilige Inhaber ist.

³⁷ So bei der Reichsbank Direktorium, Generalversammlung und Centralausschufs als unmittelbare und überdies zahlreiche mittelbare Organe; R.Ges. v. 14. März 1875 § 26--34. Bei den Versicherungsanstalten Vorstand, Ausschufs und Aufsichtsrath, örtliche Vertrauensmänner, Schiedsgericht; R.Ges. v. 22. Juni 1889 § 46 ff. Man denke ferner an die Universitätsverfassung.

³⁸ So bei den in der vor. Anm. erwähnten Anstalten oder bei den Bergbauhilfskassen nach Preufs. Ges. v. 5. Juni 1863.

³⁹ Vgl. R.Ges. v. 22. Juni 1889 § 59 Ueberschrift: „Mitglieder der Organe“. Solche Organmitgliedschaft ist auch, wo die Universitäten und Fakultäten als Anstalten gelten, die Mitgliedschaft in ihnen.

⁴⁰ So das der Antheilseigner der Reichsbank, die die Generalversammlung bilden und den Centralausschufs wählen; Reichsbankges. § 26--34. Oder das der betheiligten Arbeitgeber und Arbeiter bei einer Versicherungsanstalt, deren Ausschufs und Aufsichtsrath aus Vertretern der Betheiligten gebildet werden und zu deren Vorstand gleichfalls solche Vertreter gehören können und in Ermangelung eines Aufsichtsraths gehören müssen; R.Ges. v. 22. Juni 1889 § 48 ff. Vgl. auch Bad. Ges. v. 9. April 1880 § 11 (engere Ausschüsse, Generalversammlungen oder andere Organe können zur Ueberwachung der Verwaltung oder „zur Vertretung der Einleger“ bei den Sparkassen bestellt werden).

schliesslich für alle Verbindlichkeiten der Anstalt haftet. Doch kann natürlich andere Personen eine von ihnen übernommene oder ihnen gesetzlich auferlegte bürgerschaftliche Haftung für die Anstaltsverbindlichkeiten treffen. Bei manchen Anstalten ist eine allgemeine bürgerschaftliche Haftung des ihnen übergeordneten staatlichen oder körperschaftlichen Verbandes durch Gesetz oder Satzung begründet⁴¹.

4. Handlungsfähigkeit. Gleich der Körperschaft vermag die Anstalt durch ihre Organe zu handeln⁴². Ihre Handlungsfähigkeit ist aber in engere Grenzen eingeschlossen. Denn da den Kern ihrer Persönlichkeit statt eines ihr immanenten Gemeinwillens ein ihr transcenderter Stiftungswille bildet, den ihre Organe nur entfalten, nicht abändern können, ist ihre Handlungsfreiheit nicht nur durch den ihr gesetzten Lebenszweck, sondern auch durch die ihr ein für alle Mal auferlegte Willensbestimmung eingeschränkt. Im Zusammenhange hiermit ist sie einer stärkeren Aufsicht und Mitwirkung höherer Willensträger unterworfen⁴³. Innerhalb ihres verfassungsmässigen Lebensbereiches aber kann sie Handlungen jeder Art mit rechtlicher Wirkung vornehmen. Sie kann daher auch rechtswidrig handeln und hierdurch eine Ersatzverbindlichkeit auf sich laden⁴⁴.

5. Innere Rechtsverhältnisse. Zwischen der Anstaltsperson und den durch Organstellung oder Beteiligung ihr ein- oder angegliederten Personen bestehen verfassungsmässige Rechtsverhältnisse sozialrechtlicher Art, die vermöge der öffentlichen Natur der Anstalt dem öffentlichen Rechte angehören⁴⁵. Unberührt vom anstaltlichen

⁴¹ Staatsgarantie für die Verpflichtungen der Seehandlung in C.O. v. 17. Jan. 1820 Z. V. Subsidiäre Haftung der Bundesstaaten und zunächst der etwa vorgeordneten Kommunalverbände für die Verbindlichkeiten der Versicherungsanstalten nach R.Ges. v. 22. Juni 1889 § 44. Gemeindebürgerschaft für Sparkassen nach Bad. Ges. v. 9. April 1880 § 1.

⁴² Gierke, Genossenschaftsth. S. 629 ff., Meurer I 75 ff. u. 91 ff., Regelsberger § 90 III.

⁴³ Für die Staatsanstalten bestehen mitunter eigne staatliche Aufsichtsbehörden, wie z. B. das Bankkuratorium nach Reichsbankges. § 25 oder die Staatskommissare bei den Versicherungsanstalten nach R.Ges. v. 22. Juni 1889 § 63. Bei Gemeindeanstalten konkurriren kommunale und staatliche Mitwirkung und Aufsicht; vgl. z. B. Bad. Ges. v. 9. Apr. 1880 § 9 u. 16. Ebenso bei den Kirchenanstalten Kirchen- und Staatsaufsicht.

⁴⁴ Anerkannt in Entw. II § 77.

⁴⁵ So die amtlichen Rechte und Pflichten der Organe; so aber auch die Rechte auf Theilnahme am Anstaltsgenusse (z. B. am Unterrichte einer Universität oder höheren Schule oder an der Versicherung durch eine Versicherungsanstalt) und die Pflichten zur Beteiligung (z. B. bei Zwangsversicherungsanstalten, vgl. R.Ges. v. 22. Juni 1889 § 1 ff.), sowie die aus solcher Beteiligung entspringenden

Verbande bleiben individuelle Rechtsverhältnisse, bei denen die verbundenen Personen der Verbandsperson als Dritte gegenüberstehen⁴⁶. Auch hier aber begegnen gemischte Rechtsverhältnisse, die als anstaltliche Sonderrechtsverhältnisse den körperschaftlichen Sonderrechtsverhältnissen entsprechen⁴⁷. Bei vielen Anstalten werden derartige Verhältnisse unmittelbar durch die Anstaltsverfassung als wesentliche Bestandtheile des Verbandsrechtes begründet. So sind verfassungsmäßige Sonderrechte und Sonderpflichten mitunter mit einer anstaltlichen Organträgerschaft verknüpft⁴⁸, nicht selten aber auch den Anstaltsbetheiligten zugewiesen⁴⁹.

6. Veränderung und Beendigung. Die öffentliche Anstalt hat im Zweifel keine Verfügung über ihren eignen Bestand⁵⁰. Dagegen kann sie durch eine öffentlichrechtliche Willensaktion des Verbandes, dem ihr Leben entstammt, umgestaltet oder aufgehoben werden. Ist sie keine Staatsanstalt, so ist regelmässig überdies staatliche Genehmigung erforderlich⁵¹. Der Staat kann im Wege der Gesetz-

Rechte auf Theilnahme am Anstaltsleben und Pflichten zur Unterwerfung unter die Anstaltsgewalt.

⁴⁶ Dahin gehören vielfach auch die Rechtsverhältnisse aus Rechtsgeschäften, die von der Anstalt zwar in Erfüllung ihres Lebenszweckes, jedoch in den gewöhnlichen Formen des Privatrechtes (z. B. als Versicherungsverträge, Darlehnsverträge, Versorgungsverträge) mit Genusssubjekten abgeschlossen werden.

⁴⁷ So die Besoldungsansprüche und die Ersatzverbindlichkeiten aus Organträgerschaft; vgl. R.Ges. v. 22. Juni 1889 § 47 u. 59. Oder die Kirchstuhlrechte und die Rechte an Begräbnisstätten, falls sie gegenüber einer kirchlichen Anstalt und somit nicht als körperschaftliche Sonderrechte begründet sind; Gierke, Genossenschaftsth. S. 196 ff. Rechtsgeschäfte der in Anm. 46 bezeichneten Art nehmen öffentlichrechtliche Bestandtheile auf, sobald sie eine personenrechtliche Beziehung zur Anstalt bewirken oder voraussetzen.

⁴⁸ So das Recht des Pfründners an der Pfründe; Gierke, Genossenschaftsr. III 274, 295 u. 717 Anm. 10, Genossenschaftsth. S. 196; Grofs, Das Recht an der Pfründe, Graz 1888; Bernatzik a. a. O. S. 290; R.Ger. I Nr. 76.

⁴⁹ So die Rechte der Antheilseigner der Reichsbank auf Dividende und im Falle der Aufhebung der Reichsbank oder des Erwerbes der Antheile durch das Reich auf eine Quote des Bankvermögens; Reichsbankges. § 23—23 u. 41. Oder die Beitragspflichten und Rentenansprüche der Versicherten bei den Versicherungsanstalten nach R.Ges. v. 22. Juni 1889 § 9 ff.

⁵⁰ Doch kann nach dem Bad. Ges. v. 9. Apr. 1880 § 9 eine Sparkasse durch Beschluß der Anstaltsorgane mit Zustimmung der Gemeindeversammlung oder Gemeindevertretung und mit Genehmigung des Staates ihre Satzungen abändern und sogar sich selbst auflösen. In gewissem Umfange kann auch eine Versicherungsanstalt durch Abänderung ihres Statutes mit Genehmigung des Reichsversicherungsamtes nach R.Ges. v. 22. Juni 1889 § 55—56 sich selbst umgestalten.

⁵¹ So durchweg bei Gemeindeanstalten, heute aber regelmässig auch bei Kirchenanstalten. — Zu Veränderungen in dem territorialen Bestande einer Ver-

gebung jede öffentliche Anstalt umgestalten oder aufheben⁵², ist aber auch bei der Verfügung über eine Staatsanstalt insoweit an Gesetzesform gebunden, als ihr Bestand auf einem Gesetze beruht⁵³. Durch Gesetz oder Satzung kann auch einem vom Willen unabhängigen Thatbestande abändernde oder aufhebende Wirkung beigelegt sein⁵⁴.

Die Hinterlassenschaft einer beendigten öffentlichen Anstalt fällt, wenn nicht durch besondere Bestimmung ein anderer Rechtsnachfolger berufen ist⁵⁵, an den Verband, dem ihr Leben entstammt, mithin bei Staatsanstalten an den Staat, dagegen bei Gemeindeanstalten an die Gemeinde⁵⁶ und bei Kirchenanstalten an die Kirche⁵⁷. Dabei findet eine Gesamtnachfolge statt, für die die Regeln der sozialen Succession gelten⁵⁸.

sicherungsanstalt fordert das R.Ges. v. 22. Juni 1889 § 66 ff. den Antrag eines beteiligten Ausschusses, Staates oder Kommunalverbandes, die Anhörung der anderen beteiligten Ausschüsse, Staaten und Kommunalverbände und die Genehmigung des Bundesrathes.

⁵² Im Uebrigen kann er über den Bestand einer kommunalen oder kirchlichen Anstalt heute nur im Falle besonderer gesetzlicher oder statutarischer Ermächtigung einseitig verfügen; Gierke, Genossenschaftsth. S. 846 ff., Hinschius, Kirchenr. II 471 ff.

⁵³ Gierke a. a. O. S. 848 Anm. 1. Das Gesetz müßte denn, wie das Reichsbankges. § 41, eine Aufhebung oder Umgestaltung im Verwaltungswege ausdrücklich vorbehalten haben.

⁵⁴ An sich wird die Anstalt weder durch den Wegfall der von ihr verbundenen Personen noch durch Vermögensverlust oder (sofern sie zulässig) Konkursöffnung beendigt; Gierke, Genossenschaftsth. S. 834 u. 842, auch oben § 70 Anm. 7.

⁵⁵ Vgl. z. B. R.Ges. v. 22. Juni 1889 § 67 über die Möglichkeit, daß mit Genehmigung der beteiligten Landesregierungen das Vermögen einer aufgelösten Versicherungsanstalt von einer anderen Versicherungsanstalt übernommen wird. Ferner Reichsbankges. § 41 Abs. 2: Anfall des Bankvermögens zur Hälfte an die Antheilseigner, zur Hälfte an das Reich. — Wird eine Anstalt durch Vereinigung oder Zertheilung aufgelöst, so succedirt ihr regelmäsig die an ihre Stelle getretene Verbandsperson oder Verbandspersonenmehrheit; so namentlich bei Kirchenanstalten, vgl. oben § 69 Anm. 30, 31, 33 u. 35 u. § 70 Anm. 60—61.

⁵⁶ Nach dem R.Ges. v. 22. Juni 1889 § 67 fällt das Vermögen einer aufgelösten Versicherungsanstalt, jenachdem sie Staatsanstalt oder Anstalt eines weiteren Kommunalverbandes ist, an den betreffenden Staat oder Kommunalverband; bei einer gemeinsamen Versicherungsanstalt erfolgt der Anfall nach Antheilen an die beteiligten Staaten oder Kommunalverbände.

⁵⁷ Gierke, Genossenschaftsth. S. 868 Anm. 1. Vielfach wird freilich das kirchliche Heimfallsrecht bestritten und nur unter grundsätzlicher Verwerfung künftiger Saekularisationen eine Verpflichtung des Staates zur Wiederverwendung des ihm anfallenden Kirchenvermögens für kirchliche Zwecke anerkannt; vgl. die a. a. O. angef. Verfassungsbestimmungen.

⁵⁸ R.Ges. v. 22. Juni 1889 § 67 Abs. 2. Ueber fortbestehende Zweckgebundenheit Gierke a. a. O. S. 871, über Liquidation ib. S. 886 ff. u. 889 Anm. 1.

§ 78. Stiftungen¹.

I. Begriff. Stiftung nennen wir eine als Verbandsperson anerkannte Anstalt, deren Sozialrecht in seinem Kerne dem Privatrechte angehört². Dem Wortsinne nach bezeichnet der Name Stiftung zunächst den privaten Willensakt, der eine solche Anstalt ins Leben ruft. Im weiteren Sinne wird er auch da gebraucht, wo durch einen privaten Willensakt (wie z. B. eine Schenkung oder letztwillige Zuwendung unter einer Auflage) eine Vermögensmasse einer Zweckgebundenheit unterworfen wird, ohne daß für sie ein besonderes anstaltliches Rechtssubjekt geschaffen würde³.

II. Geschichte⁴. Stiftungen mit eigener Persönlichkeit, dem römischen Rechte ursprünglich unbekannt⁵, entwickelten sich innerhalb der christlichen Kirche in den durch fromme Spenden errichteten und

¹ Mühlenbruch, *Rechtl. Beurtheilung des Städelschen Beerbungsfalles*, Halle 1828, und in *Glücks Komm.* XXXIX (1837) S. 442 ff., XL (1838) S. 1 ff., sowie die dort angef. sonstigen Schriften über den Städelschen Fall. Roth, *Jahrb. f. Dogm.* I 189 ff. Demelius *ib.* IV 139 ff. Schloßmann *ib.* XXVII 1 ff. Herrmann, *Z. f. Kirchenr.* X 330 ff. Regelsberger *ib.* XI 191 ff. Kohler, *Arch. f. bürg. R.* III 228 ff. — Kierulff, *Civilr.* S. 122 ff. Pfeifer, *Jur. Pers.* S. 122 ff. Arndts, *Pand.* § 46, Wächter I § 58, Dernburg I § 62, Bekker I § 69, Regelsberger I § 88 ff. — Walter, *D.P.R.* § 85 ff., Beseler § 71, Roth § 73, Stobbe § 62. — Gierke, *Genossenschaftsr.* II 962 ff., *Genossenschaftsth.* S. 12 ff. — Meurer *a. a. O.* I 73 ff., II 250 ff., 288 ff., 313 ff., 400 ff. — Unger, *Oest. P.R.* I § 44. Roth, *Kurh. P.R.* I 292 ff., *Bayr. C.R.* I § 47. Förster-Eccius IV § 285. — M. Seydel, *Bayr. Staatsr.* IV 617 ff. Sartorius, *Art. „Stiftungen“* im *Wörterb. des deut. Verwaltungsr.* Suppl. II 278 ff.

² Jede „Stiftung“ ist im Rechtssinne eine „Anstalt“, wenschon der Sprachgebrauch schwankt und nur für Stiftungen mit einer sichtbaren räumlichen Einrichtung das Wort „Anstalt“ oder „Institut“ zu verwenden pflegt; vgl. Meurer I 46 Anm. 2, Stobbe I 429 ff., Dernburg I § 62, Regelsberger § 75 II u. § 88 I. Unrichtig wollen Windscheid I § 57 u. Roth, *D.P.R.* § 59 u. § 71, „Anstalten“ und „Stiftungen“ als zwei verschiedene Gattungen von juristischen Personen unterscheiden. Andererseits wird der Name „Stiftung“ auch für manche öffentliche Anstalten gebraucht (oben § 77 Anm. 3 u. 30) und ist an sich, insofern auf den Errichtungsakt gesehen wird, für jede Anstalt passend. Es empfiehlt sich aber, das Wort „Stiftung“ als technischen Ausdruck nur für die Privatanstalt zu verwenden (so auch Entw. II § 70 ff.).

³ Bekker § 69 Beil. III b; Meurer II 224 Anm. 3; Kohler *a. a. O.* S. 268 ff.; Regelsberger § 87 II. Möglich ist, daß hier ein Sondervermögen konstituiert wird; darüber unten Abschn. II Kap. I.

⁴ Roth, *Jahrb. f. Dogm.* I 189 ff. Gierke, *Genossenschaftsr.* II 962 ff., III 119 ff., 275, 421, 806 ff. E. Löning, *Gesch. des deut. Kirchenr.* I 250 ff., II 648 ff. Meurer II 118 ff., 250 ff. Heusler, *Inst.* I § 65.

⁵ Pernice, *Labeo* I 254, III 150 ff. Gierke *a. a. O.* III 65.

vom späteren römischen Rechte den „ecclesiae“ gleichgestellten und als „corpora“ anerkannten Wohlthätigkeitsanstalten⁶. Im Mittelalter wuchsen sie an Zahl und Bedeutung und erfreuten sich als kirchliche Rechtssubjekte, die an allen Privilegien der Kirche Theil nahmen, aber auch kirchlicher Leitung und Aufsicht unterstellt blieben, der eingehenden Fürsorge des kanonischen Rechtes. Schon in den letzten Jahrhunderten des Mittelalters aber erblühte daneben ein rein weltliches Stiftungswesen⁷. Seitdem und in wachsendem Maße seit der Reformation wurde das Stiftungswesen grundsätzlich von der Kirche abgetrennt. Je mehr dann einerseits ehemals kirchliche Aufgaben, wie Wohlthätigkeit und Unterricht, verweltlicht, andererseits Stiftungen für mancherlei in dem alten Begriffe der „piae causae“ überhaupt nicht enthaltene Zwecke üblich wurden, desto mehr erschien das Stiftungsrecht als ein Bestandtheil des allgemeinen bürgerlichen Rechtes und die kirchliche Stiftung nur als ein besonderer Anwendungsfall desselben. In diesem Sinne wurde das Stiftungsrecht mehrfach durch die Gesetzgebung neu geordnet⁸.

Die Theorie versäumte bis zum Beginne unseres Jahrhunderts den Ausbau eines selbständigen Stiftungsbegriffes. Sie behalf sich hier wie bei den öffentlichen Anstalten mit ihrem Korporationsbegriffe, dem die Stiftungen als „pia corpora“ wohl oder übel sich anpassen mußten⁹. Erst Heise führte in die civilistische Lehre von den juristischen Personen die Unterscheidung von Korporationen und Stiftungen ein¹⁰. Seitdem hat die Theorie, die sich namentlich aus Anlaß des Städelschen Beerbungsfalles eifrig mit den Stiftungen beschäftigte¹¹, den selbständigen Stiftungsbegriff festgehalten. Bei dem

⁶ L. 13, 15, 17, 22, 23 C. 1, 2; l. 32 (31), 35 (34), 42 § 6—9 (41 § 11—23), 46 (45), 49 (48), 57 (55) C. 1, 3; Nov. 7, 120, 123, 131.

⁷ Auch die mittelalterliche Doktrin beachtet schon die rein weltlichen Stiftungen; Gierke a. a. O. III 422 Anm. 13.

⁸ Preufs. A. L.R. II, 19, auch II, 6 § 73 ff. u. 193 ff. Hannov. St.O. § 125—128. Bayr. Ver. v. 6. März 1817, Gem.Ed. v. 1. Juli 1834 u. Gem.O. v. 1869 Art. 65 ff. (Pfälz. Art. 49 ff.). Württ. Verw. Ed. v. 1. März 1822 § 120 ff. u. Ges. über die Verwaltung der Gemeinden, Stiftungen und Amtskörperschaften v. 21. Mai 1891. Bad. Stiftungsges. v. 5. Mai 1870. Hamb. Ges. v. 16. Sept. 1870. — Schweiz. Ges. b. Huber I 172 ff. — Entw. II § 70—76.

⁹ Gierke a. a. O. III 198, 275, 361, 421 ff., 718 Anm. 73, 816 ff. Auch im Preufs. L.R. u. im Code civ. werden Korporationen u. Stiftungen grundsätzlich nicht geschieden.

¹⁰ Heise, Grundr. § 98 Anm. 15 u. § 106.

¹¹ Oben Anm. 1. Gestritten wurde vornehmlich über drei Fragen: Erforderniß der Staatsgenehmigung, Gültigkeit der Erbeseinsetzung einer noch nicht existenten Stiftungsperson, Unterschied „milder“ und „gemeinnütziger“ Stiftungen.

auf dieser Grundlage aufgeführten Neubau verfiel sie sogar in den umgekehrten Fehler, die innere Verwandtschaft der Stiftung mit der Körperschaft ganz zu übersehen.

III. **Wesen.** Die Stiftung ist eine als Person anerkannte Anstalt¹². Sie ist ein selbständiger gesellschaftlicher Organismus, dessen Seele der in ihm fortwirkende Wille des Stifters und dessen Körper der zur Verwirklichung dieses Willens hergestellte Verband von Menschen bildet. Gleich der Körperschaft und der öffentlichen Anstalt ist sie also eine Verbandsperson¹³. Man darf freilich nicht, wie dies früher vielfach geschah, den Inbegriff der die Stiftungsvorteile genießenden Personen zum Stiftungssubjekte erheben¹⁴. Allein nicht minder verkehrt ist die seit der Unterscheidung der Stiftung von den Korporationen herrschend gewordene Auffassung der Stiftung als eines personifizierten Vermögens¹⁵. Person ist hier wie überall nur ein

¹² Beseler § 65 III. Gierke, Genossenschaftsr. II 967 ff., Genossenschaftsth. S. 12. Rosin, Oeff. Genoss. S. 21 ff. u. 48. Meurer I 75 ff. Regelsberger § 75 II. — Vgl. auch Unger I § 44, Wächter § 58, Heusler I 255 ff., Stobbe § 49 u. 62, Hölder, Ueber das Wesen der jur. Pers. S. 9 ff.

¹³ Vor der Aufnahme des Anstaltsbegriffes faßte das deutsche Recht die Stiftungen gleich allen kirchlichen Verbandseinheiten als Herrschaftsverbände auf, deren Träger ein von irdischen Dienern vertretener Heiliger war; Heusler I § 65. Durch den Rückzug des Heiligen zu Gunsten einer Anstaltsperson hat die Stiftung ihre Verbandsnatur nicht eingebüßt. blieb ja doch auch die Jurisprudenz bis auf Heise schon in Folge der Anwendung des Korporationsbegriffes auf die Stiftung über deren Zugehörigkeit zu den menschlichen Verbänden einig. Nur wurde freilich gerade bei der Stiftung die Vorstellung der fingierten Persönlichkeit besonders schroff durchgeführt. Und bis heute hat die Stiftung härter als die Körperschaft um die Anerkennung der Realität ihrer Verbandspersönlichkeit zu ringen.

¹⁴ Ueber die älteren Versuche, die Rechtssubjektivität der Wohlthätigkeitsanstalten in den körperschaftlichen Verband ihrer Insassen (das „collegium miserabilium“) zu verlegen, vgl. Gierke, Genossenschaftsr. II 964, III 198, 361, 422, auch noch Müller zu Struv, Exerc. 7 th. 41 N. 7, Leu, Eidgenöss. R. I Tit. 30 § 24. Heute begegnet nur noch bei der Familienstiftung bisweilen die Auffassung, daß die Familie das Rechtssubjekt sei; vgl. z. B. Pözl, Z. f. D. R. XVI 362, Walter § 89, Bluntschli § 68. Doch ist, wenn vom preussischen Landrecht abgesehen wird, auch hier eine derartige Konstruktion unausführbar; davon später.

¹⁵ So seit Heise (oben Anm. 10) die meisten Romanisten; vgl. z. B. Mühlbruch, Rechtl. Beurth. S. 78, Böcking, Lehrb. § 62, Röm. Privatr. § 24, Arndts § 41, Windscheid § 57 Anm. 3 (der aber da, wo eine äußere Anstalt vorhanden ist, „mit der Personifizierung des Vermögens die Personifizierung der Anstalt“ konkurrieren läßt), Bekker § 69. Ebenso Renaud, D.P.R. § 56, Roth, Jahrb. f. D. I 203 u. D.P.R. § 73, Unger, Krit. Uebersch. VI 159, Gengler, D.P.R. § 26 Z. 4 S. 86 ff. Auch Seuff. XXXV Nr. 93, XLIV Nr. 241. Auf das Gleiche läuft die Zweckvermögenstheorie hinaus. Ebenso die Theorien von Bruns in Holtzendorffs Encykl. I 415, Bolze a. a. O. S. 186 ff., Karlowa, Z. f. d. P. u. ö. R. d. G.

lebendiger Willensträger: das Stiftungsvermögen ist, wenngleich die Stiftung eines Vermögens bedarf, ein bloßes Objekt, das nicht zugleich sein eignes Subjekt sein kann¹⁶. Ehensowenig wird man dem Wesen der Stiftung gerecht, wenn man ihre Persönlichkeit in ihren Zweck verlegt¹⁷. Eine Zwecksetzung ist ihr unentbehrlich, spielt aber bei ihr keine andere Rolle, als bei der Körperschaft. Näher kommt dem wahren Verhältniß die Auffassung, daß als Stiftungssubjekt der Wille des Stifters anzusehen sei¹⁸. Allein dieser Wille könnte nicht fortleben, wenn er sich nicht in einem anstaltlichen Organismus verkörpert hätte, der fort und fort lebendige Willensträger ihm dienstbar macht¹⁹.

IV. Arten. Die Stiftungen unterscheiden sich zuvörderst nach ihrem Zweck. Eine mannichfach bevorzugte Stellung nehmen die „frommen“ oder „milden“ Stiftungen (*piae causae*) ein. Der Begriff umfaßt an sich nur Stiftungen für religiöse und mit der Religion zusammenhängende Zwecke einschließlic der Wohlthätigkeits- und Schulzwecke²⁰, ist aber oft auf alle Stiftungen für gemeinnützige Zwecke ausgedehnt worden²¹. Daneben sind Stiftungen für andere erlaubte Zwecke zulässig²². Unter ihnen bilden die Familienstiftungen eine besondere Gattung²³.

Mit der Eintheilung nach dem Zwecke kreuzt sich bei mancher

XV 398 ff. (Interessenzentrum). — Gegen die Vermögenspersonifikation R.Ger. V Nr. 37.

¹⁶ Das Stiftungsvermögen ist nicht einmal, wie das Grundvermögen einer Vermögensgenossenschaft, ein wesentliches Substrat der Verbandspersönlichkeit. Denn die Stiftungsperson erfährt durch Mehrung oder Minderung ihres Vermögens keine Wesensveränderung (R.Ger. V Nr. 37) und kann wenigstens zeitweilig ohne Vermögen bestehen.

¹⁷ So Savigny II 244 Anm. b, Puchta, Inst. § 191, Pand. u. Vorl. § 27, Gerber, Jahrb. f. D. II 349; ähnlich Walter § 85 (die der Stiftung innewohnende Idee), Seuff. XVIII Nr. 4.

¹⁸ Zitelmann, Jur. Pers. S. 72 ff., Förster IV § 285, Meurer I 76 ff., Stobbe I 579 (in 1. Aufl. für Vermögenspersonifikation), Heusler, Inst. I 254.

¹⁹ Gierke, Genossenschaftsb. S. 12 Anm. 3; Regelsberger, Pand. I 293.

²⁰ Hieran halten viele Partikularrechte fest; so Württemb. L.R. v. 1610 III, 6 § 1—6 (anders die früheren), Henneb. L.O. III, 3 c. 4, Jus culm. III t. 8 c. 9. Auch muß dieser engere Begriff als gemeinrechtlich gelten; Mühlenbruch a. a. O. S. 141 ff., Beseler § 72 Anm. 13 u. die dort gegebenen weiteren Nachweise.

²¹ Vgl. die b. Gierke, Genossenschaftsb. III 760 Anm. 12 angef. Partikularrechte; dazu Bayr. L.R. III c. 4 § 5, Hamb. Stadtr. III t. 2 Art. 2 (Gries, Komm. II 229). Manche halten diesen weiteren Begriff für gemeinrechtlich; vgl. Beseler § 72 Anm. 14.

²² Roth, Jahrb. f. D. I 204; Stobbe I § 62 Anm. 2; Regelsberger § 88 III 1. Dagegen verlangt das Bad. Stiftungsges. § 1 einen „öffentlichen“ Zweck.

²³ Von ihren Besonderheiten wird bei den Familiengütern gehandelt werden.

Berührung die Unterscheidung der Stiftungen nach dem Gliedverhältniß zu anderen Verbandspersonen. Stiftungen, die gliedmäßig einer Kirche angehören, treten den weltlichen Stiftungen als kirchliche Stiftungen gegenüber²⁴. Eine weltliche Stiftung kann als kommunale Stiftung einer Gemeinde, als korporative Stiftung irgend einer anderen Körperschaft eingegliedert sein²⁵. Soweit aber eine besondere Beziehung zu einem anderen Verbandsverbande nicht durch Gesetz, Satzung oder Herkommen begründet ist, steht die Stiftung lediglich zum Staate in einem Gliedverhältniß.

V. Entstehung. Zur Entstehung einer Stiftung bedarf es der gültigen Errichtung einer selbständigen Anstalt und ihrer Anerkennung als Person.

1. Die Errichtung erfolgt durch eine private Willensthat: den „Stiftungsakt“ oder das „Stiftungsgeschäft“²⁶. Nach ge-

²⁴ Der Zweck kommt hierbei mittelbar in Betracht, ist aber keineswegs entscheidend; Meurer a. a. O. I 246 ff., II 254 ff., 267, Gierke, Genossenschaftsth. S. 869 Anm. 3. Anders das Bad. Stiftungsges. § 3 u. bes. § 10, wonach künftige Stiftungen als „kirchliche“ nur für rein kirchliche Bedürfnisse, mithin z. B. nicht für Armen- oder Krankenpflege errichtet werden können. In den übrigen deutschen Staaten ist die Abgrenzung der kirchlichen Stiftungen mehr im Anschluß an das geschichtliche Recht und den Willen des Stifters vollzogen; vgl. z. B. Preuss. Ges. v. 20. Juni 1875 § 3 Z. 4 u. § 4 Abs. 2 u. v. 4. Juni 1876 § 1 Z. 2, Württ. Ges. v. 14. Juli 1887 f. d. evang. Kirche Art. 30 u. vom gleichen Tage f. d. kathol. Kirche Art. 22. Dazu Sartorius S. 285, 298, 293, 296, 301, 308. — Die kirchliche Stiftung ist, auch wenn die Kirche als öffentlicher Verband gilt, Privatanstalt; der öffentliche kirchliche Wille ist nicht (wie Meurer I 82 meint) ihr Stiftungswille, sondern nur zunächst berufen, den in ihr fortlebenden Privatwillen zu hüten und zu reguliren. Öffentliche Kirchenanstalt wird sie nur, falls sie durch Aufnahme unter die integrierenden Bestandtheile der kirchlichen Lebensordnung zu einer solchen erhoben wird (oben § 77 Anm. 30). — Es giebt auch gemischte Stiftungen; Bad. Stiftungsges. § 4, Württ. Ges. v. 1891 Art. 45.

²⁵ Durch die Gesetzgebung sind zum Theil alle Stiftungen mit örtlichen Zwecken den Gemeinden eingegliedert; vgl. Bad. Stiftungsges. § 12 ff., auch Kurhess. Gem.O. v. 1834 § 71, Hannov. St.O. v. 1858 § 126 ff., Bayr. Gem.O. Art. 69. Bei den mit einer Körperschaft verbundenen Stiftungen geht das Pr. L.R. II, 6 § 73 ff. von der Annahme eines unselbständigen Zweckvermögens aus, versperrt aber damit keineswegs die Möglichkeit einer selbständigen Stiftung dieser Art. Natürlich kann eine Stiftung auch einer öffentlichen Anstalt (man denke z. B. an Universitätsstiftungen) oder einer anderen Stiftung eingegliedert sein; vgl. Bekker I 285.

²⁶ Stiften können nicht nur Einzelpersonen, sondern auch Verbandspersonen. Auch eine öffentliche Verbandsperson kann eine private Stiftung begründen. Möglich ist ferner eine Stiftung durch eine gemeinschaftliche Willensthat mehrerer Personen. In manchen Fällen (z. B. bei öffentlichen Sammlungen für eine Stiftung) kommt die Errichtung einer besonderen Stiftungsgesellschaft vor, die mit der Erreichung ihres Zweckes verschwindet. Vgl. Gierke, Genossenschaftsth. S. 26.

meinem Rechte ist die private Willensthat ausreichend²⁷. Fast alle Landesgesetze aber machen ihre Rechtsbeständigkeit von einer staatlichen Genehmigung abhängig²⁸. Diese Einschränkung der Stiftungsfreiheit ist durchaus gerechtfertigt²⁹. Denn das Stiftungsrecht erweitert den Machtbereich des individuellen Willens weit über seine natürlichen Grenzen. Indem es dem in einer Stiftungsurkunde erstarrten Willen Verstorbener die Herrschaft über den Willen der Lebenden sichert, bringt es die von ihm ergriffenen Vermögensgegenstände in die „todte Hand“. Auch vermag der Einzelwille diese beständige Geltung nur zu behaupten, wenn ihn der Gemeinwille in seinen fürsorglichen Schutz nimmt. Soll daher der Staat als Träger des höchsten Gemeinwillens einer privaten Willensthat einen derartigen Erfolg gewährleisten, so gebührt ihm die Prüfung, ob das Stiftungswerk desselben fähig und würdig ist. Doch wird durch die staatliche Genehmigung dem privaten Willensakte keineswegs seine schöpferische Kraft entzogen: der Staat setzt sich nicht an die Stelle des Stifters, sondern erklärt nur den Stiftungsakt für gültig oder ungültig³⁰.

2. Die Anerkennung der Stiftung als Person ist durch allge-

²⁷ Gierke a. a. O. S. 84 u. die dort S. 15 Anm. 1 u. S. 19 Anm. 3 angeführte Litteratur (bes. Beseler § 71 Anm. 6, Arndts § 46, Windscheid § 60, Brinz 1. Aufl. S. 1069 ff., Demelius a. a. O. S. 140 ff.), sowie seitdem Meurer II 257 ff. u. Regelsberger § 89; Seuff. XVI Nr. 232. Stiftungsfreiheit nehmen für das gemeine Recht auch Manche (wie Puchta, Pand. § 28, u. Bruns a. a. O. S. 415) an, die zur Entstehung einer Körperschaft stets staatliche Mitwirkung fordern. Dagegen binden die meisten Gegner der Körperschaftsfreiheit auch die Entstehung von Stiftungen an Staatsgenehmigung; so die b. Gierke a. a. O. S. 16 Anm. 1 angef. Schriftsteller (bes. Mühlenthal, Kierulff, Savigny, Pfeifer, Sintenis), von Neueren namentlich Roth, Jahrb. f. D. I 207 u. D.P.R. § 73 I, Stobbe, D.P.R. § 62 Anm. 5, u. Bekker, Pand. § 69 Anm. 3; vgl. auch Seuff. I Nr. 359.

²⁸ So Preufs. L.R. II, 19 § 33 ff. u. für die ganze Monarchie Ges. v. 23. Febr. 1870 § 1 (oben § 66 Anm. 19); Bayr. R. (Roth, Bayr. C.R. § 47 Anm. 7, Seydel IV 622, Seuff. XXIX Nr. 149 u. XXXV Nr. 73, Gem.O. v. 29. Apr. 1869 Art. 69); Sächs. Gb. § 52 u. Ges. v. 15. Juni 1868 § 6; Bad. Stiftungsges. § 1—2; Weim. Ges. v. 22. April 1833 § 1; Oest. R. nach Unger I 350 u. Schiffner S. 203; sonstige Gesetzgebung u. Uebung b. Roth, D.P.R. § 73 Anm. 16—17, Sartorius S. 280. — Familienstiftungen sind mitunter ausgenommen; Preufs. Ges. v. 23. Febr. 1870 § 6.

²⁹ Gierke, Entw. S. 154 ff., Personengemeinschaften S. 40 ff.; Hölder, Arch. f. civ.Pr. LXXIII 47 ff.; Schloßmann a. a. O. S. 8 ff.; Kohler a. a. O. S. 294 ff. — Im Gegensatz zu Entw. I will Entw. II § 70 Staatsgenehmigung fordern.

³⁰ Regelsberger I 350. Anders die ältere Auffassung (Gierke, Genossenschaftsth. S. 16 Anm. 1), die sich noch bei Stobbe wiederfindet. — Wird freilich

meinen Rechtssatz an ihr rechtliches Dasein geknüpft. Sie tritt, falls sie eben als selbständige Stiftung gewollt ist, entweder als Person oder überhaupt nicht ins Leben⁸¹. Die Landesgesetze lassen meist den Erwerb der Persönlichkeit mit der staatlichen Genehmigung zusammenfallen⁸². Nur selten wird eine ausdrückliche Anerkennung der Stiftung als Person gefordert⁸³.

3. Der Stiftungsakt kann durch Verfügung unter Lebenden oder von Todeswegen vollzogen werden⁸⁴. Im letzteren Falle ist er an die für Verfügungen von Todeswegen geltenden Formvorschriften gebunden. Aber auch im ersteren Falle ist er zum Theil einer besonderen Form bedürftig⁸⁵. Seinem rechtlichen Inhalte nach ist er gleichzeitig ein sozialer Schöpfungsakt und ein Rechtsgeschäft⁸⁶.

a. Der soziale Schöpfungsakt richtet sich auf die Erzeugung einer Verbandsperson. Er ist mit der Willenserklärung des Stifters keineswegs vollendet⁸⁷. Vielmehr ist er erst vollendet, wenn die Stiftung als rechtlich anerkanntes soziales Lebewesen hergestellt, ein anstaltlicher Organismus eingerichtet, ein Organ gewonnen, auch die etwa erforderliche staatliche Genehmigung ertheilt ist⁸⁸. Auch

die Stiftung zur öffentlichen Anstalt erhoben, so findet eine konstitutive Thätigkeit des Staates oder eines anderen öffentlichen Verbandes statt; oben § 77 Anm. 30.

⁸¹ Gierke, Genossenschaftsth. S. 86; Regelsberger § 89.

⁸² Preuß. L.R. II, 19 § 42 u. f. Familienstiftungen Cab.O. v. 23. Mai 1845; Bad. Stiftungsges. § 2 Abs. 1; Bayr. Gem.O. Art. 69 Abs. 2, Pfälz. Art. 58; Oesterr. R. nach Unger I 350 (a. M. Krainz I 184); Sächs. Ges. v. 15. Juni 1868 § 6 für die zu dauernden kirchlichen, mildthätigen oder gemeinnützigen Zwecken errichteten Stiftungen. — Natürlich kann die Genehmigung diese Wirkung nur haben, wenn die Stiftung als selbständige Anstalt gewollt, eingerichtet und genehmigt ist; Seuff. XXXV Nr. 93.

⁸³ So nach Sächs. Ges. v. 15. Juni 1868 § 6 bei Stiftungen für andere als die in Anm. 32 bezeichneten Zwecke.

⁸⁴ Eine Stiftung unter Lebenden ist auch die durch Verfügung von Todeswegen den Erben auferlegte und von ihnen errichtete Stiftung; Roth, Jahrb. f. D. I 209 ff., Stobbe, I 578.

⁸⁵ So, falls er eine Schenkung enthält (unten Anm. 44), der Schenkungsform; R.Ger. V Nr. 37. Allgemein will Entw. II § 71 Abs. 1 gerichtliche oder notarielle Form vorschreiben.

⁸⁶ Gierke, Genossenschaftsth. S. 140 ff., Personengemeinsch. S. 43 ff.; Kohler a. a. O. S. 235 ff. — Uebersah man früher meist die sozialschöpferische Seite, so verfallen Neuere in die umgekehrte Einseitigkeit, die privatrechtsgeschäftliche Seite ganz wegdeuten zu wollen; so z. B. Karlowa S. 412 ff., Schloßmann S. 27 ff.

⁸⁷ Unrichtig Seuff. XI Nr. 9, XVIII Nr. 4.

⁸⁸ Gierke, Genossenschaftsth. S. 122, Personengemeinsch. S. 45 ff.; R.Ger. V Nr. 37. — Die Gewinnung eines Organes halten Karlowa S. 419 u. Kohler S. 234 nicht für erforderlich.

hier liegt zwischen Zeugung und Geburt ein oft langwieriges Werdestadium, in dem sich ein bereits vom Stiftungsrechte beherrschtes, jedoch für den Fall des Scheiterns der Stiftung wirkungsloses anstaltliches Vorleben entfaltet. Dabei wirken zur Erreichung des Zieles mancherlei Einzelhandlungen zusammen, an denen auch andere Personen als der Stifter beteiligt sind. Immer aber handelt es sich nur um die Fortentwicklung der stifterischen Zeugungsthat. Darum muß der Stiftungsakt selbst die wesentlichen Grundlagen des künftigen Verbandslebens feststellen: einen geeigneten Lebenszweck, die zu dessen Erreichung erforderlichen Mittel und eine anstaltliche Lebensordnung³⁹. In letztgedachter Hinsicht aber macht, wenn nur eine anstaltliche Verfassung in Aussicht genommen ist, ein selbst vollständiger Mangel näherer Bestimmungen den Stiftungsakt nicht nichtig; solche Lücken werden vielmehr, sofern nicht schon das Gesetz subsidiäre Vorschriften enthält, durch fürsorgliche Anordnung des Staates oder eines sonst dazu berufenen Trägers öffentlicher Willensmacht ergänzt⁴⁰.

b. Das individuelle Rechtsgeschäft, das sich in dem Stiftungsakte regelmäßig mit dem konstitutiven Akte verbindet⁴¹, besteht in der Zuwendung eines zu diesem Behufe aus dem Vermögen des Spenders ausgeschiedenen Vermögens an die Stiftung⁴². Da diese Zuwendung an ein noch nicht existentes Rechtssubjekt erfolgt, ist sie stets unter der Bedingung zu verstehen, daß dieses Rechtssubjekt existent wird⁴³.

Bei einer Stiftung unter Lebenden ist das im Stiftungsakte enthaltene Rechtsgeschäft meist eine Schenkung an die künftige Stiftungsperson⁴⁴. Im Zweifel ist hier die Verfügung des Stifters bis zu

³⁹ Regelsberger I 346; Seuff. I Nr. 97; oben Anm. 32 a. E.

⁴⁰ Roth a. a. O. S. 215 ff., Bekker § 69 Anm. n und y, Kohler S. 260, Regelsberger § 88 III 4; R.Ger. XIX Nr. 49; Pr.L.R. II, 19 § 36; Bayr. Gem.O. Art. 65; Sächs. Ges. v. 15. Juni 1868 § 8.

⁴¹ Nothwendig ist diese Verbindung nicht; vgl. Bekker § 69 Anm. q. Die Vermögenszuwendung kann der Errichtung der Anstalt nachfolgen. Sie kann auch von Anderen als dem Stifter ausgehen. Wird z. B. gelegentlich eines Jubiläums Geld für eine Stiftung gesammelt, so ist es möglich, daß der Jubilar die Stiftung errichten, das gesammelte Geld aber ohne Zwischeneigenthum des Stifters an die Stiftung abgeführt werden soll.

⁴² Unrichtig ist die Ansicht von Karlowa S. 399 ff. u. 414 ff., Schloßmann S. 20 ff. u. A., daß die thatsächliche Ausscheidung des Vermögens zur Vollendung des Stiftungsaktes erforderlich sei.

⁴³ Gierke, Genossenschaftsth. S. 123 ff.

⁴⁴ Puchta, Vorl. § 28; Brinz 2. Aufl. § 446; Gierke a. a. O. S. 123 Anm. 1, Personengemeinsch. S. 47; Kohler S. 242; Regelsberger I 348;

dem Augenblicke, in dem die Stiftung existent geworden ist, widerrechtlich⁴⁶. Doch kann sich der Stifter schon vorher anderen Personen gegenüber zu Gunsten der künftigen Stiftung wirksam binden⁴⁶. Sobald die Stiftung als Person ins Leben tritt, erwirbt sie die ihr zugedachten Rechte⁴⁷. Insofern es zum Uebergange einzelner Vermögensrechte einer besonderen Uebertragungshandlung bedarf, ist der Stifter zu deren Vornahme verpflichtet⁴⁸.

Wird eine Stiftung von Todeswegen errichtet, so kann die Vermögenszuwendung an sie im Wege der Erbeseinsetzung oder des Vermächtnisses erfolgen. Kraft eines alten Gewohnheitsrechtes ist hier die Einsetzung eines seiner Existenz nach ungewissen künftigen Rechtssubjektes gültig⁴⁹. Neuere Gesetze sprechen dies ausdrücklich aus⁵⁰. Tritt die Stiftung als Person ins Leben, so erwirbt sie ohne Weiteres die ihr zugedachte Erbschaft oder das ihr zugedachte Vermächtnis⁵¹.

VI. Verfassung. Die Verfassung der Stiftung beruht auf der

R.Ger. V Nr. 37. Gegen die Schenkungsnatur erklären sich Roth a. a. O. S. 208, Demelius a. a. O. S. 145 ff., Eccius IV 699, Bekker I 281 ff., Karlowa S. 416, Schloßsmann S. 49. Allein warum soll die freigiebige Zuwendung an eine zu errichtende Stiftung eine andere rechtliche Natur haben, als die an eine bestehende Stiftung? — Ist freilich der Stifter durch eine ihm von Todes wegen (oben Anm. 34) oder unter Lebenden (z. B. bei Ueberreichung eines zu diesem Zweck gesammelten Betrages) gemachte Auflage zu der Vermögenszuwendung verpflichtet, so schenkt er nicht; Kohler a. a. O., Regelsberger a. a. O.

⁴⁶ Roth a. a. O. S. 208; Hölder a. a. O. S. 47 ff.; Schloßsmann S. 32 ff.; Regelsberger § 88 Anm 17. — Anders Entw. I § 58.

⁴⁶ Gierke, Genossenschaftsth. S. 124 Anm. 1, Personengemeinsch. S. 45 ff. Hat auf Gesuch des Stifters der Staat die Genehmigung ertheilt, so ist jedenfalls ein einseitiger Rücktritt des Stifters nicht mehr zulässig. Bis zu diesem Zeitpunkte will Entw. II § 71 Abs. 2 den Rücktritt zulassen, jedoch nach Einreichung des Gesuches um Genehmigung nur durch Erklärung an die zuständige Behörde und nicht mehr für die Erben.

⁴⁷ Gierke, Genossenschaftsth. S. 124, Kohler S. 239, Regelsberger § 89 III; Entw. II § 71 Abs. 3.

⁴⁸ Entw. II § 71 Abs. 3. So z. B. zur Uebergabe beweglicher und zur Auflassung unbeweglicher Sachen. Eccius IV 700 nimmt im Widerspruch mit der preufs. Praxis (ib. Anm. 23) Eigenthumsübergang ohne Uebergabe oder Auflassung an; vgl. dagegen Gierke a. a. O. S. 141 Anm. 2.

⁴⁹ Vgl. über die mittelalterliche Lehre Gierke, Genossenschaftsr. III 373 Anm. 76 u. 441 Anm. 112, über die neuere Theorie und Praxis Genossenschaftsth. S. 126 Anm. 1; seitdem Bekker § 69 Beil. II, Kohler S. 242 Anm. 10, Regelsberger § 88 IV A, über die preufs. Praxis Eccius (6. Aufl.) § 251 Anm. 53—60.

⁵⁰ Weimar. Ges. v. 1838 § 3 b. Heimbach § 172 Anm. 1; Sächs. Gb. § 2074. — Ebenso mit Zuhülfenahme einer überflüssigen Fiktion Entw. II § 72 Abs. 2.

⁵¹ Regelsberger I 347.

ihr vom Stifter oder auf Grund der stifterischen Anordnung von einer sonst dazu berufenen Person gegebenen anstaltlichen Organisation⁵². In einzelnen Punkten stellen die Gesetze zwingende oder subsidiäre Vorschriften auf⁵³. Unentbehrliches Organ ist ein vertretender und verwaltender Vorstand (Stiftungsverwaltung, Kuratel)⁵⁴. Derselbe kann als Einzelvorsteher oder als Kollegium oder auch mehrgliedrig eingerichtet sein. Seine Bildung kann durch unmittelbare Berufung seitens des Stifters oder durch Wahl seitens eines Stiftungsorganes (insbesondere Selbstergänzung) oder durch Ernennung seitens des Staates, der Gemeinde, der Kirche oder irgend einer anderen Körperschaft oder Anstalt erfolgen. Vielfach ist auch eine öffentliche Behörde oder ein sonstiges Organ einer anderen Verbandsperson zugleich zum Stiftungsvorstande berufen⁵⁵. Neben dem Vorstande

⁵² Preuss. L.R. II, 19 § 35; Bayr. Gem.O. Art. 65, Pfälz. Art. 49; Sächs. Ges. v. 1868 § 8; Württemb. Verw.Ed. v. 1822 § 120, Ges. v. 1891 Art. 43. Entw. II § 73. Für ältere Stiftungen auch Bad. Stiftungsges. § 8.

⁵³ Sehr enge Grenzen zieht bei künftigen Stiftungen der stifterischen Autonomie hinsichtlich der Stiftungsverfassung das Bad. Stiftungsges., das im Gegensatz zu allem sonstigen deutschen Rechte überhaupt nur ausnahmsweise dem Stifter bestimmte Anordnungen über die Einrichtung der Stiftungsorgane gestattet; vgl. § 7, 20—22, 35, 36—41.

⁵⁴ Für ihn gelten im Allgemeinen gleiche Regeln wie für den Körperschaftsvorstand. So auch Entw. II § 74.

⁵⁵ So nach gem. u. preuss. R. (vgl. *Eccius* IV 700 ff.) kraft stifterischer Anordnung oder einer mangels stifterischer Anordnung getroffenen obrigkeitlichen Ergänzungsbestimmung (oben Anm. 40). Manche Gesetze berufen ein für alle Mal bestimmte öffentliche Behörden subsidiär zur Stiftungsverwaltung; so bei allen Stiftungen das Württemb. R., vgl. *Sartorius* S. 296 ff.; ebenso bei örtlichen Stiftungen (die Gemeindebehörden) das Bayr. R., Gem.O. Art. 65 ff. (Pfälz. Art. 49 ff.), *Sartorius* S. 290 ff.; vgl. auch Schweizer. Ges. b. *Huber* I 174 ff. — Nach dem Bad. Stiftungsges. fungiren regelmässig nothwendig öffentliche Behörden als Stiftungsorgane; bei weltlichen Stiftungen der Gemeinderath oder ein engerer Ortsverwaltungsrath (§ 14 ff.) oder auch ein örtlicher Stiftungsrath (§ 16 ff.), unter Umständen ein gleichfalls wesentlich kommunaler besonderer Stiftungsrath (§ 20 ff.), Kreis- oder Bezirksorgane (§ 33) oder staatliche Verwaltungsräthe (§ 32 u. 34); bei den auf die Angehörigen einer bestimmten Konfession beschränkten Stiftungen möglicherweise konfessionelle, aber gleichwohl kommunale oder staatliche Stiftungs- oder Verwaltungsräthe (§ 22 ff. u. 35); bei kirchlichen Stiftungen die Organe der kirchlichen Vermögensverwaltung (§ 42). Nur bei Familienstiftungen kann der Stifter sich selbst oder Familiengliedern die Verwaltung vorbehalten und die Nachfolge in diese Rechtsstellung regeln (§ 36), bei Stipendien- und Aussteuerstiftungen wenigstens die Verleihung des Stiftungsgenusses sich selbst oder anderen Personen vorbehalten, die Verwaltung aber einer von ihm gewählten Staats- oder Gemeindebehörde (bei Stipendien für Theologen auch einer Kirchenbehörde) übertragen (§ 37); vgl. *Sartorius* S. 301 ff.

kommen mancherlei andere Stiftungsorgane vor. Häufig ist namentlich die Verleihung des Stiftungsgenusses von der Stiftungsverwaltung getrennt und besonderen „Kollatoren“ überwiesen⁵⁶. Mitglieder kann die Stiftung nicht haben: der weiter oder enger abgesteckte Kreis, dem sie zu Gute kommen soll, bildet nur den Inbegriff ihrer Destinatäre (Genussberechtigten)⁵⁷.

VII. **Rechtsfähigkeit.** Die Rechtsfähigkeit der Stiftung ist die einer Verbandsperson. Milde und zum Theil überhaupt gemeinnützige Stiftungen genießen besondere Privilegien⁵⁸. Beschränkt wird der Vermögenserwerb der Stiftungen durch die gerade auf sie mitgerichteten Amortisationsgesetze⁵⁹.

VIII. **Handlungsfähigkeit.** Die Stiftung vermag gleich der Körperschaft durch ihre Organe zu handeln. Ihre Handlungsfähigkeit ist jedoch durch ihren beschränkteren Lebenszweck enger begrenzt. Ueberdies ist ihre Willensbildung durch den in sie hineingelegten Willen des Stifters ein für alle Mal fest bestimmt, so daß die Stiftungsorgane vor Allem diesen für sie unantastbaren Willen auszuführen und nur innerhalb des von ihm frei gelassenen Spielraumes behufs Auslegung, Entfaltung und Ergänzung der stifterischen Anordnung einen Stiftungswillen neu zu bilden haben⁶⁰. Auch untersteht die Stiftung überall einer ständigen Staatsaufsicht⁶¹, zu deren Aufgaben neben der Fürsorge für die Erhaltung des Stiftungsvermögens

⁵⁶ So vielfach kraft stifterischer Anordnung bei Stipendienstiftungen; vgl. vor. Anm. a. E. Das Bad. Stiftungsges. § 15 kennt auch Fälle einer gesetzlichen Berufung verschiedener Behörden zu Verwaltung und Verleihung.

⁵⁷ Denkbar ist jedoch eine satzungsmäßige Betheiligung der Genussberechtigten am Stiftungsleben. Eine gesetzliche Berufung der Genussberechtigten zur Beschlussfassung über die Einrichtung der Stiftungsverwaltung findet sich bei konfessionellen Stiftungen im Bad. Stiftungsges. § 23—25 u. 28.

⁵⁸ Aufzählungen b. Roth, Kurh. P.R. § 87, Brinz 1. Aufl. S. 1132 ff., 2. Aufl. § 453, Lang, Personenr. § 35, Stobbe I 581 ff. Vgl. Pr.L.R. II, 19 § 43. Aeltere Partikularrechte bei Gierke, Genossenschaftsr. III 760 ff.

⁵⁹ Oben § 66 Anm. 15—19.

⁶⁰ Gierke, Genossenschaftsth. S. 630; Stobbe I 580; Regelsberger § 90 III; Seuff. IX Nr. 7, XXXV Nr. 93.

⁶¹ Preufs. L.R. II, 19 § 37 ff.; Bayr. Gem.O. Art. 66; Hamb. Ges. v. 16. Sept. 1870 § 1 ff.; Bad. Stiftungsges. § 2 Abs. 2, 9 Abs. 2, 24, 26—31 u. 41; Roth, Jahrb. f. D. I 217 ff., Bayr. C.R. § 47, Kurh. P.R. § 89 Anm. 12, Regelsberger § 90 IV, G. Meyer, Verwaltungsr. I § 33, Sartorius S. 287 ff., 292 ff., 294 ff., 298 ff., 300, 309, 311. Bei Familienstiftungen findet regelmässig keine ständige, sondern nur eine außerordentliche Aufsicht statt; Gerber, Jahrb. f. D. II 353. In Preußen stehen sie unter gerichtlicher Aufsicht; Förster-Eccius IV 701. Andere Befreiungen von der ständigen Staatsaufsicht spricht z. B. das Hamb. Ges. v. 16. Sept. 1870 § 3 Abs. 3—4 aus.

namentlich auch die Wahrung und Durchsetzung des stifterischen Willens gegen die Stiftungsorgane gehört⁶². Insoweit die Stiftung durch Satzung, Herkommen oder Gesetz einem anderen Verbands eingegliedert ist, greift zunächst die Aufsicht dieses Verbandes Platz⁶³. Innerhalb der Grenzen ihrer Handlungsfähigkeit vermag die Stiftung nicht nur rechtmässig, sondern auch rechtswidrig zu handeln⁶⁴.

IX. Innere Rechtsverhältnisse. Da das Sozialrecht der Stiftung Privatrecht ist, sind auch die verfassungsmässigen Beziehungen zwischen der Stiftung und ihren Organträgern und die aus ihnen erwachsenden gegenseitigen Rechte und Pflichten an sich Privatrechtsverhältnisse. Dies gilt nicht nur von den mit einem Stiftungsamte verknüpften Sonderrechten und Sonderpflichten⁶⁵, sondern auch von der Organstellung als solcher⁶⁶. Doch wird durch neuere Gesetze vielfach der Rechtsweg zu Gunsten der Verwaltungsrechtsprechung eingeschränkt⁶⁷.

Aehnlich verhält es sich mit den Rechtsbeziehungen zwischen der Stiftung und ihren Destinatären. Möglicher Weise entspringt aus der Stiftungsverfassung ein klagbares Privatrecht bestimmter Personen auf Einsetzung in den Stiftungsgenuß⁶⁸. Immer wird im Zweifel durch

⁶² Pr. L.R. II, 19 § 38—40, Hamb. Ges. v. 16. Sept. 1780 § 4—7, Roth, Jahrb. f. D. I 217 ff., Bekker I 280, Förster-Eccius IV 701. Aeußersten Falles kann der Staat ungetreue Verwalter entsetzen.

⁶³ Kirchnaufsicht über kirchliche, Gemeindeaufsicht über kommunale Stiftungen u. s. w. — In gewissem Umfange kann der Stifter selbst Bestimmungen über die Aufsicht treffen; Pr. L.R. II, 19 § 35, Förster-Eccius IV 701. Nur kann er die Oberaufsicht des Staates nicht ganz ausschliessen.

⁶⁴ Seuff. XXIX Nr. 214; Entw. II § 74 mit § 80. Irrig Eccius IV 698.

⁶⁵ Also z. B. einerseits von etwaigen Ansprüchen der Verwalter und Beamten auf Besoldung aus dem Stiftungsvermögen, andererseits von ihren aus pflichtwidrigem Verhalten entspringenden Ersatzverbindlichkeiten gegen die Stiftung; Seuff. IV Nr. 107 u. 116, Brinz 1. Aufl. S. 1127 ff., 2. Aufl. § 452.

⁶⁶ Im Zweifel entsteht daher aus stiftungsmässiger Berufung zur Verwaltung der Stiftung oder zur Verleihung des Stiftungsgenusses ein klagbares Privatrecht; Seuff. IV Nr. 251 S. 413, Gierke, Genossenschaftsth. S. 187, Regelsberger § 90 II. Anders Seuff. IV Nr. 251 S. 414, XX Nr. 181, XXIII Nr. 170. Eine privatrechtliche Verpflichtung zur Uebnahme von Stiftungsämtern kann natürlich der Stifter nicht einseitig begründen.

⁶⁷ Vgl. Sartorius a. a. O. S. 283. Das Bad. Stiftungsges. läst den Rechtsweg nur in Streitigkeiten „über den die Stiftungen begründenden privatrechtlichen Akt“ und „aus dem bürgerlichen Rechtsverkehr einer Stiftung mit Dritten“ offen, gestattet aber bei zahlreichen Fragen des Sozialrechtes der Stiftungen die Herbeiführung einer gerichtlichen Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofes; § 11, 28 u. 40. Vgl. dazu Meurer I 82.

⁶⁸ Dies ist der Fall, insoweit durch die Stiftungsverfassung ein Anrecht oder

die gehörig erfolgte Verleihung des Stiftungsgenusses ein Privatrechtsverhältniß begründet⁶⁹. Aber auch ein den Genußberechtigten etwa eingeräumtes Recht der Einwirkung auf die Stiftungsverwaltung gehört dem privaten Sozialrecht an⁷⁰. Im Uebrigen dagegen können die Betheiligten ihr Interesse an ordnungsmäßiger Verwaltung und Verleihung nur im Wege der Beschwerde bei der Aufsichtsbehörde zur Geltung bringen⁷¹.

X. Veränderung. Die Stiftung kann mangels ausdrücklicher stifterischer Ermächtigung sich nicht durch eigne Willensthat verändern⁷². Um so unentbehrlicher ist ein staatliches Umwandlungsrecht. Der Staat kann im Wege der Gesetzgebung jede Stiftung umwandeln, ohne hierbei auf eine formelle Rechtsschranke zu stoßen. Er ist aber auch im Wege der Aufsichtsverwaltung zu einer Umwandlung befugt, wenn die unveränderte Durchführung des erstarrten Stiftungswillens sich unter den Verhältnissen der Gegenwart als unmöglich, zwecklos oder gemeinschädlich erweist⁷³. Doch darf einer-

Vorrecht auf den Stiftungsgenuß unmittelbar an das Dasein bestimmter persönlicher Eigenschaften geknüpft wird; nicht dagegen, insoweit ein konkretes Ermessen der Stiftungsorgane dazwischentritt. Vgl. Seuff. I Nr. 106 u. 360, II Nr. 205, XXXVIII Nr. 259, R.Ger. IX Nr. 55; Roth, Jahrb. f. D. 1216, Bolze a. a. O. S. 187 ff., Stobbe § 62 Anm. 14c, Gierke a. a. O. S. 187 Anm. 3, Kohler a. a. O. S. 260 ff., Bekker I § 69 Anm. m, Regelsberger § 90 V.

⁶⁹ Das Genußrecht ist oft durch Pflichten bedingt und kann durch satzungswidriges Verhalten verwirkt werden. Auch vermögensrechtliche Gegenleistungen an die Stiftung (Einkaufsgelder oder laufende Beiträge) kommen vor; Gierke, Genossenschaftsr. II 967 Anm. 16, Bekker § 69 Anm. 1.

⁷⁰ Vgl. Seuff. XXXV Nr. 800: klagbares Recht der Familienglieder gegen die Verwalter einer Familienstiftung auf Kontrolle der Verwaltung.

⁷¹ Nach dem Bad. Ges. § 11 Z. 4 entscheidet „über das Vorhandensein der stiftungsmäßigen Voraussetzungen zur Theilnahme an den Stiftungsgenüssen“ auf Verlangen der Verwaltungsgerichtshof. Vgl. auch Württemb. Ges. v. 16. Dez. 1876 Art. 10 Z. 18.

⁷² Man darf daher nicht mit Regelsberger § 92 II den Stiftungsorganen mit Genehmigung der Aufsichtsbehörde und unter Zustimmung der Betheiligten ein Abänderungsrecht beilegen: die Kraft zur Umschaffung der Stiftung wohnt, falls sie nicht vom Stifter selbst einem Privatwillen verliehen ist, nur dem öffentlichen Willen inne. Mangels satzungsmäßiger Ermächtigung können die Stiftungsorgane nicht nur eine Abänderung des Zweckes, sondern auch eine Abänderung der Bedingungen oder des Umfanges der Genußrechte niemals beschließen, sondern nur vorschlagen.

⁷³ Preufs. L.R. II, 19 § 41, II, 6 § 77; Hamb. Ges. v. 16. Sept. 1870 § 9; Bayr. Gem.O. Art. 67, Pfälz. Art. 59. Gierke, Genossenschaftsr. II 968; Kohler a. a. O. S. 250 ff.; Regelsberger § 92; Seydel IV 625 ff.; Sartorius S. 281. Vgl. auch Huber I 176.

seits mit Rücksicht auf die Pietät gegen den Stifter und auf die Erhaltung des zur Nahrung des Stiftungssinnes unerläßlichen Vertrauens in die Beständigkeit der Stiftungen die Abänderung der ursprünglichen Stiftungsordnung niemals weiter gehen, als dies unbedingt erforderlich ist⁷⁴. Andererseits wird vielfach die Zustimmung der Stiftungsorgane und sonstiger „Betheiligter“ verlangt⁷⁵.

XI. Beendigung. Durch ihr Satzungsrecht können der einzelnen Stiftung besondere Beendigungsgründe gesetzt sein⁷⁶. Im Allgemeinen vermag sie durch eigne Handlung ihr Ende nicht herbeizuführen. Dagegen endet sie nicht nur durch völlige Erreichung ihres Lebenszieles, sondern auch, da sie sich neue Aufgaben nicht zu stellen vermag, durch den Eintritt der Unmöglichkeit der Zweckerreichung⁷⁷. Eine solche Unmöglichkeit liegt vor, wenn der Zweck selbst hinfällig oder unerlaubt wird. Sie ist aber auch vorhanden, wenn die Mittel für die Erfüllung des Zweckes weggefallen sind. Aus diesem Grunde endet die Stiftung durch den Verlust ihres Vermögens, es müßte denn dessen Erneuerung aus stiftungsmässigen Quellen vorgesehen sein⁷⁸. Schliesslich kann der Staat nicht nur durch Gesetz jede Stiftung so gut aufheben wie verändern, sondern auch durch Verwaltungshandlung aus zwingenden Gründen da, wo eine bloße Umwandlung unthunlich ist, die Aufhebung einer Stiftung verfügen⁷⁹.

⁷⁴ Preufs. L.R. I, 6 § 77. Beseler § 72 Anm. 11. Regelsberger § 92.

⁷⁵ Bayr. V.U. IV § 10 u. Gem.O. Art. 67; Sächs. V.U. § 60; Oldenburg. V.U. Art. 216 § 2; Braunsch. V.U. Art. 217; Kob.-Goth. V.U. § 66; Meining. V.U. § 33—34; Altenburg. V.U. § 161; Waldeck. V.U. § 43; Reufs. ä. L. V.U. § 51. Nach Preufs. L.R. II, 6 § 73—74 u. 78—79 bedarf es nur der Mitwirkung des etwa noch lebenden Stifters und der vom Stifter mit festen Anrechten ausgestatteten Dritten. Näheres b. Gierke, Genossenschaftsth. S. 818 Anm., Seydel IV 625 ff., Sartorius S. 281.

⁷⁶ So z. B. Zeitablauf oder Eintritt einer auflösenden Bedingung; Eccius IV 701, Regelsberger § 93 I. Aber auch ein Selbstaufhebungsrecht kann der Stiftung gewährt sein; Gierke a. a. O. S. 850.

⁷⁷ Gierke a. a. O. S. 843; Beseler S. 287; Stobbe I 583; Bekker § 65 Anm. h u. i; Regelsberger § 93 I 1. A. M. Meurer I 79 ff. — Bei zeitweiligem Mangel an Organen geht die Stiftung keineswegs unter; Gierke a. a. O. S. 834 Anm. 1.

⁷⁸ Gierke a. a. O. S. 842 Anm. 2; Kohler a. a. O. S. 253; Regelsberger § 93 I 3. Manche halten den Vermögensverlust für einen unbedingten und selbständigen Beendigungsgrund; so Roth, Jahrb. f. D. I 219 u. D.P.R. § 73 Anm. 29, Unger I § 44 IV, Brinz 1. Aufl. S. 1137 ff., 2. Aufl. § 454 I, Stobbe § 62 Anm. 27. Andere wollen die Stiftung aufrecht erhalten, so lange überhaupt eine Wiedergewinnung von Vermögen möglich ist; Beseler § 71 Anm. 15, Windscheid § 61 Anm. 4, Meurer I 79, Bekker § 65 Anm. k, § 69 Anm. dd.

⁷⁹ Gierke a. a. O. S. 846 Anm. 2, Sartorius S. 281. Das Aufhebungsrecht

Der Stiftungsnachlaß fällt nach den Grundsätzen der sozialen Succession zunächst an den etwa durch die Stiftungsverfassung berufenen Rechtsnachfolger⁸⁰. Fehlt es an einer solchen Berufung, so erfolgt der Anfall an den Verband, zu dem die Stiftung in einem gliedmäßigen Verhältniß stand⁸¹, und somit mangels eines anderen Zusammenhanges an den Staat⁸². Dieses soziale Heimfallsrecht ist jedoch durch die Verpflichtung zur Verwendung des Stiftungsvermögens für gleiche oder verwandte Zwecke gebunden⁸³. Die Stiftungsnach-

ist im Umwandlungsrecht enthalten, jedoch in gleicher Weise beschränkt. Vgl. insbes. Preufs. L.R. II, 19 § 41, II, 6 § 77, Hamb. Ges. v. 16. Sept. 1870 § 9, Bayr. Gem.O. Art. 67, Bad. Stiftungsges. § 10 (bei kirchlichen Stiftungen mit kirchlicher Zustimmung, nöthigenfalls aber auch ohne diese). Sowohl in den Gesetzen wie in der Theorie wird zwischen Umwandlung und Aufhebung oft nicht scharf unterschieden. Im Zweifel ist auch bei völliger Abänderung des Zweckes bloße Umwandlung anzunehmen. Dagegen liegt Aufhebung vor, wenn eine Stiftung mit einer anderen Stiftung oder einem unpersönlichen Fonds verschmolzen oder (wie z. B. im Falle der Trennung gemischter Stiftungen nach Bad. Stiftungsges. § 4) in mehrere Stiftungen zerlegt wird.

⁸⁰ Gierke a. a. O. S. 859; Entw. II § 75. Solche Anordnungen kommen häufig vor. Mitunter behält der Stifter sich selbst oder seinen Erben ein Heimfallsrecht vor. Ohne einen derartigen Vorbehalt ist nicht einmal für den noch lebenden Stifter ein Heimfallsrecht begründet; a. a. O. S. 869 Anm. 3. In gewissem Umfange gewährt aber das Preufs. L.R. II, 6 § 194 dem Stifter und seinen Erben ein Heimfallsrecht.

⁸¹ Gierke a. a. O. S. 869 Anm. 3. Bei kirchlichen Stiftungen ist also wie bei öffentlichen Kirchenanstalten (oben § 77 Anm. 57) ein kirchliches Heimfallsrecht begründet; vgl. auch Bernatzik a. a. O. S. 308. Die neueren Gesetze gewährleisten zum Theil der Kirche wenigstens eine entscheidende Mitwirkung bei der Verfügung über kirchliches Stiftungsvermögen; ehemal. Hannov. V.U. § 75 Abs. 7, für die Regel auch Bad. Stiftungsges. § 10. Meist aber begnügen sie sich mit dem Ausschluss der Verwendung für andere als kirchliche Zwecke; so die b. Gierke a. a. O. S. 868 Anm. 3 angef. V.U. u. Bad. Stiftungsges. § 10. — Bei örtlichen Stiftungen ist vielfach gesetzlich ein Heimfallsrecht der Gemeinde anerkannt. Zum Mindesten wird durch die oben Anm. 75 angef. Gesetze der „betheiligten“ Gemeinde oder Körperschaft eine entscheidende Mitwirkung bei der Verfügung über erledigtes Stiftungsvermögen zugesichert. Das Preufs. L.R. II, 6 § 75 fordert nur ein Gutachten der betheiligten Korporation, von dem aber ohne überwiegende Gründe nicht abgewichen werden soll.

⁸² Die herrschende Lehre erblickt darin eine fiskalische Nachfolge in eine erblose Verlassenschaft. Vgl. Roth, Jahrb. f. D. I 220, Stobbe I 583, auch Preufs. L.R. II, 6 § 195 u. Sächs. Gb. § 57.

⁸³ So nicht nur nach Kirchenrecht beim Heimfall an die Kirche (Hinschius II 462) und nach Staatsrecht beim Heimfall an die Gemeinde (Gierke a. a. O. S. 871 Anm. 1), sondern auch nach gemeinem Wohnheitsrecht (R.Ger. I Nr. 38 S. 88), vielen Verf.Urk. (vgl. die oben Anm. 75 angef. nebst Hess. Art. 43—44 u. Reufs. j. L. § 49) u. Gesetzen (Preufs. L.R. II, 6 § 193 u. II, 19 § 41 mit

folge ist Gesamtnachfolge, bei der aber der Nachfolger für die Verbindlichkeiten nur mit dem Aktivvermögen haftet⁸⁴.

In ähnlicher Weise, wie bei Körperschaften, erfolgt die Verwirklichung der Beendigungsfolgen in einem sozialrechtlichen Liquidationsverfahren⁸⁵.

Drittes Kapitel.

Personenrechtliche Gemeinschaften.

§ 79. Personenrechtliche Gemeinschaften überhaupt¹.

I. Begriff. Eine personenrechtliche Gemeinschaft ist eine Gemeinschaft, zu der mehrere Personen durch ein die Persönlichkeit als solche ergreifendes Rechtsverhältnis verbunden sind. Im Gegensatze zur Verbandsperson ist sie ein Rechtsverhältnis, kein Rechtssubjekt. Von anderen Gemeinschaftsverhältnissen aber unterscheidet sie sich dadurch, daß sie nicht bloß äußere Beziehungen zwischen Rechtssubjekten herstellt, sondern die Rechtssubjektivität selbst in einen besonderen Zustand versetzt.

II. Wesen. Das Wesen der personenrechtlichen Gemeinschaft beruht auf der rechtlichen Ordnung eines Zusammenhanges, der das Fürsichsein der einzelnen Menschen in einem bestimmten Bereiche aufhebt und durch Verbundenheit ersetzt. Von den verbundenen Personen löst sich kein selbständiges soziales Lebewesen mit eigener

Entsch. des O.Tr. XL 94 u. des R.Ger. b. Gruchot XXVI 1044, Hamburg. Ges. v. 16. Sept. 1870 § 9, Schweiz. Ges. b. Huber I 175 ff.) beim Heimfalle an den Staat selbst. Das Maß der staatlichen Gebundenheit ist in den Gesetzen ungleich bestimmt; vgl. Gierke a. a. O. S. 871 Anm. 2, Sartorius S. 281—282. Immer aber handelt es sich dabei nicht bloß um eine „angemessene“ Maßregel (so Stobbe § 62 a. E.), ein „Verwaltungsprinzip“ (so Kohler a. a. O. S. 253) oder eine „sittliche Pflicht“ (so Regelsberger § 93 II), sondern um einen Rechtsatz und eine Rechtspflicht. Vgl. Bekker § 69 Beil. IV, Gierke a. a. O. S. 871 ff.

⁸⁴ Seuff. XXXV Nr. 48; R.Ger. I Nr. 38 S. 86; Regelsberger § 93 a. E. Ueber Entschädigung wegen wegfallender fester Genussrechte vgl. Preuss. L.R. II, 6 § 78.

⁸⁵ Gierke a. a. O. S. 889. Entw. II § 75 will entsprechende Anwendung der Vorschriften über Körperschaftsliquidation (§ 42—48) anordnen. Während der Liquidation entfaltet sich auch hier ein anstaltliches Nachleben.

¹ Oben § 30 III 2 S. 269. Gierke, Personengemeinschaften S. 53 ff.; Die sociale Aufgabe des Privatrechts S. 36 ff.

Persönlichkeit ab. Allein in ihre Lebensordnungen tritt ein Stück gemeinsamer Lebensordnung ein. So ergibt sich eine von den Sphären der Beteiligten rechtlich unterschiedene Gemeinsphäre, als deren Träger die verbundenen Personen eine Personeneinheit darstellen. Innerhalb der Gemeinschaft herrscht insoweit statt getrennter Einzelwillen ein durch Verschmelzung der Willensgebiete geeinigter Gemeinschaftswille. Nach außen erscheint insoweit die durch Zusammenfassung geeinigte Personenmehrheit als eine rechts- und handlungsfähige Kollektiveinheit. Denkt man die Verbandsperson als Organismus, so ist diese Personeneinheit zwar kein Organismus, aber eine organische Verbindung. Die personenrechtliche Gemeinschaft ist daher im Rechtssinne ein individualrechtliches Gebilde, enthält jedoch sozialrechtliche Keime.

III. Geschichte. In unserem deutschen Rechte lebte und wirkte seit alter Zeit der Begriff der personenrechtlichen Gemeinschaft. Ursprünglich war er von dem Begriffe des selbständigen Verbandes durch keine scharfe Grenze getrennt². Doch machte sich in der thatsächlichen Ausgestaltung der einzelnen Verbandstypen von je der Unterschied zwischen Gemeinwesen und bloßen Gemeinschaften geltend. Seit der Verselbständigung der Verbandspersönlichkeit trat dieser Unterschied mehr und mehr auch in der begrifflichen Ausgestaltung der Lebensgebilde zu Tage³. Da der das ganze Verbandswesen durchdringende Zwiespalt genossenschaftlicher und herrschaftlicher Ordnung diessseits wie jenseits der Grenze waltete, prägten sich nunmehr neben Körperschaften und Anstalten genossenschaftliche und herrschaftliche Gemeinschaften ohne eigne Persönlichkeit aus⁴. Bei ihrem rechtlichen Aufbau wurden vornehmlich die beiden germanischen Rechtsgedanken der gesammten Hand und der Munt verwerthet⁵. Aus

² Vgl. oben § 58 II S. 457.

³ Vgl. oben § 58 III S. 458 ff.

⁴ Gierke, Genossenschaftsr. II 923 ff. u. 670.

⁵ Ursprünglich wirkten beide Rechtsgedanken auch auf die Gestaltung der auf selbständige Persönlichkeit angelegten Verbände ein. Dafs die gesammte Hand in der alten Genossenschaft steckte, folgt unwiderleglich aus den Quellen. In den ländlichen Weisthümern werden ständig dieselben Ausdrücke, die bei den Gemeinschaften zur gesammten Hand technisch sind, für die Gemeinschaftsverhältnisse der Markgenossen gebraucht (Gierke a. a. O. II 170 ff., 362 ff., 373 ff., 429 ff., 476 ff., 485 ff.); es heifst geradezu, die Allmende werde „mit gemeiner Hand“ genutzt und gebraucht (Grimm W. II 326); und mitunter müssen alle Gemeindegossen im wörtlichen Sinne mit gesammter Hand handeln (vgl. über Hinrichtungen mit gesammter Hand Gierke a. a. O. S. 402 Anm. 63, über Prozeßführung ib. S. 518 ff., l. Alam. t. 84, Sachsenp. III Art. 86 § 2). Auch spielte die gesammte Hand bei

sinnlicher Vorstellungsweise erwachsen⁶, vergeistigten beide Rechtsgedanken sich mehr und mehr zu juristischen Prinzipien, die für die mannichfachsten Abwandlungen der personenrechtlichen Gemeinschaftsverhältnisse fruchtbar werden konnten⁷. Gesammte Hand und Munt konnten sich mit einander verbinden⁸. Sie boten daher auch für Gemeinschaftsverhältnisse, in denen sich genossenschaftliche und herrschaftliche Bestandtheile mischten, geeignete Denkformen.

Nach der Aufnahme der fremden Rechte mußten die personenrechtlichen Gemeinschaften des deutschen Rechtes sich in die romanistische Begriffsschablone einzwängen lassen. Dem Corpus juris civilis ist die personenrechtliche Gemeinschaft fremd⁹. Die mittelalterliche Jurisprudenz hatte jedoch auch hier germanische Vorstellungen in das römische Recht hineingetragen¹⁰. Auf diesen Wegen wandelte die deutsche Rechtswissenschaft fort, so daß sie die deutschrechtlichen Gebilde zwar verstümmelte, immerhin aber ihrer Erhaltung und Neuerzeugung im Leben keine unübersteiglichen Hindernisse bereitete¹¹. In der germanistischen Rechtslehre und mehr noch in der naturrechtlichen Gesellschaftslehre kamen die einheimischen Rechtsgedanken gerade auf diesem Gebiete neu zum Durchbruch. Dabei fiel freilich namentlich das Naturrecht in eine Vorstellungsweise zurück, für die es zwischen Verbandsperson und Personeneinheit einen begrifflichen Unterschied nicht gab¹². Allein wenn man dieselben Kategorien der gleichen und ungleichen Gesellschaft mit moralischer Persönlichkeit, denen man Staat, Kirche und Körperschaft unterwarf, auf die eheliche, elterliche und hausherrliche Verbindung und manche

der Ausbildung der Vermögensgenossenschaften eine Rolle (vgl. unten § 80 Anm. 14). Und manche „Gänerbschaften“ giengen ohne Aenderung ihres Namens in Körperschaften über. Unrichtig daher Heusler I 225 u. 269. Der Munt läßt sich angesichts ihrer öffentlichrechtlichen Verzweigungen eine schöpferische Mitwirkung bei der Erzeugung von selbständigen Herrschaftsorganismen kaum bestreiten. Vgl. auch Heusler I 130 ff. Allein gesammte Hand und Munt traten in die umfassenderen Verbände mit der Neigung, zu verblässen, und mit der Bestimmung, unterzugehen, ein. Sie wurden daher mehr und mehr für die bloßen Gemeinschaftsverhältnisse frei.

⁶ Und zwar beide aus dem gleichen Sinnbilde der Hand!

⁷ Ob hierbei der alte Name beibehalten oder abgestreift wurde, ist von untergeordneter Bedeutung.

⁸ So seit alter Zeit im ehelichen Verhältniß.

⁹ Gierke a. a. O. II 28 u. 928, III 39 ff.

¹⁰ Gierke a. a. O. III 205 ff., 423 ff.

¹¹ Gierke a. a. O. III 18 ff.

¹² Oben § 58 S. 461—462 Anm. 12—14.

andere Gemeinschaft anwandte¹⁸, so brachte man jedenfalls das personenrechtliche Wesen solcher „Sozietäten“ der römischen *societas* und *communio* gegenüber scharf zum Ausdruck. Erst die romanistische Reaktion des neunzehnten Jahrhunderts suchte mit dem deutschen Gemeinschaftsbegriffe völlig aufzuräumen und in unserem Privatrechte überall, wo sie nicht zu einer juristischen Person als alleinigem Rechtsträger griff, die Gemeinschaft auf sachenrechtliche oder obligationenrechtliche Beziehungen zwischen getrennten Personen zurückzuführen. Diesem Bestreben kamen und kommen individualistische Strömungen vielfach entgegen. Gleichwohl ist der Gedanke der personenrechtlichen Gemeinschaft in unserem Rechte nicht nur stets lebendig geblieben, sondern hat in mancher Richtung von Neuem eine ungeahnte schöpferische Kraft entfaltet. Die Rechtswissenschaft beginnt nach den von germanistischer Seite gegebenen Anregungen nur sehr allmählich ein Verständniß für Bedeutung und Tragweite dieser Bewegung zu gewinnen.

IV. Arten. Die personenrechtlichen Gemeinschaften zerfallen auch heute vor Allem in genossenschaftliche und herrschaftliche Gemeinschaftsverhältnisse. Wir bezeichnen jene unter Verwerthung des noch nicht abgestorbenen deutschen Rechtsausdruckes als Gemeinschaften zur gesammten Hand, diese als Gemeinschaften kraft herrschaftlicher Gewalt.

Beiderlei Gemeinschaftsverhältnisse begegnen nicht nur im Privatrecht, sondern auch im öffentlichen Recht. Privatrecht und öffentliches Recht berühren sich aber hierbei auf das Innigste. Während daher manche privatrechtliche Gemeinschaften mit einer Fülle von Beziehungen in das öffentliche Recht fallen, fordern manche im öffentlichen Rechte wurzelnde Gemeinschaften wegen ihrer in das Privatrecht bineinreichenden Wirkungen auch im Privatrechte Beachtung.

§ 80. Gemeinschaften zur gesammten Hand¹.

I. Begriff. Gemeinschaft zur gesammten Hand nennen wir ein Gemeinschaftsverhältniß, dessen Trägerin eine genossenschaftlich

¹⁸ Vgl. z. B. S. Pufendorf, *De off.* II c. 2—5, *Jus nat. et gent.* I. VI—VII; Thomasius, *Inst. jur. div.* III c. 1—7; Leibnitz, *Deut. Schriften* I 414 ff.; Hert, *Opusc.* I, 1 S. 286 ff. u. II, 3 S. 41 ff.; Wolff, *Inst.* § 196, 330 ff., 833 ff., 854 ff., 977; Nettelblatt, *Syst. nat.* § 326 ff. u. 666 ff., *Jurispr. pos.* § 846 ff.; Daries, *Inst. Jurispr.* I § 517 ff., 606 ff.; Achenwall, *Jus nat. Proleg.* § 91 ff., II § 1 ff. u. 41 ff.

¹ Beseler, *Syst.* § 70, 128, 160, 261. Stobbe, *Zur Gesch. des Vertragsr.* S. 145 ff., *Z. f. R.G.* IV 207 ff., *D.P.R.* I § 49 S. 433, II § 81—82, III § 176, IV § 224, 239. Kuntze, *Z. f. H.R.* VI 177 ff. Gierke, *Genossenschaftsr.* II

verbundene Personenmehrheit ist. Der Name entstammt dem alten Rechtsbrauche, die Verbundenheit der Subjekte bei einer gemeinsamen Erwerbs-, Verfügungs- oder Verpflichtungshandlung durch das Sinnbild einer Verschlingung der Hände anschaulich zu machen². Doch ist er frühzeitig zu einem vom Sinnbilde unabhängigen Ausdrucke des dabei zu Grunde liegenden Gedankens geworden³.

II. **Wesen.** Die Gemeinschaft zur gesammten Hand ist eine personenrechtliche Gemeinschaft, bei der die verbundenen Personen insgesamt zur aktiven Mitträgerschaft der Gemeinsphäre berufen sind. Hier kommt also die Personeneinheit in der Gesamtheit der Theilhaber zur rechtlichen Erscheinung. Nach innen ist es ihr Gesamtwille, der als einheitlicher Gemeinschaftswille herrscht. Nach außen ist es die Gesamtheit, die in einheitlicher Weise berechtigt und verpflichtet ist und handelnd auftritt. Hiermit ist die Erhebung eines Theilhabers zum Gemeinschaftshauptes keineswegs unvereinbar. Nur muß der Gesamtheit grundsätzlich die oberste Stelle gewahrt sein, so daß über der einseitigen Herrschaftsgewalt des Hauptes die Herrschaft des Gesamtwillens steht und trotz aller Vertretungsmacht des Hauptes die volle Darstellung der Gemeinschaft nur durch Alle insgesamt stattfindet.

III. **Geschichte.** Die gesammte Hand wurzelt im germanischen Familienrechte. Ihre älteste Erscheinungsform ist die unter Brüdern nach dem Tode des Hausvaters fortgesetzte Hausgemeinschaft⁴. Indem an solche oder andere gleichberechtigte Miterben die erledigte Hausherrschaft zu gesammter Hand fiel, trat bis zur Auftheilung des Hauswesens durch Sonderung der Hausstände an die Stelle der herrschaftlichen eine genossenschaftliche Hausgemeinschaft⁵. Eine solche

923 ff., Genossenschaftsth. S. 339 ff. Unger, Jahrb. f. D. XXV 239 ff. Heusler, Inst. I § 50—53, II § 128, 149 ff., 162. Kohler, Gesammelte Abh. S. 421 ff. Sohm, Die deutsche Genoss. S. 27 ff. Franken, D. P. R. § 33. — Weitere Litt. bei den einzelnen Gemeinschaftsarten.

² Haltaus s. v. Gesante Hand; Merkel, Z. f. R. G. II 139 Anm. 105; Stobbe, Z. f. R. G. IV 219 ff. — Gleichbedeutend mit *gesante hand* begegnen Ausdrücke wie *gemeine hand*, *eine hand*, *conjuncta manus*, *par manus*. Die Verbundenheit wird aber in den Quellen auch durch Ausdrücke wie *to samene*, *gemeinlich*, *unverscheidenlich*, *simul et conjunctim*, *inseparate*, *indivise*, *in solidum* u. s. w. bezeichnet. Die Gesammthänder heißen *Ganerben*, *Gemeiner*, *Genossen*, *coheredes*, *consortes* u. s. w. Das Verhältniß im Ganzen wird *Ganerbschaft*, *Gemeinderschaft*, *Gemeinschaft* u. s. w. genannt.

³ Um so mehr darf er heute auch für ganz moderne Bildungen gebraucht werden.

⁴ Gierke, Z. f. R. G. XII 485 ff.; Brunner, R. G. I 78 Anm. 57.

⁵ Ed. Roth. 167; Cap. d. Ä. 818 oder 819 c. 6 u. 11 (I 282); Heusler, Inst. I 229 ff.

Gemeinschaft von „Ganerben“ (coheredes) konnte längere Zeit und sogar durch mehrere Geschlechterfolgen fortgesetzt werden. Von hier aus drang die gesammte Hand in die herrschaftliche Hausgemeinschaft selbst ein. Im Verhältniß des Mannes zur Frau entfaltete sich neben der ehemännlichen Munt das ehengenossenschaftliche Band. Jenachdem dann die eheliche gesammte Hand nur als ein unausgeschiedener Bestandtheil des Mundialrechtes zur Geltung kam oder umgekehrt sich zu selbständiger Bedeutung erhob, schlug die Entwicklung des ehelichen Güterrechts bei den einzelnen Stämmen verschiedene Wege ein⁶. In ähnlicher Weise konnte im Verhältniß der Eltern zu den Kindern das die Hausherrschaft einschränkende hausgenossenschaftliche Band sich als Gemeinschaft zur gesammten Hand verselbständigen, wie dies namentlich in mehreren Formen der zwischen dem überlebenden Ehegatten und den Kindern fortgesetzten Hausgemeinschaft geschah⁷.

Bald überschritt die Gemeinschaft zur gesammten Hand den Kreis des Familienrechtes. Die Gemeinschaft der Ganerben gestaltete sich in den einzelnen Ständen zu besonderen Typen aus, in denen sie durch Aufnahme einer vertragsmäßigen Ordnung zugleich gefestigt und verfährt wurde⁸. So entstanden Gemeinschaftsformen, die sich von der familienrechtlichen Grundlage mehr und mehr ablösten, bis zuletzt ein auch unter Fremden möglicher Vereinigungsvertrag als ihre Rechtsgrundlage erschien. Unter dem Landvolke entwickelten sich die bäuerlichen Gemeinderschaften⁹; im niederen Adel die ritter-

⁶ Vgl. unten Abschn. IV Kap. 2.

⁷ Vgl. unten Abschn. IV Kap. 3. — Nach mehreren Stammesrechten scheinen schon bei ungebrochener Ehe die Kinder unbeschadet der väterlichen Munt als Mitträger der Hausgemeinschaft und demgemäß als Theilhaber am Hausvermögen gegolten zu haben, so daß die Verfügung über das Hausvermögen nicht nur durch Erbenwartrechte der Kinder gebunden, sondern bis zur etwaigen Aufhebung der Gemeinschaft durch Aussonderung der Kindestheile nur mit gesammter Hand der Eltern und Kinder zulässig war; L. Bajuv. I, 1, i. Burg. I, 1, Heusler I 229, II 54 u. 528, Schröder, R.G. S. 269, S. Adler, Ueber das Erbenwartrecht in den ältesten bayr. R.Q. (Unters. z. D. St. u. R.G.H. XXXVII), Breslau 1891, Eheliches Güterrecht u. Abschiebtungsrecht nach den ältesten bayr. Rechtsq., Leipzig 1893, bes. S. 111 ff. Doch hat sich hieraus nur vereinzelt eine eheliche Gütergemeinschaft mit Theilhaberschaft der Kinder entwickelt; Stobbe § 238 Anm. 1, Gierke, Genossenschaftsth. S. 369 Anm. 1. Dagegen hat sich die fortgesetzte Gütergemeinschaft zur gesammten Hand über ganz Deutschland verbreitet.

⁸ Vgl. Heusler I 231 ff. Hier wird nur durch die Behauptung (S. 235), daß dem Bürgerstande eine entsprechende eigenthümliche Rechtsbildung fehle, der rechtsgeschichtliche Faden plötzlich abgeschnitten.

⁹ Vgl. Bluntschli, Zürich. R.G. I 450 ff., Heusler I 231, Huber IV 250 ff.

lichen Ganerbschaften¹⁰; im hohen Adel die Erbverbrüderungen¹¹; im Bürgerstande Arbeits- und Erwerbsgesellschaften¹², die Handelsgesellschaft¹³, die Rhederei¹⁴. Dazu kam, daß sich das Lehnrecht der gesamten Hand bemächtigte und in der Belehnung zur gesamten Hand eine Rechtsform schuf, bei der die Herstellung einer personenrechtlichen Gemeinschaft durch eine rechtsgeschäftliche Handlung des Lehnsherrn vermittelt wurde¹⁵.

— Im alamann. u. bayr. R. heißen sie auch Zusammenheilungen, im burgund. R. indivisions oder raffrachements (Verbrüderungen). Im Ganzen wahrten sie den alten familienrechtlichen Typus; allein sie konnten nicht nur vertragsmäßig geregelt, sondern auch unter Fremden eingegangen werden (Huber a. a. O. S. 251 u. 252 Anm. 33, Grimm, W. I 297).

¹⁰ Wippermann, Ueber Ganerbschaften, Wiesb. 1873; Beseler, Erbv. I 81 ff.; Gierke, Genossenschaftsr. I 425 ff., II 934 Anm. 11 u. III 719 Anm. 77 (mit Nachweis der älteren Litt.); Heusler I 232 ff.; unten Buch III Abschn. II. — Bei der Ganerbschaft erschien der „Burgfriede“ als vertragsmäßige Grundlage der Gemeinschaft und namentlich ihrer Untheilbarkeit. Der Zutritt Fremder zu Ganerbschaften kommt schon seit dem 13. Jahrh. vor; Wippermann S. 7 ff.

¹¹ Heusler I 234 ff.; Näheres unten Abschn. V. — Daß die Erbverbrüderungen ursprünglich nicht Erbverträge, sondern Gemeinschaften zur gesamten Hand waren, wird heute nicht mehr bestritten; zum Beweise genügen die Stellen b. Kraut § 156.

¹² Den Ursprung der Gewerbegemeinschaft aus der Ganerbschaft zeigt deutlich Sachsensp. I Art. 12. Vgl. M. Weber, Zur Geschichte der Handelsgesellschaften im Mittelalter, Stuttg. 1889, S. 44 ff.; insbes. über Handelsgesellschaften S. 53 ff.

¹³ Vgl. Kuntze a. a. O. S. 208 ff.; Lastig, Z. f. d. g. H.R. XXIV 387 ff.; Gierke a. a. O. III 424 Anm. 22; F. G. A. Schmidt, Handelsgesellschaften in den deutschen Stadtsrechtsq. des M.A., Bresl. 1883 (Unters. z. D. St. u. R.G.H. XV); M. Weber a. a. O. (vor. Anm.); Behrend, H.R. § 63; Cosack, H.R. § 83 a. E. Dazu Goldschmidt, Handb. I, 1, 1 S. 271 ff., der aber den Ursprung der offenen Handelsgesellschaft aus der Hausgemeinschaft nicht für erwiesen hält und gegen die Anknüpfung an die gesamte Hand sich ablehnend verhält. Ferner K. Adler, Zur Entwicklungslehre und Dogmatik des Gesellschaftsrechts, Berlin 1895, S. 30 ff., der Alles aus Schulden- und Exekutionsrecht herleitet.

¹⁴ Gierke a. a. O. I 967; Goldschmidt a. a. O. S. 340 ff. Auf eine Anknüpfung an das familienrechtliche Band deutet der Ausdruck „Schiffsfreunde“. — Andere Arbeits- und Erwerbsgesellschaften, deren Formation auf ganerbschaftlichen Ursprung oder doch auf vorbildliche Einwirkung der Gemeinschaft zur gesamten Hand hinweist, entwickelten sich durch den Zutritt einer körperschaftlichen (gildemäßigen) Verfassung zu Genossenschaften (und zwar mit Hinneigung zu vermögensgenossenschaftlicher Struktur); so die Mühlenerbschaften (Gierke a. a. O. S. 968 ff.), die Gewerkschaften (Opet, Z. f. Bergr. XXXIV 218 ff.), die Sälzer-genossenschaften (vgl. über die Erbsälzer zu Werl Schröder, Z. f. R.G. X 258 ff.), zuletzt auch die Aktiengesellschaften.

¹⁵ Homeyer, Sachsenspiegel II, 2 S. 457 ff.; Näheres unten Buch III Abschn. I. Ursprünglich ist freilich die Belehnung zur gesamten Hand auf Brüder oder andere Verwandte berechnet; sie kann aber auch Fremde vereinigen.

Zugleich streifte die gesammte Hand ihre ursprüngliche Gebundenheit an häusliche Lebensgemeinschaft ab. Die alte Hausgemeinschaft forderte Einheit des Hausstandes¹⁶ und gieng durch Sonderung der Hausstände unter¹⁷. Allmählich wurde bei manchen Gemeinschaftsformen die Erhaltung einer Gemeinschaft zur gesammten Hand am ehemaligen Hausvermögen trotz Trennung der Hausstände dadurch ermöglicht, daß statt der Substanztheilung (Thattheilung, Grundtheilung) eine mehr oder minder vollständige Nutztheilung (Mutschierung, Oerterung) vorgenommen wurde¹⁸. Denn in diesem Falle galt der Satz: „Mutschierung bricht nicht gesammte Hand“. War aber eine gesammte Hand ohne häusliche Lebensgemeinschaft einmal möglich, so konnte auch von vornherein eine Gemeinschaft zur gesammten Hand unter Personen begründet werden, die nur in einer bestimmten Beziehung verbunden sein wollten¹⁹. Die gesammte Hand wurde demgemäß auch da verwerthbar, wo nur ein einzelnes Recht oder eine einzelne Verbindlichkeit vergemeinschaftet werden sollte²⁰. Auch mochte sie Verwendung finden, wenn nur einzelne ihrer Rechtswirkungen beabsichtigt waren²¹. Schon im Mittelalter diente so die personenrechtliche Gemeinschaft, während sie bei den der ursprünglichen Anlage entsprechenden Gesamthänderschaften um

¹⁶ Die Gemeiner sitzen zu einem Scheffel, Rauch und Brod, in einem Mus und Brod, in einem hus und in einer kost ungeteilt (Grimm, W. I 152 § 2), en même pain, sel et conduite. Vgl. Homeyer a. a. O. S. 458 u. 462, Stobbe, Z. f. R.G. IV 228 ff., Heusler I 247, Huber IV 252.

¹⁷ Bei der bäuerlichen Gemeinderschaft ist hieran stets festgehalten worden.

¹⁸ Homeyer a. a. O. S. 466 ff., Stobbe a. a. O. S. 244 ff., Wippermann a. a. O. S. 16 ff., Heusler I 247 ff., Schröder, R.G. S. 394 ff. u. 403. — Als Mutschierungen lassen sich schon die fränkischen Reichstheilungen auffassen; Brunner, R.G. II 26.

¹⁹ So wurde bisweilen selbst eine ritterliche Ganerbschaft von mehreren lediglich zu diesem Zwecke zusammengetretenen adligen Unternehmern in der Weise errichtet, daß sie das Kaufgeld für den Erwerb einer Burg mit Zubehör zusammenschossen und hierfür im Verhältnisse ihrer Beiträge nutzbare Antheile an dem für gemeinschaftliche Rechnung verwalteten Besitzthume erwarben; vgl. das Beispiel der Ganerbschaft Staden b. Zimmermann, Arch. f. hess. Geschichts- u. Alterthumskunde XII (Darmst. 1872) S. 1 ff.

²⁰ So namentlich früh bei dem Schuldversprechen mit gesammter Hand (insbesondere seitens mehrerer Bürgen) oder an die gesammte Hand; Stobbe, Vertragsr. S. 145 ff., D.P.R. III § 176, Gierke a. a. O. II 382, 383, 957 ff., Heusler II 258 ff., Huber IV 848.

²¹ So wurde die gesammte Hand bei den Erbverbrüderungen und mehr und mehr auch bei der Gesamtbelehnung zu einem bloßen Mittel für die Begründung oder Erhaltung von Successionsrechten, während die Gemeinschaft zum Schein herabsank.

ihrer selber willen bestand und erst aus sich heraus vermögensrechtliche Wirkungen erzeugte, bei manchen Formen der gesamten Hand nur als ein unselbständiges Mittel für einen sachenrechtlichen oder obligationenrechtlichen Zweck.

Nach der Aufnahme der fremden Rechte erhielt sich die Gemeinschaft zur gesamten Hand in zäher Lebenskraft. Die romanistische Theorie unterwarf zwar die deutschen Gemeinschaftsverhältnisse den römischen Kategorien der *societas* oder *communio*, erkannte aber tiefgreifende „Modifikationen“ der römischen Rechtssätze auf diesem Gebiete an. Von der germanistischen Rechtswissenschaft wurden gerade hier die ersten unbeholfenen Versuche gewagt, den römischen Rechtsbegriffen einen eigenartigen deutschen Rechtsbegriff gegenüberzustellen²². Das Naturrecht verwandte den Gedanken der gesamten Hand in mehr oder minder bewußter Weise bei dem Aufbau seiner Gesellschaftslehre²³. Von der Gesetzgebung wurden einzelne Gemeinschaftsformen im Sinne der gesamten Hand geregelt²⁴. Unter den großen Gesetzbüchern näherte sich namentlich das preussische Landrecht in vielen Punkten dem deutschen Gemeinschaftsbegriffe²⁵.

Im 19. Jahrhundert gieng der Wiedererstehung des deutschen Genossenschaftsrechtes eine praktische Neubelebung und Fortbildung des deutschen Gemeinschaftsrechtes zur Seite. Auch in der Theorie erstreckte sich die auf Zurückeroberung der deutschen Rechtsgedanken gerichtete Bewegung gleichzeitig auf das Körperschaftsrecht und auf das Gemeinschaftsrecht. Wurde doch von germanistischer Seite anfänglich sogar im Begriffe der „Genossenschaft“ die Gemeinschaft zur gesamten Hand mit der genossenschaftlichen Körperschaft zusammengeworfen²⁶. Seit der Reinigung der Genossenschaftstheorie entstand eine selbständige Theorie der Gemeinschaften zur gesamten Hand, die trotz des lebhaften Widerspruches der herrschenden romanistischen

²² In der Theorie des „Gesamteigentums“, von deren Entwicklung in der Eigentumslehre zu reden ist.

²³ Im Grunde war seine moralische Person nichts als eine kollektive Personeneinheit, so daß, wenn nun schon bei Ehe, Miteigentum, Gesamtbelehrung, Korrealobligation u. s. w. mit der *persona moralis* operirt wurde, sich eine Konstruktion dieser Gemeinschaften im Sinne der gesamten Hand ergab; vgl. z. B. Hert, *De pluribus personis unam personam sustinentibus* (Opusc. II, 3 S. 41 ff.), Wolff, *Inst.* § 196, 424, 573, 639 ff., 692, Nettelblatt, *Syst. Jurisp. nat.* § 203 ff., 223 ff., *Jurispr. pos.* § 203 ff.

²⁴ Gierke a. a. O. III 818 ff.

²⁵ So beim Miteigentum, im Gesellschaftsrecht, bei der Erbengemeinschaft; vgl. unten Anm. 32, 40 u. 44.

²⁶ Vgl. oben § 62 Anm. 1.

Lehre mehr und mehr durchgedrungen ist. Zum Theil wählte man freilich andere Namen²⁷. Auch gieng und geht man noch heute in der Auffassung des Wesens der gesammten Hand vielfach auseinander. Wenn man aber hierbei mitunter den springenden Punkt aus den Augen verloren hat, so bricht doch trotz aller Meinungsverschiedenheit in der einen oder anderen Form immer wieder die Erkenntniß durch, daß der Wesenskern der gesammten Hand in der personenrechtlichen Verbindung der Subjekte steckt²⁸. Nur werden selten alle Folgerungen hieraus gezogen. Man pflegt von der gesammten Hand überhaupt nicht im Personenrechte, sondern nur bei den wichtigsten von ihr beherrschten vermögensrechtlichen Erscheinungen zu handeln.

IV. Arten. Die gesammte Hand ist ein überaus dehnbares Rechtsprinzip, das der ungleichartigsten Verwendung und der ungleichmäßigsten Durchführung fähig ist²⁹. Das personenrechtliche Band kann einer vom Willen der Verbundenen unabhängigen Quelle oder ihrem Vereinigungsvertrage entstammen; es kann inniger oder loser geschürzt, dauernd oder vorübergehend angelegt sein; es kann eine umfassende Lebensgemeinschaft oder eine Vereinigung für einen einzelnen Zweck erwirken. Besteht zugleich eine Vermögensgemeinschaft, so kann sie als Ausfluß oder als Grundlage der Personenverbundenheit erscheinen; sie kann ein Vermögen im Ganzen als ein mehr oder minder geschlossenes Sondervermögen oder eine einzelne Befugniß oder Pflicht ergreifen; sie kann dem Sachenrechte oder dem Obligationenrechte angehören. Im Zusammenhange mit allen solchen Unterschieden kann innerhalb der Gemeinschaft die Grenze zwischen den Geltungsbereichen der Personeneinheit und der Personenvielheit sehr ungleich gezogen sein, so daß schließlich die Gemeinschaft zur gesammten Hand sich bald einer Körperschaft bald einer rein individualistischen Gemeinschaft auf das Aeufserste annähern kann.

Erwägt man diese Elastizität des Prinzips der gesammten Hand, so wird man ihm für das heutige Privatrecht eine sehr vielseitige Bedeutung zuschreiben müssen.

²⁷ So den Namen der „kollektiven Einheit“ oder „formellen Einheit“: zuerst Jolly, Z. f. D. R. XI 318 ff., dann bes. Unger, Oest. P.R. I 330 ff., Jahrb. f. D. XXII 219, 239 ff., XXV 251 ff. Letzterer spricht auch von „unpersonifizirten Personengesammtheiten“.

²⁸ Vgl. Beseler, Erbv. I 84, Syst. § 70 A, Stahl, Rechtsphil. II, 1 S. 386 ff., Stobbe, Z. f. R.G. IV 214 ff., D.P.R. I § 49 S. 433, II § 81 S. 69 u. § 82 S. 73 u. 77, aber auch Heusler I 250 ff., Sohm S. 29 ff.; dazu Gierke a. a. O. II 928, Genossenschaftsth. S. 353 ff.

²⁹ Gierke, Genossenschaftsr. II 944 ff., Genossenschaftsth. S. 342 ff.

Unter den familienrechtlichen Gemeinschaften schließt heute die eheliche Gemeinschaft unter allen Umständen eine gesammte Hand in sich; als Vermögensgemeinschaft zur gesammten Hand entfaltet sie sich in dem Maße, in dem Gütergemeinschaft besteht⁸⁰. In die fortgesetzte Hausgemeinschaft tritt die gesammte Hand insoweit ein, als die Kinder zu Mitträgern der Gemeinschaft berufen sind⁸¹.

Der Erbengemeinschaft, die im gemeinen Rechte dem römischen Gemeinschaftsbegriffe erlegen ist, wahren Landesrechte den Charakter einer Gemeinschaft zur gesammten Hand⁸². Hinsichtlich einzelner Rechtsverhältnisse erzwingt sich die gesammte Hand unter Miterben auch in das gemeine Recht Eingang⁸³. Ueberdies sind die aus der Erbengemeinschaft erwachsenen adeligen Ganerbschaften und bäuerlichen Gemeinderschaften noch nicht völlig abgestorben⁸⁴.

Unter den vertragsmäßigen Gesellschaften weisen die Handelsgesellschaften, insoweit sie nicht zu Körperschaften gesteigert sind, den Typus einer personenrechtlichen Gesellschaft zur gesammten Hand in vollkommenster Durchbildung auf⁸⁵. So in erster Linie die offene Handelsgesellschaft⁸⁶. Ebenso aber die Kommanditge-

⁸⁰ Gierke, Genossenschaftsth. S. 367 ff. — Näheres im Eherecht.

⁸¹ Gierke a. a. O. S. 407 ff. — Näheres im Eltern- und Kinderrecht.

⁸² So vor Allem das Preuss. L.R. I, 17 § 115 ff.; Gierke a. a. O. S. 361 Anm. 2, 364 Anm. 3. — Näheres im Erbrecht.

⁸³ So z. B. hinsichtlich der Mitgliedschaft in einer eingetragenen Genossenschaft (R.Ges. § 75) oder einer Gesellschaft mit beschränkter Haftpflicht (R.Ges. § 18). — Vgl. auch Bayr. Gem.O. Art. 32 Abs. 2 Z. 4 u. Abs. 4 über den einheitlichen Gemeinderutzungsantheil elternloser Kinder, die den elterlichen Hausstand „unvertheilt“ fortsätzen.

⁸⁴ Vgl. Gierke a. a. O. S. 345 Anm. 1, 348 Anm. 1, 356 Anm. 3, 357 Anm. 1, 920; über die Gemeinderschaft im geltenden schweizer. R. Huber II 107, 289, 330, 441, III 758 ff., IV 256.

⁸⁵ Gierke a. a. O. S. 435 ff.; Behrend, H.R. § 62. — Kuntze a. a. O. (oben Anm. 1) u. Dernburg, Pand. I 61, verwenden gleichfalls den Begriff der gesammten Hand, erstrecken ihn aber auch auf Aktiengesellschaften und Genossenschaften. Dieselbe ungebührliche Ausdehnung geben Jolly (oben Anm. 27), Brinkmann, H.R. § 36, und früher auch Unger dem Begriffe der kollektiven Einheit. Vgl. hiergegen Goldschmidt, Syst. § 42.

⁸⁶ Als Gesellschaft zur gesammten Hand konstruieren sie namentlich Beseler, D.P.R. § 229 ff., Behrend, H.R. § 63 ff., Cosack, H.R. § 84 ff., sowie Kuntze a. a. O. u. Dernburg a. a. O. u. Preuss. P.R. II § 217. Ebenso R.Ger. IX Nr. 32 S. 144. Sachlich stimmt damit nicht nur die Theorie der kollektiven Einheit (oben Anm. 35, bes. aber Unger, Jahrb. f. D. XXV 251 ff.), sondern auch vielfach die Theorie der modifizirten Sozietät (z. B. v. Hahn, Komm. I 374 ff., Goldschmidt, Syst. § 42 S. 133) überein. Ueberwiegend auch die Praxis, indem sie die Gesell-

sellschaft⁸⁷ und folglich auch, obschon sie einer Körperschaft zum Verwechseln ähnlich sieht, die Kommanditgesellschaft auf Aktien⁸⁸.

Eine eigenartige Ausprägung hat das Prinzip der gesammten Hand in der seerechtlichen Gesellschaftsform der Rhederei empfangen⁸⁹.

Auch in die Gesellschaft des bürgerlichen Rechtes führen ältere und neuere Landesgesetze von Rechtswegen die gesammte

schafter in ihrer Verbundenheit, als Personenverbindung oder Personeneinheit, als kollektives Ganze u. s. w. zur gesellschaftlichen Rechtsträgerschaft beruft; Gierke a. a. O. S. 464 ff., bes. R.O.H.G. II 39, VI 417, XIV 5, XXIV 160, XXV 279, R.Ger. VIII 92, XI 115 ff., XV Nr. 26, XIX Nr. 36, XXX Nr. 11, Seuff. XLI Nr. 35, XLVIII Nr. 275. — Doch erblicken einerseits Manche noch immer in jeder Handelsgesellschaft eine juristische Person (vgl. die b. Gierke a. a. O. S. 50 Anm. 2 Angeführten, sowie Kohler, Markenschutz S. 235 ff. u. Z. f. d. P. u. ö. R. d. G. XIII 8, u. Eccius, Z. f. d. g. H.R. XXXII 1 ff.) oder doch eine „relative“ juristische Person (Dahn, Handelsr. Vortr. S. 11 ff., Gareis, H.R. § 29, Gareis u. Fuchspurger, Komm. S. 210 ff.), eine Auffassung, die auch in der Praxis oft sich geltend macht (vgl. Gierke a. a. O. S. 84 Anm. 4, 49 Anm. 3 u. 466 Anm. 1, seitdem z. B. R.Ger. XVI 2 u. 3, 17—18, XXV 252 ff., Seuff. XLV Nr. 164, XLIX Nr. 171), überwiegend aber verworfen wird (Gierke a. a. O. S. 48 Anm. 1—3, seitdem R.Ger. XVII 365 u. 368, XVIII 140, XIX 193 ff., XXX Nr. 46, XXXI 83 ff., Seuff. XLII Nr. 127, XLIII Nr. 43, XLVI Nr. 205 u. 206, XLVIII Nr. 194). Andererseits halten Viele an dem römischen Sozietätsbegriff fest (Gierke a. a. O. S. 49 Anm. 1) oder verlegen doch, indem sie die personenrechtliche Verbundenheit leugnen oder übersehen, alle Besonderheiten der Handelsgesellschaft in die objektive Einheit des Gesellschaftsvermögens (Gierke a. a. O. S. 462 ff., dazu Bekker, Pand. I 216, u. K. Adler a. a. O. S. 70 ff.). Ueber und wider die von Laband, Z. f. d. g. H.R. XXX 503 ff. u. XXXI 1 ff., versuchte neue Konstruktion vgl. Gierke a. a. O. S. 438 ff.

⁸⁷ Die Kommanditgesellschaft des geltenden deutschen Rechtes ist, obschon ihre geschichtlichen Wurzeln anderswo liegen, nur eine Abart der offenen Handelsgesellschaft. Vgl. Renaud, Das Recht der Kommanditgesellschaften, Leipz. 1881; Wendt in Endemanns Handb. I § 96 ff.; Behrend, H.R. I § 86 ff.; Cosack, H.R. § 88; Gierke a. a. O. S. 51, 453 ff. u. 460; R.Ger. XXXII Nr. 110. Alle in der vor. Anm. erwähnten Streitfragen beziehen sich daher auch auf sie. Nur bisweilen taucht die Meinung auf, daß bei ihr ein stärkeres Bedürfnis zur Annahme einer selbständigen Persönlichkeit vorliege; so v. Völderndorff, Komm. zum R.Ges. v. 18. Juli 1884, Erl. 1884, S. 16; vgl. auch Seuff. XXXIX Nr. 321.

⁸⁸ Renaud a. a. O. S. 110 ff., Primker in Endemanns Handb. I 686 ff., Goldschmidt, Syst. § 63—65, Gierke a. a. O. S. 52 ff., 455 u. 461. Dagegen erblickt Endemann, H.R. (4. Aufl.) § 76 III, in ihr eine Körperschaft. Andere erklären die Kommanditistengesamtheit für eine besondere juristische Person; so Kuntze, Z. f. d. g. H.R. VI 240, Cosack, H.R. § 100, u. früher Stobbe I § 58 IV (in 2. u. 3. Aufl. zweifelnd). — Eine Körperschaft, weil Abart der Aktiengesellschaft, ist die „Kommanditaktiengesellschaft“ des Schweiz. O.R. Art. 676.

⁸⁹ Lewis in Endemanns Handb. IV 54 ff., Das deut. Seerecht (2. Aufl.) S. 62 ff.; R. Wagner, Handb. des Seerechts I 188 ff.; Cosack, H.R. § 90;

Hand ein⁴⁰. Im gemeinen Rechte herrscht der römische Sozietätsbegriff. Allein allgemein ist die Möglichkeit anerkannt, vertragsmäßig das Sozietätsrecht im Sinne des deutschen Gesellschaftsrechtes abzuwandeln. Wir haben oben gesehen, wie unter Zuhilfenahme des Prinzips der gesamten Hand sogar Verbände, die an sich Körperschaften sind, als Gesellschaften konstruiert werden können und zum Theil nach Lage der Gesetzgebung konstruiert werden müssen⁴¹. Vielfach aber begegnen Gesellschaften, die in der That des körperschaftlichen Wesens entbehren und gleichwohl eine personenrechtliche Gemeinschaft erzeugen, bei denen daher die gesammte Hand ein durchaus passendes Rechtsgewand abgiebt⁴². Hierzu gehören auch die vorübergehenden Vereinigungen, die in Gestalt von Beitragsgesellschaften für die Lösung der verschiedenartigsten sozialen Aufgaben gebildet zu werden pflegen⁴³.

Gierke n. a. O. S. 59, 345 Anm. 2 u. 359 Anm. 3. — Lewis hat seine frühere Ansicht, daß die Rhederei eine juristische Person sei, zurückgenommen.

⁴⁰ Vgl. ältere Partikularrechte b. Gierke, Genossenschaftsr. II 819 Anm. 194. Ferner Preuss. A.L.R. I, 17 § 169 ff. u. dazu Dernburg II § 217, 219 Anm. 7—9 u. 222. Zum Theil auch Sächs. Gb. § 1367, 1388, 1386 u. 2075. Im Gegensatze zu Entw. I (vgl. über ihn Gierke, Personengemeinschaften S. 95 ff.) will Entw. II § 645 ff. dem Gesellschaftsvertrage eine Gemeinschaft zur gesammten Hand entspringen lassen.

⁴¹ Vgl. oben § 76 Anm. 36 u. 39.

⁴² Man denke z. B. an die nicht als Handelsgesellschaften anerkannten Gesellschaften von Minderkaufleuten und andere Erwerbsgesellschaften. — Entw. II § 675 will ihnen die Möglichkeit gewähren, unter das Recht der offenen Handelsgesellschaft oder der Kommanditgesellschaft zu treten. Ebenso Schweiz. O.R. Art. 552 Abs. 3 u. Art. 590 Abs. 3.

⁴³ Vgl. Krückmann, Kommissionen, Komitees, Ausschüsse, Arch. f. bürgerl. R. VIII 67 ff.; dazu Brinz, Pand. I, Aufl. S. 1020, 1062, 2. Aufl. § 440 a. E, Bekker II § 112 Beil. II, Dernburg I § 62 Anm. 8, Regelsberger, Streifzüge im Gebiet des Civilr., Gött. 1892, S. 70 ff., Pand. § 78 III. Hier überall wird insbesondere das Rechtsverhältniß an dem durch eine öffentliche Sammlung von einem Ausschusse oder Komitee aufgebrauchten Vermögen bis zu dessen endgültiger Verwendung erörtert. Zweifellos ist dasselbe ein zweckgebundenes Sondervermögen (vgl. unten Abschn. II Kap. I). Wer aber ist das Subjekt? Man darf weder mit Brinz, Bekker und Dernburg ein selbständiges Zweckvermögen noch mit Regelsberger ein fiduziarisches Eigenthum der Sammler noch mit Krückmann (S. 97 ff., 122 u. 166) ein bedingtes römisches Miteigenthum des Komitees oder Ausschusses annehmen. Vielmehr besteht daran eine Eigenthumsgemeinschaft zur gesammten Hand, deren Träger aber nicht die Sammler, sondern sämtliche Beitragspender sind. Mag auch die Beitragsgesellschaft lediglich durch einen von sich aus zusammengetretenen oder von Anderen eingesetzten Ausschuss ins Leben gerufen sein und von ihm vollkommen repräsentirt werden, so bleibt doch diese engere Personengemeinschaft Geschäftsführerin einer umfassenderen Personengemeinschaft, der jeder Beitragende beitrifft. Das zweckbestimmte Sondervermögen ist

Ebenso empfängt die zufällige Rechtsgemeinschaft theils schon durch landesgesetzliche Bestimmungen, theils durch gesetzlich zugelassene und kraft Gewohnheitsrechtes auch im gemeinen Rechte statthafte Vereinbarungen vielfach Züge einer Gemeinschaft zur gesammten Hand⁴⁴. Bei manchen Gemeinschaftsverhältnissen erscheint eine personenrechtliche Verbundenheit der Theilhaber als Regel⁴⁵. In eigenthümlicher Form wird eine derartige Verbundenheit oft bei einer in Theilbeträge zerlegten Gesamtschuld zwischen den Gläubigern hergestellt⁴⁶.

Eine besondere Verwerthung findet die gesammte Hand bei Forderungen und Verbindlichkeiten zur gesammten Hand, wie sie nicht nur aus umfassenderen Gemeinschaften entspringen, sondern auch für sich begründet werden können⁴⁷.

somit ein Gesellschaftseigenthum, an dem nach Verhältniß der Beiträge bemessene Antheile in der durch die gesammte Hand bewirkten Gebundenheit bestehen. In vielen Fällen werden sich hieraus praktische Folgerungen ziehen lassen (Beschluss-gewalt einer Versammlung der Beitragsspenden, insbesondere bei Abänderung des Verwendungsplanes; Anspruch der Gesamtheit auf Ausführung des Unternehmens, auf Hinderung der Verwendung für fremdartige Zwecke, auf Rechnungslage; Klage-recht der Einzelnen auf Ausscheidung und Ausantwortung ihrer Antheile bei Weg-fall oder Verkehrung der Zweckbestimmung). Bei manchen Formen der Sammlung ist freilich die Gesamtheit der Betheiligten so unbestimmt und verfließend, daß ihre Vermögensträgerschaft unpraktisch ist und nur als Grundlage eines öffentlichen Einschreitens (insbesondere strafrechtlich) bedeutungsvoll wird.

⁴⁴ Vgl. die b. Gierke, Genossenschaftsr. III 819 Anm. 196, angef. Partikular-rechte u. bes. das Preufs. L.R. I, 17 § 1—114; dazu Stobbe II § 82, Dern-burg, Preufs. P.R. I § 122 ff., Gierke, Genossenschaftsth. S. 361 Anm. 1. Auch Entw. II trägt in seine „Gemeinschaft“ Elemente der gesammten Hand hinein; vgl. § 680—682, 685—687, 691—692.

⁴⁵ So bei den nicht als Körperschaften ausgestalteten oder anerkannten Agrargemeinschaften (oben § 74 Anm. 11 u. 14, Gierke a. a. O. S. 66 Anm. 1, 360 Anm. 1), älteren Gewerkschaften (Gierke, Genossenschaftsr. III 829) und mancherlei anderen Gemeinschaften (ib. S. 821 Anm. 204). Vgl. ferner über Mit-urheberrecht unten § 86 II 3.

⁴⁶ Die Gläubigergesamtheit (Prioritätsobligationäre einer Aktiengesellschaft, Inhaber der Schuldverschreibungen einer öffentlichen Körperschaft, Pfandbrief-gläubiger u. s. w.) kann vertragsmäßig zur Personeneinheit verbunden sein; R.Ger. XXII Nr. 11, XXXI Nr. 17. Neuere Gesetze aber begründen von Rechtswegen einen mit Mehrheit beschließenden und hinsichtlich des Pfandbesitzes an beweg-lichen Sachen und Forderungen des Schuldners durch einen Pfandhalter vertretenen Gläubigerverband; E.G. zur R.Konk.O. § 17, Kob.-Goth. Ges. v. 4. April 1885, Braunsch. Ges. v. 30. März 1881; Oest. Ges. v. 24. April 1874; Schweiz. Ges. v. 24. Juni 1874; Näheres im Pfandrecht.

⁴⁷ Hiervon im Obligationenrechte.

Häufig wird ferner eine personenrechtliche Vertretungsmacht mehreren Personen zur gesammten Hand übertragen⁴⁸.

In verschiedener Weise dient die gesammte Hand auch der Zusammenordnung von Personenmehrheiten zu Theileinheiten privater Genossenschaften⁴⁹ oder Gemeinschaften⁵⁰.

Mancherlei Gesammthandsverhältnisse endlich kennt das öffentliche Recht⁵¹. Von ihnen wirken namentlich die prozessrechtlichen Personenverbindungen auf das Privatrecht ein. So die Streitgenossenschaft⁵² und vor Allem die durch das Konkursverfahren begründete Gemeinschaft der Konkursgläubiger⁵³.

V. Rechtsgrundsätze. In Folge einer so weitgehenden Verzweigung werden heute die Gemeinschaften zur gesammten Hand un-

⁴⁸ So bei der Kollektivprokura (H.G.B. Art. 41 Abs. 3) und sonstiger Sammtvollmacht; bei einer Mehrheit von Testamentsvollstreckern (unten Abschn. V Kap. IV) von Vormündern u. s. w.

⁴⁹ So bei den als Sondereinheiten organisirten Mitgliederklassen, insbesondere den jetzt durch das Gesetz selbst (H.G.B. Art. 215 Abs. 6, 215a Abs. 2, 248) zu Majoritätsverbänden ausgestalteten Klassen von Aktionären; oben § 64 Anm. 21, § 65 Anm. 40. Ebenso aber bei allen kollektiven oder kollegialischen Organen; Gierke a. a. O. S. 677 ff., oben § 65 II, § 78 VI.

⁵⁰ Die ausgebildetste Personeneinheit dieser Art ist die Kommanditistengesamtheit in der Aktienkommanditgesellschaft; Gierke a. a. O. S. 52, 455, 528 Anm. 1, 534 Anm. 1, 575. Vgl. ferner über die Kindergesamtheit in der fortgesetzten Hausgemeinschaft ib. S. 421 u. 424 Anm. 1; über die in die Stelle eines Gemeiners einrückende Nachkommenschaft ib. S. 423 Anm. 3; über die Mehrheit der Erben eines Kommanditisten ib. S. 483 Anm. 1. Hierher gehören aber auch alle Fälle gesellschaftlicher Kollektivvertretung (ib. S. 588 Anm. 4) und Kollektivgeschäftsführung (H.G.B. Art. 100 u. 136), sowie die Fälle einer Vertretung, Leitung oder Aufsichtsführung durch kollegialisch eingerichtete Ausschüsse, Vorstände, Aufsichtsräthe u. s. w. von Gesellschaften oder Gemeinschaften; Gierke a. a. O. S. 527, 569 ff., 575, 579, oben Anm. 43.

⁵¹ So das Völkerrecht bei Bänden (vgl. über das ältere deutsche Recht Gierke II 835 ff.) und organisirten Verwaltungsgemeinschaften. Das Staatsrecht und das Sozialrecht anderer öffentlicher Verbände bei Unionen (Realunion), Mitgliederklassen (bei Gemeinden hinsichtlich der Allmende vielfach zugleich von privatrechtlicher Bedeutung) und allen kollektiven oder kollegialen Organträgerschaften (Bernatzik a. a. O. S. 230 ff.). Aus dem älteren Rechte gehören hierher auch gemeinschaftliche Regierungen (H. Schulze, Erstgeburt S. 235 ff.), gemeine Vogteien (Gierke, Genossenschaftsr. II 945 ff.) und mancherlei Fälle zu gesammter Hand besessener patrimonialer Herrschafts- und Amtsgewalten (a. a. O. S. 946).

⁵² In welchem Umfange bei ihr eine Gemeinschaft eintritt, hängt von dem materiellen Rechtsverhältniß ab; C.Pr.O. § 58—60.

⁵³ Ueber sie vgl. bes. Köhler, Konkursr. S. 370 ff. u. Arch. f. civ. Pr. LXXXI 341 ff. (keine juristische Person, aber eine organisirte, rechts- und handlungsfähige, das Privatrecht ergreifende Gemeinschaft). Vgl. auch Wach, Civilproz. I 590 (Prozesspersonenverein).

beschadet ihres einheitlichen Grundgedankens von sehr verschiedenartigen Rechtssätzen beherrscht. Die Entfaltung des Prinzips der gesammten Hand kann daher im Einzelnen nur bei den von ihm ergriffenen besonderen Rechtsinstituten dargelegt werden. Doch sind hier die allgemeinen Gesichtspunkte zu bezeichnen, von denen dabei auszugehen ist.

1. Die Begründung einer gesammten Hand erfolgt stets durch einen Vorgang, den die Rechtsordnung mit personenrechtlicher Vereinigungskraft bekleidet. Dieser Vorgang kann in der Verwirklichung eines vom Willen unabhängigen Thatbestandes oder in menschlichem Handeln bestehen⁵⁴. Eine auf Begründung einer gesammten Hand gerichtete Handlung bleibt im Rahmen des Rechtsgeschäftes, unterscheidet sich aber als personenrechtliches Vereinigungsgeschäft von jedem rein individualistisch angelegten Rechtsgeschäfte⁵⁵. So tritt insbesondere auch neben den rein obligationenrechtlichen römischen Sozietätsvertrag ein personenrechtlicher deutscher Gesellschaftsvertrag⁵⁶.

2. Durch die gesammte Hand wird stets eine personenrechtliche Verbundenheit bewirkt⁵⁷. Das personenrechtliche Band verleiht dem Gemeinschaftsverhältnisse unter den Gesammthändern die besonderen Züge, die es von einem Gemeinschaftsverhältnisse unter getrennten Personen unterscheiden. Insoweit daher den Gegenstand der Gemeinschaft ein Vermögensobjekt bildet, wird das Vermögensrecht durch den Einfluss des Personenrechts in eigenthümlicher Weise umgestaltet⁵⁸. Diese Umgestaltung bewegt sich immer in der Richtung einer Annäherung des Individualrechtes an das Sozialrecht⁵⁹. Im Uebrigen wird sie von der Beschaffenheit des personenrechtlichen Bandes bestimmt und fällt daher je nach dessen familienrechtlicher

⁵⁴ Gierke, Genossenschaftsr. II 936 ff.

⁵⁵ Ueber den personenrechtlichen Gehalt der Verträge über eheliches Güterrecht vgl. Gierke, Genossenschaftsth. S. 376, Seuff. XXXV Nr. 221.

⁵⁶ Ueber den Handelsgesellschaftsvertrag Gierke a. a. O. S. 470 ff., über den Rhedereivertrag S. 359 Anm. 3. Darum auch Publizität. — Ein solcher Vertragsschluss kann einer Körperschaftserrichtung ähneln und nimmt z. B. bei der Aktienkommanditgesellschaft durchweg die äußeren Formen einer solchen an; a. a. O. S. 476 ff. Ebenso in den oben Anm. 41 bezeichneten Fällen.

⁵⁷ Bei den familienrechtlichen Gemeinschaften bedarf sie keines Nachweises. Bei den Handelsgesellschaften findet sie in der Namenseinheit (Gesellschaftsfirma) ihren sichtbaren Ausdruck; Gierke a. a. O. S. 450. Sie fehlt aber nirgends und bildet auch da, wo sie nur als sekundäres und dienendes Stück einer Vermögensgemeinschaft erscheint, den konstruktiven Mittelpunkt des Rechtsverhältnisses; a. a. O. S. 359 ff.

⁵⁸ Gierke a. a. O. S. 353 ff.

⁵⁹ A. a. O. S. 355.

oder verkehrsrechtlicher Anlage und je nach dem ihm durch Gesetz oder Rechtsgeschäft verliehenen besonderen Inhalte überaus ungleich aus⁶⁰. Von der anderen Seite her wirkt aber zugleich die Beschaffenheit des Gegenstandes der Gemeinschaft auf deren Gestaltung maßgebend ein⁶¹. Die gesammte Hand muß sich in ungleicher Weise entfalten, jenachdem sie ein Recht an der Person⁶² oder ein Eigentum⁶³ oder ein begrenztes dingliches Recht⁶⁴ oder eine dingliche Last⁶⁵ oder eine Forderung oder Schuld⁶⁶ vergemeinschaftet. Und vor Allem empfängt sie ein besonderes Gepräge, wenn die Gemeinschaft einen Vermögensinbegriff als solchen ergreift und nunmehr zugleich durch Art und Stärke der objektiven Einheit bestimmt wird, die dem ihr unterworfenen Sondervermögen als Ehe-, Haus-, Grund-, Schiffs-, Geschäfts-, Gesellschafts-, Nachlaß-, Konkursvermögen u. s. w. eignet⁶⁷.

3. Im Bereiche der gesammten Hand bilden die Gemeiner eine Personeneinheit, sind daher nicht für sich, sondern in ihrer Verbundenheit, „insgesammt“ oder „kollektiv“, berechtigt oder verpflichtet. Hiermit ist sowohl eine Zerlegung in Antheile wie eine solidarische Berechtigung oder Verpflichtung auf das Ganze verneint.

Allein diese Personeneinheit gilt nur im Bereiche der gesammten Hand und läßt für eine Sonderung der verbundenen Personen innerhalb des Gemeinschaftsverhältnisses Raum. Denn die Gemeinschaft zur gesammten Hand erschöpft sich nicht in der gesammten Hand, sondern begründet zugleich für die einzelnen Gemeiner Sonder-

⁶⁰ A. a. O. S. 356 ff., 372 ff., 407 ff., 450 ff.

⁶¹ Gierke, Genossenschaftsr. II 65 ff., 930 ff., Genossenschaftsth. S. 362 ff.

⁶² Z. B. Mitgliedschaft, Vertretungsmacht, Organschaft, vgl. oben Anm. 33, 48—50; oder Urheberrecht, vgl. unten § 86 II 3.

⁶³ Und wieder ein Eigentum an beweglicher oder unbeweglicher, körperlicher oder unkörperlicher, Einzel- oder Gesamtsache. Hiervon unten in der Lehre vom gemeinschaftlichen Eigentum.

⁶⁴ Z. B. ein Weiderecht (Seuff. XXXVIII Nr. 108), eine Reallastberechtigung u. s. w.; vgl. Gierke, Personengemeinschaften S. 71 ff. — Nach der einleuchtenden Konstruktion Kohlers (Konkursr. S. 99 ff., Arch. f. civ. Pr. LXXXI 329 ff.) bildet auch den Gegenstand der Konkursgläubigergemeinschaft ein dingliches Recht, — das dem Pfändungspfandrechte verwandte „Beschlagnahme“ am Konkursvermögen.

⁶⁵ Z. B. eine Reallast bei der Einzinserei oder Tragerlei; vgl. Bluntschli, Zürch. R.G. II 228 ff., Gierke, Genossenschaftsr. II 204, Personengemeinschaften S. 82, Huber III 434 ff., 537 ff., IV 774. Ueber die mögliche Ausgestaltung der Korrealhypothek im Sinne der gesammten Hand ist später zu handeln.

⁶⁶ Vgl. oben Anm. 20, Beseler § 115 II, Gierke, Genossenschaftsth. S. 361 Anm. 1, 397 ff., 520 ff., 550 ff.

⁶⁷ Gierke a. a. O. S. 363 ff., 372 ff., 456 ff. Hierauf ist unten beim Sondervermögen zurückzukommen.

sphären, durch die in irgend einem Maße die ungetrennte Sammtsphäre eingeschränkt und ergänzt wird. Wie die deutsche Genossenschaft körperschaftsrechtliche, so schließt die deutsche Gemeinschaft gemeinschaftsrechtliche Sonderrechtsverhältnisse ein⁶⁸. Hieraus ergeben sich eigenartige Sonderrechte und Sonderpflichten, die zwar im Gegensatze zu außergemeinschaftlichen Rechten und Pflichten der Theilhaber durch die gesammte Hand gebunden bleiben, jedoch im Gegensatze zu den Sammtrechten und Sammtpflichten den einzelnen Theilhabern für sich zustehen. An ihnen findet also das Kollektivprinzip seine Schranke. Diese Sonderrechte und Sonderpflichten können sich auf getrennte Objekte richten⁶⁹. Sie können aber auch das gemeinschaftliche Objekt ergreifen und insoweit sich entweder in gesonderten ideellen Antheilen oder in solidarischen Berechtigungen oder Verpflichtungen auf das Ganze äußern⁷⁰.

Somit sind Antheilsprinzip und Solidarprinzip zwar aus dem Bereiche der gesammten Hand, keineswegs aber aus den Gemeinschaften zur gesammten Hand verbannt. Vielmehr können sie das Kollektivprinzip in verschiedenem Umfange begrenzen und ergänzen und der Theilhaberschaft mehr oder minder ausgeprägte sonderrechtliche Züge verleihen.

In der That begegnen in vielen Gemeinschaften zur gesammten Hand gesonderte Antheile, die nur im Gegensatze zu römischen Kommuniionsantheilen das Gemeinschaftsverhältniß niemals erschöpfen und stets in stärkerem oder schwächerem Maße durch die gesammte

⁶⁸ Gierke a. a. O. S. 344 u. namentlich für die Rhederei S. 359 Anm. 3, die Eigenthumsgemeinschaft S. 361 Anm. 1 (dazu R.Ger. XX Nr. 70), die Erbengemeinschaft S. 361 Anm. 2, die eheliche Gütergemeinschaft S. 388 ff., die fortgesetzte Hausgemeinschaft S. 411 ff. u. 421 ff., die Handelsgesellschaft S. 494 ff.; für einen Gläubigerverband R.Ger. XXI Nr. 17; für die Konkursgläubigergemeinschaft Kohler, Konkursr. S. 388 ff.

⁶⁹ So Sonderrechte mit personenrechtlichem Inhalte, wie Stimmrecht, Vertretungs- oder Verwaltungsrecht, Recht der Verfügung über den Gemeinschaftsbestand (Gierke a. a. O. S. 512, 528 ff., 574 Anm. 2); Sonderrechte auf Besitz und Genuß einzelner Stücke des Gemeinschaftsgutes (a. a. O. S. 352 Anm. 3, 388 Anm. 1) oder auf Zuweisung solcher Stücke bei Auflösung der Gemeinschaft (S. 392 Anm. 1, 395 Anm. 1); Sonderrechte mit forderungsrechtlichem Gehalt, z. B. Ersatz-, Honorar-, Gewinnansprüche (S. 538 ff.); Sonderpflichten dinglicher oder persönlicher Art, Beitrags-, Arbeits-, Ersatzverbindlichkeiten u. s. w. (S. 534 ff.). Es wiederholen sich hier die oben § 68 III S. 537 ff. behandelten Typen mit entsprechenden Abwandlungen.

⁷⁰ Dieselbe Erscheinung ist uns ja schon (oben § 68 III) bei den genossenschaftlichen Gemeinschaftsverhältnissen (Gesamteigenthum, Gesamtnutzungsrecht, Gesamtlast, Gesamtforderung, Gesamtverbindlichkeit) begegnet.

Hand gebunden bleiben⁷¹. Ihren Inhalt bildet ein behufs Zerlegung in Sonderrecht oder Sonderpflicht herausgehobener Theilinhalt der Gemeinsphäre. Bei manchen Gemeinschaften begründen sie überhaupt nur eine Anwartschaft für den Fall der Lösung des Bandes und stellen sich daher während des Bestandes der Gemeinschaft als „schlummernde“ („ruhende“, „stillgestellte“, „latente“) Antheile dar⁷². Bei anderen Gemeinschaften sind sie auch während des Bestandes der Gemeinschaft wirksam und bestimmen das Theilnahmeverhältniß an der Beherrschung und dem Genuß des Gemeinschaftsobjektes und an den gemeinschaftlichen Lasten und Pflichten⁷³. Ist das Gemeinschaftsobjekt ein Sondervermögen, so ergreifen die Antheile nur das Vermögensganze und lassen die in ihm enthaltenen einzelnen Rechte und Pflichten ungetheilt⁷⁴. Im Falle einer rein kapitalistischen Struktur

⁷¹ Gierke, Genossenschaftsr. II 947 ff., Genossenschaftsth. S. 345 ff., Heusler I 328 ff. — Abweichend Stobbe II § 81 ff.

⁷² So bei der ursprünglichen Form der gesamten Hand mit häuslicher Lebensgemeinschaft (oben Anm. 16—17) und heute noch bei der ehelichen Gütergemeinschaft und den strengeren Formen der fortgesetzten Hausgemeinschaft, wobei dann wieder, jenachdem Konsolidationsprinzip gilt oder nicht, die Antheile nur im Falle der Auflösung der Gemeinschaft unter Lebenden oder auch im Falle ihrer Auflösung von Todeswegen wirksam werden; Gierke, Genossenschaftsth. S. 390 ff., 411 ff., 425 ff. Desgleichen kraft Vereinbarung bei manchen Gesellschaften (oben Anm. 41 u. 42) und nach Entw. II § 660 u. 667 ff. mangels anderer Abrede bei jeder Gesellschaft. In der Hauptsache auch bei der offenen Handelsgesellschaft und Kommanditgesellschaft; jedoch nicht (wie Thöl H.R. § 36 meint) durchaus, da nach der gesetzlichen Regel die Antheile in dem Anspruch auf eine Kapitalrente von 4% und in der Art ihres Wachsens und Schwindens eine praesente Wirksamkeit entfalten; H.G.B. Art. 108 Abs. 2, 106—107, Gierke a. a. O. S. 502 ff.

⁷³ So schon im Mittelalter vielfach bei Ganerbschaften; Gierke, Genossenschaftsr. II 934 Anm. 11 u. 954 ff. Allgemein bei der zufälligen Rechtsgemeinschaft; Pr.L.R. I, 17 § 44 ff., Entw. II § 679 Abs. 1, 681 u. 684. Kraft vertragsmäßiger Abrede bei Gesellschaften und namentlich auch über das gesetzliche Maß (oben Anm. 72 a. E.) hinaus bei Handelsgesellschaften; Gierke, Genossenschaftsth. S. 503 A. 1 u. 4. Hinsichtlich der Kommanditistengesammtheit bei der Aktienkommanditgesellschaft; a. a. O. S. 505 ff. Durchweg bei der Rhederei, bei der die Schiffsparten nicht bloß die Theilnahme an Willensbildung, Gewinn und Verlust und Beitragslast bestimmen, sondern auch eine antheilige persönliche Schuldenhaftung begründen; H.G.B. Art. 458, 467—469, 474. — Insoweit die Antheile einen Nutzungsanspruch gewähren, richten sie sich regelmäßig nur auf den Nutzungsertrag, während Besitz und Gebrauch in die ungetheilte Gesamtsphäre fallen; Pr. L.R. I, 17 § 10 ff., 25 ff., 36 ff., 44 ff., Entw. II § 679—682; ebenso bei der Rhederei, den Handelsgesellschaften und anderen Erwerbsgesellschaften. Sie können aber auch durch reale Besitz- und Genußtheilung in der Form der Mutschierung (oben S. 667) ganz oder theilweise zur Geltung kommen; vgl. R.Ger. XII Nr. 49.

⁷⁴ So bei der ehelichen Gütergemeinschaft und ihren Fortsetzungen (Gierke

des Gemeinschaftsvermögens nehmen sie die Gestalt reiner Werth-antheile an⁷⁵. Ihrem Umfange nach sind die Anthelle bald vorläufig unbestimmt⁷⁶, bald nach Bruchtheilen bestimmt und im letzteren Falle wieder entweder fest⁷⁷ oder veränderlich⁷⁸. Regelmäßig erscheinen sie als Ausflüsse der personenrechtlichen Theilhaberschaft; es giebt jedoch Gemeinschaften zur gesammten Hand, die umgekehrt auf Anthelle gebaut sind, so daß die personenrechtliche Theilhaberschaft dem verselbständigten Anthelle an einem Vermögensobjekte folgt⁷⁹. Eine einseitige Verfügung des Gemeiners über seinen Anthelle ist nach der ursprünglichen Regel ausgeschlossen und immer nur in demselben Umfange zulässig, in dem ihm die Verfügung über die von ihm eingenommene Stelle in der Personenverbindung selbst zusteht⁸⁰. Wo daher die personenrechtliche Seite des Verhältnisses das Uebergewicht behalten hat, ist der Anthelle unveräußerlich⁸¹. Umgekehrt enthält

a. a. O. S. 377 ff., 388, 405, 448, 434), der deutschen Erbgemeinschaft (S. 364 Anm. 3), den Handelsgesellschaften (S. 511 ff. u. 543 ff.) und überhaupt der deutschen Gesellschaft (S. 364 Anm. 2), der Konkursgläubigergemeinschaft. Ebenso aber bei der Rhederei, bei der freilich die nach Schiffsparten getheilten persönlichen Schulden eine Ausnahme machen, aber nur deshalb, weil sie eben nicht zum Schiffsvermögen gehören; R. Wagner, Seerecht I 188. — Bestehen die Anthelle an einem überschuldeten Vermögen, so sind sie als Passivantheile negative Gröfsen; Gierke a. a. O. S. 499 Anm. 2.

⁷⁵ So vor Allem bei den Handelsgesellschaften; Gierke a. a. O. S. 497 ff.; R.Ger. XVIII Nr. 8, XXV Nr. 52, XXX Nr. 46, XXXI Nr. 26 S. 143.

⁷⁶ Dies ist vielfach bei der ehelichen Gütergemeinschaft und der fortgesetzten Hausgemeinschaft der Fall und kommt auch bei der bürgerlichen Erbgemeinschaft vor; a. a. O. S. 345 Anm. 1, 394, 421 Anm. 2, 427 Anm. 2.

⁷⁷ So bei der Erbgemeinschaft, den Ganerbschaften, der Rhederei, der Aktienkommanditgesellschaft; bei manchen Formen der ehelichen Gütergemeinschaft (a. a. O. S. 391 Anm. 1, 394) und fortgesetzten Hausgemeinschaft (a. a. O. S. 412 ff., 421, 431); im Zweifel auch bei jeder zufälligen Rechtsgemeinschaft.

⁷⁸ So namentlich bei der offenen Handelsgesellschaft und der Kommanditgesellschaft, wo der Anthelle nach der gesetzlichen Regel durch Zu- und Abschreibungen wächst und schwindet und sogar auf einen negativen Bruchtheil lauten kann; a. a. O. S. 498 ff., 501 Anm. 1. Veränderlich sind auch die Anthelle in der Konkursgläubigergemeinschaft; Kohler, Konkursr. S. 371 ff. Ebenso die Anthelle in Gesellschaften mit wechselnder Gesellschafterzahl.

⁷⁹ So die Rhederei als „sachenrechtliche Gesellschaft“, die Gemeinschaft der Kommanditisten bei der Aktienkommanditgesellschaft, die zufällige Rechtsgemeinschaft. — Diese Gemeinschaften entsprechen den Vermögensgenossenschaften im Körperschaftsrecht.

⁸⁰ Vgl. Gierke, Genossenschafts. II 949 ff., Stobbe, D.P.R. II § 81 S. 72, § 82 S. 77 ff., Heusler I 236 ff.; vgl. Entw. II § 658.

⁸¹ So in den familienrechtlichen Gemeinschaften, der alten Erbgemeinschaft, den Ganerbschaften und Erbverbrüderungen; Stobbe, Z. f. R.G. IV 334, Heusler

die Veräußerung des Antheils, insoweit sie statthaft ist, zugleich eine Uebertragung von Personenrecht und bleibt im Hinblick hierauf vielfach an gewisse Schranken gebunden⁸². Scheidet ein Gemeiner aus, ohne daß eine Rechtsnachfolge in seinen Antheil stattfindet, so fällt sein Antheil kraft Anwachsung (Konsolidation) den übrigen Gemeinern an. So verhält es sich bei der Erledigung eines Antheiles durch Verzicht oder Verwirkung⁸³. Ebenso aber bei der Erledigung eines Antheiles durch Tod, falls nicht Erbfolge eintritt. Nach der ursprünglichen Regel rücken in die Theilhaberschaft nur Nachkommen ein, während bei dem Nichtvorhandensein folgefähiger Nachkommen der Erbgang durch Konsolidation ausgeschlossen wird⁸⁴. Bei manchen

I 236 ff., Huber IV 699 Anm. 19, Gierke, Genossenschaftsth. S. 389 Anm. 4, 423, 432 Anm. 1. Ebenso bei der Gesamtbelehrung; Sachsensp. Lehn. Art. 32 § 3. Aber auch nach der gesetzlichen Regel bei der Handelsgesellschaft, sowie überhaupt im Zweifel bei jeder deutschrechtlichen Gesellschaft; Entw. II § 657. — Hiermit ist die Zulässigkeit einer Verfügung über den künftigen freien Antheil nach Lösung des Bandes vereinbar. So kann bei der ehelichen Gütergemeinschaft, falls durch den Tod Quoten entstehen oder frei werden, im Zweifel jeder Ehegatte über die auf ihn fallende Quote von Todeswegen verfügen; Gierke a. a. O. S. 396. Der Gesellschafter aber kann im Zweifel über seinen künftigen Auseinandersetzungsantheil auch unter Lebenden verfügen; Gierke a. a. O. S. 507 ff., H.G.B. Art. 98, Entw. II § 657. — Insoweit der Antheil unveräußerlich ist, ist er auch unpfändbar.

⁸² So bei gemeinschaftlichem Eigenthum und der neueren Erbengemeinschaft durch Nacherrechte der übrigen Theilhaber (Ganerbenlösung); Gierke, Genossenschaftsr. II 819 Anm. 196, Genossenschaftsth. S. 361 Anm. 1. Ebenso früher bei der Rhederei, bei der heute die Verfügung über die Schiffspart wenigstens noch durch H.G.B. Art. 470 eingeschränkt ist; R.O.H.G. XXIV 46 ff., Gierke a. a. O. S. 347 Anm. 1. Auch die in Werthpapieren verkörpertten Werthantheile der Kommanditaktionäre sind zwar jetzt nach denselben Regeln wie die Aktien der Aktiengesellschaft, aber eben nur mit den gesetzlichen und möglicher Weise hinzutretenden vereinbarten Beschränkungen des Aktienrechtes veräußerlich; H.G.B. Art. 173 u. 173a, 182—183. Die Antheile der persönlich haftenden Gesellschafter einer Aktienkommanditgesellschaft sind überhaupt nur an andere persönlich haftende Gesellschafter veräußerlich; H.G.B. Art. 181. — Möglich ist indess vollkommen freie Veräußerlichkeit der Antheile bei Festhaltung der gesamten Hand in anderen Punkten; vgl. über die preuss. Erbengemeinschaft Gierke a. a. O. S. 364 Anm. 3, über die zufällige Gemeinschaft Entw. II § 386.

⁸³ Gierke a. a. O. S. 395 Anm. 1, Seuff. XVI Nr. 135, H.G.B. Art. 468. — Bei vielen Gesellschaften (so in den oben Anm. 41 u. 43 bezeichneten Fällen) muß auch ohne ausdrückliche Abrede angenommen werden, daß der Austritt eines Gesellschafters stets als Verzicht auf seinen Antheil, der Ausschuß als Verwirkung des Antheils wirken soll. — Für jede Gesellschaft will Entw. II § 673 bestimmen, daß der Antheil eines ausscheidenden Gesellschafters den übrigen Gesellschaftern anwächst, jedoch der Werth des Antheils zu Gunsten oder bei Ueberschuldung zu Lasten des Ausscheidenden realisirt wird.

⁸⁴ Stobbe a. a. O. S. 237 ff., Gierke, Genossenschaftsr. II 950 ff., Heusler

Gemeinschaften aber sind die Antheile überhaupt unvererblich⁸⁵, bei anderen dem gewöhnlichen Erbgange unterworfen⁸⁶. Einen Theilungsanspruch gewährt der Antheil entweder überhaupt nicht⁸⁷ oder nur in Verbindung mit dem Anspruche auf einseitige Zerstörung der Gemeinschaft⁸⁸.

Auch eine solidarische Berechtigung oder Verpflichtung aller oder einzelner Gesammthänder kann hinter, neben oder vor ihrer kollektiven Berechtigung oder Verpflichtung bestehen⁸⁹. Solche Sonderrechte oder Sonderpflichten auf das Ganze können nur wieder nicht wie bei einfacher Solidarität das Gemeinschaftsverhältniß erschöpfen⁹⁰.

I 242 ff., Huber IV 253, Schröder, R. G. S. 323. So noch heute bei manchen Formen der ehelichen Gütergemeinschaft, fortgesetzten Hausgemeinschaft und bäuerlichen Gemeinderschaft; Gierke, Genossenschaftsth. S. 348 Anm. 1, 393 Anm. 1—2, 423—425; Seuff. XLVIII Nr. 97 zu II.

⁸⁵ So bei der ehelichen Gütergemeinschaft, falls auch bei beerbter Ehe Konsolidation gilt; a. a. O. S. 393 Anm. 1—2, 408 ff. Ebenso aber bei Gesellschaften mit unvererblicher Theilhaberschaft, falls der Antheil nach ausdrücklicher oder stillschweigender Abrede den Ueberlebenden anwächst; vgl. auch Krückmann a. a. O. S. 89 u. 100.

⁸⁶ Wird die Gemeinschaft durch den Tod des Theilhabers aufgelöst, so vererbt sein Antheil als freier Antheil an dem Gemeinschaftsvermögen; so nach der gesetzlichen Regel jeder Antheil bei der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts und bei der offenen Handelsgesellschaft und der Antheil eines persönlich haftenden Gesellschafters bei der Kommanditgesellschaft. Vielfach aber ist mit dem Antheile zugleich die Theilhaberschaft selbst vererblich; so bei Schiffsparten, Kommanditistenantheilen und Kommanditaktien, Konkursgläubigergemeinschaft, heutiger Erben-gemeinschaft, im Zweifel jeder zufälligen Rechtsgemeinschaft, kraft Vereinbarung auch bei Gesellschaften einschließlichs aller Handelsgesellschaften.

⁸⁷ So bei der ehelichen Gütergemeinschaft und fortgesetzten Hausgemeinschaft (Gierke a. a. O. S. 389, 422, 432 Anm. 1), der Rhederei (S. 349 Anm. 2), jeder Handelsgesellschaft (S. 502); kraft Vereinbarung bei den alten Ganerbschaften (oben Anm. 10) und jeder Gesellschaft (oben Anm. 41 u. 43) oder Gemeinschaft (Gierke, Genossenschaftsr. II Anm. 196, Stobbe II 70). Entw. II will bei der Gesellschaft die Theilungsklage gesetzlich ausschließen (§ 658), bei der Gemeinschaft ihren Ausschluss nur mit Einschränkungen zulassen (§ 685—687).

⁸⁸ In diesem Sinne stand von je bei der Erbengemeinschaft jedem Theilhaber in jedem Augenblicke die Theilungsklage zu, woran bei der bäuerlichen Gemeinderschaft festgehalten wurde; Heusler I 240 ff. Gleiches gilt mangels abweichender Vereinbarung für jede zufällige Gemeinschaft.

⁸⁹ So vielfach bei Forderungs- und Schuldgemeinschaft; vgl. Gierke, Genossenschaftsth. S. 344 u. 346 und namentlich über die mannichfachen Formen der ehelichen Schuldengemeinschaft S. 397 ff. und über die Handelsgesellschaftsschulden S. 521 ff. u. 550 ff. Aber auch bei dinglicher Lastengemeinschaft, wie z. B. bei der oben Anm. 65 erwähnten Einzinserei.

⁹⁰ Darum ist z. B. bei Verbindlichkeiten zur gesammten Hand von der

und bleiben überdies in verschiedenem Maße von dem Gesamtverhältniß abhängig⁹¹.

4. Kraft der gesamten Hand ist die verbundene Personenmehrheit als solche rechtsfähig. Sie kann Rechte und Pflichten haben, die zwar keiner von den verbundenen Personen verschiedenen Verbandsperson, ebensowenig aber den einzelnen Gemeinern für sich zustehen. Der Umfang dieser kollektiven Rechtsfähigkeit ist je nach der Struktur und dem Gegenstande der Gemeinschaft überaus ungleich bemessen. An sich können nicht nur Eigentum und begrenzte Sachenrechte, Forderungen und Schulden, sondern auch Personenrechte verschiedener Art in den Bereich einer Personeneinheit fallen⁹². Der Rechtsfähigkeit entspricht hier wie überall Parteifähigkeit im Prozeß⁹³.

Nach außen kommt, soweit die Gemeiner insgesamt berechtigt oder verpflichtet sind, ihre Personeneinheit voll zur Geltung. Die Gesamtrechte können gegen Dritte von der Gesamtheit und nur von ihr, die Gesamtpflichten von Dritten gegen die Gesamtheit und nur gegen sie geltend gemacht werden⁹⁴. Der einzelne Gemeiner für sich ist weder aktiv noch passiv legitimirt⁹⁵. Freilich aber sind in der Gesamtheit, da ihre Personeneinheit nur die Zusammenfassung von Personen in einer bestimmten Verbundenheit bedeutet, die Einzelnen irgendwie enthalten⁹⁶. Und soweit mit der gesamten Hand antheilige oder solidarische Sonderrechte oder Sonderpflichten verknüpft sind, können auch die Einzelnen für sich wegen

solidarischen Sonderhaftung der einzelnen Schuldner stets die Gesamthaftung zu unterscheiden, die sie nur in ihrer Verbundenheit trifft; a. a. O. S. 398 ff., 551 ff.

⁹¹ A. a. O. S. 400 ff. u. 558 ff.

⁹² Vgl. für die Handelsgesellschaft H.G.B. Art. 111 u. 164 u. dazu Gierke a. a. O. S. 493 Anm. 1. Von den Persönlichkeitsrechten können z. B. Name, Firma, Marke, Urheber- und Erfinderrecht, aber auch Stand (z. B. Kaufmannseigenschaft), Domizil (z. B. Ehedomizil, Handelsgesellschaftssitz) und Ehre (z. B. Geschäftslehre) einer kollektiven Einheit eignen.

⁹³ Vgl. hierüber und gegen die namentlich von Wach, Civilproz. I 520 ff., durchgeführte Annahme einer bloß „formellen“ Parteifähigkeit Gierke a. a. O. S. 591 ff. u. die dort gegebenen Nachweise aus Theorie u. Praxis, seitdem auch Seuff. XLIII Nr. 132 u. 200, XLIV Nr. 56, XLVIII Nr. 275. — Ebenso Konkursfähigkeit; Kohler a. a. O. S. 69 ff.

⁹⁴ Gierke a. a. O. S. 381 ff. u. 548 ff.

⁹⁵ A. a. O. S. 382, 384, 548, 552.

⁹⁶ So z. B. in der handelsgesellschaftlichen Personeneinheit die persönlich haftenden Gesellschafter mit ihrer ganzen vermögensrechtlichen Persönlichkeit, die Kommanditisten nur mit einem Theile derselben, weshalb jene auch als Einzelne Kaufleute sind, diese nicht; a. a. O. S. 454 Anm. 1 u. 3. Vgl. auch R.Ger. XXXII Nr. 110 (Zeugnissunfähigkeit des Kommanditisten wie des offenen Gesellschafters im Gesellschaftsstreit).

eines Gemeinschaftsrechtes oder einer Gemeinschaftspflicht Dritte auf einen Theil oder auf das Ganze in Anspruch nehmen oder von Dritten auf einen Theil oder auf das Ganze in Anspruch genommen werden⁹⁷.

Nach innen kann, soweit lediglich die in der Sammtsphäre beschlossenen Rechtsverhältnisse in Frage kommen, die Personeneinheit überhaupt nicht wirksam werden. Vielmehr löst sich die gesammte Hand, da ihr kein von den verbundenen Personen verschiedenes Rechtssubjekt entspricht, unter den Gesammthändlern in gegenseitige Rechte und Pflichten auf⁹⁸. Dagegen kann insoweit, als es sich um Beziehungen zwischen der Sammtsphäre und den Sondersphären der Theilhaber handelt, die Gemeinschaft auch einem ihrer Theilhaber als berechnigte oder verpflichtete Personeneinheit gegenüber treten. Denn obschon der einzelne Gemeiner selbst Mitträger der ihm so gegenüber tretenden Personeneinheit ist, gehört er ihr doch nur im Bereiche der Verbundenheit an und bleibt als alleiniger Träger seiner Sondersphäre hiervon unberührt. Somit kann er gegenüber der Personeneinheit, die ihn hinsichtlich seiner Betheiligung an der Sammtsphäre ihm selbst gegenüber mitvertritt, seine Sondersphäre bei Rechtsgeschäften und im Prozeß vertreten⁹⁹. Dabei waltet aber wieder ein Unterschied, jenachdem außergemeinschaftliche oder gemeinschaftsrechtliche Sonderrechtsverhältnisse in Frage stehen. Im ersten Falle kommen dieselben Regeln zur Anwendung, die für Rechtsverhältnisse zwischen der Gemeinschaft und Dritten gelten¹⁰⁰. Im zweiten Falle dagegen bleiben die das innere Gemeinschaftsverhältnis beherrschenden Regeln maßgebend¹⁰¹. Darum ist hier auch statt der Gegenüberstellung der Gemeinschaft und des Gemeiners die Auflösung des Verhältnisses in gegenseitige Rechte und Pflichten der einzelnen Gemeiner möglich und zum Theil unerlässlich¹⁰².

⁹⁷ A. a. O. S. 507 ff. und 558 ff., auch S. 400 ff. u. H.G.B. Art. 474.

⁹⁸ A. a. O. S. 523 ff.

⁹⁹ A. a. O. S. 530 ff.

¹⁰⁰ A. a. O. S. 599 ff. Darum entscheiden z. B., wenn eine Handelsgesellschaft mit einem ihrer Gesellschafter in einer außergesellschaftlichen Beziehung steht, die Grundsätze über Vertretung der Gesellschaft nach außen (R.Ger. VII Nr. 38), über Geschlossenheit des Gesellschaftsvermögens (R.O.H.G. XXI Nr. 42, R.Ger. VII Nr. 80), über Gemeinschafts- und Sonderhaft u. s. w.; a. a. O. S. 541 Anm. 1—3, Cozack H.R. § 85 V; vgl. auch Seuff. XLIX Nr. 171.

¹⁰¹ Gierke a. a. O. S. 531 Anm. 3.

¹⁰² A. a. O. S. 532 ff. Dabei ist jedoch zu beachten, daß insoweit, als ein Gemeiner (z. B. ein Kommanditaktionär) nicht unmittelbar zur Mitdarstellung der Einheit des Gemeinschaftsganzen, sondern nur zur Mitdarstellung einer an der Darstellung dieser Einheit beteiligten engeren Kollektiveinheit berufen ist, seine Sonderrechte und seine Sonderpflichten sich nicht aus diesem engeren Zusammenhange lösen lassen. — Dem Körperschaftsrechte gegenüber ergibt sich

5. Kraft der gesamten Hand ist die verbundene Personenmehrheit als solche auch handlungsfähig. Sie kann im Bereiche ihrer Verbundenheit in einheitlicher Weise einen Gemeinschaftswillen bilden und erklären, der sich zwar nicht als selbständiger Gemeinwille von den verbundenen Einzelwillen ablöst, ebensowenig aber sich in der Uebereinstimmung selbständiger Einzelwillen erschöpft. Diese kollektive Handlungsfähigkeit wird durch den gesetzlichen oder vereinbarten Umfang der Verbundenheit begrenzt und ist daher bei den verschiedenen Gemeinschaften sehr ungleich bemessen. An sich kann sie sich nicht nur auf Rechtsgeschäfte, sondern auch auf Prozeßhandlungen¹⁰³ und sogar auf rechtswidrige Handlungen¹⁰⁴ erstrecken.

Nach außen tritt die Gemeinschaft als handlungsfähige Personeneinheit unmittelbar in die Erscheinung, wenn die Gemeiner als solche insgesamt handeln¹⁰⁵. Denn die verbundenen Gemeiner sind die Gemeinschaft selbst. Ein Handeln mit gesammter Hand ist erforderlich, sobald die Gemeinschaft eine Handlung vornehmen soll, für die eine Vertretungsmacht nicht begründet ist. Im Zweifel wird daher überall da, wo eine handlungsfähige Einzelperson nicht vertreten werden kann, die Gemeinschaft zur gesamten Hand nur durch sämtliche Gemeiner dargestellt¹⁰⁶. Ueberdies aber ist je nach der

hiernach bei den gemeinschaftsrechtlichen Sonderrechtsverhältnissen eine halbe Aehnlichkeit, während bei den inneren Verhältnissen der gesamten Hand ein voller Gegensatz, bei den äußeren Verhältnissen der Gemeinschaft eine volle Aehnlichkeit sichtbar wird.

¹⁰³ Ueber die Prozeßfähigkeit der Handelsgesellschaft vgl. Gierke a. a. O. S. 597 ff. Unrichtig nehmen Manche an, daß die Handelsgesellschaft eine prozeßunfähige Partei mit gesetzlicher Vertretung sei; so Behrend I 525, Eccius a. a. O. S. 10 ff., R.Ger. XIV 20, XVII 367 ff., Seuff. XLIII Nr. 43, XLVI Nr. 233.

¹⁰⁴ Ueber die Deliktsfähigkeit der offenen Handelsgesellschaft vgl. Gierke a. a. O. S. 560 Anm. 1 u. 580 Anm. 2, R.Ger. XV Nr. 13 u. 26, Seuff. XLIII Nr. 45.

¹⁰⁵ Ursprünglich mußten sie in äußerer Verbundenheit handeln, oben Anm. 2. Heute genügt es, wenn sie sämtlich in ihrer Eigenschaft als Gemeiner handeln. Im Zweifel ist aber auch heute erforderlich, daß jeder Gemeiner mithandelt und nicht etwa bloß der Handlung eines anderen Gemeiners zustimmt; R.Ger. I Nr. 140. Doch begnügen sich die Gesetze vielfach mit ausdrücklicher oder selbst stillschweigender Zustimmung, so daß z. B. die Handlung des Ehemannes mit Einwilligung der Ehefrau das Zusammenhandeln der Ehegatten ersetzt; Gierke a. a. O. S. 387. Vgl. auch Seuff. XLVI Nr. 84.

¹⁰⁶ So bei der Eidesleistung, die daher, wenn eine Handelsgesellschaft zu schwören hat, sämtlichen Gesellschaftern mit Einschluß der Kommanditisten obliegt; Gierke a. a. O. S. 598 ff., Wach, Z. f. Civilproz. IX 433 ff. (Mit Unrecht begnügt sich die herrschende Meinung mit dem Eide sämtlicher vertretungsbefugter Gesellschafter oder sämtlicher Liquidatoren, Gierke a. a. O. S. 600 Anm. 2 u. 601 Anm. 1—2, R.O.H.G. XV Nr. 2, XXI Nr. 110, XXIII Nr. 103,

gesetzlichen oder vereinbarten Ordnung der einzelnen Gemeinschaft ein engerer oder weiterer Kreis von Handlungen dem Zusammenwirken aller Gemeiner vorbehalten¹⁰⁷. Regelmässig ist insbesondere eine Verfügung über das Gemeinschaftsobjekt nur mit gesammter Hand möglich¹⁰⁸. Ist das Gemeinschaftsobjekt ein Vermögensbegriff, so gilt nach der ursprünglichen Regel des deutschen Rechtes auch die Verfügung über einzelnes liegendes Gut als Substanzverfügung, während die Verfügung über Fahrnis in den Bereich der Verwaltung fällt¹⁰⁹. Bei manchen Gemeinschaften aber ist die Unterscheidung besonderer Bestandtheile in der Einheit des Sondervermögens völlig untergegangen, so dass es nur noch zur Verfügung über die Vermögenssubstanz als solche einer Mitwirkung aller Gemeiner bedarf¹¹⁰. Andererseits kann

R.Ger. b. Seuff. XXXV Nr. 231, jetzt auch Cosack H.R. § 84 Anm. 40). Ebenso ist die preussische Erbengemeinschaft beweisfällig, wenn ein Miterbe den Eid weigert; R.O.H.G. XI Nr. 68. — Ferner kann ein Delikt nur im Falle des Verschuldens aller Gemeiner als Gemeinschaftsdelikt gelten; a. M. R.Ger. XV Nr. 26 S. 130 ff., XX Nr. 42 u. XXXII Nr. 7, vgl. aber Gierke a. a. O. S. 584 Anm. 3. Nur im Bereiche der Haftung für fremdes Verschulden treffen die Folgen der rechtswidrigen Handlungen von vertretungsbefugten Gemeinern die Gemeinschaft selbst; R.Ger. X Nr. 88, XV Nr. 13. — Umgekehrt wird die Gemeinschaft durch die Wissenschaft auch nur eines Gemeiners in bösen Glauben, Unredlichkeit u. s. w. versetzt, da sie Dritten gegenüber sich auf Unkenntnis nur berufen kann, wenn Alle in gutem Glauben sind; vgl. für die Handelsgesellschaft R.Ger. IX Nr. 32, für kollektive Organträgerschaft oder Vollmacht R.Ger. b. Gruchot XXIX 703, Jur. Wochenschr. 1887 S. 191 Nr. 9, Bolze I Nr. 1186, III Nr. 439, VI Nr. 351, Seuff. XLIX Nr. 109. — Uebrigens kommen in allen diesen Beziehungen auch Repräsentationsverhältnisse vor; so spielt bei der Aktienkommanditgesellschaft die Kommanditistengesamtheit in der Vertretung durch Generalversammlung, Aufsichtsrath oder besondere Bevollmächtigte die Rolle eines einzelnen Gesellschafters; Gierke a. a. O. S. 585, 601 Anm. 1.

¹⁰⁷ So wird die Handelsgesellschaft bei den ihren Bestand betreffenden Anmeldungen (H.G.B. Art. 88, 135, 151, 155, 156) und mangels anderer Abrede bei allen ihren Bestand betreffenden Rechtsgeschäften und Prozessen (Gierke a. a. O. S. 583 Anm. 5 u. 597 Anm. 4) nur durch sämtliche Gesellschafter dargestellt. Eine kollektive Vertretungsmacht oder Organzuständigkeit kann im Zweifel überhaupt nur durch alle Betheiligten gemeinschaftlich ausgeübt werden. Die zufällige Rechtsgemeinschaft, die preussische Erbengemeinschaft und die Gesellschaft des bürgerlichen Rechts entbehren nach der gesetzlichen Regel überhaupt jeder Vertretung, so dass sie mangels anderer vertragsmässiger Gestaltung des Verhältnisses nach aussen stets nur in der Gesamtheit der Theilhaber sichtbar werden; vgl. Pr. L.R. I, 17 § 10, 36, 230 ff., Entw. II § 649 u. 654.

¹⁰⁸ Pr. L.R. I, 17 § 10; Entw. II § 683.

¹⁰⁹ Heusler I 236 u. 245. Dies ist noch heute bei der ehelichen Gütergemeinschaft und der fortgesetzten Hausgemeinschaft als Regel anzusehen; Gierke a. a. O. S. 385, 409 ff., 420, Seuff. XXXI Nr. 341.

¹¹⁰ So bei der Handelsgesellschaft, bei der nur die Veräußerung des Ge-

auch bei einer auf ein Sondervermögen gerichteten Gemeinschaft die Verfügung über einzelne Stücke durchweg oder in bestimmtem Umfange der Gesamtheit vorbehalten sein¹¹¹. Jenseits der so gezogenen Grenzen ist die gesammte Hand der Repräsentation fähig. Zunächst ist für die Gemeinschaft als Personeneinheit nach dem Maße ihrer Rechtsfähigkeit eine einfache Stellvertretung zulässig¹¹². Vor Allem aber begegnet bei der gesammten Hand in mannichfacher Ausgestaltung eine eigenartige Vertretung kraft Gemeinschaftsrechtes. Eine solche Vertretung gebührt oft einer Einzelperson: einem gebornen oder gekornen Gemeinschaftshaupten¹¹³, bestimmten Mitträgern der Gemeinschaft¹¹⁴ oder

schäftes im Ganzen und jede nicht im Rahmen einer geschäftlichen Vereinigung liegende unentgeltliche Hingabe von Vermögenswerth gemeinsam vollzogen werden muß; Gierke a. a. O. S. 584 Anm. 1—2, Behrend H.R. § 72 S. 508. Ebenso vielfach bei der ehelichen Gütergemeinschaft und ihren Fortsetzungen, wo gleichfalls die auf Liegenschaften ausgedehnte Verfügungsmacht des Gemeinschaftshauptes sich nicht auf Verfügungen über das Vermögen als Ganzes und im Zweifel auch nicht auf reine Liberalitätsakte erstreckt; Gierke a. a. O. S. 385 Anm. 4, 386 Anm. 1, 411 Anm. 3, 420 Anm. 1 u. seitdem Senff. XLVII Nr. 118.

¹¹¹ Durchweg mangels anderer vertragsmäßiger Ordnung bei den oben Anm. 107 a. E. bezeichneten Gemeinschaften; in gewissem Umfange bei manchen Formen der ehelichen Gütergemeinschaft, Gierke a. a. O. S. 385 Anm. 2.

¹¹² Bei der Handelsgesellschaft wegen ihrer Kaufmannseigenschaft auch Prokura; a. a. O. S. 586, 601. — Von der Stellvertretung für die Personeneinheit ist die Vertretung des Gemeiners in der Personeneinheit (z. B. durch einen Vormund) scharf zu scheiden; ist ein Gemeiner bei einer gemeinschaftlichen Handlung gültig vertreten, so wird hierdurch der Handlung die Eigenschaft einer Handlung mit gesammter Hand nicht entzogen; a. a. O. S. 582 Anm. 2, 597 Anm. 2.

¹¹³ Dem Ehemanne bei der ehelichen Gütergemeinschaft, a. a. O. S. 381 ff.; dem überlebenden Ehegatten bei der fortgesetzten Gütergemeinschaft, a. a. O. S. 419 Anm. 1; dem Aeltesten bei der bäuerlichen Gemeinderschaft, Grimm, W. I 152 § 2, Heusler I 246, Huber IV 253 Anm. 34; desgleichen bisweilen bei der ritterlichen Ganerbschaft, Gierke, Genossenschaftsr. II 934 Anm. 11, 940 Anm. 13; dem Lehnsträger bei der gesammten Hand des Lehnrechts, dem Gutssträger bei der Hofesgemeinschaft und der Einzinserei, Stobbe, Z. f. R.G. IV 246 ff., Gierke a. a. O. II 952 ff.; dem Korrespondentrheder bei der Rhederei, R. Wagner, Seerecht I 199 ff.; dem Konkursverwalter bei der Konkursgläubigergemeinschaft, Kohler, Konkursr. S. 400 ff. Hierher gehört auch der etwaige einzige vertretungsbefugte Gesellschafter einer Handelsgesellschaft. Auch bei anderen Gesellschaften oder Gemeinschaften ist die Bestellung eines vertretungsbefugten Einzelvorstehers möglich; Pr. L.R. I, 17 § 40 ff., 210, 231, Entw. II § 654.

¹¹⁴ So nach der gesetzlichen Regel jedem persönlich haftenden Gesellschafter einer Kommanditgesellschaft und jedem unter mehreren vertretungsbefugten Gesellschaftern einer offenen oder Kommanditgesellschaft. Hierher gehört auch die der Ehefrau in ihrem Wirkungsbereiche zustehende Vertretungsmacht; Gierke, Genossenschaftsth. S. 382 ff.

jedem einzelnen Gemeiner¹¹⁵. Sie ist aber vielfach auch einer engeren Personeneinheit eingeräumt: einer verbundenen Mehrheit bestimmter Personen¹¹⁶, einem wechselnden Personeninbegriffe¹¹⁷ oder der jedesmaligen Mehrheit der Gemeiner¹¹⁸. Die Vertretungsmacht kraft gesammter Hand kann mehr oder minder umfassend sein und hat bei manchen Gemeinschaften einen unabänderlichen gesetzlichen Umfang¹¹⁹. Ihrem Wesen nach unterscheidet sie sich von einer einfachen Vollmacht dadurch, daß sie als Ausfluß einer personenrechtlichen Stellung in der Gemeinschaft einen Bestandtheil des Gemeinschaftsverhältnisses selber bildet. Wer daher als Gesamthänder die gesammte Hand vertritt, vertritt nicht theilweise sich selbst und theilweise Andere, sondern ausschließlich die von ihm als Träger dargestellte Personeneinheit¹²⁰. Das Verhältniß kann sich so dem eines körperschaftlichen Organes stark annähern, ohne doch jemals in ein solches überzugehen¹²¹.

Nach innen wird die Gemeinschaft von dem einheitlichen Gesamtwillen der verbundenen Personen beherrscht. Dieser Gesamtwille kommt zunächst nur in der Willenseinigung aller Gemeiner zur Erscheinung. Doch vollzieht sich schon diese Willenseinigung, da sie

¹¹⁵ So nach der gesetzlichen Regel bei der offenen Handelsgesellschaft; a. a. O. S. 587 ff. Vgl. auch über die Vertretungsmacht jedes Ehegatten bei der Gütergemeinschaft des Münsterschen Rechtes a. a. O. S. 384 Anm. 2, Roth, D.P.R. § 105 Anm. 21.

¹¹⁶ Z. B. mehreren Handelsgesellschaftern als Kollektivvertretern; H.G.B. Art. 86 Z. 4, Gierke a. a. O. S. 588 Anm. 4. Als gesetzliche Regel gilt bei mehreren Liquidatoren die bloß kollektive Vertretungsmacht; H.G.B. Art. 136. Vgl. auch Entw. II § 650.

¹¹⁷ So kann eine Kollektivprokura oder sonstige Kollektivvollmacht in der Weise ertheilt sein, daß die in ihrer Verbundenheit ermächtigte Personenmehrheit durch je zwei beliebige Mitträger dargestellt wird. Ähnlich verhält es sich bei der Repräsentation einer Gemeinschaft durch die jeweilige Majorität eines vertretungsbefugten Ausschusses oder Vorstandes.

¹¹⁸ So wird eine Rhederoci ohne Korrespondentrheder durch die Mehrheit der Mitrheder vertreten; Cosack, H.R. S. 551. Ferner wird vielfach ein innerhalb eines Verbandes oder einer Gemeinschaft in sich verbundener Personeninbegriff, insoweit er als besondere Personeneinheit in Betracht kommt, durch seine jeweilige Majorität repräsentirt; so die Gesamtheit der Kommanditaktionäre, eine Klasse bevorrechteter Aktionäre, sonstige Mitgliederklassen, jedes kollegial eingerichtete Organ.

¹¹⁹ Insbesondere bei der Handelsgesellschaft; H.G.B. Art. 116; Gierke a. a. O. S. 587 ff.

¹²⁰ A. a. O. S. 382 Anm. 3, 384 Anm. 1, 589 ff.

¹²¹ Der Ausdruck „Organ“ wird daher hier besser ganz vermieden, wie dies auch dem Sprachgebrauche der Gesetze entspricht. In der Praxis (z. B. Seuff. I Nr. 72, R.O.H.G. X 857, XV 6, R.Ger. XIV 127) und Theorie (z. B. Kohler, Konkursr. § 65) wird oft von „Organen“ der Gemeinschaft gesprochen.

nur die Entfaltung einer bereits vorhandenen Willensverbundenheit ist, nicht durch Vertragsschluss, sondern durch Beschlussfassung¹²². Darüber hinaus wird durch Rechtssatz oder Rechtsgeschäft die Bildung und Ausführung des Gemeinschaftswillens in mehr oder minder weitem Umfange einem jeweiligen einheitlichen Träger der verbundenen Willensmacht anvertraut. In vielen Gemeinschaften zur gesammten Hand werden Beschlüsse mit Stimmenmehrheit gefasst¹²³. Oft ist auch einem repräsentativen Ausschusse eine Beschlussgewalt übertragen¹²⁴.

¹²² So bei der Handelsgesellschaft; H.G.B. Art. 103, 133 Abs. I, 134, dazu Gierke a. a. O. S. 568. Ebenso, falls Einstimmigkeit erforderlich ist, bei der Rhederei; H.G.B. Art. 458 u. 459. Ueberhaupt aber bei jeder Gesellschaft oder Gemeinschaft. Vgl. auch Schweiz. O.R. Art. 532—533, Entw. II § 652. — Dagegen bedarf es stets (z. B. auch bei den familienrechtlichen Gemeinschaften) eines Vertragsschlusses, um eine den Rahmen der bestehenden Willensverbundenheit überschreitende Abänderung des Gemeinschaftsverhältnisses zu erwirken.

¹²³ So kraft Rechtssatzes gemeinrechtlich bei der Rhederei (H.G.B. Art. 458, 459, 468, 473, R. Wagner a. a. O. S. 196 ff.), der Kommanditistengesammtheit in der Aktienkommanditgesellschaft (Gierke a. a. O. S. 574 ff.), den Aktionärklassen (H.G.B. Art. 215 Abs. 6, 215a Abs. 2, 248), der Konkursgläubigergemeinschaft (Köhler a. a. O. S. 426 ff.); partikularrechtlich bei der zufälligen Rechtsgemeinschaft (in weitem Umfange nach Pr. L.R. I, 17 § 12 ff., zum Theil aber auch nach Oest. Gb. § 833, Sächs. Gb. § 331 u. anderen Ges. b. Stobbe II 75 ff., dazu Entw. II § 681), Agrargemeinschaften (oben Anm. 45), Gläubigerverbänden (oben Anm. 46). Kraft Vereinbarung auch gemeinrechtlich bei jeder Gemeinschaft, bei Handelsgesellschaften (Gierke a. a. O. S. 567 u. 572) und bei Gesellschaften des bürgerlichen Rechts (vgl. dazu Pr. L.R. I, 17 § 209, Sächs. Gb. § 1367, Entw. II § 649). In manchen Fällen ist eine stillschweigende Abrede dieses Inhaltes anzunehmen (oben Anm. 41 u. 43). — Die Mehrheit wird bald (wie bei den angeführten gesetzlichen Mehrheitsverbänden) nach Antheilen, bald (wie im Zweifel bei Gesellschaften nach Pr. L.R. I, 17 § 209, Schweiz. O.R. Art. 532, Entw. II § 649) nach Köpfen berechnet. Im Zweifel bedarf es der Mehrheit der vorhandenen Theilhaber, jedoch keiner Versammlung (vgl. für die Rhederei R.O.H.G. XVI 380 ff.); zum Theil aber (wie bei der Aktienkommanditgesellschaft, den Gläubigerverbänden und oft nach Gesellschaftsverträgen) findet Beschlussfassung in einer Versammlung und Bindung der Abwesenden wie bei Körperschaftsbeschlüssen statt. Zu manchen Beschlüssen wird auch hier verstärkte Mehrheit verlangt. — Neuerdings haben Bekker, Z. f. H.R. XVI 72 ff. u. XVII 394 ff., u. Goldschmidt ib. XXXV 364 ff. einen besonderen Begriff der „Majoritätsverbände“ aufgestellt. Indefs ist die Unterwerfung unter Mehrheitsbeschlüsse nur ein einzelnes, keineswegs aber ein unerlässliches Symptom von Willensverbundenheit. Schwerlich kann es z. B. als angemessen erachtet werden, die offene Handelsgesellschaft, je nachdem bei ihr die gesetzliche Regel gilt oder durch den Gesellschaftsvertrag Mehrheitsbeschlüsse zugelassen sind, verschiedenen Verbandsgattungen zuzutheilen.

¹²⁴ So kraft Rechtssatzes dem Aufsichtsrathe der Aktienkommanditgesellschaft (H.G.B. Art. 182, 187, 194) und dem Gläubigerausschuss im Konkurse (Konk.O. § 82), kraft Vereinbarung vielfach kollegialischen Ausschüssen, Vorständen, Komitees u. s. w. von Gesellschaften.

Wo es eines Beschlusses nicht bedarf, wird der Gesamtwille bald durch den Entschluß eines Gemeinschaftshauptes, bald durch den Entschluß jedes Gemeiners oder bestimmter Gemeiner gebildet¹²⁵. Fast immer liegt die Willensausführung in der Hand eines verwaltenden Hauptes oder eines Geschäftsführers oder mehrerer Geschäftsführer¹²⁶. Andererseits sind vielfach alle oder einzelne Gemeiner oder ein repräsentativer Ausschuss zu einer Aufsichtsführung berufen¹²⁷. Indem eine derartige Vertheilung der durch die gesammte Hand vergemeinschafteten Willensmacht ein für alle Mal gesetzlich oder vertragsmäfsig geordnet wird, nähert sich die innere Einrichtung der Gemeinschaft einer körperschaftlichen Verfassung und erweckt nicht selten den Schein einer gemeinheitlichen Organisation¹²⁸.

¹²⁵ In irgend einem Umfange gilt überall, wo ein Haupt der Gemeinschaft anerkannt ist (oben Anm. 113), der Willensentschluß dieses Hauptes als Gemeinschaftswille. Daneben kann aber ein zur Mitverwaltung berufener anderer Gemeiner in seinem Verwaltungsbereiche einen Gemeinschaftswillen bilden. So neben dem im Allgemeinen mit entscheidender Willensmacht betrauten Ehemanne die Ehefrau im Bereiche ihrer Schlüsselgewalt. Eine Willensbildungsmacht jedes einzelnen Gemeiners, die aber durch eine Hemmungsgewalt (Widerspruchsrecht) jedes anderen Gemeiners eingeschränkt wird, besteht nach der gesetzlichen Regel bei der offenen Handelsgesellschaft und unter Beschränkung auf die persönlich haftenden Gesellschafter bei der Kommanditgesellschaft; Gierke a. a. O. S. 568 ff., 573 ff. Dieselbe Regel gilt nach Handelsgesellschaftsrecht, falls die Geschäftsführung einem Gesellschafter oder mehreren Gesellschaftern durch Vertrag oder Beschluß entzogen ist, im Kreise der geschäftsführenden Gesellschafter. Möglich ist aber auch die kollektive Berufung mehrerer Gesellschafter zur Geschäftsführung und somit die Beseitigung des Prinzips des Einzelentschlusses durch das Prinzip des gemeinsamen Entschlusses; a. a. O. S. 569 Anm. 4, H.G.B. Art. 100 Abs. 1, R.O.H.G. XV 35. Bei der Gesellschaft des bürgerlichen Rechtes gilt die gemeinsame Geschäftsführung als Regel, tritt daher die Willensbildung durch Einzelentschluß nur kraft Vereinbarung ein. So auch Entw. II § 650—651. Anders Schweiz. O.R. Art. 533—534.

¹²⁶ Im Zweifel decken sich Vertretungsmacht nach außen (oben Anm. 113 ff.) und Verwaltungsmacht nach innen. Vgl. Entw. II § 654. Sie können indess beliebig von einander getrennt werden. Bei den Handelsgesellschaften löst das Gesetz selbst die Geschäftsführung begrifflich von der Vertretung ab; Gierke a. a. O. S. 570 ff. Aber auch bei der ehelichen Gütergemeinschaft wird eine Sonderung von Vertretungs- und Verwaltungsmacht bei der Trennung der äußeren und inneren Seite der Schuldengemeinschaft sichtbar; a. a. O. S. 357 ff.

¹²⁷ So jeder auch von der Geschäftsführung ausgeschlossene offene Gesellschafter und in geringerem Umfange auch der Kommanditist (H.G.B. Art. 105, 158, 160, 172, dazu Schweiz. O.R. Art. 541 u. Entw. II § 656); der Aufsichtsrath der Aktienkommanditgesellschaft (H.G.B. Art. 193); der Gläubigerausschuss im Konkurse (Konk.O. § 80); beliebig gebildete Kontrollinstanzen nach Gesellschaftsvertrag.

¹²⁸ Wie bei der Aktienkommanditgesellschaft mit Generalversammlung, Aufsichtsrath und Vorstandsrolle der persönlich haftenden Gesellschafter; Gierke

Die Wirkungen einer Handlung, die als Handlung der Personeneinheit gilt, treten für und wider die Personeneinheit ein, so daß durch sie die verbundenen Personen im Bereiche ihrer Verbundenheit unmittelbar berechtigt oder verpflichtet, dagegen in ihren getrennten Einzelbereichen weder berechtigt noch verpflichtet werden. Somit werden zwar je nach der Erstreckung des Gemeinschaftsverhältnisses in die Sondersphären der Gemeiner durch Gemeinschaftshandlungen auch Sonderrechte oder Sonderpflichten der Einzelnen begründet, umgestaltet oder aufgehoben¹²⁹. Allein in ihren sonderrechtlichen Bestandtheilen sind auch die im Gemeinschaftsverhältnisse wurzelnden Rechte und Pflichten der Einzelnen sowohl der Vertretung wie der Beherrschung durch die gesammte Hand entzogen¹³⁰. Und die außergemeinschaftlichen Verhältnisse der Gemeiner werden von den Gemeinschaftshandlungen überhaupt nicht berührt¹³¹.

6. Eine Veränderung der Gemeinschaft zur gesammten Hand unter Fortbestand ihrer Personeneinheit ist auf mannichfache Weise möglich¹³². Insbesondere aber gehört es zu ihren Eigenthümlich-

a. a. O. S. 574 ff. Oder bei der Konkursgläubigerschaft mit Gläubigerversammlung, Gläubigerausschuß und Konkursverwalter; Kohler a. a. O. S. 399 ff.

¹²⁹ Insbesondere werden, obschon kraft der gesammten Hand nur die Gemeiner insgesamt mit ihrem Gemeinschaftsvermögen haftbar werden, kraft ihrer etwaigen Sonderhaftung zugleich die Einzelnen für sich antheilig oder solidarisch, beschränkt oder unbeschränkt, prinzipaliter oder subsidiär durch die Gemeinschaftshandlungen verpflichtet. Inwieweit aber lediglich eine Haftung mit dem Gemeinschaftsvermögen oder überdies eine Sonderhaftung eintritt und welcher Art im letzteren Falle die Sonderhaftung ist, richtet sich theils nach der Beschaffenheit der Gemeinschaft und ihres Sondervermögens, theils nach den Regeln des Obligationenrechtes. Vgl. unten Abschn. II Kap. I u. Abschn. III Kap. I.

¹³⁰ So erstreckt sich die handelsgesellschaftliche Vertretungsmacht nicht auf die Vertretung der Gesellschafter als solcher (R.Ger. II Nr. 10, Gierke a. a. O. S. 583 ff.) und die Verfügungsmacht über das Gesellschaftsvermögen nicht auf die Antheile der Gesellschafter (a. a. O. S. 501). Vgl. über die Sicherung der Sonderrechte gegen Eingriffe der Gemeinschaft bei der Rhederei R.O.H.G. XIV 418 ff. u. R. Wagner a. a. O. S. 212 ff., bei der Konkursgläubigergemeinschaft Kohler a. a. O. S. 388 ff., bei der preussischrechtlichen Gemeinschaft Pr. L.R. I, 17 § 11 und hinsichtlich der Erbengemeinschaft Dernburg III § 239 u. Förster-Eccius IV § 271, bei der fortgesetzten Hausgemeinschaft Gierke a. a. O. S. 426 Anm. 1 u. 428 Anm. 1.

¹³¹ So auch bei der allgemeinen Gütergemeinschaft unter Ehegatten; a. a. O. S. 381 Anm. 2. Ebenso bei der Handelsgesellschaft; a. a. O. S. 539 ff. u. 548 ff.

¹³² Die Veränderungen, mögen sie durch Handlungen oder vom Willen unabhängige Ereignisse bewirkt werden, lassen sich hier wie bei den Körperschaften (oben § 69 II) in wesentliche und unwesentliche einteilen, je nachdem sie den rechtlichen Zustand der Personeneinheit als solcher ergreifen oder nicht. Bei der Handelsgesellschaft sind jedenfalls alle in das Handelsregister einzutragenden Ver-

keiten, daß sie einen Wechsel der verbundenen Personen überdauern und somit als dieselbe Personeneinheit mit veränderter Trägerschaft fortbestehen kann. Die gesammte Hand kann sich durch Einfügung eines neuen Gemeiners erweitern oder durch Ausscheidung eines bisherigen Gemeiners verengern oder den Ersatz eines Gemeiners durch einen kraft Erbganges oder Sondernachfolge an seine Stelle rückenden Gemeiner zulassen. Von einer solchen Veränderung bleiben alle Rechtsverhältnisse der Personeneinheit als solcher unberührt¹⁸³. Die Trägerschaft der Personeneinheit aber wird dergestalt verändert, daß der neu verbundene Gemeiner ohne Weiteres Mitträger aller Rechte und Pflichten der Gemeinschaft wird¹⁸⁴ und der ausscheidende Gemeiner ohne Weiteres aufhört, Mitträger dieser Rechte und Pflichten zu sein¹⁸⁵. Nur erlischt insoweit, als das Gemeinschaftsverhältniß Sonderrechte oder Sonderpflichten erzeugt hat, die Theilhaberschaft nicht ohne Rückstand. Insbesondere werden nunmehr zu Gunsten des ehemaligen Theilhabers oder seiner Rechtsnachfolger die für diesen Fall begründeten anwartschaftlichen Sonderrechte wirksam¹⁸⁶. Und zu Lasten des ehemaligen Theilhabers oder seiner Rechtsnachfolger treten nicht nur etwaige anwartschaftliche Sonderpflichten in Kraft¹⁸⁷,

änderungen als wesentlich zu erachten; somit auch Aenderung der Firma, Verlegung des Sitzes, Aenderung der Vertretungsverhältnisse, bei der Aktienkommanditgesellschaft jede Abänderung des Gesellschaftsvertrages; Gierke a. a. O. S. 477.

¹⁸³ Die veränderte Gemeinschaft kann daher ihren Namen oder ihre Firma fortführen und behält die sonst ihr zustehenden Personenrechte; sie setzt die bisherigen Vermögensrechte und Vermögenspflichten unmittelbar und ohne jeden Dazwischentritt einer Succession fort (R.O.H.G. VIII 178 ff., R.Ger. IX 143 ff.), daher auch an Liegenschaften ohne Auflassung oder Bucheintrag (Gierke a. a. O. S. 516); sie bleibt im Falle der Veränderung während eines Prozesses die alte Prozeßpartei (a. a. O. S. 594, R.O.H.G. XX 181).

¹⁸⁴ Eine wichtige Folgerung hieraus zieht H.G.B. Art. 113; dazu Gierke a. a. O. S. 478, R.Ger. XVI Nr. 11 (bes. S. 57 u. 59). Vgl. auch H.G.B. Art. 471, Entw. II § 682, 684, 691.

¹⁸⁵ Vgl. H.G.B. Art. 127 u. 130, R.O.H.G. VIII Nr. 47; H.G.B. Art. 471; Entw. II § 673.

¹⁸⁶ So der Schichttheil des aus der fortgesetzten Hausgemeinschaft ausscheidenden Kindes (Gierke a. a. O. S. 412 ff., 427 ff.), der Werthantheil des ausscheidenden Handelsgesellschafters (H.G.B. Art. 130—132), im Zweifel auch der Anteil des Gesellschafters bei der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts (Pr.L.R. I, 17 § 293 ff., dazu Entw. II § 673 oben Anm. 83). Vielfach sind aber anwartschaftliche Sonderrechte zwar für den Fall der Auflösung der Gemeinschaft, jedoch nicht für den Fall des Ausscheidens eines Gemeiners durch Tod, Austritt oder Ausschluss oder doch nicht für jeden dieser Fälle begründet; vgl. oben Anm. 83—85.

¹⁸⁷ So die einem negativen Antheile entsprechende Deckungspflicht des ausscheidenden Gesellschafters; Gierke a. a. O. S. 499 ff., Entw. II § 673 Abs. 2.

sondern bleibt vor Allem auch eine etwaige Sonderhaftung für die bereits entstandenen Sammtverbindlichkeiten bestehen¹³⁸.

Diese Fähigkeit zum Fortbestande mit veränderter Trägerschaft ist jedoch bei den verschiedenen Typen der Gemeinschaft zur gesammten Hand sehr ungleich entwickelt. Bei den familienrechtlichen Gemeinschaften wird sie durch das Familienrecht bestimmt¹³⁹. Dagegen kann sie bei den verkehrsrechtlichen Gemeinschaften, soweit nicht zwingende Gesetzesvorschriften entgegenstehen, vertragsmäßig begründet, erweitert oder verengert werden. Der Gesellschaft des bürgerlichen Rechtes eignet sie nach gemeinem Recht überhaupt nur kraft besonderer Vereinbarung¹⁴⁰, dagegen nach Landesrechten schon kraft gesetzlicher Regel¹⁴¹. Den Handelsgesellschaften wird sie durch das Gesetz selbst in einem für die verschiedenen Gesellschaftsformen je nach dem Uebergewichte der personenrechtlichen oder vermögensrechtlichen Seite der Theilhaberschaft ungleich bemessenen Umfange unter Gestattung vertragmäßiger Erweiterung oder Verengung beigelegt¹⁴². Bei den auf vermögensrechtliche Antheile gebauten Gemeinschaften ist der Wechsel der Theilhaber, soweit er zulässig ist, der gesetzlichen Regel nach überhaupt nur eine unwesentliche Veränderung¹⁴³. Durch Vertrag kann aber auch eine an sich auf die Verbindung bestimmter Personen berechnete Gemeinschaftsform dergestalt umgebildet werden, daß der Wechsel der Personen zu einer unwesentlichen Veränderung herabsinkt¹⁴⁴.

¹³⁸ Pr.L.R. I, 17 § 301; H.G.B. Art. 146—149 u. dazu Gierke a. a. O. S. 581 ff.; H.G.B. Art. 442.

¹³⁹ Eine bloße Veränderung der bisherigen ehelichen Gütergemeinschaft ist die echte fortgesetzte Gütergemeinschaft, Gierke a. a. O. S. 416 Anm. 1. Die fortgesetzte Hausgemeinschaft verändert sich durch Ausscheiden eines Kindes oder Einrücken von Kindeskindern. Bei der Erbengemeinschaft entscheidet das Erbrecht. Näheres im Familien- und Erbrecht.

¹⁴⁰ Im Gegensatz zum römischen Rechte kann heute auch nach gemeinem Rechte die Gesellschaft vertragsmäßig so verfestigt werden, daß sie beim Hinzutritt eines Gesellschafters dieselbe bleibt und das Ausscheiden eines Gesellschafters überdauert; oben § 76 Anm. 30—31. Ebenso nach Sächs. Gb. § 1383 u. 1386, Entw. II § 665, 671—672.

¹⁴¹ So in weitem Umfange nach Pr.L.R. I, 17 § 269 ff. u. 278 ff., in geringerem Umfange auch nach Oesterr. Gb. § 1207 u. 1210.

¹⁴² Vgl. Gierke a. a. O. S. 478—484.

¹⁴³ So bei der Rhederei nach H.G.B. Art. 472; bei der engeren Gemeinschaft der Kommanditaktionäre oder einer Klasse von Aktionären; bei der Konkursgläubigergemeinschaft und anderen Gläubigerverbänden (R.Ger. XXII Nr. 11, XXXI Nr. 17); bei der zufälligen Rechtsgemeinschaft (Entw. II § 682, 683, 687, 691).

¹⁴⁴ So bei den oben Anm. 41 u. 43 erwähnten Gesellschaften. Thatsächlich

7. Die Beendigung der Gemeinschaften zur gesammten Hand erfolgt durch Vorgänge, denen entweder eine gesetzliche Regel oder die vereinbarte Gemeinschaftsordnung Beendigungskraft verleiht. Dahin gehören sowohl vom Willen unabhängige Ereignisse wie menschliche Handlungen. Beendigungsgründe der ersten Art können die Gemeinschaft im Ganzen treffen; so die Erreichung des der Gemeinschaft gesetzten Lebenszieles¹⁴⁵, der Wegfall des Gemeinschaftsobjektes¹⁴⁶ und bei manchen Gemeinschaften der Gemeinschaftskonkurs¹⁴⁷. Sie können aber auch in der Person eines Gemeiners eintreten, indem manche Gemeinschaften durch den Tod oder auch den Konkurs oder die Entmündigung eines Gemeiners erlöschen¹⁴⁸. Eine Beendigung der Gemeinschaft durch eine darauf gerichtete Handlung kann von den Gemeinern selbst oder von einem Dritten bewirkt werden. Die Gemeiner selbst können, insoweit nicht ihr Band ihrer Verfügung überhaupt entzogen ist, die Gemeinschaft durch Willenseinigung auflösen¹⁴⁹.

sogar bei der offenen Handelsgesellschaft, bei der jedoch rechtlich jeder noch so sehr erleichterte Personenwechsel eine wesentliche, dem Eintragungszwange unterworfenene Bestandsveränderung bleibt; Gierke a. a. O. S. 480 Anm. 2.

¹⁴⁵ Auflösung jeder Gesellschaft durch Ablauf der ihr gesetzten Zeit, falls sie nicht stillschweigend fortgesetzt wird (H.G.B. Art. 123 Z. 5, Entw. II § 662); desgleichen durch Erreichung des vereinbarten Zwecks oder Eintritt der Unmöglichkeit seiner Erreichung (Entw. II § 664).

¹⁴⁶ Auflösung der Rhederei durch Untergang oder Verlust des Schiffes (R. Wagner I 193), der Eigentumsgemeinschaft durch Untergang oder Verlust der Sache, der Forderungs- und Schuldgemeinschaft durch Erlöschen der Obligation, der Konkursgläubigergemeinschaft durch Wegfall des Beschlagsrechtes (Kohler a. a. O. S. 437).

¹⁴⁷ Konkurs der Handelsgesellschaft nach H.G.B. Art. 123 Z. 1; vgl. Gierke a. a. O. S. 486, 489, 552 Anm. 3, 562 ff., Kohler a. a. O. S. 314 ff. — An sich wirkt der Gemeinschaftskonkurs keineswegs beendigend, versetzt vielmehr nur die Gemeinschaft als Personeneinheit in die Rechtsstellung eines Gantschuldners. Vgl. insbes. über den Konkurs der ehelichen Gütergemeinschaft gegen R.Ger. VIII Nr. 26 Gierke a. a. O. S. 399 Anm. 1 u. seitdem auch Kohler a. a. O. S. 70.

¹⁴⁸ Der Tod eines Ehegatten beendet notwendig die eheliche Gemeinschaft (jedoch möglicher Weise mit verändertem Fortbestande der von ihr erzeugten Gütergemeinschaft), der Tod des überlebenden Ehegatten oder des einzigen Kindes die fortgesetzte Hausgemeinschaft. Durch den Tod eines Gesellschafters erlischt mangels anderer Abrede nach gemeinem Recht (nicht dagegen nach preufs. R.) jede Gesellschaft; oben Anm. 140—141. Die Handelsgesellschaft endet mangels anderer Abrede durch Tod oder Entmündigung eines offenen Gesellschafters (nicht aber eines Kommanditisten) und durch Konkurs eines offenen Gesellschafters oder eines Kommanditisten (nicht aber eines Kommanditaktionärs); H.G.B. Art. 123 Z. 2—3 u. 170. Auch die Kollektivprokura endet durch Wegfall eines Trägers; Behrend H.R. I 369.

¹⁴⁹ Die eheliche Gemeinschaft ist der vertragsmäßigen Auflösung entrückt, die aus ihr entsprungene Gütergemeinschaft kann gemeinrechtlich durch Vertrag

Bei vielen Gemeinschaften aber kann auch ein einzelner Gemeiner durch einseitige Willenserklärung, sei es nun ohne Weiteres oder nach gehöriger Kündigung oder aus bestimmten Gründen, die Auflösung herbeiführen¹⁵⁰. Andere Gemeinschaften können durch Mehrheitsbeschluss aufgelöst werden¹⁵¹. Eine Aufhebung der Gemeinschaft durch fremde Handlung begegnet sowohl als Ausfluß privater Willensmacht¹⁵² wie als obrigkeitliche Verfügung¹⁵³.

Die Wirkung der Beendigung ist Wegfall der gesamten Hand und der durch sie erzeugten personenrechtlichen Verbundenheit¹⁵⁴. Mit der Personeneinheit erlöschen zugleich alle an ihr Dasein geknüpften Rechte und Pflichten der Gemeinschaft¹⁵⁵. Dagegen bestehen

aufgehoben werden, während Partikularrechte hierfür Schranken ziehen; Gierke a. a. O. S. 375 Anm. 4. — Keine Verfügung über ihren eignen Bestand haben auch kollektive oder kollegiale Organe.

¹⁵⁰ Ohne Weiteres kann mangels anderer Abrede jeder Miterbe die Auflösung der Erbgemeinschaft, jeder Theilhaber die Auflösung der zufälligen Rechtsgemeinschaft fordern; oben Anm. 88. Die eheliche Gütergemeinschaft kann ein Ehegatte aus bestimmten Gründen, die fortgesetzte Hausgemeinschaft der überlebende Ehegatte ohne Weiteres, ein Kind aus bestimmten Gründen zur Auflösung bringen; Gierke a. a. O. S. 390 Anm. 3, 412, 427. Bei der Handelsgesellschaft hat jeder Gesellschafter eine Auflösungsklage aus wichtigen Gründen und, wenn die Gesellschaft auf unbestimmte Zeit oder auf Lebenszeit eingegangen ist, ein freies Kündigungsrecht; die Auflösung kann jedoch durch Fortsetzung der Gesellschaft unter Austritt oder Ausschuß eines Gesellschafters abgewandt werden; H.G.B. Art. 123 Abs. 1 Z. 6 u. Abs. 2, 124—125, 127—128, Gierke a. a. O. S. 485 Anm. 3 u. 486 Anm. 1. Aehnliches will für jede Gesellschaft Entw. II § 661—662, 671—672 bestimmen.

¹⁵¹ So die Rhederei; H.G.B. Art. 473. Bei der Aktienkommanditgesellschaft hat nur die mit Mehrheit beschließende Versammlung der Kommanditaktionäre die bei der Kommanditgesellschaft jedem einzelnen Kommanditisten zustehende Macht über den Gesellschaftsbestand; H.G.B. Art. 186 u. 199.

¹⁵² So in Folge des dem Privatgläubiger eines Handelsgesellschafters gesetzlich verliehenen und verbürgten Kündigungsrechtes; H.G.B. Art. 123 Z. 3, 126, 132; vgl. Entw. II § 663. Man denke auch an den Widerruf einer Kollektivprokura oder sonstiger kollektiver Vertretungsmacht.

¹⁵³ Z. B. bei der Ehescheidung. Aber auch bei der Schließung von Vereinen, die nicht als Körperschaften anerkannt sind.

¹⁵⁴ Ueber den Zeitpunkt des Eintrittes dieser Wirkung und die Möglichkeit, daß mangels gehöriger Kundmachung der Auflösung das nach innen entkräftete Gesamthandsverhältniß nach außen noch fortwirkt, vgl. Gierke a. a. O. S. 488 Anm. 1, auch S. 375 Anm. 4.

¹⁵⁵ So insbesondere der Regel nach die personenrechtlichen Verhältnisse; a. a. O. S. 488 Anm. 2. Aber auch etwaige höchstpersönliche Vermögensrechte. Daher erlischt z. B. mit der Auflösung einer Handelsgesellschaft ein ihr gewährter Zollkredit und eine für sie geleistete Bürgschaft; Seuff. XLVII Nr. 213. Ebenso, und nicht, wie R.Ger. XVI Nr. 1 annimmt, erst mit Beendigung des Konkurses

die von dem Dasein der Personeneinheit unabhängigen Rechte und Pflichten der Gemeinschaft als Rechte und Pflichten der nunmehr ihrer bisherigen Verbundenheit entledigten Gemeiner oder ihrer Erben und sonstigen Rechtsnachfolger fort. Es ist möglich, daß sie sofort einer neuen Verbundenheit verfallen und somit auf eine an die Stelle der erloschenen Personeneinheit tretende andere Personeneinheit übergehen¹⁵⁶. Es ist auch möglich, daß sie sich zu alleinigem Rechte oder alleiniger Pflicht eines einzigen verbleibenden Gemeiners zusammenziehen¹⁵⁷. Im Uebrigen verwandelt sich, soweit nicht etwa das Gemeinschaftsobjekt durch eine mit der Auflösung verknüpfte rechtsgeschäftliche Uebertragung seinem bisherigen Subjekte ganz entfremdet wird¹⁵⁸, die Gemeinschaft zur gesammten Hand in eine ihr entsprechende Gemeinschaft unter unverbundenen Personen¹⁵⁹. Hierbei werden nunmehr neben sonstigen Sonderrechtsverhältnissen vor Allem die für den Auflösungsfall begründeten anwartschaftlichen Sonderrechte und Sonderpflichten der einzelnen Theilhaber wirksam¹⁶⁰.

oder der Liquidation, ein ihr eingeräumter Nießbrauch. — Vgl. auch über Erlöschen von Gebrauchs- und Nutzungsrechten der Gesellschaft an den ihr überlassenen Gegenständen eines Gesellschafters Entw. II § 668.

¹⁵⁶ So z. B. bei dem Uebergange des Vermögens der ehelichen Gütergemeinschaft auf eine an ihre Stelle tretende (sie nicht bloß fortsetzende) Hausgemeinschaft (Gierke a. a. O. S. 429 ff.) oder eine preussischrechtliche Erbengemeinschaft; auch bei dem Ersatze einer aufgelösten Handelsgesellschaft durch eine neu errichtete gleichartige oder umgebildete Handelsgesellschaft (a. a. O. S. 480 Anm. 3 u. 490 Anm. 1, R.O.H.G. VI 112 ff., XIX 22 ff., R.Ger. XXXII Nr. 12).

¹⁵⁷ So bei der ehelichen Gütergemeinschaft im Falle einer durch den Tod eines Ehegatten eintretenden Konsolidation, sowie in anderen Fällen einer Konsolidation in der Hand des letzten Gemeiners; vgl. oben Anm. 83—85. Ebenso bei der Rhederei im Falle der Vereinigung aller Schiffsparten in Einer Hand; R. Wagner I 193. Auch bei einer Verbindlichkeit zur gesammten Hand, wenn alle Schuldner bis auf Einen wegfallen.

¹⁵⁸ Wie z. B. Uebertragung des Gesellschaftsvermögens im Ganzen auf ein anderes Rechtssubjekt. Hierher gehört auch die Uebernahme des Gesellschaftsgeschäftes durch einen Gesellschafter (Gierke a. a. O. S. 480 Anm. 1) oder die Umwandlung einer offenen Handelsgesellschaft oder Kommanditgesellschaft in eine Aktiengesellschaft (R.O.H.G. XXV Nr. 68, für die Aktienkommanditgesellschaft H.G.B. Art. 206 a).

¹⁵⁹ Somit entsteht Miteigenthum oder sonstige Mitberechtigung oder Mitverpflichtung nach Antheilen (R.Ger. XXI Nr. 47) oder auch solidarische Berechtigung oder Verpflichtung; jedoch, soweit die Einheit eines Sondervermögens fortbesteht, auch jetzt nur an dem Vermögen als Ganzem (Gierke a. a. O. S. 504 Anm. 1) und, soweit die ehemalige Verbundenheit nachwirkt, auch jetzt nur in der hierdurch bewirkten Gebundenheit.

¹⁶⁰ Anwartschaftliche Ansprüche auf einzelne Bestandtheile des Gemeinschaftsvermögens (oben Anm. 69) setzen sich nun in praesente Sonderrechte, anwart-

Die Verwirklichung der Auflösungsfolgen vollzieht sich bei den auf ein Vermögensganzes gerichteten Gemeinschaften, bei denen sie oft eine Fülle von Einzelhandlungen fordert, regelmäßig in einem besonderen Auseinandersetzungsverfahren (Liquidation), das noch von der für diesen Zweck fortgeltenden Ordnung der beendigten Gemeinschaft zur gesammten Hand beherrscht wird¹⁶¹. Inzwischen besteht die objektive Einheit des Gemeinschaftsvermögens behufs seiner Bereinigung und endlichen Zerstörung fort¹⁶². Aber auch die personenrechtliche Verbundenheit bleibt in dem für die Auseinandersetzung erforderlichem Umfange erhalten¹⁶³. Somit geht die Gemeinschaft zur gesammten Hand zunächst in eine Liquidationsgemeinschaft über, die einer Genossenschaft in Liquidation stark ähneln kann und nur eben nicht das Nachleben einer Verbandsperson, sondern die Nachwirkung einer Personeneinheit zum Ausdruck bringt¹⁶⁴.

Wird eine Gemeinschaft zur gesammten Hand theilweise aufgelöst, so greifen neben den Regeln über Veränderung die Regeln über Beendigung der Gemeinschaft Platz¹⁶⁵. Die Auseinandersetzung zwischen der fortbestehenden Gemeinschaft und dem ausgeschiedenen Theilhaber erfolgt im Zweifel nach den bei der Auflösung geltenden

schaftliche Antheilsrechte (oben Anm. 72) in praesente ideelle Antheile mit Theilungsanspruch um; Werthantheile gewähren aber nur einen Anspruch auf Werththeilung durch Auseinandersetzung in Gelde (Gierke a. a. O. S. 504), wengleich Naturaltheilung, auf die sonst auch Antheile an einem Vermögensganzem im Zweifel ein Recht geben, auch hier vereinbart werden kann (a. a. O. S. 490 Anm. 2). Ebenso treten nun die den Theilhabern für den Auflösungsfall obliegenden subsidiären Deckungspflichten in Kraft (a. a. O. S. 504 Anm. 4, Entw. II § 670 Abs. 2).

¹⁶¹ Gesetzlich geregelt für Handelsgesellschaften durch H.G.B. Art. 133—145, 172, 205—206. Dazu Entw. II § 667—670. Ueber Liquidation der Rhederei R. Wagner a. a. O. S. 194 ff. Ueber Liquidation der ehelichen Gütergemeinschaft Gierke a. a. O. S. 431 Anm. 1. — Die Liquidation ist jedoch auch bei Handelsgesellschaften nicht obligatorisch, tritt vielmehr nur mangels anderer Vereinbarung ein; a. a. O. S. 489 Anm. 3. Im Falle des Konkurses wird sie stets durch das Konkursverfahren ersetzt; H.G.B. Art. 122, Konk.O. § 198—200.

¹⁶² Gierke a. a. O. S. 491, 504, 517, 562. In gesteigertem Maße bei der Aktienkommanditgesellschaft nach H.G.B. Art. 201—202.

¹⁶³ Gierke a. a. O. S. 490 ff., 571 ff., 590 ff.; für die Rhederei R.Ger. XI Nr. 39; vgl. Entw. II § 667 Abs. 2. — Ebenso während des Konkurses; R.Ger. XVI Nr. 69, XXVIII Nr. 28.

¹⁶⁴ Von einem „fingirten“ Fortbestande (R.O.H.G. IX 84, X 89, XXIV 145, R.Ger. V 9, XXXII Nr. 63) sollte man auch hier nicht sprechen; besser Seuff. XLI Nr. 35, XLIV Nr. 201.

¹⁶⁵ So in den oben Anm. 136 angeführten Fällen; bei der Kommanditgesellschaft und der Aktienkommanditgesellschaft auch in den Fällen des H.G.B. Art. 171 u. 203.

Grundsätzen¹⁶⁶. Bis zu ihrer Beendigung wirkt auch hier das gelöste personenrechtliche Band nach¹⁶⁷.

§ 80a. Gemeinschaften kraft herrschaftlicher Gewalt.

I. Begriff. Gemeinschaft kraft herrschaftlicher Gewalt nennen wir ein Gemeinschaftsverhältniß, das zwischen mehreren Personen in Folge einer personenrechtlichen Ueber- und Unterordnung besteht.

II. Wesen. Zum Träger der einheitlichen Gemeinsphäre ist hier allein eine herrschende Person berufen, in der nach innen und nach außen die im Bereiche der Verbundenheit geltende Personeneinheit zur rechtlichen Erscheinung kommt. Gleichwohl liegt ein Gemeinschaftsverhältniß vor, das sich nach innen in gegenseitigen Rechten und Pflichten zwischen dem Gewalthaber und den Gewaltunterworfenen offenbart, nach außen aber darin zu Tage tritt, daß die Darstellung der Personeneinheit durch den Gewalthaber eine Vertretung der Gewaltunterworfenen einschließt¹. Das Wesen einer solchen Gemeinschaft wird im Sinne der gesamten Hand abgewandelt, jedoch keineswegs aufgehoben, wenn die herrschaftliche Gewalt durch eine Betheiligung der unterworfenen Gesamtheit an ihrer Ausübung beschränkt ist².

¹⁶⁶ So auch mit den erforderlichen Abwandlungen H.G.B. Art. 130—132, Entw. II § 673—674. — Eine durchaus eigenartige Form der Auseinandersetzung dagegen hat das deutsche Recht in dem „Setzen zu Gelde“ ausgebildet, das insbesondere bei der Rhederei früher weit verbreitet war und heute noch in Mecklenburg gilt, partikularrechtlich aber auch bei anderen Gemeinschaften begegnet. Vermöge dieses Setzungsrechtes kann die überstimmte Minderheit der Theilhaber einen Geldbetrag bestimmen, für den die Mehrheit das Gemeinschaftsobjekt entweder übernehmen oder überlassen muß. Vgl. Beseler, Z. f. D. R. XVIII 294 ff., Stobbe, Z. f. R.G. IV 226 u. 227, D.P.R. § 81 Anm. 13 u. § 82 Anm. 14, R. Wagner, Beiträge zum Seerecht, Riga 1880, S. 1 ff.

¹⁶⁷ H.G.B. Art. 130 Abs. 2—4 u. dazu R.O.H.G. XV Nr. 60; Entw. II § 674. Die personenrechtliche Gemeinschaft zwischen der Gesellschaft und dem ausgeschiedenen Gesellschafter beschränkt sich indess auf die Abwicklung der schwebenden Verhältnisse. Im Uebrigen steht der ausgeschiedene Gesellschafter auch hinsichtlich der im Gesellschaftsverhältnisse wurzelnden Rechte und Pflichten sofort nach der Lösung des Bandes der Gesellschaft als Dritter gegenüber; R.O.H.G. XV Nr. 49, R.Ger. VII Nr. 31, XI Nr. 124, Seuff. XLI Nr. 284. Darum ist auch eine hinsichtlich der vor dem Ausscheiden schon abgewickelten Geschäfte fort-dauernde Gemeinschaft nur eine gewöhnliche Kommunion; R.Ger. XV Nr. 19. Vgl. Behrend, H.R. I 559, Gierke a. a. O. S. 492 Anm. 1—2.

¹ So war es bei der germanischen Munt (oben § 33 S. 296 Anm. 56) und so blieb es bei aller deutschrechtlichen Herrschaftsgewalt.

² Eine solche Einschränkung erfuhr die herrschaftliche Gewalt regelmäßig

III. Geschichte. Die Gemeinschaft kraft herrschaftlicher Gewalt wurzelt im germanischen Familienrechte. Ihre älteste Erscheinungsform ist die vom Hausherrn kraft seiner Munt beherrschte und vertretene Hausgemeinschaft³. Bei ihrer Erweiterung löste sie sich von der häuslichen Lebensgemeinschaft ab und entfaltete sich in einer Fülle von Herrschaftsverbänden⁴, die später zum Theil in anstaltliche Verbandspersonen übergingen⁵, im Uebrigen aber als personenrechtliche Herrschaftsverhältnisse fortbestanden⁶. Viele derartige Gemeinschaften, wie namentlich der Lehnsverband und der gutsherrlich-bäuerliche Verband, wurden in neuerer Zeit zertrümmert. Doch bildeten sich in Gestalt der modernen wirthschaftlichen Unternehmungen neue Herrschaftsverhältnisse aus, die ihrer thatsächlichen Bedeutung nach nichts Anderes als personenrechtliche Gemeinschaften kraft herrschaftlicher Gewalt sind⁷.

Die Theorie suchte unter dem Einflusse des römischen Rechtes alle diese Verhältnisse rein individualistisch zu konstruiren. Auch die Anläufe zu einer anderen Auffassung in der Naturrechtslehre hatten hier keinen bleibenden Erfolg⁸. Noch heute ist unserer Privatrechtswissenschaft der Begriff einer personenrechtlichen Gemeinschaft kraft Herrschaftsgewalt fremd. Wo man eine personenrechtliche Gewalt anerkennt, übersieht man doch das Dasein einer Gemeinschaft, so daß selbst die Einheit des deutschen Hauses verloren zu gehen droht⁹. Außerhalb des Familienrechtes aber erblickt man in den Herrschaftsverhältnissen überhaupt nur obligationenrechtliche Beziehungen zwischen unverbundenen Personen.

überall da, wo sich innerhalb des Herrschaftsverbandes eine Genossenschaft der dienenden Leute ausbildete; Gierke, Genossenschaftsr. I § 15 u. 20—23.

³ Gierke a. a. O. I 15 ff.; Brunner R.G. I § 12; Schroeder R.G. S. 320 ff.

⁴ Gierke a. a. O. I § 11 ff., II 42 ff., 406 ff., Brunner R.G. I 137 ff., II 258 ff.

⁵ Oben § 58 III 2 u. § 77 II.

⁶ Gierke a. a. O. II 970. So neben der Hausherrschaft die Herrschaftsverhältnisse kraft Vassallität, Vogteipflichtigkeit, Hörigkeit oder Leibeigenschaft, aber auch die Herrschaft über freies Gesinde, Gesellen und Lehrlinge.

⁷ Gierke a. a. O. I 1036 ff., Soziale Aufgabe S. 40 ff.

⁸ Das Naturrecht konstruirte den Herrschaftsverband als eine „societas inaequalis“ mit „persona repraesentativa“ des Herrn und wandte diese Konstruktion, die seit Hobbes für den Staat üblich geworden war, auch auf die „societas paterna“ und die „societas herilis“, sowie auf die aus ehelicher, elterlicher und herrschaftlicher Gesellschaft zusammengesetzte „societas domestica“ an; vgl. z. B. Hert, Opusc. II, 3 p. 41 ff. sect. I, Achenwall II § 32 ff.

⁹ Vgl. darüber Gierke, Das deutsche Haus und der Entwurf eines bürgerl. Gesetzb., Jahresbericht XXXII der Berliner juristischen Gesellschaft S. 29 ff.

Im Leben bricht sich der Gedanke einer personenrechtlichen Gemeinschaft zwischen Gewalthabern und Gewaltunterworfenen immer wieder machtvoll Bahn. Die Gesetzgebung hat ihn in wichtigen Folgesätzen entfaltet. Ihn grundsätzlich anzuerkennen, hat auch sie bisher sich nicht entschlossen.

IV. Arten. Somit giebt es im heutigen Privatrechte keine vollkommen ausgeprägte Rechtsform der herrschaftlichen Gemeinschaft. Es giebt jedoch neben vereinzelt Trümmern älterer Herrschaftsverbände¹⁰ eine Reihe von Erscheinungen, in denen sich eine thatsächlich vorhandene herrschaftliche Gemeinschaft als rechtlich wirksam offenbart.

Vor Allem muß das deutsche Haus noch heute als eine durch die Hausherrschaft geeinte Gemeinschaft aufgefaßt werden. Seine Einheit wird namentlich im Familienrechte wirksam¹¹. Sie äußert sich zum Theil auch im Gesinderechte und bei sonstigen Vertragsverhältnissen, mit denen ein Eintritt in die Hausgemeinschaft verbunden ist¹². Zugleich hat sie eine weittragende Bedeutung für das öffentliche Recht¹³.

Sodann entspringen den geschäftlichen Unternehmungen mannichfach gestaltete Herrschaftsverbände, bei denen der Geschäftsherr Träger einer Gemeinschaft ist, der auch die dem Geschäfte eingeordneten Beamten, Gehülfen und Arbeiter angehören. Das Wesen dieser Verbände als personenrechtlicher Gemeinschaften findet freilich in der heutigen Rechtsordnung keinen vollen Ausdruck, kommt aber doch in einer Fülle privatrechtlicher und öffentlichrechtlicher Wirkungen zur Geltung. So wird die Einheit des Handlungshauses im Handelsrechte wirksam¹⁴. Vor Allem aber beruht die neueste Entwicklung des Gewerberechtes durchweg auf Gedanken, die bei dem

¹⁰ Davon ist im Lehnrecht und im Recht der Ritter- und Bauergüter zu reden.

¹¹ Unten Abschn. IV.

¹² Anerkannt im Pr. L.R. II, 5. Davon unten Abschn. III beim Dienstvertrage.

¹³ Freilich sind es wieder nur zerstreute Rechtssätze, in denen die Thatsache zum Ausdruck gelangt, daß doch auch heute Staat und Gemeinde nicht blos auf Individuen, sondern auf Hausstände gebaut sind.

¹⁴ Namentlich in der ungleichen Rechtsstellung der „Handlungsgehülfen“, die durch „Anstellung“ im kaufmännischen Geschäfte dem vom „Prinzipal“ beherrschten Verbände als „Diener“ eingefügt sind, und aller sonstigen Gehülfen des Kaufmannes; vgl. Cosack, H.R. S. 66. — Insoweit bei der Annahme einer eignen Rechtspersönlichkeit des Geschäftes (oben § 80 Anm. 10) die Vorstellung dieser personenrechtlichen Gemeinschaft mitspielt, läßt sich der verfehlten Konstruktion das Verdienst einer berechtigten Reaktion gegen die rein individualistische Auffassung nicht absprechen.

Aufbau der gewerblichen Betriebe und insbesondere der Fabrikbetriebe aus dem Obligationenrechte ins Personenrecht und aus dem Vereinzelungsrechte ins Gemeinschaftsrecht übergehen¹⁵.

Anerkannt ist eine Personen verbindende Privatgewalt in der Schiffsgewalt¹⁶.

Neben solchen im Privatrechte wurzelnden Herrschaftsverbänden giebt es zahlreiche von Hause aus öffentlichrechtliche Herrschaftsverbände, die eine mehr oder minder wirksame Personeneinheit erzeugen. Dahin gehören die als Organe des Staates oder einer öffentlichen Körperschaft oder Anstalt eingesetzten Behörden, insoweit sie nicht nach dem Kollegialsystem, sondern nach dem Büreausystem eingerichtet sind¹⁷. Ebenso die als Herrschaftsverbände ausgestalteten Theileinheiten größerer Verbände¹⁸. Auch bildet heute trotz seiner privatrechtlichen Grundlage der aus den Ueberbleibseln der Grundherrschaft hervorgegangene „selbständige Gutsbezirk“ einen rein öffentlichen Herrschaftsverband¹⁹.

V. Rechtsgrundsätze. Die für Gemeinschaften kraft herrschaftlicher Gewalt im Bereiche des Privatrechtes geltenden Rechtsätze können, da sie bei dem heutigen Rechtszustande ein zusammenhängendes System nicht bilden, nur bei den besonderen Rechtsinstituten

¹⁵ Dies ist im Gewerberecht zu zeigen. Vgl. auch unten § 92 II 2 a.

¹⁶ Darüber handelt vortrefflich R. Wagner, Handb. des Seerechts I 309 ff., insbes. S. 344 ff. — Die Schiffsgemeinschaft ist heute rein herrschaftlich geordnet. Im Mittelalter war sie genossenschaftlich organisirt, so daß die Gesamtheit der mitfahrenden Personen Trägerin der Schiffsgewalt war und nur deren Ausübung zum Theil in den Händen Einzelner lag. Nachdem die Schiffsgewalt auf den Schiffer übergegangen war, erhielt sich eine Einschränkung seiner Machtbefugnisse durch die Befugnisse des Schiffsrathes, bis endlich der Schiffsrath, obschon er bis heute aus dem Leben nicht verschwunden ist, die Bedeutung eines Rechtsinstituts überhaupt verlor. Vgl. über diese Entwicklung Wagner a. a. O. S. 6 ff., auch Goldschmidt, Z. f. H.R. XXXV 321 ff.

¹⁷ Vgl. Bernatzik a. a. O. S. 230 ff. und dazu S. 227 die allgemeinen Bemerkungen über das Vorkommen von „Autoritätsverbänden“ neben den „Majoritätsverbänden“.

¹⁸ Wie das Heer und die Heerestheile (insbesondere die Regimenter), die Gerichts- und Verwaltungssprengel u. s. w.

¹⁹ Preuß. östl. u. Schlesw.-Holst. L.G.O. § 122—127, Sächs. L.G.O. § 82—88. Der Gutsbezirk erfüllt die Funktionen der Ortsgemeinde, entbehrt jedoch der eignen Persönlichkeit. Er ist ein öffentlichrechtlicher Herrschaftsverband, dessen Trägerschaft dem Gutsbesitzer kraft eignen Rechtes zusteht. Der Gutsbesitzer übt die Verbandsgewalt entweder in Person oder durch einen Stellvertreter aus. Ehefrauen werden durch den Ehemann, Kinder unter väterlicher Gewalt durch den Vater, Bevormundete durch den Vormund vertreten. In gewissen Fällen muß ein stellvertretender Gutsvorsteher bestellt werden.

dargestellt werden. Hier ist nur die Richtung anzudeuten, in der sich dabei der zu Grunde liegende Gedanke entfaltet.

Ueberall besteht eine **personenrechtliche Verbundenheit**. Die Persönlichkeit des Gewalthabers erweitert sich durch die Trägerschaft einer Personeneinheit, der die Gewaltunterworfenen mit einem Theile ihrer Persönlichkeit eingeordnet sind. Soweit die einheitliche Gemeinsphäre reicht, werden die verbundenen Personen vom Gewalthaber beherrscht und vertreten. Möglicher Weise ist er dabei in bestimmten Fällen an die Mitwirkung der Gewaltunterworfenen oder ihrer Repräsentanten gebunden²⁰. Seine Herrscherstellung gewährt ihm Rechte, legt ihm aber auch Pflichten auf; die Gewaltunterworfenen schulden ihm Gehorsam und Dienst, er selbst schuldet ihnen Schutz und Fürsorge²¹. Als Vertreter der Gemeinschaft ist er mit Vertretungsmacht ausgerüstet, aber auch mit Haftung für die Gewaltunterworfenen belastet; hier wurzeln die meisten Fälle der Haftung für fremdes Verschulden²². Völlig sind die freien Sondersphären der Gemeinschaftsangehörigen, in den sonderrechtlichen Bestandtheilen aber auch ihre etwa innerhalb der Gemeinschaft begründeten Sondersphären der Herrschaft und Vertretung entzogen²³. Um die Durchsetzung der Herrschaftsgewalt einerseits, die Erfüllung der mit ihr verbundenen Pflichten andererseits zu sichern und die verbundenen Personen vor Eingriffen der Verbandsmacht in die Gebiete ihrer freien Persönlichkeit zu schützen, verwendet die Rechtsordnung in umfassendem Malse die Mittel des öffentlichen Rechtes²⁴.

²⁰ Während dies in den feudalen und patrimonialen Herrschaftsverbänden des Mittelalters die Regel war, finden sich die ersten Anfänge einer gesetzlichen Anerkennung derartiger Einrichtungen in modernen Herrschaftsverbänden in den Vorschriften der R.Gew.O. § 134 b Abs. 3, 134 d und 134 h über die Zuständigkeit ständiger Arbeiterausschüsse.

²¹ Das alte deutsche Recht führte die Pflichten des Herrn wie des Dieners trotz aller Verschiedenheit ihres Inhaltes auf eine gleichartige Grundpflicht des einen wie des andern zurück: die Pflicht zur Treue.

²² Vgl. Gierke, Genossenschaftsth. S. 803. Näheres im Obligationenrecht.

²³ Den außerhalb jedes Herrschaftsverbandes liegenden freien Sondersphären gehören heute nothwendig die unverzichtbaren Rechte und unabwälbaren Pflichten des Individuums an. Sonderrechtsverhältnisse kraft Gemeinschaftsrechtes begegnen auch hier in mannichfacher Gestalt, wie z. B. vermöge des Familiengüterrechtes in den familienrechtlichen und vermöge des Lohnrechtes oder auch eines Gewinnbetheiligungsrechtes in den geschäftlichen Verbänden.

²⁴ So vermöge der Obervormundschaft gegenüber der Familiengewalt, vermöge der Gesindepolizei gegenüber der hausherrlichen Gewalt, vermöge der Thätigkeit der Seemannsämter gegenüber der Schiffsgewalt und vermöge der Gewerbepolizei gegenüber aller geschäftlichen Herrschaftsgewalt.

Die personenrechtliche Verbundenheit wirkt auch hier zugleich auf das in ihren Bereich fallende Vermögensrecht gestaltgebend ein. Unter dieser Einwirkung werden Rechtsinstitute des Sachenrechtes und des Obligationenrechtes im Sinne einer Annäherung des Individualrechtes an das Sozialrecht umgebildet²⁵.

Viertes Kapitel.

Persönlichkeitsrechte.

Erster Titel.

Die Persönlichkeitsrechte überhaupt.

§ 81. Begriff und Wesen der Persönlichkeitsrechte¹.

I. Begriff. „Persönlichkeitsrechte“ nennen wir Rechte, die ihrem Subjekte die Herrschaft über einen Bestandtheil der eignen Persönlichkeitssphäre gewährleisten. Mit diesem Namen werden sie als „Rechte an der eignen Person“ gekennzeichnet und somit durch den Hinweis auf die Besonderheit ihres Objektes von allen anderen Rechten unterschieden (oben § 29 II 1). Von Manchen werden sie in gleichem Sinne, jedoch mit nicht glücklicher Wortbildung „Indivi-

²⁵ So einst die gesammte Eigenthumsordnung im Bereiche des Lehn-, Dienst- und Hofrechtes; so die Ordnung des Hausvermögens im Bereiche des Familienrechtes (vormundschaftliche Gewere und daraus hervorgegangene ehemännliche und elterliche Nutzungsrechte, vgl. Gierke a. a. O. S. 354 Anm. 1); so das Vertragsrecht (insbesondere die Ordnung des Dienstvertrages) im Bereiche des Gewerberechts.

¹ Puchta, Rhein. Museum III 305, Inst. § 30, Pand. u. Vorl. § 22, 46, 114 ff. Neuner a. a. O. (oben § 27 Anm. 1) § 4 (dazu Bürkel, Krit. V. J. Schr. XI 200 ff.). Wächter, Württ. P.R. II § 45, Pand. I § 35. Windscheid, Pand. I § 40. Brinz, Pand. § 66. Bruns in Holtzendorffs Encykl. (5. Aufl.) S. 446. Dernburg, Pand. I § 22 Anm. 8—11. Regelsberger, Pand. I § 50 I. — Walter, D.P.R. § 91. Bluntschli, D.P.R. § 18 ff., 46 ff. Dahn, Grundriss S. 44 ff. Gareis, Arch. f. H. u. W. R. XXXV 196 ff., Grundriss § 40 ff., Encykl. § 20 ff. Gierke, Z. f. H.R. XXIX 270 ff., Entw. S. 83 ff. — Kohler, Jahrb. f. D. XVIII 129 ff., 251 ff., Recht des Markenschutzes S. 1 ff., 93 ff., Arch. f. H. u. W.R. XLVII 167 ff. — Krainz, Oest. P.R. (2. Aufl.) I 63 ff. — Stahl, Rechtsphil. II 312 ff. Lason, Rechtsphil. S. 545 ff. Jhering, Jahrb. f. D. X 393, Geist des r. R. III Anm. 447a, Zweck im R. II 480 ff. Thon a. a. O. (oben § 15 Anm. 1) S. 147 ff. Bierling, Kritik II 174 ff., Prinzipienlehre I 249 ff. Kärger a. a. O.

„dualrechte“ genannt². Sie gehören zu den „absoluten“ Rechten und enthalten daher „Verbotungsrechte“ gegen Jeden, der unbefugt in den von ihnen abgegrenzten Herrschaftsbereich eingreift. Der Hinweis auf dieses ihnen mit anderen Rechten gemeinsame Merkmal reicht indess zur Bestimmung ihres Begriffes nicht aus³.

Die Persönlichkeitsrechte unterscheiden sich als besondere Privatrechte von dem allgemeinen Rechte der Persönlichkeit, das in dem von der Rechtsordnung gewährleisteten allgemeinen Ansprüche besteht, als Person zu gelten (oben § 30 I). Das Recht der Persönlichkeit ist ein subjektives Recht und muß von Jedermann anerkannt und geachtet werden. Es ist das einheitliche subjektive Grundrecht, das alle besonderen subjektiven Rechte fundamentirt und in sie alle hineinreicht⁴, das daher so gut die öffentlichen Rechte wie

(oben § 29 Anm. 8) S. 198 ff. Roguin, *La règle de droit* S. 258 ff. — v. Liszt, *Strafr.* § 81; *Die Grenzgebiete zwischen Privatrecht u. Strafrecht* (H. V der Beiträge zur Erläut. u. Beurth. des Entw. v. Bekker u. Fischer) S. 4 ff. — Unter den zahlreichen Gegnern des ganzen Begriffes der Persönlichkeitsrechte sind hervorzuheben: Savigny I 335 ff.; Unger, *Oest. P.R.* I § 60; Gerber, *D.P. R.* § 219, vgl. auch § 67; Laband, *Z. f. H.R.* XXIII 621 ff.; Binding, *Strafr.* I 169, 718; Jellinek, *System* (oben § 27 Anm. 1) S. 78. Ferner Mandry in *Dollmanns Gesetzg. des K. Bayern V*, 2 S. 99 ff. u. *Civilr. Inh.* (oben § 7 Anm. 18) B. II A. IV, der dafür „absolute Verbotungsrechte nicht dinglichen Charakters“ einführt. Aehnlich Franken, *D.P.R.* S. 115 ff., 154 ff., 402 ff.: absolute Vermögensrechte ohne Objekt, wenn man sie nicht als quasidingliche Rechte an unkörperlichen Sachen vorstellen will. Auch Stobbe III 1 ff. kennt nur „Rechte an immateriellen Gütern“. Desgleichen Bekker, *Pand.* I § 25 Beil. IV u. *Jahrb. f. D.* XXX 277 ff., nur „Rechte an unkörperlichen Sachen“.

² Diesen Namen haben besonders Gareis und Köhler in Aufnahme gebracht. Auch das R.Ger. braucht ihn, z. B. VIII Nr. 4 u. Seuff. XLV Nr. 264. Allein nach der Analogie von Ausdrücken wie „Realrecht“, „Personalrecht“ u. s. w. weist der Ausdruck „Individualrecht“ auf das Individuum nicht als Objekt, sondern als Subjekt hin und bedeutet ein seinem Subjekte qua Individuum zustehendes Recht, mithin auch Eigenthum, körperschaftliche Sonderrechte u. s. w. Besser ist der von Gareis neuerdings (*H.R.* 4. Aufl. § 49 § 2, Gareis u. Fuchspurger, *Komm.* S. 447 Anm. 3 u. 589 Anm. 6) vorgeschlagene Name „Individualitätsrechte“. Doch verdient der Ausdruck „Persönlichkeitsrechte“ schon deshalb den Vorzug, weil auch Verbandspersonen Subjekte solcher Rechte sind.

³ Es bedarf daher mindestens noch eines Zusatzes, um die Sachenrechte auszuschließen. So suchen sich Mandry u. Franken a. a. O. (Anm. 1) zu helfen. Man vgl. auch Maurenbrecher, *D.P.R.* I § 201, wo die Statusrechte als „dingliche Rechte, die nicht auf Sachen sich beziehen“, gekennzeichnet werden. Oder Brunner in *Holtzendorffs Rechtslex.* s. v. „Bannrecht“ I 232, wo das Bannrecht zusammen mit Urheber-, Marken-, Firmen- und Patentrecht in die Kategorie der „absoluten Rechte ohne sachenrechtliches Substrat“ verwiesen wird. Alle diese Begriffsbestimmungen aber befriedigen schon deshalb nicht, weil sie das Objekt des Rechtes durch eine bloße Verneinung bezeichnen.

⁴ Zutreffend Regelsberger I 198.

die Privatrechte und so gut die Rechte an Sachen wie die Rechte an Personen trägt und begleitet⁵. Inwieweit aber aus ihm besondere Rechte herauswachsen oder in ihm der Stoff zu solchen Rechten un-
ausgeschieden stecken bleibt, darüber entscheidet die rechtsgeschichtliche Entwicklung. Und diese Entscheidung ist gerade hinsichtlich der Rechte an der eignen Person im römischen und in unserem Rechte ungleich ausgefallen.

Das römische Recht hat besondere Rechte an der eignen Person nicht ausgeprägt oder doch nicht bewußt anerkannt. Insoweit solche Rechte stofflich überhaupt vorhanden waren, traten sie aus dem allgemeinen Rechte der Persönlichkeit nicht heraus. Das Bedürfnis ihres privatrechtlichen Schutzes wurde durch die auf den allgemeinen Schutz der Persönlichkeit gerichteten Aktionen und namentlich in umfassender Weise durch die *actio injuriarum* befriedigt⁶.

Im deutschen und modernen Recht dagegen sind zahlreiche Typen von Rechten an der eignen Person zu selbständiger Ausgestaltung gelangt. Manche von ihnen sind durch die neuere Gesetzgebung in ihrem Sonderdasein so befestigt, daß sie sich von dem allgemeinen Rechte der Persönlichkeit nicht minder scharf abheben, als das Eigenthum oder die väterliche Gewalt. Die Persönlichkeitsrechte müssen daher auch begrifflich heute als eine eigne Kategorie der besonderen Rechte anerkannt werden und fordern gebieterisch die ihnen gebührende Stelle im System⁷.

Vieles freilich ist hier noch im Werden. Darum sind die Grenzen zwischen den besonderen Persönlichkeitsrechten und dem allgemeinen Rechte der Persönlichkeit zum Theil fließend und unsicher⁸. Jedes-

⁵ Darum kann eine Verletzung des Eigenthums zugleich eine Verletzung des Rechtes der Persönlichkeit enthalten, Jhering, Jahrb. f. D. XXIII 185, Regelsberger I 199. Ebenso eine Verletzung staatsbürgerlicher Rechte (z. B. in den Fällen des Str.G.B. § 105 ff.)

⁶ Vgl. insbes. Jhering, Rechtsschutz gegen injuriöse Rechtsverletzungen, Jahrb. f. D. XXIII 155 ff.

⁷ In den Pandektensystemen wird freilich dieses Bedürfnis nicht empfunden, weil sie die dem römischen Rechte fremden Rechtsbildungen nur gelegentlich berühren. Dies rechtfertigt aber nicht den allgemein gehaltenen Widerspruch von Windscheid I § 40.

⁸ Manche Bestandtheile der Privatrechtssphäre sind durch besondere öffentlichrechtliche Garantien in bestimmter Richtung als selbständige Rechte abgehegt, ohne daß hiermit zugleich für die Privatrechtsordnung ihre Ausscheidung aus dem allgemeinen Rechte der Persönlichkeit geboten wäre. Dies gilt z. B. von den Rechten auf gewisse durch einen besonderen Strafrechtsschutz gesicherte Persönlichkeitsgüter, wie Hausfriede, Brief- und Schriftengeheimniß, Gräberruhe, religiöses Gefühl, Rechtsfriede; v. Liszt, Grenzgebiete S. 6. Es gilt ferner von zahlreichen

falls erschöpfen die in feste gesetzliche Form gegossenen Persönlichkeitsrechte nicht den an sich hierfür geeigneten Stoff. Vielmehr lassen sie empfindliche Lücken. Zur Ausfüllung solcher Lücken muß da, wo das Rechtsbewußtsein der Gegenwart dies heischt, auf das allgemeine Recht der Persönlichkeit zurückgegriffen werden, bis aus ihm ein neues besonderes Recht herausgeholt ist⁹.

II. Wesen. Vermöge der Bestimmung ihres Objektes durch Heraushebung eines Bestandtheiles der eignen Persönlichkeitssphäre bilden die Persönlichkeitsrechte in gleicher Weise, wie die dinglichen Rechte, die Forderungsrechte oder die Familienrechte, eine durch gemeinsame Merkmale ausgezeichnete Gattung von Rechten. Diese Gattung umfaßt aber mancherlei Arten und Unterarten, die in Folge der ungleichen Beschaffenheit der durch sie verselbständigten Theile der Persönlichkeitssphäre noch weiter auseinander streben, als dies bei den meisten anderen Gattungen der Rechte der Fall ist. Sind es doch Persönlichkeitsgüter von sehr verschiedenem Range und sehr verschiedener Natur, die als Gegenstände solcher Rechte erscheinen: bald die höchsten äußeren Güter des Menschen, wie Leben, Freiheit oder Ehre, bald bloße Namen und Zeichen; bald die Bedingungen, bald die Erfolge einer besonderen Thätigkeit; bald von außen empfangene Vergünstigungen, bald die Erzeugnisse eigenster geistiger Schöpferkraft.

1. Die Persönlichkeitsrechte sind Privatrechte. Sie sind ja gerade darauf angelegt, der Person in ihrem Fürsichsein einen eignen Bereich ihres Selbst zu sichern. Der Staat schützt sie in erheblichem Umfange durch die Strafrechtsordnung und gewährt ihnen zugleich in mannichfacher Weise seinen Verwaltungsschutz¹⁰. Grundsätzlich aber

den Individuen durch das Verfassungsrecht als Grundrechte zugesicherten Rechten auf eine bestimmte Art der freien Bethätigung der Persönlichkeit, wie Gewissensfreiheit, Recht der freien Meinungsäußerung, Lehr- und Unterrichtsfreiheit, Vereins- und Versammlungsfreiheit, Freizügigkeit, etwa auch Verhehlungsfreiheit, Erwerb von Grundeigenthum u. s. w.

⁹ So kann z. B. unter dem Gesichtspunkte eines Eingriffes in das Recht der Persönlichkeit die unbefugte Veröffentlichung der Briefe eines Anderen auch dann als Rechtsverletzung erscheinen, wenn an den Briefen ein Urheberrecht nicht besteht; Kohler, *Jahrb. f. D.* XVIII 271 ff., Busch, *Arch.* XLVII 187, *Arch. f. b. R.* VII 106 ff., Regelsberger § 50 Anm. 10. Ebenso die Anmaßung fremder Gewerbezeichen, wenn auch der besondere Markenschutz sich nicht auf sie erstreckt; vgl. unten § 84 VI 3. Vor Allem aber ist der Schutz gegen unlauteren Wettbewerb auf das Recht der Persönlichkeit zu stützen; vgl. unten § 82 V S. 715. Unsere Praxis verfährt hier jedoch bisher sehr zaghaft.

¹⁰ In gleicher Weise schützt er ja auch das Eigenthum und andere Privatrechte. — Wenn für ein Persönlichkeitsrecht lediglich dieser öffentlichrechtliche

sind sie auch durch Klage geschützt, indem sie als absolute Privatrechte einen im Wege des Civilprozesses durchsetzbaren Anspruch gegen Jedermann auf Anerkennung und auf Unterlassung von Eingriffen und im Falle ihrer Verletzung auf Wiederherstellung oder Ersatz gewähren¹¹. Wo der staatliche Schutz versagt, tritt gerade zu ihrem Schutze das Recht der Selbsthülfe im vollsten Maße in Kraft.

2. Die Persönlichkeitsrechte sind als solche keine Vermögensrechte. Sie können jedoch gleich den Rechten an anderer Persönlichkeit (den Familienrechten, den Körperschaftsrechten u. s. w.) einen vermögensrechtlichen Inhalt aus sich entfalten oder in sich aufnehmen. In dem Maße, in dem ihr so erlangter Vermögenswerth in den Vordergrund tritt, werden sie einer vermögensrechtlichen Ordnung zugänglich. Immer aber bleibt ihr personenrechtlicher Kern unversehrt. Auch kann ihr vermögensrechtlicher Inhalt oder ein Theil desselben zwar bis zu einem gewissen Grade selbstständig, niemals jedoch völlig aus dem Zusammenhange des in dem personenrechtlichen Kerne geeinten Ganzen gelöst werden¹².

Manche Persönlichkeitsrechte sind somit zugleich Vermögensrechte. Insoweit erscheinen sie als „absolute Vermögensrechte“, als „Rechte an unkörperlichen Sachen“ oder, wie man neuerdings zu sagen pflegt, als „Immaterialgüterrechte“¹³. Mag jedoch diese Seite

Schutz ausgebildet ist, so wird dadurch sein privatrechtliches Wesen keineswegs verneint; Bierling, Kritik II 153, Jhering, Geist. III Anm. 447 a, Regelsberger I 198. Wohl aber wird es dann regelmäßig an einem Anlasse fehlen, dieses Privatrecht innerhalb des Privatrechtssystems als besonderes Persönlichkeitsrecht auszusondern; oben Anm. 8.

¹¹ R.Ger. XVIII Nr. 4 S. 19 u. Seuff. XLV Nr. 264 S. 442 („einen mit der Negatorienklage verfolgbaren Anspruch auf Anerkennung des Rechts und Schutz gegen fernere Störung“) u. 445 ff.

¹² Das Verlagsrecht bleibt Ausfluß des Urheberrechts, wie der väterliche Nießbrauch Ausfluß der väterlichen Gewalt oder das Nutzungsrecht am Körperschaftsgute Ausfluß der Mitgliedschaft.

¹³ Vgl. oben Anm. 1 a. E. — Ganz abweichend will Heusler, Inst. I 330 u. 336 ff., das Wesen dieser Rechte, die er mit patrimonialen Herrschaftsrechten, Reallasten und Praedialservituten in eine Gruppe vereint, nicht daraus herleiten, daß sie Rechte an unkörperlichen Sachen sind, sondern daraus, daß sie selbst als unkörperliche Sachen gelten. Das deutsche Recht behandle neben unbeweglichen und beweglichen Sachen gewisse „Rechtsamen“, „welche das Recht des Inhabers in einem aktiven Einwirken desselben auf die Außenwelt zur Erscheinung bringen“, als Objekte von Sachenrechten (Eigenthum, dinglichen Rechten, Gewere, dinglicher Klage). Solche „Rechtsamen“ seien nicht einfache „Rechte“, sondern unkörperliche Sachen, die im Rechtsleben überhaupt nur als Objekte des Sachenrechts zur Erscheinung und Verwerthung gelangen können. Sieht man aber auch von der unrichtigen Fassung des Begriffes der unkörperlichen Sache (oben § 31 Anm. 6)

ihres Wesens noch so kräftig entwickelt sein, so darf man doch weder in dem vermögensrechtlichen Bestandtheile den Kern des Rechtes erblicken¹⁴ noch auch den vermögensrechtlichen Bestandtheil als ein durchaus selbständiges Recht von dem Persönlichkeitsrechte abtrennen¹⁵.

3. Die Persönlichkeitsrechte sind an sich höchstpersönliche Rechte, die in einer bestimmten Person entstehen, an sie gebunden bleiben und mit ihr untergehen. Allein in dem Maße, in dem ihr Gegenstand als unkörperliche Sache einen selbständigen objektiven Bestand gewinnt (oben § 31 II 1 b), können sie mancherlei Abwandlungen ihres höchstpersönlichen Wesens erfahren.

a. Entstehung. Die obersten Persönlichkeitsrechte entstehen als allgemeine gesetzliche Rechte mit der Persönlichkeit selbst. Andere treten als besondere gesetzliche Rechte mit dem Erwerbe der Zugehörigkeit zu einer bestimmten Personenklasse ein. Wieder andere werden individuell erworben. Ihr Erwerbstitel kann ein vom Willen unabhängiger Vorgang oder eine fremde Handlung (öffentliche oder private Verleihung) oder eine eigne Willensthat (Aneignung oder Schöpfung) sein. Im letzteren Falle muß jedoch bei manchen Persönlichkeitsrechten eine öffentliche Feststellung (z. B. Registereintrag) hinzutreten, damit ihr Erwerb, sei es überhaupt sei es mit voller Wirksamkeit, erfolge.

b. Uebertragung. Die Persönlichkeitsrechte sind an sich unübertragbar. Manche Persönlichkeitsrechte können jedoch ganz oder theilweise der Ausübung nach, manche sogar der Substanz nach auf eine andere Person übertragen werden. Einzelne Persönlichkeitsrechte sind zwar nicht für sich, wohl aber in Verbindung mit einem anderen Rechte, zu dem sie in ein Abhängigkeitsverhältniß gesetzt sind, der Uebertragung fähig. Dahin gehören die als Realrechte mit

und der Rechte an Rechten (ib. Anm. 14) ab, so sollte man doch meinen, daß zum Mindesten die „Rechtsamen“ erst als „Rechte“ irgend einer Gattung konstituiert sein müssen, bevor sie als Objekte gesetzt werden. Oder sollen sich wirklich „Rechte“ und „Rechtsamen“ so unterscheiden, daß jene Objekte haben, diese Objekte sind?

¹⁴ Hierzu gelangen Mandry u. Franken a. a. O. (oben Anm. 1), im Wesentlichen auch Bekker a. a. O. S. 84 („Quasivermögensrechte“) und anscheinend auch Windscheid § 41 Anm. 2, § 42 Anm. 1 a. E., § 137 a. E.

¹⁵ In dieser Weise zerreißt namentlich Kohler, dem Andere gefolgt sind, das Urheber- und Erfinderrecht in „Individualrecht“ und „Immaterialgüterrecht“. Hierüber ist unten zu sprechen. Bemerket sei nur, daß Kohler bei anderen Persönlichkeitsrechten die zugleich Vermögensrechte sind, wie bei dem Firmen- und Markenrechte, ein Immaterialgüterrecht nicht abtrennt, obwohl doch ein als Gegenstand des Rechtes vorgestelltes immaterielles Gut auch hier vorhanden ist.

einem Grundstücke verknüpften Persönlichkeitsrechte. Desgleichen die Persönlichkeitsrechte, die mit einem Geschäftsbetriebe verbunden sind.

Insoweit eine Uebertragung stattfindet, geht durch sie das Persönlichkeitsrecht in eine andere Persönlichkeitssphäre über und wird für deren Subjekt zu einem Rechte an seiner eignen Person. Im Falle einer konstitutiven Uebertragung entsteht aus dem mit vermindertem Inhalte beim Veräußerer zurückbleibenden Persönlichkeitsrechte ein neues Persönlichkeitsrecht, das die Persönlichkeitssphäre des Erwerbers erweitert und zu seinem Mutterrechte in einem ähnlichen Verhältnisse steht, wie ein begrenztes dingliches Recht zum Eigenthum¹⁶.

c. Beendigung. Die Persönlichkeitsrechte enden an sich mit dem Wegfalle der Person, in der sie entstanden sind.

Doch giebt es vererbliche Persönlichkeitsrechte. Auch sie sind indess der Regel nach nicht ewig. Vielmehr überleben manche (wie das gewöhnliche Urheberrecht) ihr ursprüngliches Subjekt nur während eines bestimmten Zeitraumes. Andere (wie das Erfinderrecht und manche Urheberrechte) sind in ihrer Lebensdauer von vornherein begrenzt. Einzelne Persönlichkeitsrechte aber können dauernd fortbestehen. Insbesondere sind die einem Grundstücke oder einem Geschäftsbetriebe anhaftenden Persönlichkeitsrechte regelmässig unbestimmt.

Andrerseits können Persönlichkeitsrechte schon vor dem Wegfalle der Person, in der sie entstanden sind, erlöschen. Selbst die obersten Persönlichkeitsrechte können ganz oder theilweise verwirkt werden. Andere Persönlichkeitsrechte gehen nicht nur durch Verwirkung, sondern auch durch Verzicht unter. Die mit einem Grundstücke verbundenen Persönlichkeitsrechte enden durch Untergang des Grundstückes, die an ein Geschäftsvermögen geknüpften Persönlichkeitsrechte durch Wegfall des Geschäftes. Endlich erlöschen die von vornherein zeitlich begrenzten Persönlichkeitsrechte auch dann, wenn ihr ursprüngliches Subjekt noch vorhanden ist, durch Zeitablauf.

§ 82. Arten der Persönlichkeitsrechte.

Die Persönlichkeitsrechte zerfallen je nach dem Bestandtheile der Persönlichkeitssphäre, der ihren Gegenstand bildet, in verschiedene Arten. Von ihnen sind einige hier nur kurz zu berühren, weil sie entweder schon bei der Darstellung des allgemeinen Rechtes der

¹⁶ So das Verlagsrecht im Verhältniß zum Urheberrecht, aus dem es geschöpft ist, an das es heimfällt und mit dem es erlischt.

Persönlichkeit besprochen sind oder zweckmäßiger Weise erst später in anderem Zusammenhange behandelt werden oder endlich ins Handelsrecht gehören. Die übrigen sind hier näher zu betrachten.

I. Leib und Leben. Jeder Mensch hat ein Recht auf Achtung seiner Leiblichkeit. Widerrechtliche Eingriffe in das Leben, den Körper oder die Gesundheit sind daher Rechtsverletzungen¹. Zu ihrer Abwehr ist Selbsthülfe erlaubt². Der Staat schützt die leibliche Seite der Persönlichkeit in umfassendem Mafse durch Strafrecht und Verwaltungsrecht. Aus der Verletzung dieses Rechtes entspringen aber auch privatrechtliche Ansprüche auf Ersatzleistungen³. Das Recht auf leibliche Unversehrtheit ist heute unverzichtbar⁴. Es ist zum Theil sogar der Verfügung seines Subjektes entzogen⁵. Auch

¹ Ueber Entw. I § 704, der erst durch eine Fiktion „die Verletzung des Lebens, des Körpers, der Gesundheit, der Freiheit und der Ehre“ zu einer Rechtsverletzung stempeln wollte, vgl. Gierke, Entw. S. 84, v. Liszt, Die Grenzgebiete S. 5 ff. — Ein Recht zu Eingriffen in fremde Leiblichkeit steht unter gewissen Voraussetzungen nicht nur dem Staate, sondern auch einer Privatperson zu. So kraft Nothwehr, kraft Züchtigungsrechtes, kraft ärztlicher Berufserfüllung. Eine nach den Regeln der Kunst gebotene ärztliche Operation ist stets mit Einwilligung des Patienten oder seiner Angehörigen, unter Umständen aber, wenn sie dringend erforderlich und vorherige Befragung ausgeschlossen oder unthunlich ist, auch ohne solche Einwilligung zulässig; Seuff. XLVIII Nr. 262. Ueber die Frage, ob in der Verweigerung der Einwilligung in eine Operation eine Pflichtverletzung liegen kann, vgl. R.Ger. b. Seuff. XLVI Nr. 189, F. Endemann, Die Rechtswirkungen der Ablehnung einer Operation seitens des körperlich Verletzten, Berl. 1893, u. dazu Eck, Juristisches Litteraturblatt v. 1893 Nr. 51.

² Neben Str.G.B. § 53 (Nothwehr) greift hier § 54 (Nothstand) Platz.

³ Hiervon ist in der Lehre von den Deliktsobligationen zu handeln.

⁴ Anders im ältesten deutschen Rechte, dem die Verpfändung und das Verspielen von Leib und Leben oder von einzelnen Gliedmaßen bekannt war; Schuster, Das Spiel, Wien 1878, S. 11 ff., Kohler, Shakespeare vor dem Forum der Jurisprudenz, Würzb. 1883, S. 59 ff. — Heute kann wirksam nur auf die privatrechtlichen Ansprüche aus erfolgter Verletzung und bei solchen Körperverletzungen, die nur auf Antrag verfolgt werden (Str.G.B. § 232), auch auf die Strafverfolgung verzichtet werden (vgl. über Zurücknahme der Privatklage Str.Pr.O. § 481 u. 482).

⁵ Der Selbstmord ist, obwohl nicht mehr strafbar, doch keineswegs rechtlich erlaubt, die Selbstverstümmelung unter Umständen sogar strafbar (Str.G.B. § 142). Die Einwilligung verleiht einem Anderen nicht das Recht zu Eingriffen in die Leiblichkeit des Einwilligenden, obschon die Tödtung auf ausdrückliches und ernstliches Verlangen des Getödteten milder gestraft wird (Str.G.B. § 216) und die beiderseitige Einwilligung in mögliche Verletzung den Zweikampf zu einer besonderen Straftat stempelt (Str.G.B. § 201 ff.). Für die blofse Körperverletzung mit Einwilligung des Verletzten behaupten zwar Manche das Gegentheil; vgl. bes. Binding, Strafr. I 722 ff. Doch ist auch bei ihr daran festzuhalten, daß sie, da dem Verletzten eine Verfügung über sein Recht auf leibliche Unversehrtheit nicht zustand,

kann es nur in beschränktem Sinne verwirkt werden⁶.

Ein entsprechendes Persönlichkeitsrecht der Verbandspersonen, das aber bei deren einzelnen Gattungen sowohl hinsichtlich des Schutzes gegen fremde Eingriffe wie hinsichtlich der Zulässigkeit eigener Verfügung sehr ungleich entwickelt ist, läßt sich in dem Rechte auf Unversehrtheit des eignen Bestandes finden⁷.

II. Freiheit. Auch ein Recht auf Achtung seiner persönlichen Freiheit wird heute jedem Menschen angeboren. Widerrechtliche Eingriffe in die Freiheit eines Anderen sind daher Rechtsverletzungen⁸. Zum Schutze gegen sie wird auch hier neben der Selbsthilfe und neben der öffentlichen Rechtsordnung die Privatrechtsordnung wirksam⁹. Das Recht auf Freiheit ist heute unverzichtbar und unveräußerlich¹⁰. Dagegen unterliegt es der Verfügung seines Subjektes und kann daher durch Rechtsgeschäfte in seiner Ausübung eingeschränkt werden. Die Rechtsordnung zieht aber solcher Selbstbindung feste Grenzen, damit nicht die Selbstbeschränkung der Freiheit in Selbstzerstörung ausarte¹¹. Das Recht auf Freiheit kann für eine bestimmte Zeit oder für immer verwirkt werden.

Bei den Verbandspersonen entspricht das nach Umfang und Inhalt sehr verschieden entwickelte Recht auf Selbstbestimmung und Selbstverwaltung.

rechtswidrig bleibt; R.Ger. in Str.S. II Nr. 182, VI Nr. 21, Hälschner, Das gem. deut. Strafr. I 471, II 91, v. Liszt, Strafr. § 34 Anm. 5 u. § 88 III. Dagegen ist für die Vornahme ärztlicher Eingriffe die Einwilligung bedeutungsvoll; oben Anm. 1. Hier findet auch, wenn der Patient nicht Verfügungsfähig ist, Vertretung bei der Verfügung statt.

⁶ Eine volle Verwirkung trat einst durch Friedlosigkeit ein. Heute wird nur dem Staate gegenüber durch todeswürdiges Verbrechen das Recht auf das Leben (dagegen in keinem Falle mehr das sonstige Recht auf körperliche Integrität) verwirkt. Ueberdies verwirkt, wer einen Anderen rechtswidrig angreift, gegenüber dem Nothwehrberechtigten sein Recht auf Leib und Leben.

⁷ Vgl. oben § 69 III, § 70 I 2 u. 3, § 77 IV 6, § 78 X u. XI. Strafrechtsschutz genießt der Bestand des Staates; Str.G.B. § 81.

⁸ Ueber Entw. I § 704 vgl. oben Anm. 1. Entw. II § 747 scheint auf der Annahme zu beruhen, daß Freiheitsentziehung keine Rechtsverletzung sei.

⁹ Strafrechtsschutz nach Str.G.B. § 234 ff. Ueber die Privatrechtsansprüche aus Freiheitsentziehung ist im Obligationenrecht zu handeln.

¹⁰ Das ältere deutsche Recht kannte Veräußerung und Verpfändung der Freiheit, zuletzt noch in der Form des obstagium; vgl. Kohler, Shakespeare S. 53 ff., unten Abschn. III Kap. I.

¹¹ Hierher gehören die Einschränkungen der bindenden Kraft von Dienstverträgen, das Verbot lebenslänglicher Bindung durch Gesellschaftsverträge, die gesetzlichen Garantien der Freiheit des Austrittes aus Genossenschaften, die Beschränkungen der Konventionalstrafen u. s. w.

III. Ehre. Das Recht auf Achtung seiner Ehre wird dem Menschen gleichfalls angeboren. Da aber, wie oben gezeigt ist (§ 53), neben der allgemeinen Menschenehre eine im Staatsbürgertum wurzelnde bürgerliche Ehre, eine durch die Zugehörigkeit zu einem bestimmten Personenkreise bedingte Sonderehre und eine durch eigne Thätigkeit erworbene Individuallehre anerkannt sind, so kann das Recht auf Ehre sich mit sehr verschiedenem Inhalte erfüllen. Widerrechtliche Ehrverletzungen sind Rechtsverletzungen¹². Gegen sie wird von der Sitte bekanntlich Selbsthülfe in weit größerer Ausdehnung sanktionirt, als das Recht sie gestattet¹³. Im Uebrigen gewährt auch gegen sie der Staat sowohl Strafrechtsschutz wie Privatrechtsschutz¹⁴. Dabei kommt zum Theil der Schutz einer Sonderehre oder einer Individuallehre in eigenthümlichen Rechtsbildungen zum Ausdruck¹⁵. Die Sonderehre empfängt überdies einen mehr oder minder kräftigen Sonderschutz durch die Ordnung der engeren Gemeinschaft, in der sie wurzelt¹⁶. Das Recht auf Ehre ist heute unverzichtbar und unveräußerlich¹⁷. Der Verfügung seines Subjektes ist es grundsätzlich nicht entzogen¹⁸. Auch kann es, wie oben bereits gezeigt ist (§ 53), in bestimmtem Umfange verwirkt werden.

¹² Ueber Entw. I § 704 vgl. oben Anm. 1.

¹³ So bei der von der Rechtsordnung verworfenen Institution des Zweikampfes, aber keineswegs bloß bei ihr.

¹⁴ Der Strafrechtsschutz selbst nähert sich hier einem Privatrechtsschutze an; insbesondere einerseits durch das hier (wie bei leichteren Körperverletzungen) dem antragsberechtigten Verletzten (Str.G.B. § 194—195) gewährte Recht der Privatklage (Str.Pr.O. § 414 ff., 435 ff.), andererseits durch die Gestaltung der Straffolgen, die sich zum Theil nicht nur auf Genugthuung und Ersatz, sondern auch auf Wiederherstellung der verletzten Ehre (Str.G.B. § 200) richten; vgl. dazu v. Liszt § 59 II 2 u. die dort Anm. 3 angef. Litt., auch Kärger a. a. O. S. 204 ff. Ueber die Privatrechtsansprüche aus Ehrverletzung ist noch im Obligationenrechte zu reden.

¹⁵ Schutz der Geschäftsehre gegen eine mit Vermögensschädigung verbundene Verletzung (Kreditverläumdung) nach Str.G.B. § 187—188; Schutz der Familienehre gegen Verletzung durch Beschimpfung Verstorbener nach Str.G.B. § 189; Schutz der Geschlechtsehre, wobei jedoch der Schutz der leiblichen Unversehrtheit konkurriert; nach den älteren Strafgesetzbüchern auch besonderer Schutz der Amtsehre (jetzt nicht mehr, vgl. jedoch Str.G.B. § 196).

¹⁶ Vgl. oben § 53 S. 481 Anm. 32 ff.

¹⁷ Anders nach älterem deutschem Recht; Kohler, Shakespeare S. 62 ff. Von der Verpfändung der Ehre wird bei den Bestärkungsmitteln der Verträge noch gehandelt werden.

¹⁸ Darum wird durch Einwilligung Verletzung ausgeschlossen (*volenti non fit injuria*); auch tritt die Verfolgung einer Beleidigung stets nur auf Antrag ein, der bis zur Urtheilsvollstreckung und bei der Privatklage bis zum Anfange der Urtheilsvollstreckung zurückgenommen werden kann (Str.G.B. § 194).

Einzelne besonders erworbene Ehrenrechte unterliegen nicht bloß der Verwirkung, sondern auch dem Verzicht. Dagegen sind auch sie der Regel nach unübertragbar. Doch giebt es vererbliche und veräußerliche Ehrenrechte¹⁹. So ist anzunehmen, daß das von einem Kaufmann für sein Geschäft erworbene Recht auf Führung bestimmter gewerblicher Ehrenzeichen mit der Firma übertragen werden kann²⁰.

Auch die Verbandspersonen haben ihre Ehre und ein Privatrecht auf deren Achtung²¹. Ebenso kann einer Personenmehrheit in ihrer Verbindung zur Personeneinheit ein Recht auf Ehre gebühren²².

IV. Besondere Zustände. Den besonderen Zuständen, die auf den Inhalt der Persönlichkeitssphäre einwirken, entsprechen angeborne oder erworbene Zustandsrechte, die jedoch nur zum Theil sich von dem allgemeinen Rechte der Persönlichkeit in einiger Selbständigkeit abheben und regelmäßig, soweit sie eines besonderen Schutzes überhaupt bedürfen, diesen Schutz vom öffentlichen Rechte her empfangen. An sich haben auch sie, insofern sie der Person eine von Jedermann anzuerkennende eigenthümliche Rechtsstellung in ihren individuellen Verhältnissen gewährleisten, die Natur von Privatrechten²³. Dies gilt von den Zustandsrechten, die aus einer die Rechts- oder Handlungsfähigkeit bestimmenden natürlichen Beschaffenheit folgen²⁴; es gilt von dem Rechte der Zugehörigkeit zu einem Geburtsstande (z. B. zum hohen oder niederen Adel), zu einem Berufsstande (z. B. Kaufmannseigenschaft überhaupt oder Vollkaufmannseigenschaft insbesondere) oder zu einem Religionsbekenntnisse²⁵; es gilt vom Wohnsitzrechte²⁶; es gilt auch von dem Rechte der Zugehörigkeit zu einem

¹⁹ Vererbliche Würden und Titel; Ehrenrechte als Realrechte.

²⁰ Dies hat das O.L.G. Dresden b. Seuff. XLVI Nr. 46 für Ehrendiplome und Preismedaillen (mit Ausnahme einer als persönlicher Orden qualifizierten Medaille) ausgesprochen. Vgl. auch Kohler, Markenschutz S. 231 Anm. 2. — Ueber den Schutz der Rechte auf Ehrenzeichen vgl. oben § 53 S. 432 Anm. 42—43.

²¹ Oben § 66 S. 516 Anm. 13.

²² Oben § 80 S. 682 Anm. 92; v. Liszt, Strafr. § 97 IV.

²³ Während in der älteren Theorie das Dasein von „Statusrechten“ unbestritten war, will heute die herrschende Meinung davon nichts wissen. Giebt es aber überhaupt ein Recht der Persönlichkeit, so muß nothwendig auch jede rechtlich erhebliche Qualifikation der Persönlichkeit in den Bereich des subjektiven Rechtes fallen. Fraglich kann dann nur sein, ob und inwieweit ein besonderes Persönlichkeitsrecht oder lediglich eine Differenzirung des allgemeinen Rechtes der Persönlichkeit anzunehmen ist. Worauf nicht viel ankommt.

²⁴ Oben § 43—45. So ist es ein Recht, als großjährig, als geistig gesund u. s. w. anerkannt zu werden. Es ist aber auch ein Recht, als schutzbedürftig zu gelten.

²⁵ Oben § 46—51 u. 54—55.

²⁶ Oben § 57.

Verbande, wenn und soweit dieses eine über das Mitgliedschaftsrecht hinausreichende privatrechtliche Wirkung hat²⁷.

Derartige Zustandsrechte finden sich auch bei Verbandspersonen und Personeneinheiten²⁸.

V. Bethätigung. In dem Rechte der Persönlichkeit ist das Recht freier Bethätigung der eignen geistigen und leiblichen Kräfte innerhalb der von der Rechtsordnung gezogenen Schranken enthalten. Besondere Privatrechte auf einzelne Bereiche menschlicher Thätigkeit sind im Allgemeinen auch da nicht ausgebildet, wo das öffentliche Recht die Freiheit der Bethätigung der Persönlichkeit in bestimmter Richtung besonders anerkennt und gewährleistet²⁹. Nur auf dem Gebiete der wirthschaftlichen Erwerbsthätigkeit treten besondere Persönlichkeitsrechte privatrechtlicher Prägung aus dem allgemeinen Rechte der Persönlichkeit heraus.

Grundsätzlich gilt freilich auch das Recht zu beliebiger Erwerbsthätigkeit heute als unmittelbarer Ausfluß des Rechtes der Persönlichkeit, das somit an sich jeder Einzelperson und jeder Verbandsperson zusteht und nur gleich anderen Freiheiten einer Fülle öffentlichrechtlicher Einschränkungen unterliegt³⁰. Allein schon dieses allgemeine Recht der Gewerbefreiheit stellt sich als ein besonderes Privatrecht dar³¹. Es ist unverzichtbar, kann aber durch Rechtsgeschäfte in der Ausübung beschränkt werden, sofern nur die Selbstbindung sich innerhalb der Grenzen hält, jenseits deren sie in Vernichtung der wirthschaftlichen Freiheit ausartet³².

Sodann entsteht durch den Erfolg einer Erwerbsthätigkeit in gewissen Grenzen ein Privatrecht auf einen besonderen wirthschaftlichen Thätigkeitsbereich. Indem vermöge der tatsächlichen Verknüpfung von geschäftlichen Beziehungen, Kundschaft, Ruf und Vertrauen mit einem bestimmten Betriebe und seinen materiellen Unterlagen ein gewerbliches Unternehmen sich zu einem individualisirten Inbegriff ständiger Lebensverhältnisse verfestigt, besitzt darin sein Schöpfer oder dessen Rechtsnachfolger eine ökonomisch werthvolle Grundlage fernerer Erwerbsthätigkeit. Im Besitze dieses

²⁷ Somit heute noch von der Staatsangehörigkeit; oben § 56.

²⁸ Oben § 66 S. 515 Anm. 7 u. S. 516 Anm. 12, § 80 S. 682 Anm. 92.

²⁹ Vgl. oben § 81 S. 704 Anm. 8. Noch weniger ist das Recht, Rechtsgeschäfte zu schließen (Neuner a. a. O. S. 15 ff.) oder Rechte zu erwerben (Oest. Gb. § 18), einer Heraushebung aus dem allgemeinen Rechte der Persönlichkeit bedürftig.

³⁰ Davon unten Buch III Abschn. VII im Gewerberechte.

³¹ Vgl. Erk. des O.L.G. Hamb. b. Seuff. XII Nr. 110.

³² Ueber Konkurrenzausschließungsverträge und Kartelle ist später zu handeln. Richtig R.Ger. XXXI Nr. 18.

individuell erworbenen Persönlichkeitsgutes wird er in weitem Umfange gegen Eingriffe der öffentlichen Gewalt geschützt⁸³. Dagegen ist er darin gegen Eingriffe Dritter insoweit ungeschützt, als nach dem Grundsätze der Gewerbefreiheit jeder Andere mit ihm in Wettbewerb treten kann und durch Ausübung seiner eignen wirtschaftlichen Freiheit auch dann kein Recht verletzt, wenn er dadurch einen mit Arbeit und Kosten errungenen fremden Thätigkeitsbereich schädigt oder zerstört⁸⁴. Allein das Recht des Wettbewerbes hat seine Schranken. Es gewährt die Befugniß zu beliebiger Ausnützung der eignen Freiheit, verleiht aber keinen Freibrief zur Unterdrückung oder Anmaßung der einem anderen Persönlichkeitsbereiche angehörigen Kräfte und Mittel. Darum gilt der modernen Rechtsanschauung der „unlautere“ Wettbewerb, der ein nach den Anforderungen des redlichen Verkehrs als Bestandtheil einer fremden wirtschaftlichen Sphäre anzuerkennendes Persönlichkeitsgut antastet, als Rechtsverletzung⁸⁵. Die neuere Gesetzgebung hat einzelne Persönlichkeitsrechte zu eigenartigen gewerblichen Rechten ausgestaltet, deren besonderer Schutz zugleich der Abwehr von unlauterem Wettbewerbe dient⁸⁶. Darüber hinaus aber gebührt jedem Gewerbetreibenden ein allgemeiner Anspruch auf Privatrechtsschutz gegen unlauteren Wettbewerb. Im Gegensatze zu der Praxis des französischen und englisch-amerikanischen Rechtes⁸⁷ zögert freilich die deutsche Praxis noch immer, einen solchen Anspruch grundsätzlich anzuerkennen⁸⁸. Doch

⁸³ Und zwar in weiterem Umfange, als sich der Schutz des allgemeinen Rechtes auf Errichtung eines Gewerbebetriebes erstreckt. Vgl. über Anerkennung des älteren Besitzstandes bei Einführung neuer gesetzlicher Erfordernisse der Zulassung zum Gewerbebetriebe, über feste Begrenzung der Verwirkungsfälle und über Gewährung einer Entschädigung in anderen Fällen staatlicher Entziehung R.Gew.O. § 1 Abs. 2, § 33a Abs. 3, § 51–54. Man denke auch an die Entschädigung der Inhaber privater Gewerbebetriebe bei Einführung eines staatlichen Gewerbemonopols.

⁸⁴ Ueber die Auffassung des Rechtes auf Wettbewerb in der französischen Jurisprudenz vgl. O. Mayer, Z. f. H.R. XXVI 375 ff.

⁸⁵ Vgl. Dreyer, Z. f. H.R. XX 259 ff., O. Mayer, Die concurrence déloyale ib. XXVI 363 ff., Kohler, Patentrecht S. 470, Recht des Markenschutzes S. 77 ff., 91 ff., 107 ff., sowie die von diesen Schriftstellern nachgewiesene französische Litt.; auch Goldschmidt, Syst. S. 104, Dernburg, Preufs. P.R. II 913 Anm. 2, 987 Anm. 22, Cosack, H.R. S. 64; Alexander-Katz, Die unredliche Konkurrenz, Berlin 1892; A. Träger b. Gruchot XXXVI 196 ff.; H. Allart, Traité théorique et pratique de la concurrence déloyale, Paris 1892; A. Simon, Die concurrence déloyale, Bern 1894.

⁸⁶ So die Rechte an Namen (unten § 83), Ehrenzeichen (oben Anm. 20) und Waarenbezeichnungen (unten § 84).

⁸⁷ Ueber sie vgl. Dreyer a. a. O., O. Mayer a. a. O. S. 376 ff., Kohler, Markenschutz S. 78 ff., 92 ff., 108 ff.

⁸⁸ Insbesondere verneint ihn das Reichsgericht, das nicht einmal in den

wäre sie durch das geltende deutsche Recht keineswegs gehindert, in andere Bahnen einzulenken und so ein dringendes Bedürfnis unseres Verkehrslebens zu befriedigen³⁹. Denn insoweit ein erworbener wirtschaftlicher Thätigkeitsbereich die Merkmale eines individualisirten Persönlichkeitsbereiches an sich trägt, läßt sich schon aus dem allgemeinen Rechte der Persönlichkeit ein absolutes Recht auf Achtung desselben und somit auf Untersagung von unbefugten Eingriffen und auf Schadensersatz aus arglistiger Verletzung herleiten⁴⁰.

Endlich bestehen ausnahmsweise besondere Privatrechte auf eine bestimmte Erwerbsthätigkeit mit Ausschluß Anderer oder doch mit Vorzug vor Anderen. Sie lassen sich als Monopolrechte zusammenfassen. Da sie die Persönlichkeitssphäre ihres Subjektes auf Kosten der allgemeinen wirtschaftlichen Freiheit erweitern, bilden sie eine Klasse der Persönlichkeitsrechte⁴¹. Sie sind aber sämtlich zugleich von Hause aus Vermögensrechte und empfangen zum Theil sogar ein überwiegend vermögensrechtliches Gepräge. Im Zusammenhange hiermit wird ihnen neben dem Strafrechtsschutz ein voller Privatrechtsschutz gewährt. Auch nähern sie sich hinsichtlich der Uebertragbarkeit vielfach den reinen Vermögensrechten an.

Monopolrechte sind die ausschließlichen Gewerbe-rechte, die zwar in der Hauptsache der Rechtsgeschichte angehören, jedoch auch heute nicht ganz verschwunden sind. Sie gewähren ihrem Subjekte das Recht auf den Betrieb eines Gewerbes bestimmter Art und folgeweise eine Untersagungs-befugnis gegen Jeden, der dieses Ge-

deutschen Gebieten des französischen Rechtes, in denen die Praxis zur Befolgung des französischen Beispielen neigt (Seuff. XXXVIII Nr. 258, Kohler a. a. O. S. 90), einen Schutz gegen unlauteren Wettbewerb gewähren will; vgl. Seuff. XLIII Nr. 271 S. 411 ff. (wo S. 409 ff. die wohl begründete gegentheilige Entsch. des O.L.G. Braunschweig als Vorinstanz abgedruckt ist) u. Nr. 281 S. 426 ff., Entsch. in C.S. XXIX Nr. 18 S. 61, auch III 67, VI 75, XXV 210. Ebenso das Obst. L.G. f. Bayern Seuff. XLVIII Nr. 268. Auch die Erk. in Z. f. H.R. XXXVIII 188 ff., sowie das O.L.G. Frankf. b. Seuff. XLII Nr. 317.

³⁹ Kohler a. a. O. S. 98 ff. — A. M. O. Mayer a. a. O. S. 434 ff.

⁴⁰ Von dem richtigen Gesichtspunkte des „Individualrechtes“ geht Kohler a. a. O. S. 77 ff. u. 99 ff. aus, während O. Mayer a. a. O. jedes zu Grunde liegende Privatrecht leugnet. Dieses Persönlichkeitsrecht hat Vermögenswerth und kann zwar nicht für sich, wohl aber zusammen mit dem Geschäftsvermögen vererbt und veräußert werden. — In der ausländischen Jurisprudenz überwiegt noch immer die Vorstellung eines industriellen oder kommerziellen „Eigenthums“ an den geschützten Verhältnissen; vgl. O. Mayer a. a. O. S. 366 ff., Kohler a. a. O. S. 78 ff.

⁴¹ Dagegen stellt sie Roguin a. a. O. S. 308 ff. als eine eigne Klasse, Kärger a. a. O. S. 15 ff. u. 140 ff. als Arten seiner „Zwangrechte“ den Persönlichkeitsrechten gegenüber.

werbe unbefugt betreibt. Im Uebrigen können sie eine sehr verschiedene Beschaffenheit haben. Insbesondere können sie als staatliche Gewerbergale, als körperschaftliche Gewerbeprivilegien, als Realgewerberechte und als selbständige personale Gewerbeberechtigungen vorkommen⁴².

Monopolrechte sind ferner die **Bannrechte**, die ihrem Subjekte für seinen Gewerbebetrieb das ausschließliche Recht auf eine bestimmte Kundschaft und folgeweise gegen die von ihnen ergriffenen Personen die Befugnis zur Untersagung der Bedürfnisbefriedigung bei anderen Gewerbetreibenden gewähren⁴³.

Monopolrechte sind auch die **ausschließlichen Aneignungsrechte**, wie sie das deutsche Recht hinsichtlich gewisser herrenloser Sachen theils als Regale, theils als besondere Gerechtigkeiten, theils als Rechte des Grundeigenthümers ausgebildet hat⁴⁴. Denn ihren Gegenstand bildet die okkupatorische Erwerbsthätigkeit als solche, die in bestimmtem Umfange der an sich die Okkupationsfreiheit einschließenden allgemeinen Freiheit entzogen und dem besonderen Thätigkeitsbereiche einzelner Personen einverleibt ist. Allerdings können solche Rechte auch als Sachenrechte vorgestellt werden. Nicht als Rechte an den der Aneignung vorbehaltenen Sachen, weil diese eben herrenlos sind⁴⁵. Wohl aber als Rechte an den Grundstücken, auf denen sie ausgeübt werden. Allein wenn manche von ihnen ursprünglich als Bestandtheile der im Eigenthum begriffenen Herrschaft an Grund und Boden gegolten haben, so sind doch auch sie durch die geschichtliche Entwicklung so verselbständigt worden, daß sie selbst in der Hand des Grundeigenthümers nicht mehr als Bestandtheile, sondern als Zubehörungen des Grundeigenthums erscheinen⁴⁶.

⁴² Hiervon im Gewerbeberechte unten Buch III Abschn. VII.

⁴³ Auch von diesen Rechten, deren Wesen überaus bestritten ist, wird im Gewerbeberechte näher gehandelt werden.

⁴⁴ Also namentlich das Jagdrecht und das Fischereirecht; nach einer verbreiteten Ansicht auch das Bergwerkseigenthum, von dem aber im Bergrecht gezeigt werden wird, daß es nicht zu den Aneignungsrechten gehört.

⁴⁵ In der preussischen Gesetzgebung wird freilich das Bernsteinregal als „Eigenthum“ am Bernstein bezeichnet; vgl. Pr. L.R. II, 15 § 80, Ges. v. 4. Aug. 1865 Art. 4, Ges. v. 22. Febr. 1867 ad IV, Westpreufs. Prov.R. § 73—74. Allein damit kann nur ein ausschließliches Recht auf Eigenthumserwerb gemeint sein; v. Brünneck, Das Recht auf Zueignung der von der See ausgeworfenen oder angespülten Meeresprodukte u. das Bernsteinregal, Königsberg 1874, S. 76 ff., Stobbe II 654.

⁴⁶ So das moderne Jagdrecht; vgl. unten Buch III Abschn. IV.

VI. Namen und Zeichen. Eine besondere Klasse der Persönlichkeitsrechte bilden die nunmehr (Tit. II) zu besprechenden Rechte an den äußeren Persönlichkeitszeichen. Unter ihnen sind wieder die Rechte an Namen von den sonstigen Zeichenrechten zu unterscheiden.

VII. Geisteserzeugnisse. Näherer Erörterung bedürfen die Rechte an Geisteserzeugnissen. Sie zerfallen in die Urheberrechte (Tit. III) und das Erfinderrecht (Tit. IV).

Zweiter Titel.

Namen- und Zeichenrechte.

§ 83. Namenrechte.

I. Der bürgerliche Name¹.

1. Familienname und Vorname. Mit der Persönlichkeit des einzelnen Menschen ist als ständige Bezeichnung seiner Individualität ein bestimmter bürgerlicher Name rechtlich verknüpft, der sich nach heutigem deutschem Rechte aus einem Familiennamen und einem oder mehreren Vornamen zusammensetzt².

Der Familienname drückt die Zugehörigkeit zu einer durch Geschlechtszusammenhang verbundenen Familie aus³. Er wird daher

¹ K. Einert, Erörterung einzelner Materien des Civilrechts, 2. Aufl, Dresd. u. Leipz. 1846, S. 75 ff. R. Hermann, Ueber das Recht der Namensführung und der Namensänderung, Arch. f. e. Pr. XLV (1862) S. 153 ff. u. 315 ff. S. Levi, Vorname u. Familienname im Recht, Gießen 1888. J. Kohler, Das Individualrecht als Namenrecht, Arch. f. b. R. V 77 ff., auch schon Recht des Markenschutzes S. 5 ff. Nippold, Vorname u. Familienname nach dem Entwurfe eines b. Gb. f. d. D. R. u. nach sächs. R., Sächs. Arch. f. bürg. R. u. Proz. I 361 ff. O. Fischer, Der Rechtsschutz des Namens, Arch. f. b. R. VI 306 ff. — Beseler, D.P.R. § 56. Gerber, D.P.R. § 34 Anm. 1. Stobbe, D.P.R. III § 163. — Windscheid, Pand. I § 42 Anm. 2. Dernburg, Pand. I § 22 Anm. 9. Regelsberger, Pand. I 199. — Gareis in Busch Arch. XXXV 197. Jhering, Jahrb. f. D. XXIII 320 ff. Bekker ib. XXX 278. — Thon, Rechtsnorm S. 153. — Rösler, Verwaltungsr. I § 19. G. Meyer, Verwaltungsr. I § 31. v. Sicherer, Art. „Namengebung“ in Stengels Wörterbuch II 158 ff. — Gierke, Entw. S. 86 ff. — Kaserer, Ueber die Personennamen und deren Aenderung nach öst. Gesetzen, Wien 1879. — Huber, Schweiz. P.R. I 417 ff. — Rechtsgutachten von Schneider, Kohler und Laband in Sachen von Orelli wider Corragioni d'Orelli, Zürich 1889.

² Ueber die erst in unserem Jahrhundert zum Abschluss gekommene Entwicklung des Systems der Familiennamen als Zunamen zu den ursprünglich alleinigen Vornamen vgl. Arnold, Verfassungsgesch. der deutschen Freistädte II 197 ff., Levi a. a. O. S. 1 ff.

³ Hierbei gilt als Regel das agnatische Prinzip.

durch Geburt erworben. Das eheliche Kind folgt dem Namen des Vaters⁴, das uneheliche dem Namen der Mutter⁵. Aushülfsweise findet, wo der angeborne Name nicht zu ermitteln ist, staatliche Verleihung statt⁶. Eine Aenderung des Familiennamens erfolgt durch den Eintritt in eine andere Familie. Darum nimmt die Frau mit der Heirath den Namen des Mannes an⁷. Ebenso erwirbt das un-

⁴ Ausnahmen gelten nur bei Mißheirathen und Ehen zur linken Hand im hohen Adel; oben § 47 Anm. 20 u. 33 ff. — Kinder aus ungültigen Ehen führen dann den Namen des Vaters, wenn sie die Rechte ehelicher Kinder haben; Code civ. Art. 201, Oest. Gb. § 160, Kaserer S. 25, Levi S. 17, Nippold S. 366 ff.; abweichend Pr. L.R. II 1 § 53. Ebenso Brautkinder; Stobbe IV § 261 Anm 35, Levi S. 18, Sächs. Gb. § 1578 u. dazu Nippold S. 369.

⁵ Hermann S. 322 ff., Levi S. 18 ff., Nippold S. 364 ff., Pr. L.R. II, 2 § 640, Oesterr. Gb. § 165, Sächs. Gb. § 1801, Entw. II § 1594. Nach französ. R. bedarf es jedoch erst einer Anerkennung durch die Mutter, damit das Kind ihren Namen erlange. Levi S. 24 ff., Hinschius, Komm. zum Personenstandsges. § 25 Anm. 59. — Das uneheliche Kind der Witwe oder geschiedenen Frau führt, da es der Familie ihres früheren Ehemanns nicht angehört, nicht den durch Heirath erworbenen, sondern den ursprünglichen Namen der Mutter; Stobbe § 261 Anm. 5, Koch, Anm. zu § 640 Pr. L.R. II, 2, Krainz § 459 Anm. 1, Entw. II § 1594; a. M. Levi S. 27 ff. Das uneheliche Kind der adligen Mutter führt, da es den Adel nicht erwirbt (oben § 48 Anm. 5), ihren Namen ohne Adelsprädikat. — Durch Anerkennung der Vaterschaft wird dem Kinde der Name des Vaters nicht verschafft; R.Ger. V Nr. 45. Anders nach französ. R.; Levi S. 20 ff. Auch gestatten einige Partikularrechte, daß dem Kinde mit Einwilligung des Vaters dessen Familienname beigelegt werde; Roth, D.P.R. § 172 Anm. 2, Stobbe IV § 261 Anm. 7, Levi S. 21 ff.

⁶ So bei den Findelkindern; Personenstandsges. § 24, v. Sicherer, Komm. S. 108, Hinschius S. 87 Anm. 57, Levi S. 29 ff. Unrichtig Nippold S. 371 ff., der das Recht der Namensbeilegung dem Vormunde zuschreibt. Im Falle späterer Entdeckung der Herkunft des Kindes muß der beigelegte Name dem wirklichen Namen weichen. — Partikularrechte kennen auch eine staatliche Namensbeilegung in gewissen Fällen, in denen ein uneheliches Kind weder den mütterlichen noch den väterlichen Namen erwirbt; so das französ. R. (wenn weder Mutter noch Vater das Kind anerkannt haben), das österr. R., das Berner Gb. § 205 u. andere schweiz. Rechte; Levi S. 23 ff., Huber I 417.

⁷ Pr. L.R. II, 1 § 192, Oest. Gb. § 92, Entw. II § 1255. Ausnahmen bei Mißheirathen und Ehen zur linken Hand, oben § 47 Anm. 19 u. 33 ff. — Die Witwe behält den Familiennamen des Mannes. Die geschiedene Frau kann, wenn sie für den schuldigen Theil erklärt ist, den Namen des Mannes nur mit dessen Bewilligung fortführen; sonst hat sie die Wahl, ob sie den Namen des Mannes beibehalten oder zu ihrem früheren Namen zurückkehren will. So Pr. L.R. II, 1 § 741—742, Gotha. Eheges. § 153—155, Schwarzb.-Sondersh. Ehescheidungsges. § 26, Bad. L.R. Art. 299a u. der r. M. n. auch das gem. R., vgl. Seuff. III Nr. 70 u. XVII Nr. 58 (a. M. Levi S. 32). Uebereinstimmend jetzt auch Entw. II § 1478. Dagegen büßt sie nach französ. R. unbedingt das Recht auf den Namen des Mannes ein; Zachariae III § 485. (Hierfür erklären sich *de lege ferenda* Hinschius,

eheliche Kind durch Legitimation den Namen des Vaters⁸, das Wahlkind durch Annahme an Kindesstatt den Namen des Wahlvaters oder der Wahlmutter⁹. Im Uebrigen kann eine Aenderung des Familiennamens von der Staatsgewalt bewilligt werden¹⁰. Ohne staatliche Bewilligung ist sie unzulässig¹¹.

Der Vorname dient als Unterscheidungszeichen des Individuums von anderen Trägern des gleichen Familiennamens. Er wird durch Beilegung erworben¹². Das Recht der Namengebung ist Ausfluss des Erziehungsrechtes und gebührt daher den Eltern mit Vorrang des Vaters und da, wo weder Vater noch Mutter vorhanden oder zur Ausübung des Rechtes im Stande sind, dem Vormunde¹³. Der gewählte Vorname muß sich im Allgemeinen als Name darstellen und

Arch. f. c. Pr. LXX 94 ff., Nippold S. 374). Umgekehrt behält sie nach Sächs. Gb. § 1748 stets den erheiratheten Namen. Gleiches wollte Entw. I § 1455 bestimmen.

⁸ Levi S. 33, Nippold S. 375 ff. — Bezüglich adliger Namen vgl. oben § 48 Anm. 6—8.

⁹ Pr. L.R. II, 2 § 682, 688—689, 713, Oest. Gb. § 182, Code civ. Art. 347, Entw. II § 1642; Levi S. 33 ff., Nippold S. 377 ff. Bei der Adoption durch eine Frau nimmt das Wahlkind deren ursprünglichen Namen an. Ueberall hat das Wahlkind das Recht, daneben seinen angeborenen Familiennamen fortzuführen; Entw. I § 1622 wollte sogar eine Pflicht zur Führung eines Doppelnamens begründen, was Entw. II a. a. O. beseitigt hat. — Ueber die Adelsprädikate vgl. oben § 48 Anm. 9 u. 18.

¹⁰ Pr. L.R. II, 20 § 1440b, Preufs. Ges. v. 30. Okt. 1816, C.O. v. 15. Apr. 1822 u. Allerh. Erl. v. 12. Juli 1867; Französ. Ges. v. II. Germinal de l'an XI sur les prénoms et changements de nom tit. II; Oldenburg. V. v. 28. Aug./6. Sept. 1826; Bad. V. v. 16. Dez. 1875; Hermann S. 160 ff., Levi S. 35 ff., G. Meyer, Verwaltungsr. I § 31. Die Beilegung des neuen Namens erfolgt auf Antrag und nach vorheriger Prüfung der Sachlage durch das Staatsoberhaupt oder eine von ihm ermächtigte Behörde (in Preussen die Bezirksregierungen). Zum Theil wird durch ein Veröffentlichungsverfahren Gelegenheit zu Einspruch gegeben (nach französ. R. binnen einem Jahre). Im Uebrigen mangelt es an jedem Schutze gegen Verletzung bestehender Namenrechte durch staatlich bewilligte Namensänderungen.

¹¹ Das in l. un. C. de mut. nom. 9, 15 anerkannte Recht eigenmächtiger Namensänderung, das auch in Deutschland vielfach geübt wurde (man denke an die Latinisirung und Gräcisirung deutscher Namen), besteht heute auch gemeinrechtlich nicht mehr; Hermann a. a. O., Beseler § 56, Levi S. 34 ff., Nippold S. 363 ff.; a. M. G. Meyer, Verwaltungsr. I § 31.

¹² Die Beilegung erfolgt nicht durch einen Akt vor dem Standesamte, sondern vorher. Auf die Sitte der Beilegung bei der Taufe nimmt das Personenstandsgesetz in § 22 Abs. 3 Rücksicht; vgl. oben § 41 Anm. 28. Durch die Eintragung in das Standesregister wird aber in maßgebender Weise beurkundet, daß und wie das Recht der Beilegung, das nur einmal ausgeübt werden kann, ausgeübt worden ist. Vgl. v. Sicherer S. 101 ff., Levi S. 8 ff., Hinschius S. 82—88, oben § 41 Anm. 22—23.

¹³ v. Sicherer S. 97, Levi S. 11.

darf nicht wider die gute Sitte, die staatliche Ordnung oder das religiöse Gefühl verstossen¹⁴. Partikularrechte ziehen der Wahl der Vornamen noch engere Grenzen¹⁵. Auch die Vornamen können nicht eigenmächtig, sondern nur mit staatlicher Bewilligung geändert werden¹⁶.

Der Familienname bildet sowohl für sich wie in seiner Vervollständigung durch Vornamen als bürgerlicher Name den Gegenstand eines Privatrechtes¹⁷, das sich als ein besonderes Persönlichkeitsrecht von dem allgemeinen Rechte der Persönlichkeit abhebt¹⁸. Dieses Recht ist jedoch unverzichtbar¹⁹, unübertragbar²⁰ und unvererblich²¹.

¹⁴ v. Sicherer S. 98, Levi S. 12, Hinschius S. 82 Anm. 48.

¹⁵ In Sachsen-Weimar dürfen nicht dieselben Vornamen gewählt werden, die der Vater oder ein anderer Ortseinwohner gleichen Familiennamens trägt; in Hessen nur übliche Vornamen; nach dem oben Anm. 10 angef. französ. Ges. nur kalendermäßige oder aus der alten Geschichte bekannte Vornamen; v. Sicherer S. 97 ff., Levi S. 13 ff., Hinschius S. 82 Anm. 48. Für Preußen ist das französ. Ges. durch Ges. v. 23. Mai 1894 aufgehoben.

¹⁶ Hermann S. 159, v. Sicherer S. 101 Anm. 66 u. S. 102 ff., Levi S. 13 ff., Hinschius S. 82; a. M. G. Meyer I § 81. Vgl. Bad. V. v. 16. Dez. 1875 § 5, Brem. Instr. v. 10. Dez. 1875 § 35. — Ueber die Eintragung der Aenderung von Familiennamen oder Vornamen in das Standesregister vgl. v. Sicherer S. 123, Hinschius S. 98 Anm. 67.

¹⁷ Vgl. für das gem. R. R.Ger. V 172 u. XXIX 125: „ein im Rechtswege verfolgbares Privatrecht“; ferner II 147, Bolze VIII Nr. 32 u. 33; auch Seuff. VI Nr. 6, XLIV Nr. 30, XLVIII Nr. 263. Die neueren Gesetzbücher erkennen das Recht am Familiennamen schon durch die Stellung, die sie den Vorschriften über Erwerb und Aenderung des Namens anweisen, als Privatrecht an; vgl. über das preuß. R. O.Trib. XLVI 193 ff., R. Ger. im J. M. Bl. v. 1884 S. 37. Von den Schriftstellern vgl. bes. Hermann S. 315 ff., Beseler § 58, Thon S. 153, Gareis a. a. O., Kohler a. a. O., Levi S. 47 ff., Schneider a. a. O. S. 10 ff., Laband a. a. O. S. 25 ff. — Bestritten wird das Privatrecht am Namen von Einert a. a. O. S. 109 ff., Kaserer S. 14, Rösler a. a. O., Jhering a. a. O., Gerber a. a. O., Stobbe II 52.

¹⁸ Als „Individualrecht“ bezeichnen es Gareis a. a. O., Kohler a. a. O., Levi S. 59, Obst. L.G. f. Bayern b. Seuff. XLVIII Nr. 48. Die französ. Jurisprudenz neigt auch hier zur Annahme eines Eigenthums; Kohler, Arch. f. b. R. V 99 ff. Ebenso spricht das O.L.G. Marienwerder b. Seuff. XLVIII Nr. 3 von einem „privatrechtlichen Eigenthum“.

¹⁹ Auch durch Verzicht auf den Adel (oben § 48 IV 2) erlischt nicht das Recht auf den bisherigen Namen, falls nicht damit eine Namensänderung (oben Anm. 9—10) verbunden ist.

²⁰ Kohler, Markenschutz S. 14 ff., Levi S. 60, R.Ger. IX 1 ff., XXIX 132 ff. (daher kein Namenserwerb durch einen behufs Namensübertragung simulirten Arrogationsvertrag).

²¹ Unrichtig Hermann S. 339 ff. Der Familienname wird nicht ererbt, sondern angeboren. Anders natürlich da, wo er sich nicht vervielfältigt, sondern erst durch den Tod des bisherigen Trägers auf einen nach Erstgeburtsrecht berufenen Nachfolger übergeht, wie der englische Peersname.

Auch ist es nur in geringem Umfange der Verfügung seines Subjektes unterworfen²².

Das Privatrecht am bürgerlichen Namen enthält zunächst das Recht zu dessen Führung, das von Jedermann anerkannt werden muß und im Falle der Bestreitung durch Feststellungsklage zur Anerkennung gebracht werden kann²³. Dem Staate gegenüber ist das Führungsrecht zugleich Führungspflicht²⁴, während anderen Personen gegenüber eine Pflicht zur Führung des rechten Namens nicht besteht²⁵.

In dem Privatrechte am bürgerlichen Namen ist aber auch das Recht zur Untersagung unbefugter Eingriffe Anderer enthalten. Dieses Verbotungsrecht kann im Wege der negativen Feststellungsklage geltend gemacht werden, gewährt jedoch auch einen klagbaren Anspruch auf Beseitigung vorhandener und Unterlassung künftiger Beeinträchtigungen und im Falle schuldhafter Verletzung auf Schadensersatz²⁶. Reichsrechtlich gewährleistet ist der Schutz des bürgerlichen Namens gegen Anmaßung durch unbefugte Führung des gleichen Namens als Firma²⁷. Darüber hinaus ist in der deutschen Praxis mehr und mehr die Ansicht durchgedrungen, daß überhaupt ein allgemeiner Anspruch auf Privatrechtsschutz gegen unbefugte Anmaßung eines bürgerlichen Namens besteht²⁸. In der That muß, sobald das

²² Fälle einer solchen Verfügung vgl. oben Anm. 5 (Bewilligung der Führung des väterlichen Namens durch uneheliche Kinder), Anm. 7 (Bewilligung des Mannes und Wahlrecht der Frau bei Ehescheidung) u. Anm. 9 (Wahlrecht des Wahlkinds). Vgl. ferner über Ausschluss des Verbotungsrechtes durch frühere Einwilligung in die Führung des Namens Seuff. XVIII Nr. 44 u. R.Ger. V 176. Andere Fälle wirksamer Verfügung b. Kohler, Arch. f. b. R. V 91 ff.

²³ Seuff. XVIII Nr. 44; Hermann S. 334 ff., Levi S. 56 ff., Fischer S. 309 ff. Ausdrücklich will Entw. II § 22 „das Recht zur Führung eines Namens“ gegen Bestreitung schützen.

²⁴ Str.G.B. § 360 Z. 8. Vgl. Laband a. a. O. S. 27.

²⁵ Vgl. Seuff. XLIV Nr. 30 (Abweisung der Klage eines Vaters, der aus eigenem Recht gegen seine geschiedene Ehefrau ein Verbot erzielen will, den gemeinsamen Sohn, an dem ihr das Erziehungsrecht eingeräumt ist, mit ihrem Mädchennamen zu nennen und durch Dritte nennen zu lassen). Vgl. auch unten Anm. 34.

²⁶ Fischer a. a. O. S. 310 ff.; Kohler a. a. O. S. 96; Laband a. a. O. S. 25 ff. Zur Beseitigung der Beeinträchtigung gehört auch die Einwilligung in die Abänderung der dem Rechte des Namenträgers widersprechenden Einträge in Standesregistern, Handelsregistern, Grundbüchern, Notariatsurkunden u. s. w.

²⁷ H.G.B. Art. 27; dazu R. Ger. VII Nr. 78, XIX Nr. 4, XXII Nr. 10, XXV Nr. 1, Seuff. XLVII Nr. 127. Vgl. auch H.G.B. Art. 24 Abs. 2 u. dazu R.G. V Nr. 30.

²⁸ Am frühesten zu Gunsten adliger Familiennamen anerkannt (oben § 48 Anm. 35), ist doch der Privatrechtsschutz grundsätzlich immer dem Familiennamen

Namenrecht als absolutes Privatrecht anerkannt wird, Jedermann, der zur Führung eines bestimmten bürgerlichen Namens befugt ist, ohne Weiteres auch als befugt gelten, jedem Unbefugten die Führung des gleichen bürgerlichen Namens zu untersagen. Denn da einerseits im Wesen des Namenrechtes als eines Rechtes an einem Unterscheidungszeichen die Ausschließlichkeit liegt, andererseits die Führung eines nicht gehörig erworbenen Namens als bürgerlichen Namens stets widerrechtlich ist, sind die Voraussetzungen einer im Rechtswege verfolgbareren Privatrechtsverletzung gegeben. Eine Verkümmernng des Klagerechtes durch die Forderung des Nachweises eines besonderen Interesses an der Unterlassung der Namensanmaßung widerspricht der Rechtskonsequenz und wird durch das Bedürfnis keineswegs geboten²⁹. Dem Namenberechtigten gebührt aber ein Privatrechtsschutz nicht bloß gegen Anmaßung, sondern auch gegen Mißbrauch seines bürgerlichen Namens. Reichsrechtlich besteht ein derartiger Schutz gegen unbefugte gewerbliche Verwendung eines bürgerlichen Namens als Waarenzeichen³⁰. Nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen

als solchem gewährt worden; vgl. schon Erk. der Leipz. Juristenfak. v. 1781 b. Hermann S. 336—337, ferner Seuff. VI Nr. 3, XVII Nr. 3 u. 58, XIX Nr. 114, XXIX Nr. 79, XLIV Nr. 30, XLVIII Nr. 263, R.Ger. II Nr. 39 S. 147 ff., V Nr. 45 S. 172 ff., XXIX Nr. 32 S. 125 ff., französ. Praxis b. Kohler, Arch. f. b. R. V 97 ff.

²⁹ Während Manche eine Klage überhaupt nur ausnahmsweise zulassen wollen (vgl. z. B. Hermann S. 336 ff. u. Stobbe § 163 Anm. 9—10, bei injuriösen Verletzungen auch Einert S. 101 u. Jhering S. 320 ff.), schränken Andere, obwohl sie grundsätzlich ein Verbotungsrecht anerkennen, dieses auf Fälle ein, in denen die Namensanmaßung den Umständen nach geeignet ist, den Schein der Zugehörigkeit zu einer bestimmten Familie oder der Identität mit einer anderen Person zu erregen; vgl. Levi S. 58, Kohler S. 77 u. 93, Nippold S. 383, auch Motive zu Entw. I Bd. IV 1005 ff. Entw. II § 22 will das Klagerecht an die Voraussetzung binden, daß der Kläger „in seinem Interesse“ verletzt sei. Fischer S. 307 will dafür „zum Nachtheil“ sagen. Einig ist man übrigens, daß das Interesse kein vermögensrechtliches zu sein braucht; Beseler § 56. Solche Einschränkungen hätten einen Sinn, wenn es eine Freiheit der Namensänderung gäbe und somit ein legitimes Interesse gegen chikanöse Ausbeutung des Verbotungsrechtes zu schützen wäre. Dagegen werden sie durch die Ausmalung der Gefahr, daß einmal sämtliche Meyer oder Schmidt gegen einen sich unbefugt so Nennenden klagen könnten, nicht gerechtfertigt. Könnten sie nicht, wenn sie wirklich klagten, ein „Interesse“ daran behaupten, daß ihre ohnehin unbequem große Zahl nicht noch durch Eindringlinge vermehrt werde? Man kann aber wohl dieser Gefahr getrost ins Auge sehen! Die Praxis hat bisher in keinem einzigen Falle Gelegenheit gehabt, den Namensschutz wegen mangelnden Interesses zu versagen. Sie hat nur öfter das vorhandene Interesse betont, um auszuführen, daß „mindestens“ in Fällen, wie dem zu beurtheilenden Streitfalle, ein Verbotungsrecht bestehe; so z. B. R.Ger. XXIX 126.

³⁰ R.Ges. 30. Nov. 1874 § 13—14 u. v. 12. Mai 1894 § 14; vgl. unten § 84 V 1. — Auch andere Formen des gewerblichen Namensmißbrauches können, indem sie den

aber kann überhaupt Jedermann einen Mißbrauch seines Namens insoweit verbieten, als darin ein unbefugter Eingriff in seine Persönlichkeitssphäre liegt. So braucht Niemand zu dulden, daß ein Anderer seinen Namen in irreführender Weise als Pseudonym gebrauche oder auf verletzende Art zur Bezeichnung einer Roman- oder Schauspielfigur verwende oder zur Reklame für ein bedenkliches Unternehmen benutze⁸¹.

2. **Verbandsnamen.** Auch die Verbandspersonen haben ihre ständigen Namen, die insoweit, als sie nicht Firmen sind, zu den bürgerlichen Namen gehören⁸². Der durch Unvordenklichkeit, eigne Wahl oder staatliche Beilegung gehörig erworbene Verbandsname bildet gleichfalls den Gegenstand eines besonderen Privatrechts. Jede Verbandsperson hat daher nicht nur zweifellos ein Recht auf Führung ihres Namens, sondern auch ein Verbotungsrecht gegen unbefugte Eingriffe in ihre Persönlichkeitssphäre durch Namensanmahlung oder Namensmißbrauch⁸³.

3. **Angenommene Namen.** Innerhalb eines durch die Sitte festgestellten Rahmens ist es gestattet, im Verkehre mit dem Publikum statt des bürgerlichen Namens für bestimmte Beziehungen der Persönlichkeit einen angenommenen Namen (Pseudonym) zu führen⁸⁴. Der angenommene Name kann sich vermöge des an ihn sich knüpfenden Rufes zu einem werthvollen Persönlichkeitsgute entfalten und genießt als solches Privatrechtsschutz gegen unbefugte Eingriffe Dritter⁸⁵.

Thatbestand des unlauteren Wettbewerbes begründen, nach dem oben § 82 V Bemerkten ein fremdes Recht verletzen. Vgl. O. Mayer, Z. f. H.R. XXVI 387 ff.

⁸¹ Vgl. Kohler a. a. O. S. 79, 83 ff. u. 87, Nippold S. 383, Fischer S. 308. Ein absoluter Schutz, wie gegen Namensanmahlung, besteht in dieser Richtung nicht, weil der Gebrauch von Phantasienamen nicht wie die Führung eines unrichtigen bürgerlichen Namens schon an sich widerrechtlich ist.

⁸² Oben § 66 Anm. 8. Manche Verbandspersonen haben nur eine Firma, so daß ihr Namenrecht im Firmenrecht aufgeht. Im Uebrigen gelten über Beschaffenheit, Erwerb und Aenderung der Verbandsnamen bei den einzelnen Verbandsgattungen sehr verschiedene Regeln.

⁸³ Und zwar sowohl gegen andere Verbandspersonen wie gegen Einzelpersonen. Vgl. Kohler a. a. O. S. 108 ff. Auch R.Ger. XXIX 126, wo anerkannt ist, daß, wenn eine Familie körperschaftlich organisirt ist, sowohl die Familie als solche wie jedes Familienglied für sich gegen Anmahlung des Familiennamens klagen kann. — Ueber den Mißbrauch von Verbandsnamen als Waarenbezeichnungen vgl. unten § 84 VI 2.

⁸⁴ Schriftstellernamen, Künstlernamen, Theaternamen. Man denke aber auch an Klostersnamen. Ferner an Inkognitoreisen. Vgl. Levi S. 46 ff., Kohler S. 78. Dazu oben Anm. 24—25 u. 31.

⁸⁵ Aus dem allgemeinen Gesichtspunkte des Rechtes der Persönlichkeit; oben § 81 Anm. 9. Vgl. Jhering a. a. O. S. 322 ff., Kohler a. a. O. S. 79 ff. —

II. Die Firma⁸⁶. Eine besondere Ausgestaltung und einen gesteigerten Schutz hat das Namenrecht als Firmenrecht empfangen⁸⁷.

Die Firma ist ein Handelsname; sie bezeichnet eine Person (Einzel- oder Verbandsperson) oder eine zur Personeneinheit verbundene Mehrheit von Personen als Prinzipal eines kaufmännischen Gewerbebetriebes⁸⁸. Wesentlich ist ihr eine feste, schablonenhafte Form⁸⁹. Berechtigter zur Führung einer Firma ist, wer Kaufmannseigenschaft hat und nicht zu den Minderkaufleuten gehört⁴⁰. Diese Berechtigung ist zugleich Verpflichtung⁴¹. Begründet wird eine Firma durch private Willensthat, die „Annahme“ eines Handelsnamens, bei der jedoch die Freiheit der Namenbildung durch das Gebot der Firmenwahrheit und durch das Verbot des Eingriffes in bestehende Firmenrechte eingeschränkt wird⁴². Mit den gleichen Einschrän-

Ueber den Schutz von Künstlermonogrammen R.Ges. v. 9. Januar 1876 § 6 Z. 1 u. Kohler S. 82 ff.

⁸⁶ Vgl. v. Völderndorff in Endemanns Handb. I 192 ff.; Behrend, H.R. § 40; Cosack, H.R. § 16; Beseler § 224 V; Ehrenberg, Z. f. H.R. XXVIII 25 ff. — Das Nähere gehört ins Handelsrecht.

⁸⁷ Die Geschichte des Firmenwesens führt auf das aus der germanischen Marke entwickelte Kaufmannszeichen (unten § 84) zurück, dessen Funktion bei der Unterzeichnung von Urkunden zuerst bei Handelsgesellschaften ein gemeinsamer Handelsname übernahm, während bei Einzelkaufleuten erst später ein besonderer Handelsname üblich wurde.

⁸⁸ H.G.B. Art. 15. Sie ist also Personennamen, nicht Sachname (oben § 66 Anm. 8, R.Ger. IX 105); Geschäftsnamen kommen vor (z. B. für Apotheken oder Gasthöfe), sind aber keine Firmen. Sie ist Personennamen des Kaufmanns, nicht einer von ihm verschiedenen juristischen Person (oben § 30 Anm. 10, R.Ger. IX 106). Sie ist aber Personennamen nur für einen geschäftlichen Bereich. Darum führt der Kaufmann in seinen außergeschäftlichen Beziehungen seinen bürgerlichen Namen und kann für mehrere Geschäfte mehrere Firmen führen (R.O.H.G. XX Nr. 12). Nur bei Handelsgesellschaften und eingetragenen Genossenschaften deckt sich, weil ihre Personeneinheit oder Verbandspersönlichkeit lediglich für ihren geschäftlichen Zweck besteht, die Firma völlig mit dem Namen (oben § 66 Anm. 8).

⁸⁹ R.O.H.G. IV Nr. 53, IX Nr. 96. So ist z. B. eine Firma mit abgekürztem Vornamen von der im Uebrigen gleichlautenden Firma mit ausgeschriebenem Vornamen verschieden.

⁴⁰ Die Firmen von Minderkaufleuten sind keine Firmen im Rechtssinne und unterstehen daher nicht dem besonderen Firmenrecht. Solche Sätze des Firmenrechts aber, die sich mit dem allgemeinen Namenrechte decken, finden auch auf sie Anwendung; R.Ger. XII Nr. 3, Seuff. XLVII Nr. 3.

⁴¹ H.G.B. Art. 19 u. 26.

⁴² Vgl. über das Gebot der Firmenwahrheit H.G.B. Art. 16—18 u. 26, R.Ges. v. 1. Mai 1889 § 3 u. v. 20. April 1892 § 4; R.Ger. XVI Nr. 12, XXVII Nr. 2; Seuff. XXXVIII Nr. 289, XXXIX Nr. 32, XLIII Nr. 280, XLIX Nr. 105. Die

kungen unterliegt die Firma der Aenderung durch private Willenserklärung⁴³. Die Firma erlischt durch Wegfall des Geschäftes⁴⁴. Alle auf den Bestand oder die Inhaberschaft einer Firma bezüglichen Vorgänge sollen durch Eintragung in das Handelsregister veröffentlicht werden⁴⁵. Die Eintragung hat keine konstitutive Bedeutung⁴⁶, verschafft jedoch dem Firmenrechte erst seine volle Wirksamkeit⁴⁷.

An der gehörig erworbenen Firma besteht ein Privatrecht, das gleich anderen Namenrechten die Natur eines Persönlichkeitsrechtes hat⁴⁸. Das Recht an der Firma ist daher, obschon es einen vermögensrechtlichen Inhalt entfaltet, in seinem Kerne kein Vermögensrecht⁴⁹. Demgemäß ist es für sich unübertragbar⁵⁰. Allein zusammen mit dem Geschäft, auf das es sich bezieht, wird es vererbt⁵¹ und

vom Handelsgerichte durch Ordnungsstrafen zu erzwingenden Vorschriften zielen auf Anschluß an den bürgerlichen Namen, auf Kenntlichmachung des Ob und Wie einer gesellschaftlichen oder genossenschaftlichen Bildung des Firmenträgers und auf Uebereinstimmung der dem Namen beigefügten Zusätze mit der Wirklichkeit. Sie lassen aber für unendliche Variationen bei der Wahl einer Firma Spielraum. — Ueber das Verbot des Eingriffes in bestehende Firmenrechte vgl. unten Anm. 56. — Die thatsächlich geführte ungehörige Firma ist Firma; R.O.H.G. XVI Nr. 60a, XXII Nr. 17. An ihr besteht aber kein Recht. Ein solches entsteht auch nicht durch Ersitzung; R.Ger. VII Nr. 78, XXV Nr. 1.

⁴³ H.G.B. Art. 25; Behrend § 40 Anm. 42.

⁴⁴ R.Ger. XXIX Nr. 20 S. 69. Nicht schon durch Eintritt in die Liquidation; ebenda S. 68. Auch nicht durch Konkursöffnung; Behrend § 40 Anm. 43.

⁴⁵ H.G.B. Art. 19, 25 u. 26; R.Ges. v. 30. März 1888.

⁴⁶ Vielmehr ist auch die nicht eingetragene Firma eine Firma (R.O.H.G. III Nr. 85, X Nr. 95), und an der unbefugt geführten Firma entsteht durch Eintragung kein Recht (R.Ger. VII Nr. 78, XXV Nr. 1, anders Seuff. XLV Nr. 21). Ebenso ist die noch eingetragene, aber thatsächlich erloschene Firma keine Firma mehr (R.Ger. XXIX 70), und durch Löschung des Eintrages erlischt die Firma nicht (R.O.H.G. X Nr. 64).

⁴⁷ Schutz nach H.G.B. Art. 20; vgl. unten Anm. 56. Registerrecht nach H.G.B. Art. 25 Abs. 2—3; vgl. Seuff. XLVII Nr. 211. Andere Folgen b. Cosack § 16 Nr. 7c.

⁴⁸ Uebereinstimmend Gareis in Busch Arch. XXXV 185 ff., Dernburg, Pand. I § 22 Anm. 11, Regelsberger I § 50 I.

⁴⁹ R.Ger. IX Nr. 22 S. 106. Darum unterliegt es nicht der Zwangsvollstreckung, wird vom Konkurse nicht mitumfaßt, kann vom Konkursverwalter nicht gültig veräußert werden.

⁵⁰ H.G.R. Art. 23. — Der Verfügung unterliegt es insoweit, als ein Versprechen, es einer bestimmten Person gegenüber nicht geltend zu machen, bindend ist; vgl. R.Ger. XXIX Nr. 20 S. 70 ff. u. dazu oben Anm. 22.

⁵¹ H.G.B. Art. 22; Behrend § 40 Anm. 32. Ueber Vermächtniß einer Firma R.Ger. IX Nr. 16.

kann es veräußert werden⁵². Insoweit fällt das Gebot der Firmenwahrheit weg⁵³.

In dem Rechte an der Firma liegt die Befugniß, sie im Betriebe des Handelsgewerbes als Namen zu führen⁵⁴. Zugleich aber ist in dem Rechte an der Firma eine Untersagungsbefugniß gegen Anmaßung und Mißbrauch durch unbefugte Dritte enthalten⁵⁵. Durch die Eintragung steigert sich dieses Recht zu einem ausschließlichen Rechte, vermöge dessen die Führung einer gleichlautenden Firma an demselben Orte auch dem verboten werden kann, der sonst kraft Namenrechtes dazu befugt wäre⁵⁶. Wer in seinem Firmenrechte verletzt ist, kann auf Anerkennung seines Rechtes, auf Beseitigung vorhandener und Unterlassung künftiger Beeinträchtigungen und im Falle des Verschuldens auf Schadensersatz klagen⁵⁷. Der Schutz der Firma gegen unbefugte Verwendung zur Waarenbezeichnung ist besonders geregelt⁵⁸.

§ 84. Zeichenrechte.

I. Marken¹. Uralter Zeit, in der der Name nur für das Ohr vorhanden war, entstammt die Sitte, für das Auge als ständiges Zeichen

⁵² H.G.B. Art. 22; Behrend § 40 Anm. 33–37; Cosack S. 55. Zur Gültigkeit ist erforderlich, daß der Veräußerer die Firma bisher wirklich (nicht bloß scheinbar) für ein ihm gehöriges Handelsgeschäft befugter Weise geführt hat, daß dieses Geschäft in seinem wesentlichen Bestande wirklich übertragen, und daß es vom Erwerber wirklich fortgesetzt wird; vgl. R.O.H.G. VI Nr. 57, R.Ger. I Nr. 95, III Nr. 27, IX Nr. 1, XXII Nr. 10, XXV Nr. 1. — Vgl. auch H.G.B. Art. 24.

⁵³ Anders nach Schweiz. O.R. Art. 866, 872 u. 874, indem hier ein das Nachfolgeverhältniß ausdrückender Zusatz, wie ihn das deutsche Recht nur gestattet, geboten ist.

⁵⁴ H.G.B. Art. 15. Auch der Einzelkaufmann kann unter der Firma klagen und verklagt werden; R.O.H.G. III Nr. 85, X Nr. 95, XIV Nr. 99, R.Ger. VI Nr. 26. Ebenso in das Grundbuch eingetragen werden; Z. f. H.R. XXIII 263.

⁵⁵ Mit Unrecht nimmt das R.Ger. XXIX Nr. 18 (vgl. auch XX Nr. 14 u. Seuff. XLIII Nr. 281) an, daß der Firmenschutz durch das Reichsrecht erschöpfend geregelt sei. Das allgemeine Verbot des Eingriffes in fremde Persönlichkeitsrechte und insbesondere in Namenrechte bleibt dahinter in Kraft. Vgl. Seuff. XXXIX Nr. 226.

⁵⁶ H.G.B. Art. 20, R.Ges. v. 1. Mai 1889 § 3 Abs. 2. Das ausschließliche Recht erstreckt sich aber nicht auf eine bestimmte Schreibweise des Namens; R.Ger. II Nr. 37.

⁵⁷ H.G.B. Art. 27. Ein besonderes Interesse braucht der Kläger nicht nachzuweisen; R.Ger. XIX Nr. 4.

⁵⁸ Vgl. unten § 84 V 1. Die Firma wird hier nicht als Name, sondern als Waarenzeichen behandelt und geschützt.

¹ Michelsen, Die Hausmarke, eine germanist. Abh., Jena 1853. Homeyer, Die Haus- und Hofmarken, Berlin 1870; Sitzungsber. der Berl. Akad. d. Wiss.

der Persönlichkeit ein einfaches, aus geraden oder krummen Strichen zusammengesetztes figürliches Zeichen (signum), die „Marke“, zu verwenden. Das germanische Recht hatte schon zur Zeit der Volksrechte die Marke zu einem Rechtsinstitute ausgeprägt² und hat im späteren Mittelalter dieses Rechtsinstitut in reicher Verzweigung um- und fortgebildet.

Ursprünglich führte wohl jeder einzelne Volksgenosse seine besondere „Hausmarke“³. Später verfestigte sich vielfach und namentlich im Adel die Marke zu einem dauernden Familienzeichen⁴. Oft wurde sie auch als „Hofmarke“ auf ein bestimmtes Grundstück radiziert⁵. Bei den Kaufleuten und Handwerkern trat sie mit dem Gewerbebetriebe in Verbindung⁶. Zu den Einzelzeichen kamen Gesellschaftszeichen⁷. Auch Körperschaften und Anstalten führten als Verbandspersonen ihre Marken⁸. Im Sinne des alten Genossenschaftsrechtes wurden die Genossenschaftszeichen vielfach zugleich von den einzelnen Mitgliedern als Genossenzeichen gebraucht oder besondere Zeichen für die Angehörigen eines genossenschaftlichen Verbandes als solche ausgebildet⁹.

1872 S. 611 ff. G. Dietzel, Das Handelszeichen und die Firma, in Jahrb. des gem. R. IV (1860) S. 227 ff. G. Lastig, Markenrecht und Zeichenregister, Halle 1889. Kohler, Das Recht des Markenschutzes, Würzb. 1884.

² Homeyer, Hausmarken S. 8 ff.; Schröder, R.G. S. 12 Anm. 12; Gierke, Jahrb. f. Nationalök. u. Statist., N. F. XX 371.

³ Homeyer S. 136 u. 186; Schröder a. a. O. (er vermuthet Beilegung bei der Ackerverloosung).

⁴ Dietzel S. 259; Homeyer S. 187 ff. — Ueber Führung der Marke bald neben bald in dem Wappen vgl. Homeyer S. 354 ff.

⁵ Homeyer S. 195 ff. und über die ähnliche Erscheinung der Hofnamen als Personennamen S. 200 ff. — Ein auf dem Stammgut radiziertes Familienzeichen ist das sächsische „Handgemal“; der Ausdruck bezeichnet dann zugleich das Gut selbst; Homeyer, Abh. der Berl. Akad. 1852 S. 17 ff., Schröder, R.G. S. 424 Anm. 5.

⁶ Homeyer, Hausmarken S. 172 ff., 266 ff.; Dietzel S. 260 ff.; Kohler S. 41 ff.; Lastig S. 64 ff.; Goldschmidt, Handb. I 1, 1 S. 136 u. 242; Huber, Schweiz. P.R. IV 298 Anm. 31.

⁷ Dietzel S. 273 ff.; Homeyer S. 184 ff., 315 ff.; Kohler S. 52 ff.; Lastig S. 136 ff. u. 186 ff.

⁸ Homeyer S. 181 ff.; Lastig S. 56 ff. — Setzt eine Stadt oder Zunft ihre Marke als Beschauzeichen, Heimathszeichen oder Zollzeichen auf die im Eigenthum von Einzelpersonen stehenden Sachen, so bedient sie sich ihrer nicht weniger, als wenn sie mit ihr eigne Sachen zeichnet, zum Ausdrucke ihrer Verbandspersönlichkeit.

⁹ Hier wurzeln die örtlichen oder gewerblichen „Gemeinzeichen“, die später freilich oft in allgemein offen stehende „Freizeichen“ übergiengen. Vgl. Homeyer S. 343 ff., Kohler S. 186 ff.

Das Recht an der Marke war als ein besonderes Privatrecht anerkannt und geschützt¹⁰. Sein ursprünglicher Erwerb beruhte entweder auf eigener Annahme oder auf behördlicher Beilegung eines noch in Niemandes Besitz befindlichen Zeichens¹¹. Von Hause aus war es an die Person gebunden¹². Doch pflanzten Familienzeichen sich durch Geburt fort¹³. War das Recht an der Marke Zubehör eines Grundstückes, einer Gerechtigkeit oder eines Gewerbebetriebes geworden, so gieng es mit der Hauptsache auf Erben und sonstige Rechtsnachfolger über¹⁴. Zum Theil wurde das Markenrecht zu einem selbständig vererblichen und veräußerlichen Vermögensrechte¹⁵. Bereits im Mittelalter begegnen Einrichtungen, die das Markenwesen unter öffentliche Kontrolle stellen: Hinterlegung der Marken, Aufzeichnung in den Matrikeln, Anmeldung und Eintragung in besondere Zeichenregister¹⁶.

In dem Markenrechte lag die Befugniß und unter Umständen zugleich die Pflicht, die Marke zu gebrauchen¹⁷. Die mannichfachen Arten des Markengebrauches lassen sich in drei Gruppen eintheilen. Erstens diente die Marke als Personalzeichen zum unmittelbaren Aus-

¹⁰ Man sprach dabei von Eigenthum und Besitz, die mittelalterliche Jurisprudenz auch von *rei vindicatio* und *interdictum uti possidetis*; Dietzel S. 239 ff., 243, 267 ff.; Homeyer S. 306 u. 310; Lastig S. 191.

¹¹ Homeyer S. 300 ff., Lastig S. 182. Die bisweilen als „Okkupation“ bezeichnete Annahme einer Marke muß sich in fortgesetztem Gebrauche manifestiren und darf nicht in einen älteren Besitzstand eingreifen. Nur ausnahmsweise wurde die Marke behördlich verliehen.

¹² Es erlosch daher mit dem Tode; Homeyer S. 186. Auch sollte Jeder nur Eine Marke führen; *ib.* S. 305, Lastig S. 183.

¹³ Hierin liegt so wenig wie beim Namen eine Vererbung; Dietzel S. 259. Ein Uebergang zur Vererblichkeit ist aber darin zu erkennen, daß vielfach die Marke nur von Einem Familiengliede unverändert, von den anderen mit einer Abwandlung oder einer Beimarke fortgeführt wird; Homeyer S. 189 ff.

¹⁴ Homeyer S. 194 ff., 198 ff.; Dietzel S. 26 ff., 274 ff.; Lastig S. 161; Kohler S. 51.

¹⁵ Homeyer S. 314, Stobbe III 54 Anm. 20, Kohler S. 51 ff. u. Arch. f. d. civ. Pr. LXXXII 241, Lastig S. 183 ff. — Auf der Voraussetzung einer Uebertragbarkeit der kaufmännischen Marke beruhen die Erörterungen der mittelalterlichen Juristen über die im Einzelnen sehr bestrittenen Schicksale des Gesellschaftszeichens bei Auflösung der Gesellschaft; Dietzel S. 273 ff., Homeyer S. 315 ff., Lastig S. 185 ff.

¹⁶ Homeyer S. 302 ff., Lastig S. 165 ff. Regelmäßig dient sie nur der Kundmachung des Markenrechtes. Mitunter aber wird sie zum Erwerbe desselben gefordert; Lastig S. 182.

¹⁷ Ueber Fälle der Markenpflicht vgl. Homeyer S. 300, Lastig S. 181 ff., Kohler S. 44 ff.

drucke der Persönlichkeit¹⁸. So wurde sie insbesondere beim Loosen als persönliches Unterscheidungszeichen in die Loosstäbchen eingeritzt¹⁹ und bei der Ausstellung von Urkunden als „Handzeichen“ für oder neben den Namen gesetzt²⁰. Zweitens wurde die Marke seit alter Zeit als Vermögenszeichen an liegendem und stehendem Gut, an Thieren und sonstiger Fahrniß, bald auch an lagernden und schwimmenden Kaufmannswaaren angebracht, um die rechtliche Zugehörigkeit der Sache zu der Person des Markenherrn kenntlich zu machen²¹. Das Recht verlieh der so verwandten Marke eine besondere Kraft als Beweiszeichen²², sowie als Zeichen der Besitznahme bei der Okkupation²³ und bei der Tradition²⁴. Dabei konnte durch das Zeichen nicht bloß Eigenbesitz, sondern auch Pfandbesitz und sonstige Rechts-

¹⁸ Dahin gehören die Verwendungsarten, die Homeyer als Gebrauch von „Zustandszeichen“ (§ 76—83 u. 108) und „Zeichen der Willenserklärung“ (§ 84—88 u. 109) sondert. Aber auch die öffentlichrechtliche Verwendung von öffentlichen Verbandszeichen als Stempel; Lastig S. 56 ff., oben Anm. 8.

¹⁹ Dieser noch heute nicht ausgestorbene Gebrauch ist sicher uralt. Vgl. Homeyer S. 215 ff.; Die Loosstäbchen, in *Symbolae Bethmanno-Hollwegio oblatae*, Berol. 1868, S. 69 ff.

²⁰ Ueber das „firmare“, „manu firmare“, „Handfesten“ der Urkunden unter Aufsetzung des „signum“ vgl. Brunner, *Rechtsgesch. der Urk.* I 35 ff., 218 ff., R.G. I 396, Breslau, *Handb. der Urkundenlehre* I 778 ff. An die Stelle des Handzeichens trat vielfach das Siegel, in das die Marke aufgenommen wurde; Homeyer, *Haus- u. Hofmarken* S. 227 ff. Bei den Kaufleuten und Handelsgesellschaften entwickelte sich die zur „firmatio“ der Geschäftsurkunden verwandte Marke zur „Firma“, um erst allmählich diese Funktion an den geschriebenen Namen abzugeben; Dietzel S. 227 ff., Homeyer S. 172 u. 184. Eine ähnliche Bedeutung hat die Anbringung der Marke auf Kerbhölzern und Rechnungen, am Rande von Geschäftspapieren, auf Geschäftsbüchern und auf der Außenseite von Briefen und Wechsell; Homeyer S. 214 ff., Lastig S. 104 ff.

²¹ Homeyer S. 8 ff., 237 ff., Kohler S. 23 ff., Lastig S. 68 ff.

²² Ursprünglich konnte das Recht an gestohlener Fahrniß gegen Dritte mit der Anfangsklage überhaupt nur verfolgt werden, wenn die Sache gezeichnet war und mittels der Marke rekognoscirt wurde; Sohm, *Der Prozeß der lex Salica* S. 57 ff., Brunner, R.G. II 500. Allgemein blieb an die Marke eine Vermuthung für das Recht des Markenherrn an der gezeichneten Sache geknüpft; Dietzel S. 261 ff., Homeyer S. 322 ff., Lastig S. 70 ff. Demgemäß entwickelte sich die Marke vielfach zu einem formellen Legitimationsmittel; vgl. über die nähere Gestaltung bei den im Zollhause lagernden und den auf dem Transporte befindlichen Waaren in Italien Lastig S. 73 ff.

²³ So schon die Volksrechte, z. B. L. Sal. 27, 19, Ed. Roth. c. 319 u. 321; dazu Grimm, W. III 78, V 608 § 7; vgl. Homeyer S. 228 ff., Kohler S. 26, Gierke a. a. O. S. 371 Anm. 2.

²⁴ Dietzel S. 271 ff., 287 ff., Homeyer S. 330 ff., Kohler, Z. f. d. P. u. ö. R. d. G. XII 3 ff. Davon noch im Sachenrechte.

herrschaft versinnlicht werden²⁵. Drittens endlich entwickelte sich mehr und mehr der Gebrauch der Marke als Ursprungszeichen, um die Herkunft einer mit ihr gezeichneten Sache aus dem Thätigkeitsbereiche einer Person, aus der Werkstatt eines Künstlers, Fabrikanten oder Handwerkers oder aus dem Waarenlager eines Kaufmanns anzuzeigen²⁶.

Mit dem Rechte zum Gebrauche der Marke aber verband sich durchweg die Befugniss, jedem Unbefugten ihren Gebrauch zu untersagen. Der Markenberechtigte konnte daher gegen den, der in sein Recht eingriff, auf Unterlassung des Eingriffes und auf Schadensersatz klagen²⁷.

Während bis zum Schlusse des 16. Jahrhunderts das Markenwesen auf deutschem Boden in voller Blüthe stand, gerieth es seitdem in Verfall. Zum Theil wich die Marke dem geschriebenen Namen, zum Theil wurde sie durch anders geartete Zeichen ersetzt²⁸. Was aber von der alten Uebung fort dauerte, wurde von Gesetzgebung und Rechtswissenschaft kaum beachtet und mehr und mehr in das Reich bloßer Sitte verwiesen. Nur als gewerbliches Ursprungszeichen errang sich die Marke neuerdings wieder ausdrückliche gesetzliche Anerkennung und vollen gerichtlichen Schutz. Doch darf auch ausserhalb dieses Gebietes dem Markenrechte, so weit es sich im Leben erhalten hat, Anerkennung und Schutz nicht versagt werden²⁹.

II. Wappen³⁰. Das Wappen, ein aus den Unterscheidungszeichen der Waffenrüstung (Helm und Schild) entwickeltes Bildzeichen, ist namentlich als Familienzeichen und als Körperschaftszeichen an die Stelle der Marke getreten. Für das Familienwappen gelten heute

²⁵ Ueber die Marke als Pfandrechtszeichen vgl. Homeyer S. 327 u. Lastig S. 69 ff., als Zeichen von Gerechtigkeiten (z. B. an Kirchstühlen, an Erbbegräbnissen) Homeyer S. 246 ff. — Auch als Zeichen einer dem Markenherrn hinsichtlich der gezeichneten Sache obliegenden Pflicht werden Marken angebracht (z. B. an Deichkabeln); Homeyer S. 244 ff.

²⁶ Dietzel S. 228 ff., Homeyer S. 277 ff., 336 ff., Kohler, Markenschutz S. 28 ff., 41 ff., Lastig S. 95 ff.

²⁷ Dietzel S. 240 ff., 243 ff., Homeyer S. 307 ff., Stobbe III 54, Kohler S. 28, Lastig S. 178 ff., 191 ff. Nur vereinzelt wurde schon im Mittelalter der Schutz der Marke von ihrer Eintragung abhängig gemacht; Lastig S. 191. — Neben dem Privatrechtsschutz begegnet Strafrechtsschutz. Bestraft wurde nicht nur Gebrauch, sondern auch Tilgung fremder Marken; vgl. schon Ed. Roth c. 341.

²⁸ Homeyer S. 344 ff.

²⁹ Ueber fort dauernde Uebung Homeyer S. 358 ff.

³⁰ Eichhorn, D. St. u. R.G. II § 341 Anm., D.P.R. § 62—63; Runde, D.P.R. § 986 ff.; Danz IV 114 ff.; Homeyer a. a. O. S. 353 ff.; Beseler § 179 S. 807 ff.; Jhering a. a. O. S. 319 ff.; Kohler, Markenschutz S. 18 ff.

ähnliche Grundsätze, wie für den Familiennamen. Die Praxis spricht daher jedem Familiengenossen ein im Rechtswege verfolgbares Privatrecht zu, das Wappen zu führen und jedem Unbefugten dessen Führung zu verbieten⁸¹. Auch den Verbandspersonen aber gebührt ein gegen Eingriffe Dritter geschütztes Privatrecht an ihren Wappen⁸².

III. Siegel. Das Siegel genießt, insoweit es Namen, Marken oder Wappen enthält, des Namen-, Marken- oder Wappenschutzes⁸³. Dagegen ist die selbständige rechtliche Bedeutung, die das Recht der Siegelführung einst hatte, im Wesentlichen verschwunden⁸⁴. Nur bei den Verbandspersonen besteht sie theilweise fort⁸⁵.

IV. Waarenzeichen⁸⁶. Im Kaufmanns- und Gewerbestande hat die Marke, während sie als persönliches Unterscheidungszeichen auch hier dem geschriebenen Namen wich und als Vermögenszeichen nur Reste ihrer alten Bedeutung wahrte, als Ursprungszeichen für Waaren sich in voller, ja durch die moderne Verkehrsentwicklung noch gesteigerter Lebenskraft erhalten. Trotzdem kamen Anerkennung und Schutz des Markenrechtes auch hier ins Wanken⁸⁷. Die neuere Gesetzgebung hat jedoch in allen Kulturländern einen umfassenden gewerblichen Markenschutz wiederhergestellt oder begründet⁸⁸. Dabei

⁸¹ Seuff. VI Nr. 6, XXIX Nr. 79, R.Ger. II Nr. 39, V Nr. 45. Dies gilt so gut für bürgerliche, wie für adlige Wappen. — Natürlich darf auch Niemand ein fremdes Wappen sich als Waarenzeichen anmassen; vgl. unten Anm. 113.

⁸² Vgl. oben § 66 Anm. 9. — Hinsichtlich der Verwendung öffentlicher Wappen als Waarenzeichen gelten besondere gesetzliche Bestimmungen; vgl. unten Anm. 51 u. 107, dazu Anm. 109 u. 114.

⁸³ Vgl. oben Anm. 20; Seuff. VI Nr. 6 u. XXIX Nr. 79; R.Ger. XVIII Nr. 19.

⁸⁴ Ueber den Wegfall des Rechtes der Siegelmäfsigkeit vgl. oben § 48 Anm. 27.

⁸⁵ Vgl. oben § 66 Anm. 9 u. § 65 Anm. 58.

⁸⁶ Ausser dem oben Anm. 1 angef. Werke v. Kohler sind hervorzuheben: Krug, Ueber den Schutz der Waaren- u. Fabrikzeichen, Darmst. u. Leipz. 1866; Endemann, Der Markenschutz, Berl. 1875 (aus Busch Arch. XXXII 1 ff.); Beseler, D.P.R. § 217; Stobbe, D.P.R. III § 163 III; Thöl, H.R. § 209; v. Völderndorff in Endemanns Handb. I 20 8ff.; Behrend, H.R. I § 41; Gareis u. Fuchesperger S. 74 ff.; Cosack, H.R. § 17; Daude, Lehrbuch des Urheberrechts (unten § 85 Anm. 1) S. 283 ff.; Kohler in Schönbergs Handb. der polit. Oekon. II (3. Aufl., 1891) S. 800 ff. — Seligsohn, Komm. zum Reichsges. v. 12. Mai 1894, Berlin 1894. — Zeitschrift für gewerblichen Rechtsschutz, Berlin seit 1892. — Weitere u. bes. auch ausländ. Litt. bei Behrend § 41 Anm. 1, Kohler, Markenrecht S. VII ff.

⁸⁷ Meist wird sogar behauptet, nach älterem gemeinem Rechte habe es überhaupt kein Markenrecht gegeben; Krug S. 8 u. 27, Behrend S. 272. Vgl. aber Kohler S. 53 ff.

⁸⁸ Ueber die Gesetzgebung des Auslandes vgl. Behrend S. 283 ff., Kohler S. 61 ff.; Seligsohn S. 8 Anm. 9. Von neueren Markenschutzgesetzen sind

hat sie einerseits mehr und mehr den Schutz der Marken von einer öffentlichen Konstatirung ihres Erwerbes abhängig gemacht, andererseits das Markenrecht auf verwandte Waarenbezeichnungen ausgedehnt.

In Deutschland trat an Stelle der älteren Landesgesetze, die einen zum Theil freilich sehr unvollkommenen Markenschutz eingeführt hatten³⁹, das Reichsgesetz über den Markenschutz vom 30. November 1874. Jetzt gilt das neue Reichsgesetz zum Schutze der Waarenbezeichnungen v. 12. Mai 1894 (nebst Ausführungsverordnung v. 30. Juni 1894), das das Markenrecht, das im Gesetze von 1874 als rein handelsrechtliches Institut ausgestaltet war, zu einem Institut des gemeinen Privatrechts erhoben und im Einzelnen stark umgebildet hat.

1. Begründung. Die deutsche Gesetzgebung gewährt die Möglichkeit, durch öffentliche Kundmachung der Annahme eines Waarenzeichens ein ausschließliches und gegen Jedermann geschütztes Recht an diesem zu begründen. Während nach dem Gesetze von 1874 für diese Kundmachung die bei den Gerichten geführten Handelsregister bestimmt waren, ist durch das Gesetz von 1894 dafür eine beim Patentamte in einheitlicher Weise für ganz Deutschland geführte Zeichenrolle geschaffen⁴⁰. Hierbei ist zugleich das bisherige reine Anmeldeverfahren durch ein Prüfungsverfahren ersetzt⁴¹ und in ge-

hervorzubeben: Oesterr. v. 7. Dez. 1858 (b. Schroeder, C.J.C. I 296 ff.) u. an Stelle desselben das Ges. v. 6. Jan. 1890 (Z. f. H.R. XXXVIII 515 ff.); Schweiz. v. 19. Dez. 1879 (ib. XXVII 255 ff.), neues v. 26. Sept. 1890; Französ. v. 23. Juni 1857, 26. Nov. 1873 u. 3. Mai 1890 (ib. I 285 ff., XXI 152 ff., XXXIX 597 ff.); Engl. v. 25. Aug. 1883 u. 23. Aug. 1887 (ib. XXX 584 ff. u. XXXV 160 ff.); Amerikan. v. 3. März 1881 (ib. XXVII 274 ff.); Ital. v. 30. Aug. 1868 (ib. XIV 376 ff.); Belg. v. 1. Apr. 1879 (ib. XXVI 115 ff.); Niederländ. v. 25. Mai 1880 (ib. XXVII 262 ff.), neues v. 30. Sept. 1893; Norweg. v. 26. Mai 1884 (ib. XXXV 207 ff.); Schwed. v. 5. Juli 1884 (ib. 214 ff.); Dän. v. 11. Apr. 1890 (ib. XXXIX 557 ff., früheres v. 2. Juli 1880 ib. XXVII 269 ff.); Serb. v. 30. Mai 1884 (ib. XXXIV 512 ff.).

³⁹ Vgl. Krug a. a. O. S. 50 ff., Klostermann, Patentgesetzgebung S. 393 ff., Kohler S. 54 ff., Seligsohn S. 8 ff. Einflußreich wurden die Preuss. Gesetze zum Schutz der Eisen- und Stahlmarken Westfalens u. der Rheinprovinz (V. v. 18. Aug. 1847 u. Ges. v. 24. Apr. 1854) u. die Bayr. V. v. 6. März 1840 u. 21. Dez. 1862.

⁴⁰ Die Zeichenrolle ist öffentlich; ihre Einsicht steht Jedermann frei, alle Eintragungen und Löschungen werden öffentlich bekannt gemacht; auch soll das Patentamt in regelmässiger Wiederholung Uebersichten über die inzwischen eingetragenen und gelöschten Zeichen veröffentlichen; R.Ges. § 3.

⁴¹ In den Gesetzgebungen begegnen hier ähnliche Unterschiede wie beim Erfinderrecht; vgl. unten § 95 I. In Frankreich, Belgien und Italien gilt das Anmeldeverfahren, in Nordamerika und Schweden das Prüfungsverfahren; in der Schweiz u. Oesterreich das Anmeldeverfahren in Verbindung mit dem Rückziehungs-

wissem Umfange dem Patentamte eine richterliche Entscheidung über das Dasein des Markenrechtes übertragen⁴³.

a. **Subjektive Voraussetzungen.** Während nach dem Gesetze von 1874 nur ein in das Handelsregister eingetragener Kaufmann den Markenschutz erwerben konnte, ist hierzu jetzt Jedermann befähigt, der in seinem Geschäftsbetriebe zur Unterscheidung seiner Waaren von den Waaren Anderer sich eines Waarenzeichens bedienen will⁴³. Gleich dem Kaufmann und dem Fabrikanten kann also der Handwerker, der Bergbautreibende, der Landwirth sich den Zeichenschutz verschaffen. Doch erwirbt die Person jedes Waarenzeichen immer nur als Zubehör eines Geschäftsbetriebes und als Ursprungszeichen für bestimmte Arten von Waaren⁴⁴.

b. **Objektive Voraussetzungen.** Ein Zeichenrecht kann nur an einem dazu geeigneten und nicht schon von einem Anderen erworbenen Zeichen entstehen.

α. **Geeignet** ist zum Waarenzeichen jedes Zeichen, durch dessen Anbringung an einer Waare oder ihrer Verpackung ein sichtbares Unterscheidungsmerkmal hergestellt werden kann⁴⁵. Gemäß der Ent-

rathschlage (unten § 95 Anm. 9), in England das Prüfungsverfahren in Verbindung mit einem Aufgebotsverfahren. Vgl. Kohler S. 311 ff.

⁴³ Das Patentamt entscheidet hier wie in Patentangelegenheiten als Gerichtshof endgültig über gewisse Privatrechtsansprüche, während im Uebrigen die ordentlichen Gerichte zuständig bleiben und durch ihre Sprüche über Bestand oder Nichtbestand eines Anspruches auf Eintragung oder auf Löschung eines Zeichens das Patentamt binden. Endgültig ist namentlich die Entscheidung des Patentamtes, durch die ein Zeichen als ungeeignet zurückgewiesen oder dessen Löschung von Amtswegen verfügt wird. Endgültig aber auch die Feststellung der Uebereinstimmung eines angemeldeten Zeichens mit einem früher angemeldeten Zeichen; R.Ges. § 6 (keineswegs dagegen die Verneinung der Uebereinstimmung, vgl. Seligsohn S. 92). — Das Verfahren beim Patentamte richtet sich nach den für Beschlüsse in Patentangelegenheiten geltenden Vorschriften; es besteht eine besondere „Abtheilung für Waarenzeichen“, gegen deren Beschlüsse eine Beschwerde bei der Beschwerdeabtheilung I zulässig ist; R.Ges. § 10 u. Ausführungsver. § 1–5 u. 8. — Nebenbei ist das Patentamt zur Abgabe von Obergutachten in Prozessen über eingetragene Zeichen verpflichtet; R.Ges. § 11.

⁴³ R.Ges. v. 1874 § 1, v. 1894 § 1. Natürlich auch eine Verbandsperson und eine als rechtsfähige Personeneinheit anerkannte Gemeinschaft.

⁴⁴ Vgl. R.Ger. XXIX Nr. 14. — Eine Person kann für mehrere Geschäftsbetriebe oder mehrere Waarengattungen, ja auch für dieselbe Waarengattung mehrere verschiedene Zeichen erwerben.

⁴⁵ Ein „Waarenzeichen“ muß dem allgemeinen Begriffe eines „Zeichens“, d. h. eines dem Auge sich als Merkzeichen darbietenden Gesamtbildes entsprechen, kann daher z. B. nicht aus einer längeren schriftlichen Ausführung bestehen; R.Ger. XVIII Nr. 13. Es muß ferner als besonderes Merkmal an der Waare oder ihrer Verpackung oder Umhüllung angebracht werden können, kann daher nicht

wicklung des Waarenzeichens aus der alten Marke dienen diesem Zwecke vorzugsweise figürliche oder bildliche Darstellungen⁴⁶. Das Zeichen kann jedoch Zahlen, Buchstaben oder Wörter in sich aufnehmen⁴⁷. Ausschließlich aus Zahlen oder Buchstaben kann es nicht bestehen⁴⁸. Nach dem Gesetze von 1874 war auch ein lediglich aus Wörtern bestehendes Zeichen unzulässig⁴⁹. In dem Gesetze von 1894 wird dies nur für solche Wörter aufrecht erhalten, die über Art, Zeit und Ort der Herstellung, über die Beschaffenheit oder Bestimmung der Waare, über Preis-, Mengen- oder Gewichtsverhältnisse Auskunft geben; dagegen können nun im Uebrigen reine Wortmarken, insbesondere also Phantasienamen, zu Waarenzeichen erhoben werden⁵⁰. Unzulässig sind Zeichen, die in- oder ausländische Staatswappen oder inländische Orts- oder Gemeindewappen enthalten⁵¹. Desgleichen Zeichen, die Aergerniß erregende Darstellungen oder solche Angaben enthalten, die ersichtlich den thatsächlichen Verhältnissen nicht entsprechen und die Gefahr einer Täuschung begründen⁵². Endlich sind

mit einer der Waare selbst oder ihrer Hülle verliehenen eigenthümlichen Form zusammenfallen; a. M. Kohler S. 208 ff. Hieran hat das Ges. v. 1894 nichts geändert. — Ueber Waarenzeichen und „Etikette“ R.Ger. I Nr. 34, Seligsohn S. 30 ff.

⁴⁶ Wie z. B. das Zwillingssymbol der Stahlwaarenfabrik J. A. Henckels. Natürlich kann man aber nur eine konkrete Figur, nicht generell „ein Dreieck“, „eine Glocke“ u. s. w. anmelden; Seuff. XLIII Nr. 54.

⁴⁷ Sie sind dann als Bestandtheile mitgeschützt; ebenso Preismedaillen; vgl. Kohler S. 184, 199 ff., R.Ger. in Str. S. VII Nr. 66. — Bloße figürliche Zuthaten, wie Umrahmungen oder Randverzierungen, machen ein Zahl-, Buchstaben- oder Wortzeichen nicht zum figürlichen Zeichen; R.Ger. X Nr. 15, XIX 170, Z. f. H.R. XLI 215.

⁴⁸ R.Ges. v. 1894 § 4 Abs. 1 Z. 1.

⁴⁹ R.Ges. v. 1874 § 3 Abs. 2. Ebenso noch Schweiz. Ges. v. 1879 Art. 4, sowie Oesterr. v. 1890 § 3 Z. 2. Fast alle anderen neueren Gesetze lassen Wortmarken zu.

⁵⁰ R.Ges. v. 1894 § 4 Abs. 1 Z. 1; dazu unten Anm. 104. — Ungeeignet sind hiernach auch bloße Gebrauchsanweisungen oder Reklamen. Vgl. Seligsohn S. 58 ff.

⁵¹ R.Ges. § 4 Abs. 1 Z. 2. (Das R.Ges. v. 1874 § 3 sprach allgemein von „öffentlichen“ Wappen, was die Praxis nur von inländischen verstand; R.O.H.G. XXIV 79, R.Ger. II Nr. 22; dagegen Kohler S. 167). Die Aufnahme des Wappens macht das ganze Zeichen unzulässig, R.Ger. in Str. S. X Nr. 105; anders Oesterr. Ges. v. 1890 § 3 Z. 2 u. 4, wonach das Wappen Bestandtheil eines Zeichens sein kann. — Dem Gemeinwesen selbst kann die Anmeldung des eignen Wappens als Marke für einen Geschäftsbetrieb unmöglich verwehrt sein; vgl. Kohler S. 166, Seligsohn S. 61. Das R.Ger. b. Seuff. XLV Nr. 37 nimmt dies aber auf Grund des Wortlautes des Gesetzes an.

⁵² R.Ges. § 4 Abs. 1 Z. 3. Das dem R.Ges. v. 1874 § 3 noch unbekannte

Zeichen, die als Freizeichen im Gemeingebrauche stehen, der Aneignung entzogen⁵³.

β. Auch ein an sich geeignetes Zeichen kann nicht erworben werden, wenn es schon von einem Anderen für dieselben oder gleichartige Waaren erworben ist. Jedes neu angemeldete Waarenzeichen muß sich also von jedem anderen Waarenzeichen gleicher Bestimmung, an dem ein älteres Recht anerkannt ist, hinlänglich unterscheiden⁵⁴. Das ausschließliche Recht auf ein Zeichen entsteht aber erst durch dessen Anmeldung, so daß man durch frühere Anmeldung sich auch ein bereits von einem Anderen in Besitz genommenes Zeichen aneignen kann⁵⁵. Doch haben die Gesetze bei der ersten Einführung des Eintragungssystemes stets den älteren Besitzstand durch Uebergangsbestimmungen geschützt, die ein bisher im Verkehr als Marke eines Gewerbetreibenden anerkanntes Zeichen dem Zugriffe Anderer dann entziehen, wenn dessen Anmeldung binnen einer bestimmten Frist erfolgt⁵⁶. In ähnlicher Weise werden bei einer Aenderung der Gesetzgebung die auf Grund älterer Gesetze erworbenen Markenrechte gesichert⁵⁷. Ist das Recht an einer Marke erloschen,

Verbot der irreführenden („dezeptiven“) Marke findet sich in den meisten Gesetzen; vgl. Kohler S. 170 ff., Oesterr. Ges. v. 1890 § 3 Z. 4.

⁵³ R.Ges. § 4 (Ges. v. 1874 § 10 Abs. 2); vgl. R.Ger. III Nr. 24, XXIV Nr. 15, Kohler S. 186 ff., Seligsohn S. 50 ff., Oesterr. Ges. § 3 Z. 3. — Als Bestandtheil eines Waarenzeichens hat aber ein Freizeichen an dessen Schutz Theil; R.Ger. III Nr. 22.

⁵⁴ R.Ges. § 5 u. 9; Seligsohn S. 72 ff.

⁵⁵ R.Ges. § 9 Z. 1 (Ges. v. 1874 § 8). Nur kann, wer arglistig eine fremde Marke nur deshalb anmeldet, um sie dem Berechtigten zu entziehen, nach allgemeinen Grundsätzen hierdurch kein Recht erwerben; R.Ger. XIII Nr. 38, Kohler S. 263 ff., Dernburg, Preufs. P.R. II 984 Anm. 7, Cosack S. 60. Abweichend R.Ger. XVIII Nr. 16, wo die formelle Handlung für rechtswirksam erklärt wird, wenn sie auch in noch so chikanöser Weise das materielle Recht verletzt!

⁵⁶ Das R.Ger. v. 1874 § 9 gewährte allen bisher verkehrsmäßig anerkannten Waarenzeichen eine derartige Anmeldefrist bis zum 1. Okt. 1875 und fügte in § 3 hinzu, daß die Eintragung solcher Zeichen überhaupt nicht versagt werden dürfe; vgl. R.Ger. III Nr. 23 und IV Nr. 8 (auch für ausländische Marken). Das R.Ges. v. 1894 § 9 Abs. 2 gewährt nur dem verkehrsmäßig anerkannten Inhaber eines bisher nicht eintragungsfähigen Zeichens, falls dieses für einen Anderen in die Zeichenrolle eingetragen wird, bis zum 1. Oktober 1895 einen Anspruch auf Löschung der Eintragung. Das gelöschte Zeichen darf dann sofort für ihn eingetragen werden. Einen Anspruch auf Eintragung von Zeichen, die den Anforderungen des Gesetzes nicht entsprechen, giebt nach dem Ges. v. 1894 der Besitzstand nicht.

⁵⁷ Das Ges. v. 1874 § 3 u. 9 bestimmte für bisher landesgesetzlich geschützte Zeichen Gleiches wie für verkehrsmäßig anerkannte Zeichen. Nach dem Gesetz

so fällt sie ins Freie und kann von Jedermann angemeldet werden. Nach dem Gesetze von 1894 darf aber ihre Eintragung für einen Anderen als ihren bisherigen Inhaber erst zwei Jahre nach der Löschung erfolgen⁵⁸.

c. Begründungsakt. Man muß Annahme, Anmeldung und Eintragung scheiden.

α. Die Annahme wird durch den privaten Willensakt der Besitzergreifung an einem beliebig gewählten Zeichen vollzogen. Mit ihr entsteht, sofern nicht ein Rechtssatz oder ein fremdes Recht entgegensteht, ein Recht der Zeichenführung. Denn Jedermann darf sich auch unangemeldeter Waarenzeichen so lange bedienen, bis sie ihm ein Anderer durch Anmeldung entfremdet. Eine Anmeldepflicht giebt es nicht⁵⁹.

β. Die Anmeldung, die bisher bei dem Gerichte der Hauptniederlassung in der für Anmeldungen zum Handelsregister vorgeschriebenen Form zu bewirken war, ist jetzt in schriftlicher Form unter Bezeichnung des Geschäftsbetriebes, dem das Zeichen dienen soll, unter Angabe der Waaren, für die es bestimmt ist, und unter Beifügung einer Darstellung und etwa erforderlichen Beschreibung des Zeichens beim Patentamte einzureichen⁶⁰. Zugleich sind Gebühren zu entrichten⁶¹. Die gehörige Anmeldung hat eine doppelte Rechtswirkung, indem sie einerseits, wie schon gesagt ist, jeden Anderen vom Erwerbe des Zeichens ausschließt, andererseits einen Anspruch auf dessen Eintragung begründet⁶².

v. 1894 § 24 bleibt für die in die Zeichenregister eingetragenen Marken das Ges. v. 1874 bis zum 1. Oktober 1898, an welchem Tage sein Schutz erlischt, in Kraft, falls sie nicht vorher in die Zeichenrolle übertragen werden. Diese Uebertragung erfolgt, wenn sie vor dem 1. Oktober 1898 angemeldet wird, unter dem Zeitpunkte der ersten Anmeldung. Doch ist sie nur bei den auf Grund eines älteren landesgesetzlichen Schutzes in die Zeichenregister eingetragenen Marken unversagbar, sonst an die Erfüllung der Erfordernisse des neuen Gesetzes gebunden.

⁵⁸ R.Ges. § 4 Abs. 2. Die Ausnahme des § 9 Abs. 2 oben Anm. 56.

⁵⁹ Dagegen kennt das Oesterr. Ges. v. 1890 § 6 Fälle einer Verpflichtung zur Führung einer registrierten Marke.

⁶⁰ R.Ges. § 2. Sonstige Erfordernisse bestimmt das Patentamt; vgl. Bekanntm. v. 21. Juli 1894 b. Seligsohn S. 36 ff. — Ueber das bisherige Recht nach Ges. v. 1874 § 1—2 u. 4 vgl. R.Ger. XXI Nr. 1, Behrend I 275.

⁶¹ R.Ges. § 2 Abs. 3: für jedes Zeichen 30 Mark, wovon im Falle der Nichteintragung 20 Mark erstattet werden; unentgeltlich erfolgt nach § 24 die Uebertragung aus dem Zeichenregister. — Ueber das bisherige Recht R.Ges. v. 1874 § 7.

⁶² Dagegen bewirkt sie nicht mehr, wie nach dem Gesetz v. 1874 (vgl. R.O.H.G. XXIV Nr. 79, R.Ger. III Nr. 70), die Ausschließlichkeit des Rechtes der Zeichenführung. — Der Zeitpunkt des Einganges der Anmeldung wird, da er auch

γ. Die Eintragung mußte nach dem Gesetze von 1874 durch das Gericht vollzogen werden, sobald eine formale Prüfung der Anmeldung kein Hindernis ergab⁶³. Dagegen hat nach dem Gesetze von 1894 das Patentamt eine zugleich materielle Vorprüfung anzustellen, die sich nicht nur auf die Geeignetheit des Zeichens einschließt, sondern auch darauf erstreckt, ob an dem angemeldeten Zeichen schon ein Anderer ein Recht erworben hat. Erachtet das Patentamt das angemeldete Zeichen für übereinstimmend mit einem früher angemeldeten Zeichen, so macht es dem Inhaber des letzteren hiervon Mittheilung. Erhebt dieser nicht binnen einem Monate Widerspruch, so erfolgt die Eintragung des neu angemeldeten Zeichens. Andernfalls entscheidet das Patentamt, ob die Zeichen übereinstimmen. Jenachdem dieser Beschluss verneinend oder bejahend ausfällt, wird die Eintragung vollzogen oder versagt. Steht aber dem Anmelder trotz der festgestellten Uebereinstimmung ein Anspruch auf Eintragung zu, so kann er diesen Anspruch im Wege der Klage gegen den Widersprechenden zur Anerkennung bringen. Die Eintragung auf Grund einer ihm günstigen Entscheidung wird dann unter dem Zeitpunkte der ursprünglichen Anmeldung bewirkt⁶⁴.

Während das Gesetz von 1874 der Eintragung eine selbständige privatrechtliche Wirkung nicht beilegte⁶⁵, stattet das Gesetz von 1894 die Eintragung mit der Wirkung aus, daß sie die gesetzlich anerkannte und geschützte Ausschließlichkeit des Rechtes der Zeichenführung begründet⁶⁶. Keineswegs indeß wird durch sie das Zeichenrecht geschaffen. Vielmehr bedeutet sie nur eine öffentliche Feststellung eines vorhandenen Privatrechtes, das sich durch sie und nur durch sie zu einem in besonderer Weise geschützten Rechte entfaltet. Darum kann sie, wenn in Wahrheit ein Recht des Anmelders auf ein Zeichen nicht bestand, ein Zeichenrecht nicht erzeugen. Vielmehr ist das ungehörig eingetragene Zeichenrecht nur ein Scheinrecht. Diesem Scheinrechte steht freilich der gesetzliche Schutz so lange zur Seite, bis die durch die öffentliche Feststellung begründete Legitimation durch eine gegentheilige Feststellung zerstört und demgemäß die Ein-

nach der Eintragung die Priorität bestimmt, in die Zeichenrolle eingetragen; R.Ges. § 3.

⁶³ R.O.H.G. XXIV 79 ff.; Behrend I 278.

⁶⁴ R.Ges. § 5—6.

⁶⁵ R.Ger. III Nr. 22 S. 70: Die Eintragung begründet kein Recht, das nicht schon durch die Anmeldung begründet ist.

⁶⁶ R.Ges. § 12 Abs. 1.

tragung wieder gelöscht ist. Allein wenn die Löschung erfolgt, so wird durch sie nicht ein bis dahin bestehendes Recht beendet, sondern nur konstatiert, daß ein Recht von Anfang an nicht bestanden hat. Darum können in einem solchen Falle Rechte aus der Eintragung auch für die Zeit, in der das Zeichen eingetragen war, nicht mehr geltend gemacht werden⁶⁷.

2. Uebertragung. Nach dem Gesetze von 1874 ist das Markenrecht Zubehör einer Firma und theilt deren rechtliche Schicksale⁶⁸. Das Gesetz von 1894 hat diesen Zusammenhang gelöst⁶⁹. Es behandelt aber das Zeichenrecht als Zubehör des Geschäftsbetriebes, für den es bestimmt ist, und läßt seinen Uebergang auf eine andere Person immer nur zusammen mit diesem Geschäftsbetriebe zu⁷⁰. Mit dieser Einschränkung ist sowohl das Recht aus der Anmeldung wie das Recht aus der Eintragung des Waarenzeichens vererblich und veräußerlich⁷¹. Das Recht aus der Eintragung kann jedoch der Rechtsnachfolger erst geltend machen, nachdem der Uebergang in der Zeichenrolle vermerkt ist⁷².

⁶⁷ R.Ges. v. 1894 § 12 Abs. 2. Aus dieser Rückwirkung der Löschung ergibt sich deutlich, daß der Eintragung keine konstitutive Kraft zugeschrieben werden darf. Vgl. auch Seligsohn S. 110. A. M. Schanze, Zeitschr. f. gewerbl. Rechtsschutz 1893 S. 166. Die Sache liegt ähnlich, wie bei der Patenterteilung; vgl. unten § 95 IV 3e—f. Auch hier kann natürlich der vorhanden gewesene anerkannte Besitzstand nicht ungeschehen gemacht und muß namentlich die Wirkung des guten Glaubens anerkannt werden.

⁶⁸ R.Ges. v. 1874 § 4, § 5 Z. 1—2; R.Ger. XI Nr. 27, XX Nr. 87, XXX Nr. 1; Z. f. H.R. XXXVIII 555. Bei der Verlegung der Firma muß die Marke mit übertragen, bei ihrer Aenderung zur Beibehaltung angemeldet werden, wenn sie nicht erlöschen soll. Wechselt der Firmeninhaber, so geht sie ohne Weiteres und ohne Umschreibung mit der Firma über. Ohne die Firma ist sie schlechthin unübertragbar.

⁶⁹ Aenderungen im Namen oder Wohnort des Zeicheninhabers sollen zwar nach R.Ges. § 3 Z. 3 in die Zeichenrolle übertragen werden, berühren aber den Bestand des Zeichenrechtes nicht.

⁷⁰ R.Ges. § 7 Abs. 1 mit § 9 Abs. 1 Z. 2, auch § 2 Abs. 1 u. § 3 Abs. 1 Z. 2; Seligsohn S. 25 u. 79 ff. Aehnlich Oesterr. Ges. § 9 und andere ausländ. Gesetze. Vgl. Kohler in Schönbergs Handb. a. a. O. S. 804.

⁷¹ R.Ges. § 7 Abs. 1.

⁷² R.Ges. § 7 Abs. 2 u. § 3 Z. 3. Die Umschreibung erfolgt auf Antrag des Rechtsnachfolgers, wenn er die Einwilligung des Berechtigten oder die Nachfolge von Todeswegen nachweist. Der Uebergang des Rechtes selbst ist unabhängig von der Umschreibung; vgl. Seligsohn S. 85 ff. Die ausschließliche Legitimation des eingetragenen Inhabers besteht aber sowohl Dritten gegenüber, wie gegenüber dem Patentamte; R.Ges. § 7 Abs. 3. — Nach dem Oesterr. Ges. v. 1890 § 9 Abs. 2 erlischt das Markenrecht, wenn der neue Besitzer des Unternehmens nicht binnen drei Monaten die Umschreibung bewirkt; ausgenommen den

3. Beendigung. Das Zeichenrecht endet durch Verzicht des Berechtigten. Es endet ferner nach dem Gesetze von 1874 durch Wegfall der Firma, nach dem Gesetze von 1894 durch Wegfall des Geschäftsbetriebes, zu dem es gehört⁷³. Sodann endet es durch Ablauf von zehn Jahren seit der ursprünglichen oder wiederholten Anmeldung, falls nicht der Inhaber durch eine besondere Rechtshandlung sein Erlöschen abwendet. Hierzu bedarf es, während das Gesetz von 1874 sich mit einer gebührenfreien Anmeldung der Beibehaltung begnügt, nach dem Gesetze von 1894 einer erneuten Anmeldung, bei der eine Erneuerungsgebühr zu entrichten ist⁷⁴. Endlich geht das Zeichenrecht nach dem Gesetze von 1894 auch unter, wenn Umstände eintreten, in Folge deren der Inhalt des Zeichens den thatsächlichen Verhältnissen nicht mehr entspricht und die Gefahr einer Täuschung begründet⁷⁵.

Die Wirkung der Eintragung endet durch Löschung. Im Falle ungehöriger Löschung büßt daher das Zeichenrecht, obschon es fortbesteht, den gesetzlichen Schutz ein⁷⁶. Umgekehrt bleibt es bis zur Löschung gesetzlich geschützt, wenn es auch schon vorher in seinem rechtlichen Bestande vernichtet ist. Doch können wieder, falls die Löschung erfolgt, Rechte aus der Eintragung für die Zeit, in der bereits der Rechtsgrund der Löschung vorhanden war, nicht mehr geltend gemacht werden⁷⁷.

Die Löschung ist also in gleicher Weise erforderlich und in gleicher Art wirksam, wenn das eingetragene Zeichenrecht von vornherein nicht rechtsbeständig war und wenn es später sein Ende erreicht hat. Sie findet entweder auf Antrag des Inhabers oder von Amtswegen oder auf Antrag eines Dritten statt.

Fall der Fortführung des Unternehmens durch die Witwe oder minderjährige Erben oder für Rechnung einer Verlassenschafts- oder Konkursmasse.

⁷³ R.Ges. v. 1874 § 12, v. 1894 § 9 Abs. 1 Z. 2.

⁷⁴ R.Ges. v. 1874 § 5 Z. 3, § 7 Abs. 3, § 12 Z. 2; R.Ges. v. 1894 § 2 Abs. 3, § 3. Z. 4, § 8. Die Erneuerungsgebühr beträgt 10 Mark. — Die Gefahr des Zeichenverlustes ist jedoch einerseits durch das in § 8 Abs. 3 vorgesehene Verfahren vor der Löschung (unten Anm. 79), andererseits durch die in § 4 Abs. 2 angeordnete Sperrfrist nach der Löschung (oben Anm. 58) abgeschwächt; vgl. Seligsohn S. 68 ff. u. 88 ff.

⁷⁵ R.Ges. § 9 Z. 3.

⁷⁶ Ueber die Wirkung ungehöriger Löschung nach dem Gesetz v. 1874 vgl. R.Ger. XX Nr. 37.

⁷⁷ R.Ges. § 12. Es gilt das oben Anm. 67 Gesagte; vgl. auch Seligsohn S. 118 ff. — Nach dem Gesetz v. 1874 büßt das Markenrecht mit seiner materiellen Beendigung schon vor der Löschung jede Wirksamkeit ein; § 12.

Auf Antrag des Inhabers wird das Zeichen jederzeit in der Rolle gelöscht⁷⁸.

Von Amtswegen wird es gelöscht, wenn sich nachträglich herausstellt, daß seine Eintragung hätte versagt werden müssen, und wenn die zehnjährige Frist verstrichen ist. Doch hat das Patentamt zuvor dem Inhaber Mittheilung zu machen. Erhebt dieser binnen einem Monate Widerspruch, so wird darüber durch Beschluß des Patentamtes entschieden. Soll die Löschung wegen Zeitablaufes erfolgen, so kann der Inhaber bis zum Ablaufe des Monats die Erneuerung der Anmeldung unter Entrichtung der doppelten Gebühr nachholen⁷⁹.

Ein Dritter kann die Löschung in drei Fällen beantragen. Erstens ist hierzu der in Wahrheit Zeichenberechtigte befugt, wenn sein Zeichen für einen Anderen eingetragen steht⁸⁰. Zweitens kann Jedermann die Löschung beantragen, wenn der Geschäftsbetrieb, zu dem das Zeichen gehört, vom eingetragenen Inhaber nicht mehr fortgesetzt wird⁸¹. Drittens kann Jedermann den Antrag auf Löschung eines Zeichens stellen, dessen Inhalt den thatsächlichen Verhältnissen nicht entspricht und die Gefahr einer Täuschung begründet⁸². Der Antrag auf Löschung ist im Wege der Klage gegen den eingetragenen Inhaber oder dessen Erben geltend zu machen⁸³.

4. Inhalt. Das eingetragene Zeichenrecht gewährt die ausschließliche Befugniß, das Zeichen als Waarenzeichen für Waaren

⁷⁸ R.Ges. § 8 Abs. 1. Vgl. Ges. v. 1874 § 5 Abs. 1.

⁷⁹ R.Ges. § 8 Abs. 2—3. Vgl. Ges. v. 1874 § 5 Abs. 2.

⁸⁰ R.Ges. § 9 Abs. 1 Z. 1 u. Abs. 2; oben Anm. 55. Hierher gehört auch der oben Anm. 56 erwähnte Löschananspruch von nur transitorischer Bedeutung. — Nach dem Ges. v. 1874 § 11 kann auch im Falle der Eintragung eines Freizeichens jeder an dessen Gebrauch Betheiligte die Löschung verlangen. Das Ges. v. 1894 scheint in solchem Falle die Klage auf Löschung versagen zu wollen, so daß die in ihren Rechten Bedrohten kein anderes Mittel haben, als beim Patentamte die Löschung von Amtswegen anzuregen.

⁸¹ R.Ges. § 9 Abs. 1 Z. 2. Ein Interesse braucht er nicht nachzuweisen. Die Klage ist vielmehr eine Art von Popularklage, die sich auf das Gemeininteresse daran stützt, daß das Freiwerden des Zeichens und somit die Zulässigkeit einer neuen Aneignung desselben zur Anerkennung gebracht werde.

⁸² R.Ges. § 9 Abs. 1 Z. 3. Auch hier braucht ein besonderes Interesse nicht nachgewiesen zu werden.

⁸³ R.Ges. § 9 Abs. 3—5. Wenn vor oder nach Erhebung der Klage ein Uebergang des Zeichens auf einen Anderen stattgefunden hat, ist die Entscheidung auch gegen den Rechtsnachfolger wirksam und vollstreckbar. — Der Antrag auf Löschung wegen Wegfalles des Geschäftsbetriebes kann auch zunächst an das Patentamt gerichtet werden, das dann, wenn der eingetragene Zeicheninhaber binnen einem Monate nach Empfang der Mittheilung nicht widerspricht, ohne gerichtliche Entscheidung löscht.

der angemeldeten Art zu gebrauchen. Das Gesetz von 1874 behält dem Berechtigten nur die Befugniß vor, die Waaren selbst oder deren Verpackung oder Umhüllung mit dem Zeichen zu versehen und die so bezeichneten Waaren in Verkehr zu setzen; das Gesetz von 1894 fügt die Befugniß hinzu, das Zeichen auf Geschäftspapieren, wie Ankündigungen, Preislisten, Geschäftsbriefen, Empfehlungen und Rechnungen, anzubringen⁸⁴. Jede derartige Gebrauchshandlung kann der Zeicheninhaber Anderen untersagen⁸⁵. Ein von ihm nicht bewilligter Gebrauch des Zeichens wird dadurch nicht erlaubt, daß das Waarenzeichen mit solchen Abweichungen wiedergegeben wird, die nicht hinreichen, um die Gefahr einer Verwechslung im Verkehre auszuschließen⁸⁶. Dagegen wird durch das Zeichenrecht Niemand gehindert, seinen eignen Namen, seine Firma, seine Wohnung oder Angaben über Herstellung, Beschaffenheit, Bestimmung oder Preis-, Mengen- oder Gewichtsverhältnisse von Waaren, sei es auch in abgekürzter Gestalt, zur Waarenbezeichnung oder sonst im Geschäftsverkehre zu gebrauchen⁸⁷.

5. Schutz. Das Zeichenrecht ist als absolutes Privatrecht durch eine civilrechtliche Klage geschützt, mit der die Anerkennung seines Bestandes von Jedermann erzwungen, die Beseitigung unbefugter Störungen durchgesetzt und ein Verbot künftiger Eingriffe erzielt werden kann⁸⁸.

Wird der Berechtigte dadurch verletzt, daß ein Anderer wissentlich oder aus grober Fahrlässigkeit das Waarenzeichen widerrechtlich gebraucht oder widerrechtlich gezeichnete Waaren in Verkehr bringt

⁸⁴ R.Ges. § 12. Die bisherige Praxis versagte den Schutz in dieser Richtung; R.Ger. XVII Nr. 23.

⁸⁵ Und zwar, da der Markenschutz nicht gleich dem Patentschutz territorial beschränkt ist, so gut im Auslande wie im Inlande; R.Ger. XVIII Nr. 7. Auch ist sein Untersagungsrecht nicht durch Vermögensbeschädigung bedingt; R.Ger. in Str.S. IV Nr. 62.

⁸⁶ R.Ges. § 20. Das Ges. v. 1874 § 18 erklärte nur Abänderungen, „welche nur durch Anwendung besonderer Aufmerksamkeit wahrgenommen werden können“, für unerheblich. Entscheidend ist der Eindruck des Gesamtbildes in seiner Individualität. Vgl. R.Ger. VI Nr. 19, XIX Nr. 31, Seligsohn S. 180 ff.

⁸⁷ R.Ges. § 13. Vgl. Ges. v. 1874 § 10 Abs. 1. Dazu Seligsohn S. 127 ff.

⁸⁸ R.Ges. v. 1874 § 13; R.Ger. XXV Nr. 85. Das R.Ges. v. 1894 erwähnt diesen allgemeinen Privatrechtsschutz als selbstverständlich nicht; vgl. Seligsohn S. 120 ff. — Natürlich hat auch, wer von einem Andern auf Grund eines angeblichen Markenrechtes oder eines fälschlich behaupteten Inhaltes eines Markenrechtes in dem Gebrauche eines Zeichens gehindert wird, eine negative Feststellungsklage; R.Ger. XXII Nr. 16, Z. f. H.R. XXXVIII 556.

oder feilhält, so kann er zugleich auf Entschädigung klagen⁸⁹. Auch kann er die Beseitigung der widerrechtlich angebrachten Zeichen oder, wenn diese Beseitigung anders nicht ausführbar ist, die Vernichtung der gezeichneten Waaren verlangen⁹⁰.

Im Falle einer wissentlichen Verletzung seines Rechtes durch eine derartige Handlung kann er überdies den Antrag auf Strafverfolgung stellen⁹¹. Die angedrohte Strafe besteht in Geldstrafe von 150 bis 5000 Mark oder Gefängnis bis zu sechs Monaten. Im Strafverfahren kann auf Verlangen des Beschädigten neben der Strafe auf eine an Stelle der Entschädigung tretende Buße bis zum Betrage von 10 000 Mark erkannt werden⁹². Auch ist dem Verletzten die Befugnis zuzusprechen, die Verurtheilung auf Kosten des Verurtheilten öffentlich bekannt zu machen⁹³.

6. Ausländische Gewerbebetriebe. Wer im Inlande eine Niederlassung nicht besitzt, hat auf den Schutz des deutschen Gesetzes nur Anspruch, wenn im Staate seiner Niederlassung laut einer im Reichsgesetzblatt enthaltenen Bekanntmachung deutsche Waarenbezeichnungen in gleichem Umfange wie inländische zum gesetzlichen Schutze zugelassen werden. Er kann überdies den Anspruch auf Schutz eines Waarenzeichens und das durch die Eintragung begründete Recht nur durch einen im Inlande bestellten Vertreter geltend machen. Auch wird das ausländische Waarenzeichen in die Zeichenrolle erst eingetragen, wenn nachgewiesen ist, daß der Inhaber dafür in seinem Heimathsstaate den Markenschutz nachgesucht und erhalten hat. Endlich ist, sofern nicht Staatsverträge ein Anderes bestimmen, die Eintragung nur dann zulässig, wenn das ausländische Zeichen den Anforderungen des deutschen Gesetzes entspricht⁹⁴.

⁸⁹ R.Ges. § 14 Abs. 1. Das Ges. v. 1874 § 14 gab nur im Falle wissentlicher Verletzung einen Entschädigungsanspruch; R.Ger. XIV Nr. 16.

⁹⁰ R.Ges. § 19 Abs. 1. Vgl. Ges. v. 1874 § 17 Abs. 1.

⁹¹ R.Ges. § 14 Abs. 2. Die Zurücknahme des Antrages ist zulässig.

⁹² R.Ges. § 18. Ebenso, aber nur bis zu 5000 Mark, Ges. v. 1874 § 15. Von der Natur dieser Buße und der gleichartigen Bußen, die im Urheber- und Erfinderrechte begegnen werden, ist im Obligationenrecht zu handeln.

⁹³ R.Ges. § 19 Abs. 2; Ges. v. 1874 § 17 Abs. 2.

⁹⁴ R.Ges. § 23. Das Ges. v. 1874 § 20 schrieb die Anmeldung der ausländischen Waarenzeichen bei dem Handelsgerichte in Leipzig vor, verlangte eine ausdrückliche Unterwerfung unter die Gerichtsbarkeit dieses Gerichts in Markenrechtsstreitigkeiten und beschränkte den Umfang und die Dauer des Markenschutzes auf das Maß des der Marke in ihrem Heimathsstaate gewährten Schutzes; R.Ger. X Nr. 17. Dagegen forderte es nicht die Bestellung eines Vertreters und enthielt keine Bestimmungen über die Voraussetzungen des fremden Markenrechts. Letztere waren daher lediglich nach ausländischem Rechte zu beurtheilen; Z. f. H.R. XXXVIII

Im Uebrigen richtet sich der Schutz ausländischer Waarenbezeichnungen nach den völkerrechtlichen Verträgen, wie sie das Deutsche Reich mit fast allen europäischen und mehreren nichteuropäischen Staaten abgeschlossen hat⁹⁵.

Einen besonderen Schutz gegen das Ausland gewährt das Gesetz von 1894 den in die Zeichenrolle eingetragenen Waarenzeichen durch die Bestimmung, daß ausländische Waaren, die widerrechtlich mit einem solchen Zeichen versehen sind, auf Antrag des Verletzten bei ihrem Eingange in Deutschland der Beschlagnahme durch die Zoll- und Steuerbehörden und der Einziehung durch Strafbescheid der Verwaltungsbehörden unterliegen⁹⁶.

Eine derartige Beschlagnahme und Einziehung ausländischer Waaren kann auch dann erfolgen, wenn bei ihrer Einfuhr Auflagen nicht erfüllt sind, die der Bundesrath kraft Vergeltungsrechtes angeordnet hat. Zur Ausübung des Vergeltungsrechtes ist der Bundesrath ermächtigt, wenn in einem fremden Staate deutsche Waaren bei der Ein- oder Durchfuhr eine Kennzeichnung ihrer deutschen Herkunft

558 u. 559. Nur die Zurückweisung von Marken, die eine Aergerniß erregende Darstellung oder ein öffentliches Wappen enthalten, war auch nach dem Ges. v. 1874 als ausschließliche Norm zu erachten; R.Ger. XIV 234 u. XVIII 85.

⁹⁵ Sie sind aufgezählt bei Daude S. 300 ff. u. Sehling, Die Gesetzgebung des Deut. Reichs, Leipz. 1894, S. 102 Anm. 1. Die neuesten Verträge mit Oesterreich-Ungarn v. 6. Dez. 1891 (R.G.Bl. S. 289 ff.), Italien v. 18. Jan. 1892 (R.G.Bl. S. 293 ff.) u. der Schweiz v. 13. Aug. 1892 (R.G.Bl. v. 1894 S. 511 ff.) regeln mit dem gegenseitigen Markenschutz zugleich den gegenseitigen Patent- und Musterschutz, der Vertrag mit Serbien v. 21. August 1892 (R.G.Bl. v. 1893 S. 317 ff.) wenigstens den Musterschutz. In den neuesten Verträgen ist ausdrücklich bestimmt, daß die Eintragung einer im Heimathsstaate gehörig eingetragenen Marke in dem anderen Vertragsstaate nicht deshalb versagt werden kann, weil sie den hier geltenden gesetzlichen Anforderungen nicht entspricht; diese Abreden hält § 23 des Ges. v. 1894 aufrecht. Ferner ist dem, der im Gebiete eines Vertragsstaates eine Marke gehörig angemeldet hat, in dem Gebiete des anderen Vertragsstaates ein Prioritätsrecht eingeräumt, kraft dessen er hier binnen drei Monaten jene Marke mit derselben Wirkung anmelden kann, als wenn diese spätere Anmeldung am Tage der ersten Anmeldung geschehen wäre. — Nicht beigetreten ist das Deutsche Reich dem durch den Pariser Vertrag v. 20. März 1883 begründeten Staatenvereine zum Schutze der „propriété industrielle“ an Erfindungen, Mustern und Modellen, sowie Marken und Firmen. Es hat daher auch keinen Theil an dem seit 1892 zu Bern geführten internationalen Zeichenregister, das durch Eintragung der in einem Vereinsstaate angemeldeten Zeichen einen in den anderen Vereinsstaaten wirksamen Schutz begründet; Z. f. H.R. XLII 118 ff. Dem Vereine gehören Frankreich, England, Italien, die Niederlande, Belgien, Spanien, Portugal, die Schweiz, die drei skandinav. Staaten, Serbien, die Vereinigten Staaten und andere nichteuropäische Staaten an. Nicht dagegen Oesterreich und Rußland.

⁹⁶ R.Ges. § 17. Vgl. Seligsohn S. 167 ff.

tragen müssen oder bei der Zollabfertigung in Bezug auf die Waarenbezeichnung ungünstiger als die Waaren anderer Länder behandelt werden⁹⁷.

V. Namen als Zeichen. Namen können von zwei Seiten her unter Zeichenrecht fallen.

1. Personennamen können an Sachen angebracht werden, um entweder ihre rechtliche Zugehörigkeit zu oder ihre Herkunft aus einem Persönlichkeitsbereiche anzuzeigen. An sich liegt in solcher Sachbezeichnung eine nach Namenrecht zu beurtheilende Ausübung des Rechtes der Namensführung⁹⁸. Das deutsche Recht unterstellt aber die gewerbliche Verwendung von bürgerlichen Personennamen und kaufmännischen Firmen als Ursprungszeichen dem Zeichenrechte⁹⁹. Es knüpft daher an die widerrechtliche Anbringung fremder Namen oder Firmen auf Waaren oder deren Verpackung oder Umhüllung oder auf Geschäftspapieren und an die Inverkehrsetzung oder Feilhaltung der widerrechtlich so gekennzeichneten Waaren gleiche Rechtsfolgen, wie an die Anmaßung eingetragener Waarenzeichen¹⁰⁰. Wer im Inlande eine Niederlassung nicht besitzt, genießt auch diesen Schutz nur im Falle verbürgter Gegenseitigkeit¹⁰¹.

⁹⁷ R.Ges. § 22. Vgl. Seligsohn S. 190 ff.

⁹⁸ Dies gilt auch für die Zeichnung mit abgekürztem oder angenommenem Namen. Ueber Künstlermonogramme vgl. oben § 83 Anm. 35.

⁹⁹ Ges. v. 1874 § 18—19, v. 1894 § 14, 18—21; Strafrechtsschutz schon durch Str.G.B. § 287. Aehnlich nach allen ausländischen Gesetzen; Kohler S. 119 ff., Oest. Ges. v. 1890 § 10 u. 24 ff. Auch nach den älteren deut. Landesgesetzen, von denen manche sogar überhaupt nur die Waarenbezeichnung mit Namen oder Firma schützten; so (während das preufs. L.R. II, 20 § 1451 auch andere „Merkmale“ geschützt hatte) das Preufs. Ges. v. 4. Juli 1840, das Hess. Ges. v. 8. Okt. 1866 (Z. f. H.R. XV 195 ff.) u. s. w.; vgl. Kohler S. 56 ff.

¹⁰⁰ Oben Anm. 87—93. Auch hier also Privatrechtsklage unabhängig vom Vermögensinteresse und schon aus objektiv widerrechtlichen Eingriffen; O.L.G. Dresden in Z. f. H.R. XLI 216. Auch hier bei wissentlicher oder grobfahrlässiger Verletzung zugleich Anspruch auf Schadensersatz und auf Zeichenvernichtung. Auch hier bei wissentlicher Verletzung überdies Strafdrohung und Anspruch auf Buße statt Schadenersatzes und auf Urtheilsveröffentlichung. Durch Abweichungen, die die Gefahr einer Verwechslung nicht ausschließen, wird auch hier die Verfolgung des Eingriffes nicht gehindert. Zum Gebrauche seines eignen Namens als Waarenzeichen bleibt aber natürlich Jedermann befugt, mag dieser auch dem fremden Namen gleich oder ähnlich lauten.

¹⁰¹ Ges. v. 1874 § 20, v. 1894 § 23 Abs. 1; dazu die oben Anm. 95 angeführten völkerrechtlichen Verträge, die sich auch auf den gegenseitigen Schutz der Namen und Firmen erstrecken. — Die Voraussetzungen des Rechtes am Namen oder der Firma richten sich hier lediglich nach dem Rechte des Heimathsstaates; somit ist z. B. die ausländische Firma, falls dies ihrem heimathlichen Rechte ent-

2. **Sachnamen**, wie sie körperlichen und unkörperlichen Sachen (Liegenschaften, Thieren, Geschäftsetablissemments, Gerechtsamen, Geisteserzeugnissen u. s. w.) oder bestimmten Sachgattungen durch private oder öffentliche Beilegung gegeben werden oder herkömmlich anhaften, dienen an sich nur zur Individualisirung und Unterscheidung der Rechtsobjekte¹⁰². Allein ein Sachname kann, indem er in den Kreis der von ihm erweckten Vorstellungen den Erfolg einer persönlichen Thätigkeit hineinzieht, zugleich zu einem Zeichen für einen Bestandtheil einer Persönlichkeitssphäre und somit zu einem für sich selbst werthvollen Persönlichkeitsgute werden. Insoweit dies der Fall ist, gebührt kraft des Rechtes der Persönlichkeit dem Schöpfer eines solchen Zeichens oder seinem Rechtsnachfolger ein Schutz gegen widerrechtliche Eingriffe Anderer. So kann unter dem Gesichtspunkte des unlauteren Wettbewerbes die Anmaßung eines fremden Geschäftsnamens, eines Gasthofsnamens oder Wirthshauschildes, eines Zeitungstitels oder Zeitungstheiltitels u. s. w. als Rechtsverletzung erscheinen¹⁰³. Ein Sachname für eine Waarengattung aber kann, insoweit er sich als individualisirter Name zur Unterscheidung der Waaren eines Gewerbetreibenden von allen gleichartigen Waaren Anderer eignet (Phantasiename), nach dem Gesetz vom 12. Mai 1894 als Waarenzeichen (Wortmarke) angemeldet werden und hierdurch den vollen Schutz des Markenrechtes erlangen¹⁰⁴.

VI. **Sonstige Waarenbezeichnungen**. Das Gesetz vom 12. Mai 1894 hat den Schutz der Waarenbezeichnungen über den Kreis der eingetragenen Marken und der Namen und Firmen hinaus erweitert.

spricht, auch dann, wenn sie in kein Handelsregister eingetragen ist, in Deutschland zu schützen, während die deutsche Firma eingetragen sein muß, um geschützt zu werden; Z. f. H.R. XXXVIII 559. — Die oben Anm. 96 erwähnte Schutzmaßregel erstreckt sich auf ausländische Waaren, die widerrechtlich „mit einer deutschen Firma und Ortsbezeichnung“ versehen sind.

¹⁰² Hierdurch können sie natürlich in mannichfacher Richtung eine rechtliche Bedeutung gewinnen; diese liegt aber außerhalb des Bereiches des Personenrechts.

¹⁰³ In allen diesen Beziehungen gewährt die französis., engl. u. amerikan. Praxis Schutz; vgl. O. Mayer, Z. f. H.R. XXVI 994 ff., Kohler a. a. O. S. 92 ff., Autorrecht S. 133 ff., Ueber das Recht an Zeitungstiteln (aus Gellers Zentralblatt f. d. jur. Pr.) S. 4 ff. — Das österr. Ges. v. 1890 § 10 u. 24 ff. behandelt die unbefugte Bezeichnung von Waaren „mit der geschäftlichen Benennung des Etablissements“ eines Anderen als Markenrechtsverletzung. Die drei skandinav. Ges. (oben Anm. 38) § 1 stellen der Waarenbezeichnung mit dem Personennamen die mit dem Namen des Grundbesitzes gleich. — Vgl. auch unten § 87 Anm. 2—3.

¹⁰⁴ Oben Anm. 50. Ueber den Schutz der Phantasienamen durch engl. Ges. vgl. Z. f. H.R. XXXVII 150.

1. Es schützt in gewissem Umfange die besondere Ausstattung, die in betheiligten Verkehrskreisen als das Kennzeichen der Waaren eines bestimmten Gewerbtreibenden gilt. Wer zum Zwecke der Täuschung in Handel und Verkehr Waaren oder deren Verpackung oder Umhüllung oder Geschäftspapiere ohne Genehmigung des Berechtigten mit einer solchen Ausstattung versieht oder so gekennzeichnete Waaren in Verkehr bringt oder feilhält, ist dem Verletzten zur Entschädigung verpflichtet und unterliegt auf Antrag der Strafverfolgung¹⁰⁵. Hiermit ist also durch ausdrückliche Gesetzesbestimmung ein besonderes Privatrecht an derartigen Zeichen einer Persönlichkeits-sphäre anerkannt¹⁰⁶.

2. Lediglich mit einer öffentlichen Strafe wird bedroht, wer Waaren oder deren Verpackung oder Umhüllung oder Geschäftspapiere fälschlich mit einem Staatswappen oder mit dem Namen oder Wappen eines Ortes, einer Gemeinde oder eines weiteren Kommunalverbandes zu dem Zwecke versieht, über Beschaffenheit und Werth der Waaren einen Irrthum zu erregen, oder zu gleichem Zwecke derartig bezeichnete Waaren in Verkehr bringt oder feilhält¹⁰⁷. Die Verwendung von Namen, die nach Handelsgebrauch zur Benennung gewisser Waaren dienen, ohne deren Herkunft bezeichnen zu sollen, wird hiervon nicht betroffen¹⁰⁸. Ein Privatrecht sei es des Verbandes, der den Namen oder das Wappen führt, sei es der Gewerbtreibenden, die zu einer derartigen Bezeichnung ihrer Waaren befugt sind, ist hiermit nicht anerkannt, ebensowenig aber verneint¹⁰⁹.

¹⁰⁵ Angedroht wird Geldstrafe von 100 bis 3000 Mark oder Gefängniß bis zu 3 Monaten (§ 15). Die Vorschriften über Buße statt Entschädigung (§ 18), über Beseitigung der widerrechtlichen Kennzeichnung und Veröffentlichung des Urtheils (§ 19), über das Maß der die Rechtsverletzung ausschließenden Abweichungen (§ 20) und über den Schutz ausländischer Gewerbebetriebe (§ 23 Abs. 1) finden auch hier Anwendung. Vgl. Seligsohn S. 149 ff.

¹⁰⁶ Zweifellos ist daher eine Klage auf Unterlassung der in § 15 aufgeführten Handlungen auch dann zulässig, wenn sie ohne Täuschungsabsicht vorgenommen werden. So auch Seligsohn S. 153.

¹⁰⁷ Ges. v. 1894 § 16 Abs. 1 (Geldstrafe von 150 bis 5000 Mark oder Gefängniß bis zu 6 Monaten). Beseitigung der Kennzeichnung nach § 19 Abs. 1. Abweichungen nach § 20. Vgl. Seligsohn S. 155 ff.

¹⁰⁸ § 16 Abs. 2 (z. B. Berliner Blau, Frankfurter Würste, Wiener Schnitzel).

¹⁰⁹ Da an sich in der Bezeichnung von Waaren mit dem eignen Namen oder Wappen nur eine Ausübung des Namen- oder Wappenrechtes liegt, folgt aus dem jeder Verbandsperson zuzusprechenden Privatrechte an ihrem Namen (oben § 83 Anm. 33) und Wappen (oben Anm. 32) zunächst zweifellos die Befugniß, Waaren mit diesem Namen oder Wappen zu zeichnen oder Andere zu solcher Zeichnung zu ermächtigen. Diese Befugniß besteht, wenn auch die Zeichnung mit dem Ver-

3. Waarenbezeichnungen, die des besonderen gesetzlichen Schutzes entbehren, sind darum nicht schutzlos, genießen vielmehr desjenigen Rechtsschutzes, der sich aus dem allgemeinen Schutze des Rechtes der Persönlichkeit ergibt. Die Praxis hat freilich angenommen, daß das Markenschutzgesetz von 1874 den Schutz der Waarenbezeichnungen erschöpfend regelt¹¹⁰. Jedoch mit Unrecht¹¹¹! Auch dem Gesetze von 1894 darf eine derartige Tragweite nicht beigelegt werden. So verbietet z. B. auch dieses Gesetz nicht ausdrücklich die Anmeldung eines fremden Familienwappens als Waarenzeichen oder den Gebrauch eines nicht als Waarenzeichen eingetragenen fremden Familienwappens zur Waarenbezeichnung¹¹². Unmöglich kann jedoch dem Wappenberechtigten ein Schutz hiergegen versagt werden! Dieser Schutz fließt nur eben nicht aus dem Markenrechte, sondern aus dem Wappenrechte¹¹³. Ähnlich verhält es sich mit den im Gesetz von 1894 nicht erwähnten Wappen der nicht zu den inländischen Gemeindeverbänden gehörigen öffentlichen und aller privaten Körperschaften und Anstalten¹¹⁴. In gleicher

bandsnamen nicht den Markenschutz genießt (oben Anm. 99) und gewisse Verbandswappen nicht als Waarenzeichen angemeldet werden können (oben Anm. 51). Aber auch die Befugniß, Unbefugten die Benützung ihres Namens oder Wappens als Waarenzeichen zu untersagen, muß den Verbandspersonen auf Grund des Namen- oder Wappenrechts zuerkannt werden. — Die Befugniß einzelner Gewerbetreibender, sich eines Verbandsnamens oder Verbandswappens zur Waarenbezeichnung zu bedienen, beruht in vielen Fällen auf einem herkömmlich für alle Verbandsangehörigen begründeten Rechte des Gemeingebrauches. Sie kann auch aus einer besonderen oder allgemeinen Ermächtigung seitens des Verbandes fließen. So ist z. B. allen deutschen Fabrikanten der Gebrauch des kaiserlichen Adlers zur Waarenbezeichnung mit der Maßgabe, daß der Gebrauch nicht in Form eines Wappenschildes stattfinden darf, gestattet worden; Allerh. Erl. v. 16. März 1872 u. Bekanntm. des Reichskanzlers v. 11. Apr. 1872. Gegen Aneignung solcher im Gemeingebrauche befindlichen Waarenbezeichnungen durch Anmeldung als Waarenzeichen schützt das Freizeichenrecht (oben Anm. 53 u. 80). Eine Untersagungsbefugniß aber gegen den Gebrauch durch Unbefugte hat der, dem an solchen Waarenbezeichnungen nur das Recht des Gemeingebrauches zusteht, weder kraft Namen- oder Wappenrechtes, noch kraft Markenrechtes, sondern lediglich insoweit, als die Voraussetzungen eines in seine Persönlichkeitssphäre eingreifenden unlauteren Wettbewerbes vorliegen.

¹¹⁰ Vgl. z. B. R.Ger. II Nr. 14, XXV Nr. 26, XXIX Nr. 18.;

¹¹¹ Vgl. insbes. Kohler, Markenschutz S. 77 ff., 88 ff., 302 ff.

¹¹² Anders das Oesterr. Ges. § 10 u. 24 ff.

¹¹³ Vgl. oben Anm. 31. Sein eignes Wappen darf Jedermann zur Waarenbezeichnung verwenden. Er kann es auch als Waarenzeichen oder Bestandtheil eines Waarenzeichens anmelden, erwirbt aber dann durch die Eintragung kein Recht, einen zur Führung des gleichen Wappens befugten Familiengenossen an dem Gebrauche desselben zu hindern; so nach Analogie des § 13 des Ges. v. 1894.

¹¹⁴ Sie können ihre Wappen als Waarenzeichen gebrauchen und auch (sofern

Weise müssen Personennamen, insoweit sich der besondere Markenschutz auf sie nicht erstreckt, doch kraft Namenrechtes gegen Anmaßung als Waarenzeichen und gegen Mißbrauch durch Waarenbezeichnung geschützt werden¹¹⁵. Endlich aber kann überhaupt insoweit, als die Merkmale des unlauteren Wettbewerbes vorliegen, jeder Eingriff in eine fremde Persönlichkeitssphäre durch Anmaßung oder Mißbrauch von Zeichen als Waarenzeichen auch dann als Rechtsverletzung abgewehrt werden, wenn ein besonderer gesetzlicher Schutz kraft Zeichenrechtes nicht begründet ist¹¹⁶.

Dritter Titel.

Urheberrechte.

§ 85. Das Urheberrecht überhaupt¹.

I. Begriff. Urheberrecht ist das ausschließliche Recht des Schöpfers eines Geisteswerkes, über dessen Veröffentlichung und Wiedergabe zu verfügen. Geisteswerk ist ein durch Formgebung in-

sie nicht Freizeichen sind) anmelden, den Gebrauch durch Unbefugte untersagen und die Eintragung als fremde Waarenzeichen hindern oder anfechten.

¹¹⁵ So nach dem oben Anm. 109 Gesagten die in § 16 des Ges. v. 1894 erwähnten Verbandsnamen. So aber auch die Namen anderer Verbandspersonen, mögen sie auch keine Firmen sein. So ferner Schriftsteller- oder Künstlernamen und andere erlaubter Weise im Verkehr angenommene und anerkannte Namen; vgl. oben § 83 I 3; abweichend R.Ger. XXV Nr. 26.

¹¹⁶ So hinsichtlich nicht eingetragener Marken (oben S. 736); hinsichtlich der auf einen bestimmten Kreis beschränkten Freizeichen; hinsichtlich der Orts- oder Herkunftsbezeichnungen (a. M. R.Ger. XXIX Nr. 18); hinsichtlich der Etablissementsnamen (a. M. R.Ger. II Nr. 14), der Wirthshausnamen und anderer Sachnamen (oben Anm. 103); hinsichtlich der Ladenschilder u. s. w.

¹ Aeltere Schriften: Pütter, Der Büchernachdruck nach ächten Grunds. des Rechts geprüft, Gött. 1774; Von Bücherprivilegien, Beyträge zum Teut. Staats- und Fürstenr., Gött. 1777, I 241 ff. Griesinger, Der Büchernachdruck, Stuttg. 1822. Neustetel, Der Büchernachdruck nach röm. R. betrachtet, Heidelb. 1824. Kramer, Die Rechte der Schriftsteller u. Verleger, Heidelb. 1827. Homeyer in Hinschius Jur. Wochenschr. 1838 S. 212 ff. u. 221 ff. Renouard, Traité des droits d'auteurs, Paris 1838. Jolly, Die Lehre vom Nachdruck, Heidelb. 1852. Bluntschli in Krit. Uebersch. I (1853) 1 ff. Eisenlohr, Das litterarisch-artistische Eigenthum, Schwerin 1855. Harum, Die gegenwärtige österr. Prefs-gesetzgebung u. s. w., Wien 1857. Friedländer, Der einheimische u. ausländische Rechtsschutz gegen Nachdruck u. Nachbildung, Leipz. 1857. O. Wächter, Das Verlagsrecht mit Einschluss der Lehre vom Verlagsvertrag u. Nachdruck, 2 Bde., Stuttg. 1857 u. 58. M. Lange, Kritik der Grundbegriffe vom geistigen Eigenthum, Schönebeck 1858. Gerber, Jahrb. f. D. III (1859) 359 ff.; Ges. Abh. S. 281 ff. H. Ortloff, Jahrb. f. D. V (1861) 263 ff. v. Orelli, Z. f. schweiz. R. XII (1864)

dividualisirter Gedankeninhalt. Die Formgebung kann sich des Mittels der Sprache, der Töne oder der bildlichen Darstellung bedienen, der Gedankeninhalt dem Reiche der Wissenschaft, der Kunst oder der Technik angehören. Da bei den einzelnen Arten der Geisteswerke

109 ff. R. Spöndlin, Ueber das Wesen des Verlagsrechts, Zürich 1867. G. Mandry, Das Urheberrecht an literar. Erzeugnissen u. Werken der Kunst, ein Kommentar zum Bayr. Ges. v. 28. Juli 1865, Erlangen 1867 (in Dollmanns Gesetzg., vgl. oben § 81 Anm. 1). Klostermann, Das geistige Eigenthum an Schriftwerken, Kunstwerken u. Erfindungen, 2 Bde. 1867 u. 69. F. Korb, Was heisst und ist das geistige Eigenthum an literar. Erzeugnissen, Bresl. 1869. — Runde, D.P.R., Vorrede zur 2. Aufl. (1795) u. § 197c. Danz II 224 ff. Eichhorn § 386. Mittermaier II § 296a. Maurenbrecher § 506 ff. Bluntschli § 46 ff. Hillebrand § 135. — Heydemann u. Dambach, Die Preufs. Nachdrucksgesetzgebung, erläutert durch die Praxis des Kön. literar. Sachverständigenvereins, Berl. 1868.

Neuere Schriften (seit dem deut. R.Ges. v. 1870): Dambach, Die Gesetzgebung des Norddeut. Bundes betr. das Urheberrecht u. s. w., Berl. 1871; Nachdruck u. Nachbildung, in Holtzendorffs Handb. des Strafr. III (1874) 1022 ff.; Urheberrecht, in Holtzendorffs Handb. des Völkerrechts III (1887) 583 ff. Endemann, Das Gesetz betr. das Urheberrecht u. s. w., Berl. 1871. F. Dahn in Behrends Z. f. Gesetzg. u. Rechtspf. in Preussen V (1871) 1 ff.; Grundriss des D.P.R. S. 44 ff. O. Wächter, Das Autorrecht, Stuttg. 1875; Das Urheberrecht an Werken der bildenden Künste, Stuttg. 1876. Klostermann, Das Urheberrecht an Schrift- und Kunstwerken u. s. w., Berl. 1876; Das Urheberrecht, in Endemanns Handb. des H.R. II 286 ff. Gareis in Busch Arch. XXXV (1875) 185 ff. Reuling in Z. f. H.R. XXIII 70 ff. Pouillet, Traité théorique et pratique de la propriété littéraire et artistique, Paris 1879. Kohler, Das Autorrecht, Jena 1880 (auch Jahrb. f. D. XVIII 129 ff.); Autor-, Patent- u. Industrierecht, Busch Arch. XLVII 167 ff.; Das literarische u. artistische Kunstwerk u. sein Autorschutz, Mannheim 1892; Die Idee des geistigen Eigenthums, Arch. f. c. Pr. LXXXII (1894) 141 ff. v. Anders, Beiträge zur Lehre vom literar. u. artist. Urheberrecht, Innsbr. 1881. Kaerger, Die Theorien über die jurist. Natur des Urheberrechts, Berl. 1882. Gierke, Z. f. H.R. XXIX (1884) 266 ff. v. Orelli, Das schweizer. Bundesges. betr. das Urheberrecht, Zürich 1884. Daude, Lehrbuch des deut. litterarischen, künstlerischen u. gewerblichen Urheberrechts, Stuttg. 1888. Schürmann, Die Rechtsverhältnisse der Autoren und Verleger sachlich-historisch, Halle 1889. Streifler, Das Recht für Urheber, Buchhandel u. Presse, Leipz. 1890. Klöppel in Gruchots Beitr. z. Erl. des d. R. XXXIV 7 ff., XXXV 76 ff. Schuster, Das Urheberrecht der Tonkunst, München 1891; Das Wesen des Urheberrechts, Wien 1891. G. Scheele, Das deutsche Urheberrecht an literar., künstler. u. photograph. Werken, Leipz. 1892. A. Osterrieth, Altes u. Neues zur Lehre vom Urheberrecht, Leipz. 1892; Arch. f. öff. R. VIII 285 ff. Ph. Allfeld, Die Reichsges. über das Urheberrecht u. s. w., München 1893; Handwörterb. der Staatswiss. VI 398 ff. R. Voigtländer, Das Verlagsrecht an Schriftwerken, musikalischen Kompositionen u. Werken der bildenden Künste, 2. Aufl., Leipz. 1893. v. Freydorf, Autorrecht u. Rechtssystem, Mannheim 1894. — Gerber, D.P.R. § 219. Beseler § 210. Stobbe III § 157 ff. Gengler § 132. Franken S. 402 ff. — Förster-Eccius II § 134. Dernburg, Preufs. P.R. II § 304 ff.

eine Veröffentlichung und Wiedergabe auf verschiedene Weise und mit verschiedener Wirkung möglich ist, gewinnt bei ihnen das dem Urheber gewährleistete Herrschaftsrecht über sein Geisteserzeugniß einen mannichfach ungleichen Inhalt.

Der Name „Urheberrecht“ ist in Deutschland der von den Gesetzen gebrauchte Ausdruck. Ihn ganz oder theilweise durch „Autorrecht“ zu ersetzen, liegt kein Anlaß vor². Der im Leben vielfach gebrauchte Ausdruck „geistiges Eigenthum“ ist nicht zu beanstanden, sobald nur die an ihn sich knüpfenden theoretischen Irrthümer vermieden werden³. Verfehlt ist es, mit dem Namen „Verlagsrecht“, der nur ein aus dem Urheberrecht abgeleitetes Recht ausdrückt, das Urheberrecht selbst bezeichnen zu wollen⁴.

II. Geschichte⁵. Dem Alterthum und dem Mittelalter unbekannt, entwickelte sich seit der Erfindung des Buchdruckes zunächst das Urheberrecht an Schriftwerken, dem dann die übrigen Urheberrechte nachgebildet wurden⁶.

Der Buchdruck ermöglichte in bisher unbekanntem Mafse die ökonomische Verwerthung von Geisteserzeugnissen. Alsbald aber bemächtigte sich auch der Nachdruck der neuen Kunst, um Verfassern und Verlegern die Früchte ihrer Arbeit und ihres Kostenaufwandes mühelos zu entwinden. Das Rechtsbewußtsein empfand den Nachdruck als eine dem Diebstahle oder Raube vergleichbare Handlung.

Mandry, Civilr. Inh. der Reichsges. § 53. — Dambach, Gutachten des K. Preufs. litterar. Sachverständigenvereins, Leipz. 1874; Fünfzig Gutachten u. s. w., Berl. 1891.

Sonstige Litt., insbesondere auch ausländische, nachgewiesen b. O. Wächter, Autorrecht § 3, Urheberrecht § 3, Kohler, Krit. V. J. Schr. XXI 189 ff., 510 ff., Osterrieth S. 107 ff.

² O. Wächter u. Kohler (Arch. f. c. Pr. LXXXII 197) scheinen den Ausdruck „Autorrecht“ für das litterarische Urheberrecht als Gattung des „Urheberrechts“ gebrauchen zu wollen. Dies ist jedoch willkürlich.

³ Vgl. unten III 4.

⁴ So noch O. Wächter in seinem ersten Werke; ebenso Spöndlin a. a. O.

⁵ Vgl. O. Wächter, Verlagsr. S. 3 ff., Autorr. S. 19 ff., Urheberr. S. 4 ff.; Klostermann, Das geist. Eigth. S. 35 ff.; Stobbe § 159; Schuster, Urheberr. der Tonkunst S. 6 ff.; Osterrieth S. 5 ff.; Kohler, Arch. f. c. Pr. LXXXII 166 ff.; Schürmann, Die Entwicklung des deut. Buchhandels zum Stande der Gegenwart, Halle 1880; Kapp, Geschichte des deut. Buchhandels bis in das 17. Jahrh., Leipz. 1886; Voigtländer a. a. O. S. 1 ff.

⁶ Ein Urheberrecht an Tonwerken entwickelte sich frühzeitig aus der gleichen Behandlung von Notendruck und Buchdruck; Schuster S. 7 ff. Auch die Keime eines Urheberrechts an Bildwerken finden sich bereits im 16. Jahrh. (Schutz von Holzschnitten u. s. w. in Nürnberg 1532 u. 1550), blieben aber lange unentfaltet.

So entstand die feste Ueberzeugung, daß hier auf der einen Seite ein Recht vorhanden sei und auf der anderen Seite eine Rechtsverletzung begangen werde⁷.

Da aber bereits die Herrschaft der gelehrten Jurisprudenz angebrochen war, fand das den römischen Quellen unbekanntes neue Recht in dem System der allgemein anerkannten Privatrechte keine Stätte. Es konnte sich daher zuvörderst nur als ein besonders begründetes Ausnahmerecht Bahn brechen, das durch kaiserliche, landesherrliche oder städtische Privilegien einzelnen Verlegern für bestimmte Werke verliehen wurde⁸. Durch solche Privilegien, die dann dem Buche vorgedruckt zu werden pflegten, wurde eine ausschließliche Druckberechtigung gewerblicher Art geschaffen und jeder Nachdruck als Eingriff in diese Berechtigung mit Strafe bedroht⁹.

Weiter giengen die allgemeinen gesetzlichen Nachdrucksverbote, die vereinzelt schon im sechszehnten Jahrhundert erlassen wurden¹⁰ und in den folgenden Jahrhunderten sich mehrten¹¹. Denn indem

⁷ Diese Ueberzeugung giebt sich in den Vorreden Luthers und den Aussprüchen anderer Schriftsteller kund. Vgl. Dambach, Wider den Nachdruck; Aussprüche berühmter deutscher Gelehrter, Schriftsteller, Dichter u. s. w., Berl. 1872. Ueber den Streit zwischen Conr. Lagus und dem Frankf. Buchhändler Egenolf, der eine Schrift des Lagus ohne Ermächtigung herausgegeben hatte, vgl. Muther, Zur Gesch. der Rechtswiss. S. 355 ff. Ueber den Fall Giphanius Kohler a. a. O. S. 168 ff.

⁸ Das älteste bekannte Verlagsprivileg ertheilte die Republik Venedig i. J. 1486 dem Marc. Anton. Sabellus für seine Geschichte Venedigs. In Deutschland ertheilte der Bischof von Bamberg 1490 ein Privileg für ein Missale, das Reichsregiment 1501 dem Konrad Celtes ein Privileg für die Werke der Hroswitha, der Kaiser Privilegien seit 1510, Nürnberg 1532 ein Privileg für A. Dürers Werk über Proportionen u. s. w. Vgl. über die ältesten Privilegien G. D. Hoffmann, Von den ältesten kaiserl. u. landesh. Bücher-, Druck- u. Verlagsprivilegien, 1777; Pütter, Beitr. I 241 ff.; Wächter, Verlagsr. S. 7 ff.; Renouard I 108 ff.; Kapp S. 736 ff.; Schuster S. 7 ff. (hier ein kaiserl. Priv. für Tonwerke v. 1533).

⁹ Der gewerbliche Standpunkt offenbart sich darin, daß der Privilegienschutz einerseits den Autoren selbst nur als Verlegern, andererseits den Verlegern auch für den Druck von alten Handschriften, Gesetzen u. s. w. gewährt wurde. Ursprünglich wurden nur zeitlich begrenzte, später auch ewige Privilegien ertheilt.

¹⁰ Eine Basler Ver. v. 1531 (Basler Rechtsq. I 259) verbot jeden Nachdruck binnen 3 Jahren nach dem Erscheinen eines Buches; vgl. Huber IV 298 Anm. 31. Das Nürnberger Stat. v. 1550 verbot sowohl den Nachdruck, wie die Nachbildung von Holzschnitten durch Formschneider binnen einem halben Jahre; Kohler, Autorrecht S. 243 ff., Schuster S. 14 ff.

¹¹ Nürnberg. V. v. 1633 (Kapp S. 753) u. 1673 (Siebenkees, Beytr. zum deut. R. I 222 ff.); Kaiserl. Mand. v. 1685 (Kohler, Arch. f. c. Pr. LXXXII 172);

sie nicht bloß generelle Strafbestimmungen für die Verletzung von Verlagsprivilegien trafen¹², sondern auch den Nachdruck nicht privilegiirter Werke verboten, stempelten sie den Nachdruck zu einer an sich widerrechtlichen Handlung. Doch schützten sie nur inländische Verfasser und Verleger und konnten somit zumal in Deutschland, wo das geplante Reichsgesetz gegen den Nachdruck niemals zu Stande kam¹³, nur eine beschränkte Wirksamkeit entfalten¹⁴. Die besonderen Privilegien blieben daher werthvoll und wurden nach wie vor gesucht und ertheilt¹⁵. Auch zielten die Nachdrucksverbote gleich den Privilegien hauptsächlich nur auf den Schutz des Buchhandels und führten daher nicht über ein Verlagsrecht hinaus. Den Standpunkt des Verlagsrechtes hielt auch das preussische Landrecht fest, das jedoch grundsätzlich auch fremde Verlagsrechte anerkannte¹⁶.

Inzwischen war aber in Theorie und Praxis mehr und mehr eine Auffassung durchgedrungen, die auf die Quelle des Verlagsrechtes in der geistigen Schöpfung zurückgieng und demgemäß dem Urheber selbst ein als geistiges Eigenthum vorgestelltes Herrschaftsrecht über sein Geisteswerk zuschrieb¹⁷. Entschieden kam diese Auffassung, der

Kursächs. Mand. v. 1686 (Cod. August. I 413) u. v. 1773 (ib. II cont. I 39, Schürmann S. 71 ff.); Hannov. V. v. 1778 u. Oesterr. V. b. Wächter, Verlagsr. S. 14 Anm. 7 u. S. 16 Anm. 8.

¹² Es fehlt nicht an Gesetzen, die sich hierauf beschränken; so die älteren Kursächs. Reskr. v. 1617, 1620 u. 1628 u. noch die V. v. 22. Jan. 1661, sowie das kaiserl. Pat. v. 4. März 1662; Kapp S. 753 ff.

¹³ Wächter, Autorr. S. 24. Insbesondere blieb das Versprechen Leopolds II. in seiner Wahlkapitul. Art. VII § 1 unerfüllt.

¹⁴ Am wirksamsten waren wegen ihrer Erstreckung auf alle zur Leipziger Messe gebrachten Bücher die kursächs. Gesetze; Schürmann S. 65 ff.

¹⁵ Zum Theil artete das Privilegienwesen in ein Privilegienunwesen aus; Generalprivilegien (Kapp S. 747), ja Nachdrucksprivilegien (nach Runde, Vorr. zur 2. Aufl. des D.P.R., „Kaperbriefe für Seeräuber“) wurden ertheilt.

¹⁶ Pr. L.R. I, 11 § 996 ff., 1033 ff., II, 20 § 1294 ff. Dazu Schürmann S. 137 ff., Osterrieth S. 13 ff.

¹⁷ Für Deutschland vgl. Pütter, Büchernachdruck S. 118 ff., Jolly S. 5 ff. u. bes. Kohler a. a. O. S. 166 ff. Man führte demgemäß die Privilegien auf ein zu Grunde liegendes natürliches Recht zurück (so schon Carpzov, Jurispr. eccles. II 25 def. 414; Runde § 197c bezeichnet sie als bloße Schildwachen, die zum Schutze gegen Räuber vor das Haus gestellt sind). Man erklärte den Nachdruck schon an sich für unerlaubt (Leipziger Schöffenspr. v. 1674, Entsch. der Leipz. Fak. v. 1706, der Wittenberger v. 1722 b. Kohler S. 170 u. 175). Man rechtfertigte und forderte allgemeine Nachdrucksverbote als Mafsregeln des Eigenthumschutzes; so A. Beier 1690, B. Wernher 1722, H. Gundling 1726, J. H. Boehmer 1731, Thurneisen 1738, Pütter 1774, Ehlers 1784, Gräff 1794, Runde 1795 („nothwendige Sicherung eines wohl erworbenen Eigenthums“). — Die Keime dieser Auffassung finden sich schon im 16. Jahrh.; vgl. oben Anm. 7.

sich die englische Gesetzgebung schon 1710 genähert hatte¹⁸, in der französischen Gesetzgebung der Revolutionszeit zum Durchbruch¹⁹. Sie bekundete sich darin, daß der Urheberrechtsschutz auf die Person des Urhebers gestellt und ihm selbst während seines Lebens, seinen Erben während eines bestimmten Zeitraumes nach seinem Tode gewährleistet wurde²⁰.

In neuerer Zeit hat eine umfassende Gesetzgebung in allen Kulturländern das Urheberrecht ausgebaut²¹. Mehr und mehr errang dabei der Gedanke eines unmittelbar aus geistiger Schöpfung fließenden Rechtes den Sieg. Zugleich wurde der Schutz dieses Rechtes zeitlich und gegenständlich ausgedehnt und insbesondere das künstlerische Urheberrecht dem litterarischen ebenbürtig gestaltet. Daneben wurden

¹⁸ Uebersicht über die englische Entwicklung b. Osterrieth S. 14 ff. Der Schutz gegen Nachdruck wurde hier namentlich durch eine große Gilde der Verleger erzwungen. Das Ges. v. 1710 aber, das den Autoren oder ihren Rechtsnachfolgern 14 Jahre lang und für den Fall, daß bei Ablauf dieser Frist der Autor noch lebt, noch weitere 14 Jahre das Alleinrecht des Druckes und des Verkaufes einräumt, läßt den Gedanken des Urheberrechts deutlich erkennen. Fortbildung durch Ges. v. 1734, 1766, 1775, 1777, 1814 u. s. w.

¹⁹ Ueber die ältere französ. Entwicklung, die auf Verallgemeinerung des Privilegienschutzes hinauslief, vgl. Renouard I 1 ff., Osterrieth S. 21 ff.

²⁰ Das Dekret v. 24. Juli 1793 gewährt den Schriftstellern, Komponisten und Graveuren während ihres Lebens, ihren Erben 10 Jahre lang ein „droit exclusif de vendre, faire vendre, distribuer leurs ouvrages dans le territoire de la république et d'en céder la propriété en tout ou en partie“. Das Reglem. v. 5. Febr. 1810 erweiterte die Garantie des „droit de propriété“ für die Wittve auf ihre Lebenszeit, für die Kinder auf 20 Jahre. Seitdem zahlreiche Ergänzungsgesetze.

²¹ Uebersicht über die ausländische Gesetzgebung b. Osterrieth S. 87 ff. — Auf gemeinsamem Boden mit dem deut. R. steht das österreichische; hier gilt noch das Patent v. 19. Okt. 1846; der Entw. eines neuen umfassenden Ges. über das Urheberrecht an Werken der Litteratur, Kunst und Photographie ist in Gestalt einer Regierungsvorlage und ihrer Umarbeitung durch eine Herrenhauskommission als Nr. 271 der Beilagen zu den stenograph. Protok. des Herrenhauses XI. Session gedruckt; im Folgenden citirt als Oesterr. Entw. I und II. In Ungarn gilt das dem deut. Ges. nachgebildete Ges. v. 26. Apr. 1884. Nahe verwandt dem deut. Ges. ist auch das Schweiz. Bundesges. v. 28. Apr. 1883 (Komm. v. Orelli oben Anm. 1). Hervorzuheben sind ferner: Engl. Ges. v. 1. Juli 1842 nebst Novellen (Zusammenstellung v. 1878) u. Ges. v. 10. Aug. 1882 (musikal. Urheberrecht); Dän. Ges. v. 29. Dez. 1857 (litterarisches) u. v. 31. März 1864 (künstlerisches Urheberrecht) mit Novellen; Schwed. Ges. v. 3. Mai 1867 (künstlerisches) u. v. 10. Aug. 1877 (litterar. Urheberrecht); Portugies. bürg. Gb. v. 1867 Art. 570—612; Norweg. Ges. v. 8. Juni 1876 (litterar.) u. v. 12. Mai 1877 (künstler. Urheberrecht); Span. Ges. v. 10. Jan. 1879; Niederländ. v. 28. Juni 1881; Ital. v. 18. März 1882; Russ. Bestimm. v. 1886; Ges. der Vereinigten Staaten v. 8. Juli 1870, 18. Juni 1874 u. 3. März 1891. — Sammlung: Gesetze über das Urheberrecht im In- und Auslande. Leipzig 1890 (G. Hedeler).

eigenartige Urheberrechte mehr gewerblicher Art ausgebildet, die als Abzweigungen vom Hauptstamme ihr Sonderleben führen und zum Theil eine stark abweichende gesetzliche Ordnung gefunden haben²².

In Deutschland²³ ergingen auf Grund einer in Art. 18 der Bundesakte gegebenen Zusage mehrere Bundesbeschlüsse, die einen gegenseitigen Urheberrechtsschutz in den Staaten des Bundesgebietes erwirkten und gemeinsame Grundzüge des Urheberrechtes feststellten²⁴. Nähere Bestimmungen wurden durch zahlreiche Landesgesetze getroffen²⁵. Im Deutschen Reiche wurde das ältere Recht durch Reichsrecht ersetzt. Das Urheberrecht an Schriftwerken, Abbildungen, musikalischen Kompositionen und dramatischen Werken ist durch das Reichsgesetz vom 11. Juni 1870, das Urheberrecht an Werken der bildenden Künste durch das Reichsgesetz vom 9. Januar 1876 eingehend geregelt²⁶. Ueber die gewerblichen Urheberrechte sind die drei besonderen Reichsgesetze vom 10. u. 11. Januar 1876 und vom 1. Juni 1891 ergangen²⁷.

Erweitert wurde der Urheberrechtsschutz durch internationale Verträge, die eine gegenseitige Anerkennung der fremden Urheberrechte verbürgten²⁸. Solche Verträge wurden früher von den deut-

²² Ueber ihre Geschichte vgl. unten § 91 I, 92 I u. 93 I.

²³ Geschichte der deut. Gesetzg. seit 1815 b. Wächter, Autorr. S. 25 ff., Urheberr. S. 4 ff., Osterrieth S. 28 ff.

²⁴ B.B. v. 6. Sept. 1832, 9. Nov. 1837, 22. Apr. 1841, 19. Juni 1845, 6. Nov. 1856, 12. März 1857.

²⁵ Uebersichten b. Wächter, Verlagsr. S. 39 ff., Klostermann, Geist. Eigth. S. 86 ff., Osterrieth S. 29 Anm. 122. Dazu Eisenlohr, Sammlung der Ges. u. internationalen Verträge zum Schutz des litterarisch artistischen Eigenthums in Deut., Frankr. u. Engl., Heidelb. 1857. Grundlegend wurde das Preuss. Ges. v. 11. Juni 1837. Außer ihm ist bes. das Bayr. Ges. v. 28. Juni 1865 (an Stelle des älteren v. 15. Apr. 1840) hervorzuheben.

²⁶ Im Folgenden als R.Ges. I u. R.G. II citirt. — Das Ges. v. 11. Juni 1870, als Gesetz des Norddeutschen Bundes ergangen, wurde in Baden, Württ. u. Hessen mit der Reichsverfassung, in Bayern durch R.Ges. v. 22. Apr. 1871 § 11, in Elsaß-Lothringen durch R.Ges. v. 27. Jan. 1873 eingeführt.

²⁷ Vgl. unten § 91, 92 u. 93.

²⁸ Wächter, Verlagsr. II 742 ff.; Klostermann, Geist. Eigth. S. 73 ff.; Endemann, Komm. S. 106 ff.; Heydemann, Der internationale Schutz des Autorrechts, in den Festgaben für A. W. Heffter, Berl. 1873, S. 173 ff.; Dambach in Holtzendorffs Handb. des Völkerr. III 585 ff.; v. Orelli, Der internationale Schutz des Urheberrechtes, Hamb. 1887; Daude S. 129—185; Meili, Die internationalen Unionen, Leipz. 1889; v. Bar, Internat. Privatr. II 233 ff.; Schuster, Urheberr. der Tonkunst S. 320 ff. — Ohne Weiteres sind nur in Frankreich seit Ges. v. 28. März 1852 u. in Belgien seit Ges. v. 1886 Art. 38 fremde Urheberrechte wie einheimische geschützt.

schen Einzelstaaten mit Staaten des Auslandes geschlossen⁸⁰ und sind auch vom Deutschen Reiche vielfach eingegangen⁸⁰. Eine umfassende Vereinbarung zwischen einer Mehrzahl von Staaten, zu denen das Deutsche Reich gehört, ist als Berner Konvention am 9. September 1886 zu Stande gekommen⁸¹ und wird durch einen internationalen Verband behütet⁸².

Die Urheberrechtsgesetzgebung der einzelnen Länder weicht vielfach von einander ab, stimmt aber in der Grundrichtung überein. Sie geht einerseits davon aus, daß durch die Schöpfung eines Geisteswerkes in der Person seines Schöpfers ein gutes Recht entsteht, über das Ob und Wie der Veröffentlichung des Werkes allein zu verfügen und die hierdurch bedingten ideellen und materiellen Vortheile zu genießen. Sie hält aber andererseits daran fest, daß dieses Recht durch das Recht des Gemeingebrauches an dem einmal veröffentlichten Werke beschränkt wird und schließlic durch Zeitablauf zu Gunsten der menschlichen Gemeinschaft erlischt.

Zwei entgegengesetzte Strömungen, die immer wieder hervorbrechen drohen, sind damit zurückgedämmt.

Einmal die dem Urheberrechte grundsätzlich feindliche Strömung, die sich ihm seit seinen ersten Anfängen entgegengestemmt und ihm in jedem Stadium seines Wachsthums Hindernisse bereitet hat⁸³. In

⁸⁰ Praktische Bedeutung haben noch die Verträge zwischen Preußen u. England v. 13. Mai 1846 u. 14. Juni 1855, zwischen Hannover u. England v. 4. Aug. 1847 u. zwischen Hamburg u. England v. 16. Aug. 1853; vgl. Daude S. 174 ff. — Verträge von Preußen mit Frankreich v. 2. Aug. 1862, mit Belgien v. 28. März 1863 u. s. w.

⁸⁰ Mit der Schweiz v. 13. Mai 1869 u. 23. Mai 1881; mit Frankreich v. 19. Apr. 1883; mit Belgien v. 12. Dez. 1883; mit Italien v. 20. Juni 1884 (vorher 12. Mai 1864); mit England v. 2. Juni 1886; mit den Vereinigten Staaten v. Amerika v. 15. Januar 1892. Nach dem letztgedachten Vertrage haben indess, während in Deutschland amerikanische Urheberrechte wie deutsche geschützt werden, deutsche Werke in Amerika immer erst einen unvollkommenen Schutz (nach Maßgabe des amerikan. Ges. v. 3. März 1891) erlangt; bis zum Jahre 1891 verweigerten die Vereinigten Staaten ausländischen Urhebern jeglichen Schutz!

⁸¹ R.G.Bl. v. 1887 S. 493 ff. Außer Deutschland haben Frankreich, Belgien Spanien, England, Hayti, Italien, Liberia, die Schweiz u. Tunis den Vertrag unterzeichnet. Beigetreten sind Luxemburg (R.G.Bl. v. 1888 S. 227) u. Montenegro (R.G.Bl. v. 1893 S. 136).

⁸² Organ des Verbandes ist das zu Bern errichtete „Bureau des internationalen Verbandes zum Schutze von Werken der Litteratur u. Kunst“. Vgl. dazu R.Ges. v. 4. Apr. 1888 u. Kaiserl. Ver. v. 11. Juli 1888 (R.G.Bl. S. 139 u. 225). Dieses Bureau giebt eine Monatsschrift heraus: „Le droit d'auteur“.

⁸³ Vgl. über den Widerstand von Juristen und Nationalökonomern in England Osterrieth S. 20; über die französische Opposition ib. S. 38; über die noch im

ihr fließen alle theoretischen und praktischen, juristischen und nationalökonomischen Anschauungen und Strebungen zusammen, denen der Güter höchstes die wirtschaftliche Freiheit ist, das Urheberrecht aber als künstliche Verkehrsfessel, als Monopol, als singuläres Privileg gilt. Es giebt eine Jurisprudenz, die in einem Rechte, das sich nicht romanistisch konstruiren läßt, kein gutes Recht zu sehen vermag. Und es giebt eine Nationalökonomie, die das Eigenthum so heilig hält, daß ihr ein Recht, das kein Eigenthum ist, auch nicht heilig dünkt.

Die Gesetzgebung erwehrt sich aber auch der zur Uebertreibung des Urheberrechtes drängenden Strömung, die in das Verlangen nach voller Ausschließlichkeit und ewiger Dauer des geistigen Eigenthums ausmündet⁸⁴. In dieser Strömung verbinden sich mit einseitigen praktischen Interessen theoretische Anschauungen, die in der Gleichstellung des Rechtes an einem Geisteswerke mit dem Eigenthum an einer körperlichen Sache einem materialistischen Zuge folgen und in der Verkennung des Rechtes der Gemeinschaft einem kulturfeindlichen Individualismus huldigen.

III. Wesen. Das Urheberrecht ist ein Persönlichkeitsrecht, dessen Gegenstand ein Geisteswerk als Bestandtheil der eignen Persönlichkeitssphäre bildet. Da es aber einerseits erst in langem geschichtlichem Ringen sich voll entfaltet hat, andererseits durch die Beschaffenheit seines Gegenstandes ein eigenartiges Gepräge empfängt, sind über sein Wesen mancherlei abweichende Ansichten laut geworden. Auch unter denen, die das Dasein von Persönlichkeitsrechten anerkennen, legen Viele dem Urheberrechte ganz oder zum Theil einen anderen Rechtscharakter bei.

1. Noch ist nicht ganz die aus der Zeit der älteren Nachdrucksgesetzgebung stammende Meinung verstummt, daß das Urheberrecht überhaupt kein Recht, sondern nur der Widerschein von Verbotsgesetzen sei⁸⁵. Doch hat selbst der Einfluß Gerbers dieser von ihm erneuten Lehre nur spärlichen Anhang gewonnen. In Wahrheit

Jahre 1870 in Deutschland erhobenen Einwände die Verhandl. des norddeut. Reichstages (Protok. der 7. Sitzung S. 3 ff. u. der 28. Sitzung S. 502 ff.).

⁸⁴ Ueber diese Bestrebungen vgl. Anders S. 263 ff. u. Osterrieth S. 19 ff., 24 ff. u. 95 ff., der selbst auf das Lebhafteste für die zeitliche Unbeschränktheit des Urheberrechtes eintritt.

⁸⁵ So in schroffer Form Maurenbrecher § 507. Im Wesentlichen aber auch Phillips, D.P.R. I § 84, Walter § 324—326 u. 385 u. Jolly S. 87 ff. Dann besonders Gerber, Jahrb. f. D. III 372 ff. u. D.P.R. § 219, dessen Ausführungen von Laband, Z. f. H.R. XXIII 621 ff., 624 ff. u. Staatsr. II 222, u. O. Mayer, Z. f. H.R. XXVI 364 u. 422 ff., gebilligt werden. Folgerichtig verweist man die ganze Materie in die Lehre von „Forderungen aus unerlaubten Handlungen“.

4. Köhler
155

ist eine derartige Konstruktion überhaupt keine Konstruktion, sondern eine Insolvenzerklärung der Privatrechtsjurisprudenz Angesichts der vom geltenden Rechte erhobenen Forderungen. Denn wenn irgend ein bestehendes Privatrecht seinen Geburtsschein aufweisen kann, so ist es das Urheberrecht⁸⁶.

2. Verbreiteter ist noch heute die verwandte Ansicht, daß das Urheberrecht ein Monopolrecht sei⁸⁷. Meist verbindet sich damit die Vorstellung eines aus Zweckmäßigkeitgründen vom Gesetzgeber geschaffenen singulären Rechtes, das als verallgemeinertes Privileg die ehemaligen besonderen Privilegien ersetzt habe. Das Privilegienwesen war aber nur die Hülse, in deren Schutz das neue Recht keimte und wuchs, bis es sie zu sprengen vermochte. Heute trägt es genau so reguläre Züge, wie das Sacheigenthum. Manche geben dies mehr oder minder unumwunden zu, halten aber gleichwohl für die juristische Konstruktion an dem Gesichtspunkte des Monopolrechtes fest. In der That hat ja das Urheberrecht mit den gewerblichen Monopolrechten nicht nur die allgemeinen Merkmale der Persönlichkeitsrechte, sondern insoweit, als es dem Urheber und seinem Rechtsnachfolger einen bestimmten Bereich wirtschaftlicher Thätigkeit vorbehält, auch einen besonderen Inhalt gemein. Allein einmal erschöpft es sich nicht in seinem gewerblichen Bestandtheile. Und sodann unterscheidet es sich von jedem ausschließlichen Gewerberechte dadurch, daß es nicht

⁸⁶ Widerlegungen der Theorie Gerbers b. Ortloff a. a. O. S. 227 ff., Harum, Oest. Vierteljahrsschr. XI 270 ff., Stobbe III 7 ff., Kärger a. a. O. S. 7 ff., Kohler, Autorr. S. 5 ff., Schuster, Wesen des Urhebers. S. 23 ff.

⁸⁷ Diese Ansicht herrschte zur Zeit des Privilegienwesens bei Allen, die den Nachdruck nicht privilegirter Werke für erlaubt hielten; vgl. die Citate b. Pütter a. a. O. S. 118. Sie starb aber nach der Verallgemeinerung des Urheberrechtsschutzes keineswegs aus; vgl. Kohler, Autorr. S. 63 ff. Schöff wurde sie z. B. von Macaulay (1841) u. Carey (Briefe über schriftstellerisches Eigenthum, übersetzt v. Dühring, Berl. 1866) verfochten. Unter den französ. Schriftstellern huldigen ihr die meisten Gegner der Theorie des geistigen Eigenthums; so Renouard a. a. O. I 461 ff., Lebret, La propriété littéraire et artistique, Paris 1868, Morillot (vgl. Kohler, Krit. V.J.Schr. XXI 514) u. A. Lebhaft vertheidigt sie Roguin, La règle de droit S. 308 ff. Von deutschen Schriftstellern spricht Schmid, Arch. f. c. Pr. XLIV 197 ff., von einem „ausschließlichen dinglichen Gewerberechte“. Auch Zorn, Staatsr. II 120 ff., n. Randa, Das Eigenthumsrecht I (2. Aufl., Leipz. 1898) S. 55 Anm. 43, verweisen das Urheberrecht unter die „Monopolrechte“. Ebenso laufen die Ausführungen von Schäffle, Die national-ökonomische Theorie der ausschließenden Absatzverhältnisse, Tüb. 1867, auf die Monopolrechtstheorie hinaus. Ein „Monopol“, jedoch ohne den Charakter des subjektiven Rechts, nehmen auch Walter, Gerber und Laband a. a. O. (oben Anm. 35) an.

gleich diesem erst durch Einschränkung der wirtschaftlichen Freiheit einen individuellen Thätigkeitsbereich schafft, sondern einen durch individuelle Schöpfungsthat hergestellten Thätigkeitsbereich gegen Anmaßung unter dem Deckmantel der wirtschaftlichen Freiheit schützt. Denn das oft behauptete „natürliche“ Recht des Nachdrucks hat einem gesunden Rechtsbewußtsein niemals eingeleuchtet³⁸.

3. In mancherlei Gestalt begegnen Auffassungen, die sich aus dem Begriffe des Verlagsrechtes entwickelt haben. Die einstnals herrschende und in der älteren Gesetzgebung mehr oder minder deutlich ausgeprägte Vorstellung, daß ein gegen Dritte wirksames Recht erst beim Verleger oder durch den Verleger entstehe, kann freilich dem geltenden Rechte gegenüber nicht festgehalten werden³⁹. Allein man erblickt den Kern des dem Urheber selbst zustehenden Rechtes in den Befugnissen, die er behufs Verwerthung seines Geisteswerkes einem Verleger einzuräumen pflegt, und konstruirt daher das Urheberrecht im Sinne eines originären Verlagsrechtes⁴⁰. Diesem Standpunkte nähern sich alle Theorien, die das Urheberrecht in eine besondere Kategorie der absoluten Vermögensrechte ohne sachliche Unterlage verweisen⁴¹. Bei einer derartigen Auffassung wird der wesentliche Inhalt des Urheberrechtes in die Befugniß verlegt, Anderen die Vornahme bestimmter zur Nutzbarmachung des Geisteswerkes dienlicher Handlungen zu verbieten. Indem man aber so das

³⁸ Als Ausfluß der natürlichen Freiheit vertheidigten noch Griesinger a. a. O. S. 16 ff. und Andere (vgl. Kohler, Arch. f. c. Pr. LXXXII 189 ff.) den Nachdruck; vgl. auch Walter § 123 u. 324. — Gegen die Monopolrechtstheorie kräftig schon Runde § 197 c; neuerdings bes. Kohler, Autorr. S. 63 ff. u. 82 ff.

³⁹ Doch wird von buchhändlerischer Seite mehrfach verlangt, daß wenigstens theilweise eine Rückbildung vollzogen und ein vom Persönlichkeitsrechte des Verfassers unabhängiges Recht des Verlegers anerkannt werde; so namentlich Schürmann und Voigtländer a. a. O. (oben Anm. 1 u. 5). — Auf einem anderen Boden steht die Forderung von Osterrieth, Arch. f. öff. R. VIII 291 ff., daß neben dem unversehrten „geistigen Eigenthum“ des Urhebers in gewissen Fällen ein besonderes „Verlagseigenthum“ (z. B. an einem eigenartigen Geschäftsplane) anerkannt werde.

⁴⁰ So namentlich O. Wächter, Verlagsr. § 9 ff., Autorr. § 1 u. Urheberr. § 4, sowie Klostermann, Geist. Eigth. S. 113 ff., Urheberr. S. 6 ff. u. b. Endemann II 243 ff. u. III 728. Aehnlich Kramer a. a. O. S. 20 ff., Friedländer, Eichhorn § 386, Mittermaier II § 296 a, Förster § 134. Folgerichtig wird das Urheberrecht in der Lehre vom Verlagsvertrage abgehandelt.

⁴¹ So z. B. Mandry, Urheberr. S. 98 ff., Civilrechtl. Inh. B. II A. IV (oben § 81 Anm. 1). Reuling a. a. O. S. 70 ff. Dernburg a. a. O. („private Gewerbeberechtigung“ und „Vermögensrecht“). Gengler § 132. Daude S. 11. Auch Kärger, Zwangsrechte S. 75 ff. u. 94 ff. (eine Gattung der „Zwangsrechte“ und zwar der „Gewerberechte“).

eigentliche Objekt des Urheberrechts in bloße fremde Unterlassungen verflüchtigt oder doch den positiven Inhalt des Rechts hinter dessen negative Wirkungen zurücktreten läßt, beraubt man dieses Recht der besonderen gegenständlichen Beziehung, durch die es sich von anderen absoluten Rechten unterscheidet⁴². Und indem man einseitig von der nutzbaren Seite des Geisteswerkes ausgeht, verkümmert man das Urheberrecht zu einem bloßen Vermögensrechte⁴³. Das Urheberrecht ist jedoch kein bloßes Vermögensrecht⁴⁴. Wenn auch unzweifelhaft sein Schutz nicht nur geschichtlich vom Schutze des Verlagsrechtes ausgegangen ist, sondern auch heute vor Allem die wirtschaftliche Ausbeutung fremder Geisteswerke hindern will, so umspannt er doch nach geltendem Rechte in gleicher Weise die idealen und die materiellen Interessen, die sich für den Urheber an seine Schöpfung knüpfen. Die dem Schöpfer eines Geisteswerkes vorbehaltenen Herrschaft soll ihm einen möglichen Gewinn, sie soll ihm aber auch die Durchführung seiner wissenschaftlichen und künstlerischen Absichten und seine Erzungenschaften an Ruhm und Ehre sichern. Nun wird zwar in neuerer Zeit auch von Anhängern der vermögensrechtlichen Auffassung dem Urheberrechte die Kraft eines mittelbaren Schutzes solcher Persönlichkeitsgüter zugestanden⁴⁵. Auch wird darauf hingewiesen, daß

⁴² Hierdurch berühren sich die Verlagsrechtstheorien mit den Monopolrechtstheorien, wie denn auch Klostermann das Urheberrecht als „ausschließliche Gewerbeberechtigung“ bezeichnet und Dernburg und Kärger es zu den „Gewerbe-rechten“ zählen. Oft freilich wird einerseits irgendwie das Geisteswerk als Objekt (z. B. als „Gegenstand ausschließlicher Nutzung“) eingeschoben, andererseits die Befugnis zur eignen Vornahme der den Anderen verbotenen Handlungen in den Rechtsinhalt aufgenommen. Der erste dieser Wege führt zu einer Annäherung an die sachenrechtlichen Theorien, wie denn z. B. Homeyer a. a. O. von einem „dinglichen Untersagungsrechte“ spricht und Klostermann, Geist. Eigth. S. 114, das Urheberrecht zu den „dinglichen Rechten“ zählt (umgedeutet b. Endemann II 243). Auf dem zweiten Wege erfolgt eine Annäherung an die Theorie des Persönlichkeitsrechtes, wie denn Wächter meint, daß das Urheberrecht an sich eigentlich ein Personenrecht sei und erst durch Beilegung der Ausschließlichkeit zum Vermögensrechte werde (vgl. bes. Urheberr. S. 30). — Gegen die Konstruktion des Urheberrechts als eines bloß negativen Rechts vgl. Schuster, Wesen S. 20 ff.

⁴³ Hiermit stimmen auch viele Anhänger der zu 1 u. 2 besprochenen Theorien (z. B. Jolly S. 40 ff., Schmid S. 193 ff.) und Alle, die mit Kohler das Persönlichkeitsrecht vom Urheberrecht abtrennen (unten zu 6), überein.

⁴⁴ Vgl. bes. Harum, Prefsgesetzg. S. 58 ff., Lange S. 45 ff., Beseler § 210, Dambach, Komm. S. 12 ff., Spöndlin S. 28 ff., Stobbe III 12, Anders S. 98 ff., Gierke a. a. O. S. 267 ff., Schuster, Wesen S. 97 ff. Uebereinstimmend die neuere Praxis; vgl. bes. R.O.H.G. XVI 228, O.L.G. Stuttg. b. Seuff. XXXVII Nr. 61, R.Ger. XII Nr. 12, XVIII Nr. 4, Str. S. II Nr. 102.

⁴⁵ So von Mandry, Urheberr. S. 36 ff., Gerber, Abh. II 271, Wächter, Autorr. S. 5 Anm. 8, Urheberr. S. 32, Reuling S. 71, Daude S. 11.

ja ebenso das Sacheigenthum und manches andere Vermögensrecht zugleich in den Dienst idealer Interessen treten könne⁴⁶. Allein das Urheberrecht hat seine Wurzeln nicht in der äußeren Güterwelt, sondern in der geistigen Welt und wächst aus dieser in jene, nicht aus jener in diese hinein. Es ist in seinem Kerne kein Vermögensrecht.

4. Dem geistigen Wesen unseres Rechtes sucht die Theorie des geistigen Eigenthums gerecht zu werden. Sie trat seit dem achtzehnten Jahrhundert den das Urheberrecht verkümmern den Theorien siegreich gegenüber, blieb aber vielfach unklar und schillernd⁴⁷. Zum Theil verstand sie unter Eigenthum nur die irgend einem Rechte entsprechende volle Herrschaftsmacht, womit sie zwar einer deutschrechtlichen Anschauung Ausdruck gab, jedoch vom Urheberrechte nichts weiter aussagte, als daß es eben ein gutes und volles Recht sei⁴⁸. Zum Theil knüpfte sie an das Eigenthum an der Handschrift oder dem künstlerischen Urbilde an und leitete aus ihm ein Eigenthum auch an dem geistigen Inhalte her⁴⁹, während doch das Sacheigenthum an der körperlichen Unterlage und das Urheberrecht oft (z. B. bei Briefen oder Kunstwerken) von Hause aus sich zweien und Urheberrechte auch ohne körperliche Unterlage entstehen (z. B. bei Vorträgen) oder nach deren Zerstörung fortbestehen. In ihrer vollen Entfaltung stellt die Theorie das geistige Eigenthum auf gleiche Stufe mit dem körperlichen Eigenthum, betrachtet aber als seinen Gegenstand lediglich das verselbständigte Geisteserzeugniß⁵⁰. Allein das

⁴⁶ So von Kärger, Theorien S. 42 ff., Dernburg a. a. O., Kohler in Busch Arch. XLVII 176 ff., 184, Arch. f. c. Pr. LXXXII 227 ff., Franken S. 407.

⁴⁷ Ueber ihre Geschichte in Deutschland vgl. Kohler, Arch. f. c. Pr. LXXXII 173 ff.

⁴⁸ Hierauf reduziert sich bei näherer Betrachtung meist die Annahme eines Eigenthums der Schriftsteller und Verleger an den Büchern in der älteren deut. Jurisprudenz; so b. A. Beier 1690 u. einer Entsch. der Leipz. Fak. v. 1706 (b. Pütter, Büchernachdruck S. 127 ff.), Wernher, Obs. for. X o. 448 (1722), J. H. Böhmmer 1731 u. Thurneisen 1738 (h. Kohler a. a. O. S. 178 ff.), Pütter a. a. O. S. 25 ff., Runde § 197c (Eigenthum am Verlagsrecht). Ebenso nehmen Schmid a. a. O. S. 192 u. Homeyer a. a. O. S. 221 ff. ein Eigenthum am Vielfältigungsrechte an.

⁴⁹ Diese namentlich in der älteren französ. Jurisprudenz herrschende Auffassung hat im Bad. L.R. Art. 577 db Ausdruck gefunden.

⁵⁰ Angedeutet ist diese Auffassung in Deutschland schon 1726 von Gundling (vgl. Kohler a. a. O. S. 177) u. später von Ehlers (1784), Becker (1789), Gräff (1794) u. A. (Kohler a. a. O. S. 180 ff.); voller entwickelt von Fichte in der Berliner Monatsschrift v. 1793 (Sämmtliche Werke VIII 123 ff.), Hegel (Rechtsphilos. § 69) u. Schopenhauer (Handschriftl. Nachlaß, herausg. v. Frauenstädt, Leipz. 1864, S. 380: „immaterielles Eigenthum“). Spätere Ver-

Geisteserzeugniß ist, insoweit es Gegenstand eines ausschließlichen Rechtes ist, von der Person des Urhebers nicht völlig gelöst, insoweit es dagegen von ihr völlig gelöst ist, nicht Gegenstand eines ausschließlichen Rechtes. Stünde es wirklich zu seinem Erzeuger in dem gleichen Verhältniß, wie ein von ihm verfertigtes Geräth, so müßte freilich an ihm auch ein gleichartiges Eigenthum hervorspringen. Dann aber wäre auch die Forderung nicht abzuweisen, daß diesem Eigenthum die volle Ausschließlichkeit und der immerwährende Bestand des Sacheigenthums gewährt werde⁵¹. Mit unserem geltenden Rechte ist die Annahme eines dem Sacheigenthum gleichartigen geistigen Eigenthums nicht zu vereinigen⁵².

5. Von der Theorie des geistigen Eigenthums haben sich andere Theorien abgezweigt, die an Stelle des Eigenthums das Recht an einer unkörperlichen Sache oder, wie nach Kohlers Vorgang oft gesagt wird, das Immaterialgüterrecht setzen⁵³. In der

theidiger dieser Lehre in Deutschland sind Eisenlohr a. a. O. S. 42 ff., Korb a. a. O. (Eigenthum „an dem von der Person getrennten“ geistigen Produkt“), sowie jetzt Osterrieth S. 78 ff. (vgl. aber unten Anm. 57) und v. Freydorf S. 117 ff. In Frankreich herrscht sie; vgl. Zachariae, Handb. (7. Aufl.) I § 193b, Pouillet, Traité S. 16 ff. Ueber andere Anhänger vgl. Klostermann, Geist. Eigth. S. 116 ff., Wächter, Verlagsr. I 62 ff., Kärger, Die Theorien S. 28 ff., Osterrieth S. 85 Anm. 66. — In der näheren Bestimmung des Eigenthumsobjectes gehen diese Theorien vielfach auseinander; insbesondere wird bald (z. B. von Fichte) nur die Form, bald auch der Gedankeninhalt des Werkes als Gegenstand des Eigenthums vorgestellt.

⁵¹ Zu dieser Forderung werden in der That die folgerichtigen Vorkämpfer der Lehre vom geistigen Eigenthum immer wieder gedrängt; vgl. Osterrieth S. 95 ff.

⁵² Die deutsche Gesetzessprache hat die Bezeichnung des Urheberrechtes als „Eigenthum“, wie sie früher üblich war (Kohler a. a. O. S. 196), seit dem Bayr. Ges. v. 1865 fallen lassen. In Oesterreich findet sie sich im Ges. v. 1846, aber nicht mehr in dem neuen Entwurfe. Dagegen hält die französ. Gesetzessprache an dem Ausdruck „propriété“ fest. Vollen Ernst macht mit der Theorie des geistigen Eigenthums das spanische Recht, indem hier das Civilgesetzb. v. 1889 Art. 429 vorschreibt, daß auf das geistige Eigenthum subsidiär alle Bestimmungen über das Eigenthum anzuwenden sind. — Unter den Widerlegungen der Eigenthumstheorie sind hervorzuheben: Jolly S. 31 ff., Harum S. 30 ff., Wächter, Verlagsr. I 99 ff., Autorr. S. 12 ff., Lange S. 7 ff., Gerber a. a. O. S. 262 ff., Mittermaier § 296a, Bluntschli § 46c, Beseler § 210, Ortloff S. 319 ff., Mandry, Urheherr. S. 38 ff., Klostermann, Geist. Eigth. I 114 ff., Urheherr. S. 120 ff. u. b. Endemann II 244, Stobbe III 9 ff., Kärger, Theorien S. 31 ff., Roguin S. 319 ff., Schuster, Wesen S. 31 ff., Randa a. a. O. S. 54 ff., Kohler, Autorr. S. 1 ff. u. Arch. f. c. Pr. XLXXXII 225 ff.; weitere Gegner zählt Osterrieth S. 86 Anm. 66 auf.

⁵³ Hierher gehören die Theorien von Spöndlin S. 23 ff., Stobbe III 13 ff., Bekker, Pand. I 62 ff. (oben § 81 Anm. 1 a. E.), Schuster, Wesen S. 11 ff. und

That gewährt das Urheberrecht eine Herrschaft über eine unkörperliche Sache oder, was im Rechtssinne dasselbe ist, über ein „immaterielles Gut“. Es steht sogar nichts im Wege, diese Herrschaft, sobald die Unvergleichlichkeit ihres unsinnlichen Gegenstandes mit einem Sachkörper fest ins Auge gefasst wird, als ein „Eigenthum“ zu bezeichnen. Allein auch diese geläuterte Theorie des geistigen Eigenthums verkennt das Wesen des Urheberrechts, weil auch sie das Geisteswerk seinem Erzeuger lediglich als ein von seiner Person gelöstes Objekt gegenüberstellt. Sie vermag weder zu erklären noch zu rechtfertigen, daß die positive Rechtsordnung die Grenzen der Herrschaft an einem so verselbständigten Gute aus der Person seines Schöpfers bestimmt⁵⁴. Und sie nimmt nur kraft eines wenig folgerichtigen Verfahrens in den Inhalt dieses dinglich angelegten Rechtes an einem äußeren Gute auch den Schutz der rein persönlichen Beziehungen des Urhebers zu seinem Werke auf⁵⁵.

6. Solchen Schwierigkeiten suchen neuere Theorien dadurch zu entgehen, daß sie das Urheberrecht in zwei ungleichartige Rechte zerlegen, in deren eines sie dessen personenrechtlichen Gehalt verweisen, um das andere rein vermögensrechtlich konstruieren zu können. Dieser Richtung hat namentlich Kohler Bahn gebrochen, der das Urheberrecht als „Immateriälgüterrecht“ im Sinne einer durchaus sachenrechtlich gearteten Herrschaft auffaßt, vor und neben es aber das als „Individualrecht“ bezeichnete Recht an der eignen

36 ff.; desgleichen die von Heusler, Inst. I 350 ff. u. 344 (vgl. oben § 81 Anm. 13); im Wesentlichen auch die von Anders S. 84 ff. (vgl. die Vorrede S. VII ff.) u. von Klöppel a. a. O. (Recht auf die Ausschließlichkeit einer bestimmten Verwendung der werthschaffenden Kraft, die sich in geistigen Gestaltungen niedergeschlagen hat, dazu Kohler, Arch. f. c. Pr. XLXXXII 220 ff.). Eine starke Annäherung an diese Auffassungsweise findet sich auch h. Reuling a. a. O. S. 95 ff. u. bes. b. Franken S. 407. Vgl. auch oben Anm. 42. — Ueber Kohler selbst, der die Theorie der Rechte an immateriellen Gütern schon 1878 in seinem Patentrechte S. 7 ff. entwickelt hat, vgl. unten Anm. 56.

⁵⁴ Für die beschränkte Zeitdauer des Urheberrechts werden höchstens Billigkeitsgründe geltend gemacht; vgl. z. B. Reuling a. a. O. S. 96 ff., Bekker, Pand. I 82, Schuster, Wesen S. 32.

⁵⁵ So namentlich Spöndlin u. Stobbe, die dem Urheberrechte einen nichtvermögensrechtlichen Inhalt zuschreiben, ohne zu erklären, wie denn ein Recht an einem unpersönlichen Gute etwas Anderes als ein Vermögensrecht sein soll. Ebenso Schuster, der das Urheberrecht rein sachenrechtlich konstruiert (S. 11 ff., 44), aber wegen der mit dem Geisteswerke als Sache verknüpften idealen Interessen (S. 37 ff.) als ein „zugleich ideales und wirtschaftliches Güterrecht“ („Idealgüterrecht“) charakterisirt (S. 47.) Ferner Anders, der das Urheberrecht für ein aus Personenrecht und Sachenrecht „gemischtes“ Recht erklärt (S. 96 ff.). Dagegen halten Reuling u. Franken das Urheberrecht für ein Vermögensrecht, das

Person stellt⁵⁶. Andere, die in gleicher Weise unterscheiden, führen hinsichtlich des zum Vermögensrechte verengerten Urheberrechts die Theorie des geistigen Eigenthums durch⁵⁷ oder erfinden dafür eine ganz neue Art von dinglichem Recht⁵⁸. Auch bei Anhängern der gewerblichen Auffassung des Urheberrechtes begegnet eine derartige Ausscheidung der aus der Persönlichkeit fließenden Rechte, die dem Urheber in mehr oder minder vollem Maße zugestanden, jedoch nicht als Bestandtheile des Urheberrechtes anerkannt werden⁵⁹. Allein jede solche Zerreißung des Urheberrechtes ist verwerflich⁶⁰. In der Gesetzgebung hat sie keine Stütze. Sie widerspricht aber auch dem geschichtlich entwickelten Rechtsbewußtsein und den Bedürfnissen der Wissenschaft. Die Herrschaft des Urhebers über sein Geisteserzeugniß kann sich freilich zu mancherlei besonderen Befugnissen entfalten, bleibt aber in allen ihren Aeufserungen ein einheitliches Recht. Sie nimmt in dem Maße, in dem das Geisteswerk sich von seinem Schöpfer ablöst, Züge der Sachherrschaft an, geht jedoch niemals in ein reines Sachenrecht oder irgend ein anderes reines Vermögensrecht über. Vielmehr erreicht sie genau an dem Punkte, an dem das selbständige Dasein des Geisteswerkes als eines unpersönlichen Gutes beginnt, überhaupt ihr Ende. Was aber am Geisteswerke ihr unterworfen bleibt, das ist nach wie vor Persönlichkeitsgut. Vergeblich bemüht man sich, auf rein objektiver Grundlage aus dem Gesamteinhalte des Begriffes eines Geisteswerkes einen Theilinhalt auszusondern, der an und für sich den Gegenstand des Urheberrechtes

gleichwohl zugleich die persönlichen Beziehungen des Urhebers umspanne. — Gegen die Immaterialgüterrechtstheorie vgl. Gierke a. a. O. S. 272, Kärger, Theorien S. 30 ff., Roguin S. 322 ff., Osterrieth S. 83 ff.

⁵⁶ Kohler, Autorr. S. 123 ff., Busch Arch. XLVII 176 ff., 303 ff., Arch. f. c. Pr. LXXXII 191. Zustimmend Regelsberger, Pand. § 50 VI.

⁵⁷ So namentlich Osterrieth S. 78 ff., der aber dem von ihm daneben in sogar übertriebenem Maße gewährten „Individualschutze“ (S. 66 ff.) die Natur eines Privatrechtsschutzes abspricht und überall nur „Reflexwirkungen eines strafrechtlichen Schutzes“ gelten läßt. Aehnlich schon Korb a. a. O. S. 7 u. 25 ff.

⁵⁸ So Lason, Rechtsphilos. S. 625 ff., der das Urheberrecht als ein „dingliches Recht auf die vom Stoff trennbare und beliebig übertragbare Form“ oder eigentlich „auf den Vermögenswerth der Form“ konstruirt und hierbei an ein wirkliches dingliches Recht an fremden körperlichen Sachen (also an allen vorhandenen Exemplaren des Geisteswerkes) denkt.

⁵⁹ So insbesondere b. Klostermann, Urheberrecht S. 23 u. in Endemanns Handb. II 245 u. III 728. Desgleichen b. Kärger, Theorie S. 26. Vgl. auch schon Jolly S. 59 ff.

⁶⁰ Dagegen Gierke a. a. O. S. 267, Beseler § 210 Anm. 8, Schuster, Wesen S. 40, H. Lehmann, Z. f. d. g. H.R. XLII 354 ff.

bildete⁶¹. Die Frage nach den Grenzen des Urheberrechtes an einem veröffentlichten Geisteswerke deckt sich eben mit der Frage, inwieweit das Werk der Persönlichkeitssphäre seines Schöpfers noch angehört oder nicht mehr angehört. Ebensowenig läßt sich nach den äußeren Merkmalen der Uebertragbarkeit und Vererblichkeit eine Scheidung zwischen Persönlichkeitsrecht und Vermögensrecht vollziehen. Denn das Urheberrecht ist, soweit es überhaupt auf einen Anderen übergeben kann, auch in seinen nicht vermögensrechtlichen Bestandtheilen veräußerlich und vererblich⁶². Und je schärfer das Vermögensrecht vom Persönlichkeitsrechte getrennt wird, desto weniger wird es jemals gelingen, für die zeitliche Begrenzung des Urheberrechtes und deren regelmäßige Abmessung nach der Lebensdauer des Urhebers eine befriedigende Erklärung zu finden⁶³.

7. Das Urheberrecht ist somit in seinem ganzen Umfange als ein aus geistiger Schöpfung fließendes Persönlichkeitsrecht zu konstruieren. Diese Auffassung, der zuerst Kant einen freilich seltsam eingekleideten Ausdruck gab⁶⁴, ist in neuerer Zeit mehrfach und namentlich von germanistischer Seite verfochten und fortgebildet worden⁶⁵. Auch liegt sie ersichtlich unserer deutschen Reichsgesetz-

⁶¹ Den bedeutendsten Versuch dieser Art hat Kohler in seinem Werke über das litterar. u. artist. Kunstwerk (oben Anm. 1) unternommen. Allein das „imaginäre Bild“, das er als Objekt herauschält, entbehrt der für ein Rechtsobjekt erforderlichen Festigkeit.

⁶² Hinsichtlich der Vererblichkeit anerkannt vom R.Ger. XII Nr. 12 S. 52. Zweifellos kann aber der Urheber auch durch Verfügung unter Lebenden oder von Todeswegen die Entscheidung über das Ob und Wie der Veröffentlichung seines Werkes, die Macht über dessen inneren Bestand u. s. w. einem Anderen übertragen.

⁶³ Dies ist auch Kohler, Autorr. S. 47 ff. u. Arch. f. c. Pr. LXXXII 226 ff., nicht gelungen, da die an sich zutreffenden Erwägungen, mit denen er die Ewigkeit des Urheberrechtes bekämpft, doch keinen Rechtsgrund für die Umwandlung des Sondergutes in Gemeingut und am wenigsten für die Bemessung der Frist nach der Lebensdauer des Urhebers ergeben. Vielmehr läßt sich den entgegengesetzten Schlussfolgerungen von Osterrieth S. 96 ff. die Folgerichtigkeit nicht absprechen.

⁶⁴ Kant, Von der Unrechtmäßigkeit des Büchernachdrucks, Berliner Monatschrift, Mai 1785; Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre, Königsb. 1797, S. 127 ff. Er konstruirt ein „persönliches bejahendes Recht“, das er damit begründet, daß das Buch eine Rede des Autors ans Publikum sei, die der Verleger als sein Bevollmächtigter halte, während der Nachdrucker als unbeauftragter Geschäftsführer wider Willen des Autors in dessen Namen spreche. Völlig an Kant schließt sich Danz II 228 ff. an. — Anklänge an die Idee des Persönlichkeitsrechtes finden sich auch in den älteren Fassungen der Theorie des geistigen Eigenthums (z. B. b. Pütter u. Runde, oben Anm. 48), sowie später bei Vertretern einer gewerberechtlichen Auffassung (so besonders b. Kramer S. 57 ff., aber auch b. Renouard, Homeyer u. Wächter, vgl. oben Anm. 37 u. 42).

⁶⁵ So von Neustetel a. a. O. S. 44 ff.; Bluntschli, Krit Uebersch. I 9,

gebung zu Grunde⁶⁶. Doch waltet unter ihren Anhängern keine volle Uebereinstimmung⁶⁷ und nicht immer volle Klarheit über die besondere Natur dieses Persönlichkeitsrechtes⁶⁸. Es kommt vor Allem darauf an, sein Objekt scharf zu bestimmen und seinem Subjekte gegenüber in der ihm eignenden Gegenständlichkeit zu erfassen⁶⁹. Dieses Objekt ist ein Geisteswerk, das kraft seiner Individualisirung einen gesonderten Bestand, kraft seiner äußerlichen Fixirung ein unabhängiges Dasein und kraft seiner Beschaffenheit als unleibliches Gut einen selbständigen Werth hat. Das Geisteswerk ist aber nicht in seiner Totalität, sondern nur insoweit, als es Persönlichkeitsgut seines Schöpfers ist und bleibt, Objekt des Urheberrechts. In dem Rechte an ihm wird also dem Urheber die Herrschaft über einen Bestandtheil der eignen Persönlichkeitssphäre gegen Jedermann gesichert.

Mit dieser Konstruktion stehen die eigenthümlichen Sätze, die

D.P.R. § 46 ff.; Harum, Profsgesetzg. S. 53 ff.; Lange a. a. O. S. 40 ff.; A. W. Volkmann, Zeitschr. f. Rechtspflege u. Verw., N. F. VI 262 ff.; Ortloff a. a. O. S. 325 ff.; Hillebrand, D.P.R. § 135; Dambach, Komm. S. 12 ff. u. in Behrends Z. f. d. deut. Gesetzg. VI 55 ff.; Dahn in derselben Zeitschr. V 7 ff., Deut. Rechtsbuch S. 110 ff. u. Grundriss S. 44 ff.; Gareis, in Busch Arch. XXXV 197 ff. u. Encykl. § 21; Beseler § 210; Gierke a. a. O. S. 269 ff.; Lewis in Holtzendorffs Rechtslex. III 958.

⁶⁶ Noch entschiedener kommt sie im Oesterr. Entw. I u. II zum Ausdruck.

⁶⁷ Neustetel geht von der *actio injuriarum* wegen Eingriffes in die Freiheit des Urhebers, der allein über die Veröffentlichung zu bestimmen habe, aus. Ebenso knüpft Harum an die Veröffentlichungsfreiheit an. Volkmann, Ortloff und Dahn behandeln den Inbegriff der dem Urheber vorbehaltenen Handlungen als Gegenstand seines Rechts. Lange erblickt im Urheberrechtsschutze, ähnlich wie Puchta im Besitzschutze, einen Willensschutz. Bluntschli (wie auch Ortloff) spricht von einem höchstpersönlichen Rechte und läßt dessen Objekt im Unklaren. Bei ihm wie bei Lange tritt die vermögensrechtliche Seite des Urheberrechtes ganz zurück, während Harum und Beseler sie als besonderen Bestandtheil desselben hervorheben. Gareis stellt das Urheberrecht zu den „Individualrechten“, die ihm zugleich sämmtlich „Rechte an immateriellen Gütern“ sind.

⁶⁸ Bezeichnend hierfür ist es, wenn z. B. Volkmann u. Ortloff S. 342 ff. für das Urheberrecht trotz „höchstpersönlicher“ Natur immerwährende Dauer fordern, Dahn, Krit. V. J. Schr. XX 359 ff., aus der Theorie des Persönlichkeitsrechtes die Uebersetzungsfreiheit herleitet, Bluntschli das Urheberrecht gleichzeitig für „höchstpersönlich“ und für „übertragbar“ erklärt.

⁶⁹ An die in diesem Punkte den personenrechtlichen Theorien vorzuwerfenden Versäumnisse halten sich ihre Gegner; so z. B. Wächter, Verlagsr. I 90 ff., Autorr. S. 5 ff., Klostermann, Geist. Eigth. S. 125 ff. u. b. Endemann II 244 ff. u. III 727 ff., Spöndlin a. a. O. S. 11 ff., Stobbe III 11 ff., Kärger, Theorien S. 20 ff., Franken S. 406, Schuster, Wesen S. 14 ff., Kohler, Arch. f. c. Pr. LXXXII 190 ff.

insbesondere das geltende deutsche Recht über Begründung, Inhalt, Umfang, Uebertragung und Beendigung des Urheberrechtes aufstellt; in vollem Einklange⁷⁰.

a. Begründet wird das Urheberrecht durch individuelle geistige Schöpfungsthat. Auf Originalität, nicht auf Verkehrsbrauchbarkeit des Geisteserzeugnisses kommt es an. Wer ein Geisteswerk nicht schafft, sondern nur ans Licht bringt, erwirbt daran kein Urheberrecht für sich. Kein Urheberrecht für sich erwirbt aber auch, wer nicht in individueller Weise, sondern als Werkzeug geistiger Gemeinarbeit schafft.

b. Den Inhalt des Urheberrechtes bildet die ausschließliche Befugniß zur Verfügung über die Veräußerlichung des Geisteswerkes. Der Urheber allein hat als Herr seines Geisteserzeugnisses darüber zu entscheiden, ob, wann und wie es von seiner Person sich lösen soll. Ihm und nur ihm gebührt die Bestimmung über Zerstörung oder Erhaltung, über Geheimhaltung oder Veröffentlichung, über Umänderung oder Umbenennung, über Art und Mals der Vervielfältigung oder Reproduktion seines Werkes. Dieser ganze dem Urheber vorbehaltene Herrschaftsbereich ist an sich personenrechtlicher Natur. Wer unbefugt in ihn eingreift, wer ohne Bewilligung des Urhebers sein Werk veröffentlicht, verändert oder vervielfältigt, begeht eine Urheberrechtsverletzung, mag auch weder er selbst einen Vermögenszweck verfolgen noch dem Urheber ein Vermögensnachtheil erwachsen⁷¹. Auch an einem Geisteswerke, das keinen Vermögenswerth hat oder dessen Vermögenswerth niemals ausgenutzt wird, besteht ein Urheberrecht.

Das Urheberrecht kann sich jedoch unbeschadet seines personenrechtlichen Kernes zugleich zum Vermögensrechte entfalten. Denn der Urheber hat als Herr seines Werkes auch darüber ausschließlich zu verfügen, ob und wie dasselbe nutzbar gemacht werden soll. Ihm und nur ihm gebührt daher auch der etwaige Nutzungsertrag. Jedes nutzbare Recht eines Anderen an seinem Geisteswerke kann nur aus seinem Urheberrechte entspringen.

c. Der Umfang des Urheberrechts erstreckt sich so weit, wie die Zugehörigkeit des Geisteswerkes zu der Persönlichkeitssphäre des Urhebers reicht. Darum wird er durch die Veröffentlichung des

⁷⁰ Die Belege für das Folgende werden sich aus der Einzeldarstellung in § 86 ff. ergeben.

⁷¹ So auch R.Ger. XII Nr. 12, XVIII Nr. 4, Str. S. II Nr. 102, O.L.G. Stuttg. Seuff. XXXVII Nr. 61. Vgl. Schuster, Wesen S. 49 ff.

Werkes nothwendig verengt⁷². Denn insoweit, als es der Oeffentlichkeit übergeben ist, löst sich das Werk von der Person seines Schöpfers. Der Urheber selbst hat auf die ausschließliche Herrschaft über seine Gedankenwelt verzichtet und sie in gewissem Umfange zum Gemeingut gemacht. Unmöglich konnte er, was er Allen mittheilen wollte, dennoch für sich behalten. An dem veröffentlichten Werke besteht daher ein Recht des Gemeingebrauches. Jedermann kann es nicht nur empfangend genießen, sondern auch schaffend benutzen. Ist es doch die Bestimmung geistiger Schöpfungen, neuen geistigen Schöpfungen als Mittel zu dienen. Keineswegs aber ist damit das Band zwischen dem Werke und seinem Schöpfer zerschnitten. Immer noch ist dieses Werk sein Werk, eine Offenbarung seines persönlichen Geistes, ein ihm erworbenes Persönlichkeitsgut. Die Verfügung über den inneren Bestand seines Werkes, über dessen fernere Vervielfältigung und über eine etwaige erneute Veröffentlichung hat er nicht in Jedermanns Hand gelegt. Auch die hierdurch bedingte Nutzbarmachung seines Werkes hat er folgeweise nicht freigegeben. In allen diesen Beziehungen sichert ihm daher das Urheberrecht den Fortbestand seiner ausschließlichen Herrschaft mit den aus ihr fließenden ideellen und materiellen Vortheilen. Es bedarf aber einer Abmarkung zwischen seinem Rechte und dem Rechte des Gemeingebrauches, die in angemessener Weise durch positive Grenzbestimmungen vorzuzeichnen das Gesetz berufen ist.

d. Eine Uebertragung des Urheberrechtes ist, da es in Verfügungsgewalt über ein von der Person ablösbares Persönlichkeitsgut besteht, in weitem Mafse möglich. Immer aber ist das Urheberrecht nur der Ausübung nach übertragbar. Der Substanz nach haftet es untrennbar an der Person, in der es entstanden ist. Bei seinen Lebzeiten pflegt der Urheber überhaupt nur einzelne und insbesondere nutzbare Bestandtheile seines Rechtes als Verlagsrecht, Aufführungsrecht, Nachbildungsrecht, Uebersetzungsrecht u. s. w. zu übertragen. Er kann auch die volle Verfügungsgewalt über den äußeren und inneren Bestand seines Werkes einem Anderen einräumen. Selbst dann aber bleibt das von ihm erzeugte Urheberrecht, insofern es überhaupt als dasselbe fortbesteht, mit der Wurzel in seine Person gesenkt. Ja auch nach seinem Tode schöpft das Urheberrecht, ob schon es in vollem Umfange auf die Erben übergeht, allein aus seiner Persönlichkeit Dasein und Lebenskraft. Noch immer ist das Geisteserzeugnifs, das er hinterlassen hat, sein Geisteswerk, und nur

⁷² Umsonst bemüht sich Schuster a. a. O. S. 26 ff., dies wegzustreiten.

als Geisteswerk des Verstorbenen wird es in der Hand der Erben geschützt.

e. Beendet wird das Urheberrecht, falls es nicht aus einem besonderen Grunde früher erlischt, durch den Ablauf einer gesetzlichen Frist, die seiner Lebensdauer gesetzt ist. Der Grund, aus dem ihm ein ewiger Bestand versagt wird, liegt nicht in der Beschaffenheit der Geisteswerke, denen Unsterblichkeit beschieden sein kann, sondern in der Vergänglichkeit der Beziehungen, die ein Geisteswerk zum Persönlichkeitsgute stempeln. Diese Beziehungen wurzeln in dem Verhältniß zwischen dem geistigen Erzeugniß und seinem Erzeuger und werden daher an sich durch das Leben des Urhebers zugleich erhalten und begrenzt. Darum bleibt regelmäßig das Urheberrecht während des Lebens des Urhebers unbedingt in Kraft. Dagegen büßt es durch den Tod des Urhebers die sprudelnde Quelle seiner Lebenskraft ein. Seine Tage sind nun gezählt. Es erlischt nicht sofort und kann nicht sofort erlöschen, weil ja einerseits sonst in Folge der Zerbrechlichkeit des menschlichen Daseins sein Werth unerträglich unsicher wäre, andererseits die Persönlichkeit des Verstorbenen im Kreise seiner Angehörigen fortdauernd mit besonderer Lebendigkeit nachwirkt und für sie in ihrem irdischen Rückstande ein geheiligtes, schutzwürdiges Persönlichkeitsgut bildet. Allein nicht länger besteht es fort, als bis die Zeit verflossen ist, nach deren Ablauf die über den Tod hinaus fortwirkende geistige Individualität in keinem Sinne mehr dem engeren Kreise seiner Erben und Rechtsnachfolger und ganz nur noch der Nation und der Menschheit zu gehören scheint. Das deutsche Recht hat diesen Zeitraum kraft einer Durchschnittsregel auf ein Menschenalter zu dreißig Jahren bemessen. In diesen Bestimmungen über die regelmäßige Dauer des Urheberrechts kommt dessen Wesen als Persönlichkeitsrecht zu besonders klarem Ausdruck⁷⁸. Doch wird es auch dadurch nicht verdunkelt, daß ausnahmsweise theils der Bestand eines Urheberrechtes überhaupt theils dessen Schutz in einer bestimmten Richtung durch einen unabhängig von der Lebensdauer des Urhebers abgemessenen Zeitraum begrenzt wird.

IV. Arten. Unter den vom heutigen deutschen Rechte anerkannten und geschützten Urheberrechten sind zwei Gruppen zu unterscheiden.

1. Das litterarische und künstlerische Urheber-

⁷⁸ R.Ger. XII Nr. 12; vgl. bes. S. 54 (das Gesetz will den Autor in der nächsten Generation der Erben noch fortleben lassen).

recht. Die Urheberrechte dieser Gruppe bringen den Typus des Urheberrechtes zu reiner und voller Erscheinung. Für sie gelten daher im Grundgedanken übereinstimmende, wenschon bei den einzelnen Arten besonders ausgestaltete Rechtssätze, die zunächst im Zusammenhange darzustellen sind (§ 86—90).

2. Die gewerblichen Urheberrechte. Dieser Gruppe gehören die Urheberrechte an photographischen Werken, an Geschmacksmustern und an Gebrauchsmustern an. Bei ihnen erfährt der Typus des Urheberrechtes Trübungen und Abschwächungen, denen der Zug zur Einführung gewerberechtlicher Gedanken gemein ist. Im Uebrigen weichen sie von einander so stark ab, daß auch die bei ihnen geltenden Abwandlungen des Urheberrechtes durchaus ungleicher Art sind und daher gesonderter Darstellung bedürfen (§ 91—93).

§ 86. Begründung des litterarischen und künstlerischen Urheberrechts.

I. Objektive Voraussetzungen. Zur Entstehung eines litterarischen oder künstlerischen Urheberrechtes ist das äußere Dasein eines Geisteserzeugnisses erforderlich, das von der Rechtsordnung als ein litterarisches oder künstlerisches Geisteswerk anerkannt wird.

1. Schriftwerke. Geisteswerke dieser Art sind vor Allem die „Schriftwerke“¹. Sie können der Wissenschaft, der Dichtkunst oder der Technik angehören².

Schriftwerk ist ein Geisteswerk in Sprachform. Denn was in Sprachform gegossen ist, kann durch Schriftzeichen wiedergegeben werden.

Das Schriftwerk ist vorhanden, sobald es dergestalt äußerlich fixirt ist, daß die Wiedergabe durch Schriftzeichen erfolgen kann. Mithin nicht erst, wenn es gedruckt ist, sondern schon, wenn es in Handschrift vorliegt³. Desgleichen dann, wenn es in einer die Aufzeichnung durch Andere ermöglichenden Form mündlich mitgetheilt ist;

¹ R.Ges. I § 1. Die älteren Gesetze sprachen von „litterarischen Erzeugnissen“ oder „Werken der Litteratur“; vgl. Wächter, Autorr. S. 43 ff. u. 49 ff., Klostermann, Urheherr. S. 36 ff. u. b. Endemann II 252 ff.

² Zu den Schriftwerken gehören auch die „dramatischen Werke“, die aber hinsichtlich des Aufführungsrechtes mit den musikalischen Werken eine gemeinsame Gruppe und innerhalb dieser Gruppe mit den dramatisch-musikalischen Werken die engere Gruppe der „Bühnenwerke“ bilden; vgl. R.Ges. I § 50 ff., Oesterr. Entw. II § 4 Z. 2.

³ R.Ges. I § 5 litt. a.

auch Vorträge, Predigten, Reden, dichterische Improvisationen u. s. w. können daher als Schriftwerke erscheinen⁴.

Um aber ein Schriftwerk zu sein, muß das sprachliche Erzeugniß die Merkmale eines Geisteswerkes tragen, sich also als ein durch Formgebung individualisirter Gedankeninhalt darstellen. Man nennt ein solches Geisteserzeugniß ein „litterarisches“ Erzeugniß. Dabei darf jedoch das entscheidende Gewicht nicht darauf gelegt werden, ob das Werk sich für den litterarischen Verkehr eignet, ob es „verlagsfähig“ oder „vermögensrechtlich verwerthbar“ ist⁵. Noch weniger darauf, ob es vom Verfasser für den litterarischen Verkehr bestimmt ist⁶. Auch nicht darauf, welcher innere litterarische Werth ihm zugemessen werden kann⁷. Vielmehr allein darauf, ob es vermöge einer ihm eigenthümlichen Verbindung von Idee und Form als ein individualisirtes Ganze erscheint⁸. Es muß sich als originale geistige Schöpfung offenbaren, die so nur aus der Arbeit eines bestimmten persönlichen Geistes hervorgehen konnte.

⁴ Das R.Ges. I § 5 litt. b schützt ausdrücklich gegen unbefugten Abdruck „Vorträge, welche zum Zwecke der Erbauung, der Belehrung oder der Unterhaltung gehalten sind“, während es in § 7 litt. d den Abdruck öffentlicher Reden freigibt (unten Anm. 19). Man muß § 5 litt. b. als Regelanwendung, § 7 litt. d. als Ausnahmebestimmung auffassen; Wächter, Autorr. § 9 (u. schon für das ältere Recht Verlagsr. § 15), Kohler S. 196; unrichtig Klostermann, Urheberr. S. 20 u. b. Endemann II 256 (auch für das ältere Recht Geist. Eigth. S. 160 ff.), Daude S. 25 ff., Scheele S. 31 ff. Mithin sind mündlich mitgetheilte Geisteserzeugnisse, falls sie nur nicht unter § 7 litt. d. fallen, auch dann des Schutzes als Schriftwerke fähig, wenn sie nicht zu den in § 5 litt. b. hervorgehobenen Vorträgen gehören. Andererseits müssen auch Vorträge der in § 5 litt. b. bezeichneten Art, um ein Urheberrecht zu begründen, Geisteswerke sein; Dambach, Komm. S. 59; unrichtig Klostermann b. Endemann II 257.

⁵ Verlagsfähigkeit fordern Jolly S. 101 ff., Harum S. 70 ff., Wächter, Verlagsr. I 157 ff., Autorr. S. 45 u. 54 ff., Dambach S. 15 ff., Daude S. 18 ff., Scheele S. 5 ff.; vgl. dagegen Seuff. XXXVII Nr. 61 S. 96 ff., Spöndlin S. 59 ff., Stobbe § 160 Anm. 4 S. 25, Kohler, Autorr. S. 159 ff. „Vermögensrechtliche Verwerthbarkeit“ fordert Klostermann, Geist. Eigth. S. 150 ff., Urheberr. S. 40 ff., b. Endemann S. 150 ff.; vgl. gegen ihn R.O.H.G. XVI 228, Seuff. a. a. O. S. 95, Stobbe a. a. O. S. 24, Gierke a. a. O. S. 267 ff. „Gewerbliche Verwerthbarkeit“ fordert Franken S. 408.

⁶ Wie Endemann S. 5 ff. will; hiergegen Seuff. a. a. O. S. 97, Mandry S. 78, Dambach S. 15, Wächter, Autorr. S. 46 ff., Stobbe S. 25.

⁷ Vgl. Wächter a. a. O. S. 46 Anm. 9, Daude S. 15, Scheele S. 6 ff., R.Ger. Str. S. XIX 200, Dambach, Fünfzig Gutachten S. 106. — Auch unsittlicher oder verbotener Inhalt hindert an sich nicht, wie Wächter, Verlagsr. I 180 u. Autorr. S. 91, Harum S. 71 u. Kohler S. 198 behaupten, die Entstehung eines Urheberrechts; vgl. Mandry S. 147 ff., Spöndlin S. 53, Stobbe § 160 Anm. 5, Scheele S. 18 u. bes. Schuster S. 53 ff.

⁸ Vgl. bes. Stobbe III 24 ff., Kohler, Autorr. S. 160 ff. u. Kunstwerk S. 7 ff.

Keine Schriftwerke sind daher sprachliche Aeußerungen, die nur auf die Mittheilung von Thatsachen gerichtet sind, wie z. B. Zeitungsnachrichten, Telegramme, Wetterberichte, Familienanzeigen, Geschäftsanzeigen u. s. w.⁹ Sie werden auch dadurch keine geistigen Schöpfungen, daß etwa die Entdeckung oder Erkundung der Thatsachen Mühen und Kosten verursacht hat. Keine Schriftwerke aber sind auch sprachliche Aeußerungen, die zwar einen eigenthümlichen Gedanken kundgeben, jedoch der individualisirenden Formgebung entbehren, wie z. B. bloße Mittheilungen wissenschaftlicher oder technischer Methoden, künstlerischer Pläne, juristischer Konstruktionen, politischer Meinungen und Vorschläge u. s. w. Mag auch in ihnen sich eine geistige Schöpfung offenbaren, so sind doch Ideen als solche keine Gegenstände des Urheberrechts¹⁰.

Schriftwerke sind dagegen nicht blos vollkommen selbständige geistige Schöpfungen, sondern auch solche Werke, die ein Gegebenes in selbständiger Weise umbilden, ergänzen oder zusammenfügen. So z. B. Bearbeitungen, Kommentare und Sammelwerke. Solche Werke treten, falls sie in ihrer Art originale Geisteserzeugnisse sind, den ihnen zu Grunde liegenden, von ihnen erläuterten oder in ihnen enthaltenen Schriftwerken als besondere Schriftwerke und daher als Gegenstände eines besonderen Urheberrechtes entgegen¹¹. Sie erzeugen auch dann ein Urheberrecht, wenn an den von ihnen benutzten Schriftwerken ein Urheberrecht niemals entstanden ist oder nicht mehr besteht¹². Ja selbst dann, wenn die zusammengefügten

⁹ Ebenso wenig an sich Waarenverzeichnisse, Preislisten, Theaterzettel, Festprogramme, Bücher- oder Gemäldekataloge u. s. w., falls nicht ihr Beiwerk sie zu Geisteswerken macht. Vgl. Wächter, Autorr. S. 57 ff., Kohler, Autorr. S. 160 ff., Kunstwerk S. 17 ff., R.Ger. in Blums Annalen X 119, Z. f. H.R. XLI 216, Dambach, Fünfzig Gutachten S. 70 ff., 125, 207 ff., 218. — Vgl. auch Oest. Entw. § 5 Abs. 2.

¹⁰ Wer sie wiedergiebt, handelt durchaus rechtmäßig; wer sie als die seinigen wiedergiebt, begeht zwar ein Plagiat, aber keine Urheberrechtsverletzung. — Anders beim Erfinderrecht; vgl. unten § 94 III.

¹¹ Ausdrücklich wird in R.Ges. I § 2 bei Werken, die aus Beiträgen Mehrerer bestehen, jedoch ein einheitliches Ganze bilden, das doppelte Urheberrecht an den Einzelbeiträgen und dem Ganzen anerkannt. Vgl. Oest. Entw. II § 8. Dazu Wächter, Autorr. S. 65 ff., Dambach S. 17 ff., Scheele S. 15 ff.

¹² So z. B. eine Bearbeitung von Volkssagen oder Volksmärchen (vgl. für die Grimmschen Haus- und Volksmärchen Erk. des O.A.G. Dresden im Börsenblatt f. d. deut. Buchhandel 1862 Nr. 116), eines Katechismus (Heydemann u. Dambach a. a. O. S. 167 ff., R.O.H.G. VIII Nr. 92), eines Klassikers. So ferner eine Einleitung oder Erläuterung, ein Kommentar oder eine Variantenangabe, überhaupt der sog. „kritische Apparat“ zu der Textausgabe eines Schriftstellers, eines Gesetzbuches, einer neu aufgefundenen Handschrift u. s. w.; Wächter a. a. O. S. 67.

Bestandtheile an sich überhaupt keine Schriftwerke sind, kann ein Sammelwerk, falls es vermöge der ihm eigenthümlichen Auswahl und Anordnung des Stoffes ein originales Ganze bildet, als Schriftwerk erscheinen. So z. B. ein Wörterbuch, eine Sammlung von Sprüchwörtern oder geflügelten Worten, eine Zahlentabelle, ein Adressbuch, ein Kursbuch, ein Kochbuch u. s. w.¹³

Zu den Schriftwerken gehören hiernach zweifellos auch Uebersetzungen¹⁴.

Briefe sind keine Schriftwerke, wenn sie lediglich der Uebermittlung von Nachrichten oder dem Austausch von Gedanken dienen¹⁵. Sie sind dagegen Schriftwerke, wenn sie einen geistigen Gehalt in eigenthümlicher Form ausprägen¹⁶. Auch Tagebücher und andere Aufzeichnungen, die der Verfasser zunächst nur für sich selbst macht, können Schriftwerke sein¹⁷.

Inwieweit die in Zeitungen und Zeitschriften veröffent-

So endlich eine Sammlung von Kirchenliedern, eine Gedichtsammlung, eine Anthologie, eine Chrestomathie, ein Lesebuch u. s. w., wenn auch alle einzelnen Stücke gemeinfrei sind; Wächter a. a. O. S. 71 ff.

¹³ Vgl. Kohler, Autorr. S. 179 ff. u. Kunstwerk S. 21 ff., Wächter, Autorr. S. 59 ff., Daude S. 16 ff., Scheele S. 7; dazu über Tabellenwerke Heydemann u. Dambach a. a. O. S. 131, 135 ff., 218 ff., über Fibeln ib. S. 96, über Kochbücher ib. S. 74 u. 82, über Adressbücher ib. S. 411 ff. u. 416 ff., R.Ger. XII Nr. 25, Str.S. XVII Nr. 48, über Kursbücher Dambach, Fünfzig Gutachten S. 54 ff. Daher ist auch z. B. eine Zeitung als Ganzes geschützt, mag sie auch nur aus ungeschützten Nachrichten bestehen; Dambach, Komm. S. 89, Klostermann, Urheherr. S. 16, Wächter, Autorr. S. 81. Ebenso ein Formularbuch, obschon einzelne Formulare kein Gegenstand des Urheberrechts sind; Heydemann u. Dambach S. 204 ff., Wächter a. a. O. S. 62, Daude S. 16.

¹⁴ R.Ges. I § 6 Abs. 6; Wächter a. a. O. S. 51; Kohler, Autorr. S. 172 ff. u. 208 ff., Kunstwerk S. 23 ff.; Daude S. 27. Das Urheberrecht an der Uebersetzung darf auch der Verfasser des Originals nicht verletzen; R.Ger. b. Seuff. XLV Nr. 211, Z. f. H.R. XLI 217. — Die Beschränkung des Urheberrechtes auf „rechtmäßige“ Uebersetzungen, wie sie sich im Oesterr. Pat. § 6 u. in anderen ausländ. Gesetzen (auch in Berner Uebereink. Art. 6) findet, ist dem deut. R. fremd.

¹⁵ Also z. B. Familienbriefe, gewöhnliche Geschäftsbriefe u. s. w.; vgl. Dambach, Komm. S. 20 ff., Wächter, Autorr. S. 63 ff., Daude S. 23, Scheele S. 9. A. M. Endemann S. 22 u. zum Theil auch Klostermann, Urheherr. S. 13. — Die unbefugte Veröffentlichung eines solchen Briefes kann jedoch einen Eingriff in das allgemeine Recht der Persönlichkeit enthalten; oben § 81 Anm. 9.

¹⁶ Anerkannt vom O.L.G. Stuttg. b. Seuff. XXXVII Nr. 61. Vgl. auch Heydemann u. Dambach S. 234 ff.; Goldammer, Arch. f. Preuss. Strafr. IX 535; Wächter ib. XI 384 ff., Verlager. I 233 ff., Autorr. S. 63 ff.; Klostermann, Geist. Eigth. S. 322 ff.; Mandry S. 153 ff.; Harum S. 94 ff.; Dambach S. 19; Scheele S. 9.

¹⁷ Wächter, Autorr. S. 45.

lichten Geisteserzeugnisse Schriftwerke sind, richtet sich an sich nach ihrer besonderen Beschaffenheit. Das Gesetz erkennt jedoch nur an novellistischen Erzeugnissen und wissenschaftlichen Ausarbeitungen auch dann, wenn sie in Zeitschriften oder anderen öffentlichen Blättern erschienen sind, unbedingt ein Urheberrecht an. Außerdem gewährt es die Möglichkeit, an „größeren Mittheilungen“ durch ein an ihre Spitze gesetztes Nachdrucksverbot ein Urheberrecht vorzubehalten. Im Uebrigen versagt es den in öffentlichen Blättern enthaltenen Artikeln den Urheberrechtsschutz¹⁸. Insoweit hiervon auch Artikel betroffen werden, die an sich Schriftwerke sind, liegt der Grund hierfür in der gesteigerten Oeffentlichkeit, in der und für die die Presse wirkt.

Aus verwandten Gründen erkennt das deutsche Gesetz an Reden, die bei den Verhandlungen der Gerichte, der politischen, kommunalen und kirchlichen Vertretungen, sowie der politischen und ähnlichen Versammlungen gehalten werden, ein Urheberrecht nicht an¹⁹. An sich würden solche Reden nur insoweit, als sie bloße Meinungsäußerungen sind, keineswegs aber insoweit, als sie die Merkmale originaler geistiger Schöpfungen tragen, aus dem Bereiche des Urheberrechtsschutzes herausfallen. Weil aber der Redner sie in der Oeffentlichkeit und für die Oeffentlichkeit, ja zum Theil überhaupt nur als Organ eines Gemeinwesens hält, bleibt ihr individueller Gehalt stets unbeachtet.

Endlich bilden, obwohl sie in der Regel an sich Schriftwerke sind, Gesetzbücher, Gesetze, amtliche Erlasse, öffentliche Aktenstücke und öffentliche Verhandlungen aller Art keinen Gegenstand des Urheberrechtes²⁰. Wäre an ihnen ein

¹⁸ R.Ges. I § 7 litt. b. Vgl. Wächter, Verlagsr. I 155 ff., Autorr. S. 75 ff.; Klostermann, Geist. Eigth. S. 155 ff., b. Endemann II 253 ff.; Kohler, Autorr. S. 165 ff. u. 177 g.; Daude S. 20 ff.; Scheele S. 50 ff.; R.O.H.G. VI Nr. 35; R.Ger. in Str. S. XV Nr. 17. — Vgl. Berner Uebereink. Art. 9, Oesterr. Entw. II § 26—27.

¹⁹ R.Ges. I § 7 litt. d. Auch eine Sammlung von Reden desselben Urhebers, an der das Bayr. Ges. v. 1865 Art. 3 ein Urheberrecht anerkannte (ebenso Ungar. Ges. § 6 Z. 6), ist ungeschützt. Dagegen fallen „Vorträge“, die vor einer derartigen Versammlung gehalten werden, nicht unter diese Ausnahmebestimmung. Vgl. Wächter, Autorr. S. 86 ff., Dambach, Komm. S. 97 ff., Klostermann b. Endemann II 257, Kohler, Autorr. S. 194 ff., Daude 26 ff. — Der Oesterr. Entw. II § 5 Abs. 1 schließt alle „Reden und Vorträge, welche bei Verhandlungen oder Versammlungen in öffentlichen Angelegenheiten gehalten wurden“, vom Schutze des Urheberrechtes aus.

²⁰ R.Ges. I § 7 litt. c; Dambach, Komm. S. 93, Wächter, Autorr. S. 54 ff., Daude S. 23 ff., Scheele S. 54 ff.; R.O.H.G. XXV 83. Vgl. Oesterr. Entw. II § 5 Abs. 1. Anders nach Oesterr. Pat. v. 1846 § 18; vgl. unten Anm. 62.

Urheberrecht anerkannt, so würde es nicht den bei ihrer Hervorbringung thätigen Einzelpersonen, sondern dem Staate oder einer anderen Verbandsperson gebühren. Ein solches Urheberrecht wird aber deshalb nicht in Anspruch genommen, weil dem Zwecke der Emanationen des öffentlichen Geistes die möglichste Erleichterung ihrer öffentlichen Verbreitung entspricht. Sind dagegen gleichartige Schriftwerke von Einzelpersonen nicht als Organen eines Gemeinwesens, sondern als Individuen geschaffen, so entsteht an ihnen ein Urheberrecht²¹.

2. Wissenschaftliche und technische Abbildungen. Den Schriftwerken sind Geisteswerke in Bildform gleichgestellt, falls sie nicht dem Gebiete der Kunst, sondern den Gebieten der Wissenschaft oder der Technik angehören²². Das Gesetz rechnet dazu „geographische, topographische, naturwissenschaftliche, architektonische, technische und ähnliche Zeichnungen und Abbildungen, welche nach ihrem Hauptzwecke nicht als Kunstwerke zu betrachten sind“. Auch plastische Abbildungen, wie z. B. Reliefkarten, können darunter fallen²³. Geisteswerke dieser Art sind erst vorhanden, wenn sie im Bilde fixirt sind. Erforderlich ist auch hier eine originale geistige Schöpfung.

3. Tonkunstwerke. Ausschliesslich dem Gebiete der Kunst gehört das durch „musikalische Kompositionen“ begründete musikalische Urheberrecht an²⁴. Eine musikalische Komposition ist ein durch Formgebung in Tönen individualisirter künstlerischer Gedankeninhalt. Das Tonkunstwerk ist vorhanden, sobald es äusserlich dergestalt fixirt

²¹ Dafs Jemand in „amtlicher Eigenschaft“ oder „in amtlichem Auftrage“ ein Schriftwerk (z. B. einen Gesetzentwurf, ein Gutachten u. s. w.) verfasst hat, ist noch nicht hinreichend, um sein Urheberrecht auszuschliessen; vgl. Wächter a. a. O. S. 54 Anm. 5, Daude S. 25.

²² R.Ges. I § 43; Dambach S. 213 ff., Wächter a. a. O. S. 289 ff., Klostermann b. Endemann II 258, Daude S. 78 ff., Scheele S. 112 ff.; vgl. Oesterr. Entw. II § 4 Z. 3. — Auch kunstgewerbliche Erzeugnisse gehören nicht hierher; Wächter S. 290; a. M. Klostermann a. a. O. — Werke in Bilderschrift (z. B. Rebusse) sind Schriftwerke, nicht Abbildungen; Wächter S. 50. — Abbildungen können natürlich nicht nur für sich, sondern auch in Verbindung mit Schriftwerken Gegenstände eines Urheberrechts sein; Wächter S. 291 ff., Klostermann a. a. O.

²³ Klostermann, Urheherr. S. 65, Mandry S. 268, Kohler, Autorr. S. 186, Scheele S. 114 ff.; Oesterr. Entw. II § 4 Z. 3. A. M. Dambach S. 216, Endemann S. 71, Wächter S. 290, Daude S. 79.

²⁴ R.Ges. I § 45. Vgl. Klostermann, Geist. Eigth. I 173 ff. u. b. Endemann II 259; Wächter, Autorr. S. 294 ff.; Kohler, Autorrecht S. 221 ff., Kunstw. S. 138 ff.; Daude S. 81 ff.; Schuster S. 51 ff.; Scheele S. 118 ff.

ist, daß seine Wiedergabe in Tönen erfolgen kann. Hierzu genügt seine Niederschrift oder anderweite Aufzeichnung in Tonzeichen, unter Umständen aber auch der bloße Vortrag²⁵. Seiner inneren Beschaffenheit nach muß sich das Werk als eine originale geistige Schöpfung darstellen²⁶. Auch hier aber kann sich die geistige Schöpfung an Gegebenes anlehnen. Insbesondere kann durch die Bearbeitung oder Sammlung von Tonwerken, an denen kein oder fremdes Urheberrecht besteht, ein selbständiges Urheberrecht begründet werden²⁷.

Im Bereiche des Gesanges treten die Werke der Tonkunst mit Werken der Dichtkunst in Verbindung²⁸. Diese Verbindung ist am innigsten bei den musikalisch-dramatischen Werken, bei denen Dichtung und Komposition ein untrennbares Ganze bilden²⁹.

4. Pantomimen und Ballets. Bestritten ist, ob es ein Urheberrecht an Werken der mimischen Kunst mit Einschluß der Tanzkunst giebt³⁰. Die Frage ist nach deutschem Rechte insoweit zu bejahen, als ein solches Werk unter den Begriff eines „dramatischen“ Werkes fällt. Dies ist anzunehmen, wenn in ihm ein dramatischer Gedankeninhalt zu eigenthümlichem Ausdrucke gelangt. Denn ein solcher Gedankeninhalt kann so gut in der Form der Geberdensprache, wie in der Form der Lautsprache individualisirt werden.

5. Werke der bildenden Künste. Das künstlerische Urheberrecht im engeren Sinne des Wortes besteht an den Werken der bildenden Künste³¹. Dies sind die Werke der zeichnenden Kunst,

²⁵ Sei es aus dem Gedächtniß oder kraft Improvisation; Endemann S. 72, Wächter S. 295, Stobbe III 30, Daude S. 82, Schuster S. 63 ff. u. 84 ff.

²⁶ Auf Verlagfähigkeit kommt es auch hier nicht an; a. M. Dambach S. 220, Wächter S. 295, Daude S. 81. Ebensowenig auf den künstlerischen Werth; auch an Tanzstücken, Uebungsstücken, Signaltonsätzen giebt es ein Urheberrecht; Schuster S. 59 ff., Scheele S. 119.

²⁷ Vgl. bes. Schuster S. 69 ff.; auch Scheele S. 119.

²⁸ Das Urheberrecht an Text u. Komposition bleibt gesondert. In einigen Punkten erweist sich aber das musikalische Urheberrecht als das stärkere. Vgl. R.Ges. I § 48 u. 51 Abs. 2; dazu unten Anm. 71.

²⁹ Zu ihnen gehören daher nicht dramatische Werke mit eingelegten Musikstücken; Dambach S. 239, Wächter S. 319, Schuster S. 230 ff. Andererseits nicht musikalische Werke mit Wechselgesang verschiedener Personen, aber ohne sichtbare Darstellung einer Handlung, daher z. B. nicht Oratorien; Schuster S. 228 ff.; a. M. Kohler, Autorr. S. 237.

³⁰ Dafür bes. Hinschius, Jahrb. f. D. XXVI 185 ff.; ebenso Kohler S. 187, Daude S. 88, Schuster S. 231. A. M. Mandry S. 308, Klostermann, Urheberrecht S. 67 u. b. Endemann II 260, Scheele S. 133. Ausdrücklich schützt „choreographische“ Werke das italien. Ges. v. 1882 § 2 (Hinschius S. 186 Anm. 4); ebenso Oesterr. Entw. II § 4 Z. 2.

³¹ R.Ges. II § 1 ff. Vgl. Klostermann, Urheherr. S. 70 ff. u. b. Endemann

der Malerei und der Plastik. Die Werke der Baukunst, die an sich gleichfalls darunter fallen, sind durch ausdrückliche Gesetzesvorschrift ausgenommen⁸².

Ein Werk der bildenden Kunst ist vorhanden, wenn ein künstlerischer Gedankeninhalt in Bildform ausgeprägt ist. Die Formgebung muß durch sichtbare Umbildung eines Stoffes vollzogen sein⁸³. Der zur Erscheinung gebrachte Gedankeninhalt aber muß ganz oder in der Hauptsache dem Reiche der Kunst angehören. Dies ist der Fall, wenn das Werk im Wesentlichen auf eine Versinnlichung der Idee des Schönen gerichtet ist und somit seinem Hauptzwecke nach sich an das ästhetische Gefühl wendet⁸⁴. Darum entsteht an einem Werke, das mit gleichartigen Darstellungsmitteln einen wissenschaftlichen oder technischen Ideengehalt veranschaulicht und somit hauptsächlich auf den Verstand wirken will, kein künstlerisches, sondern ein litterarisches Urheberrecht⁸⁵. Ebenso entsteht kein künstlerisches, obwohl vielleicht ein kunstgewerbliches Urheberrecht, sobald zwar eine ästhetische Wirkung bezweckt, diese aber einer materiellen Gebrauchsbestimmung des Werkes untergeordnet und somit die Idee des Schönen in den Dienst der Nützlichkeitsidee gestellt wird⁸⁶.

Erforderlich ist auch hier, daß ein Geisteswerk vorliege. Ob das Werk für den „artistischen Verkehr“ geeignet oder bestimmt ist,

II 261 ff.; Wächter, Urheberr. S. 41 ff.; Daude S. 101 ff.; Kohler, Kunstwerk S. 37 ff.; Scheele S. 169 ff.

⁸² R.Ges. II § 3. Vgl. Wächter a. a. O. S. 43, Kohler a. a. O. S. 189 ff. Somit ist das ausgeführte Bauwerk überhaupt ohne Urheberrechtsschutz, die architektonische Zeichnung gegen Ausführung im Bau ungeschützt. Dagegen wird die architektonische Zeichnung nach R.Ges. I § 43 als technische Abbildung (passender nach Oesterr. Entw. II § 4 Z. 6 als Werk der bildenden Kunst) geschützt; vgl. oben S. 774.

⁸³ Dies ist aber schon bei einer Skizze der Fall, an der daher ein Urheberrecht entsteht; Wächter a. a. O. S. 48, Kohler a. a. O. S. 57 ff., Scheele S. 170.

⁸⁴ Die „Idee des Schönen“ umspannt das Häßliche, insoweit es vermöge seiner Kontrastwirkung ein ästhetisches Ausdrucksmittel sein soll. Sie liegt daher auch der Karrikatur zu Grunde. Unrichtig ist es freilich, von dem Kunstwerke zu verlangen, daß es „das Schöne“ darzustellen strebe; hiergegen mit Recht Stobbe III 31 Anm. 25.

⁸⁵ Oben Anm. 22. Ueber die Grenzen Kohler a. a. O. S. 191 ff.

⁸⁶ Vgl. Harum S. 108, Mandry S. 219, Klostermann, Geist. Eigth. S. 173, Urheberr. S. 69 ff., Wächter, Urheberr. S. 62 ff., Daude S. 106. Die Grenzen sind oft zweifelhaft, z. B. bei Vasen, Tafelaufsätzen u. s. w. Dadurch allein, daß ein Kunstwerk an einem Werke der Industrie angebracht ist, verliert es jedenfalls nicht seinen Charakter als Werk der bildenden Künste.

kommt nicht in Betracht³⁷. Auch hängt der Urheberrechtsschutz nicht von dem künstlerischen Werthe des Erzeugnisses ab, wird vielmehr auch Bildwerken gewährt, die auf den Namen von „Kunstwerken“ keinen Anspruch machen können³⁸. Wohl aber muß sich das Werk als eine originale geistige Schöpfung darstellen.

Doch kann sich auch hier die geistige Schöpfung an eine bereits vorhandene Schöpfung anlehnen. Durch selbständige Ergänzung, Umbildung oder Zusammenfügung von Werken oder Werkstücken, an denen kein oder fremdes Urheberrecht besteht, kann ein künstlerisches Urheberrecht begründet werden³⁹.

Vor Allem genießen daher die Werke der nachbildenden Künste eines eignen Urheberrechtsschutzes⁴⁰. Dieser Schutz beruht auf der Anerkennung der in der Nachbildung enthaltenen eigenartigen Geistesschöpfung und kommt somit auch einer nicht rechtmäßigen Nachbildung insoweit zu Gute, als ihn nicht das verletzte Urheberrecht am Urbilde ausschließt⁴¹. Damit jedoch die Nachbildung als ein besonderes Geisteswerk anerkannt werden könne, muß die Wiedergabe des Urbildes „mittels eines anderen Kunstverfahrens“ stattfinden. Darum gelten zwar Kupferstiche, Holzschnitte, Steindrucke, Werke der Modellirkunst u. s. w., nicht jedoch rein mechanische Vielfältigungen als Werke der bildenden Künste⁴². Aber auch die

³⁷ A. M. Wächter a. a. O. S. 52 ff., Daude S. 105. Klostermann, Urheherr. S. 47, fordert auch hier ein „vermögensrechtliches Interesse“.

³⁸ So z. B. Bilderbogen, Bilderbüchern u. s. w., sofern sie sich an das ästhetische Gefühl, wenn auch nur von Kindern oder Ungebildeten, wenden und nicht etwa bloß belehrenden oder praktischen Zwecken dienen. Vgl. Dambach S. 213 ff., Klostermann S. 99, Wächter a. a. O. S. 67 ff., Stobbe III 31, Daude S. 105, Scheele S. 171.

³⁹ So z. B. an der Ergänzung eines unvollendeten Werkes, an dem Porträt eines Verstorbenen nach einer vorhandenen Zeichnung oder an einem aus Einzelbeiträgen verschiedener Künstler nach einem künstlerischen Plane gebildeten Sammelwerke.

⁴⁰ R.Ges. II § 7; dazu R.Ges. v. 10. Jan. 1876 § 8, wo die gleiche Behandlung der Nachbildung einer photographischen Aufnahme durch die zeichnende, malende oder plastische Kunst vorgeschrieben wird. Vgl. Klostermann, Geist. Eigth. S. 182 ff. u. b. Endemann II 261 ff.; Wächter a. a. O. S. 53 ff.; Daude S. 107 ff.; Scheele S. 196 ff. — Der Schutz der Kupferstiche, Holzschnitte und Lithographien ist geschichtlich sogar älter als der Schutz der Gemälde; vgl. oben § 85 Anm. 6 u. 8, Pr. L.R. I, 11 § 997.

⁴¹ Dem widerspricht scheinbar der Wortlaut des R.Ges. II § 7. Vgl. aber Kohler, Autorr. S. 174, Kunstwerk S. 183 ff., Scheele S. 199. A. M. Klostermann, Urheherr. S. 124, Wächter a. a. O. S. 55. — Selbstverständlich erwirbt auch der Urheber des Originals an der von ihm selbst angefertigten Nachbildung ein besonderes Urheberrecht; Wächter a. a. O. S. 60, Mandry S. 238.

⁴² Vgl. Mandry S. 235 ff., Wächter a. a. O. S. 59 ff., Scheele S. 197 ff. — Photographien werden jedoch als solche geschützt; unten § 91.

durch ein Kunstverfahren erzeugten Nachbildungen begründen kein Urheberrecht, wenn sie das Urbild mittels desselben Kunstverfahrens, durch das es entstanden ist, wiedergeben⁴³. Eine Kopie eines Oelgemäldes, ein Kupferstich nach einem Kupferstich, ein Bronzeguß nach einem Bronzeguß ist kein neues und eigenartiges Geisteswerk.

Eine starke Abschwächung erfährt das künstlerische Urheberrecht an Werken, die auf oder an Strafsen oder öffentlichen Plätzen bleibend sich befinden. Wer sein Werk dergestalt in die Öffentlichkeit hineingestellt hat, ist nur noch gegen dessen Nachbildung „in derselben Kunstform“ geschützt, während im Uebrigen das Werk als Gemeingut gilt⁴⁴.

Im Gebiete der Illustration treten Werke der bildenden Kunst mit Schriftwerken in engere oder losere Verbindung⁴⁵.

II. Subjektive Voraussetzungen.

1. Das Urheberrecht an einem dazu geeigneten Geisteswerke entsteht in der Person seines Schöpfers⁴⁶. Erzeugung durch eigne geistige Arbeit ist der einzige originäre Erwerbstitel von Urheberrecht.

⁴³ So nach R.Ges. II § 7 (ebenso nach Preufs. Ges. v. 1837 § 29, Sächs. Ges. v. 1844 § 2, Bayr. Ges. v. 1865 Art. 27, während der Entw. des Bundesges. v. 1870 § 62 nur die „auf mechanischem Wege“ hergestellten Nachbildungen ausschließen wollte); vgl. Wächter a. a. O. S. 56 ff., Scheele S. 198.

⁴⁴ R.Ges. II § 6 Z. 3. Dafs der Begriff der „Kunstform“ ein engerer ist als der unmittelbar vorher in Z. 2 zu Grunde gelegte Begriff der in der Fläche erfolgenden oder plastischen Formgebung, liegt auf der Hand. Im Uebrigen ist seine Tragweite bestritten; vgl. Klostermann, Urheberrecht S. 75 ff., b. Endemann II 264, Wächter a. a. O. S. 156 ff., Stobbe III 32 Anm. 31, Kohler, Kunstwerk S. 44 u. 187 ff., Scheele S. 191 ff. Man darf nicht, wie Klostermann u. Stobbe thun, „Kunstform“ mit „Kunstverfahren“ identifizieren, sondern muß daranter mit Wächter u. Kohler die äußere Form der sinnlichen Erscheinung verstehen. Uebereinstimmend R.Ger. in Str.S. XVIII 34 ff. Somit dürfen z. B. Freskogemälde nicht in Fresko, wohl aber durch Photographie, Stich oder Tafelbild wiedergegeben werden; Marmorstandbilder sind gegen Nachbildung in Marmor, aber der richtigen Meinung nach auch gegen Gipsabguß, Erzguße gegen Wiedergabe in Guß geschützt. — Ueber das ältere Recht, das zum Theil öffentliche Denkmäler schlechthin für Gemeingut erklärte, vgl. Mandry S. 256 ff., Wächter S. 153 ff. — Mit dem deut. Ges. stimmt das Schweizer. Art. 11 Z. 7 überein. Der Oesterr. Entw. II § 39 Z. 4 giebt die Nachbildung frei, „ausgenommen die Nachbildung von Werken der Plastik durch die Plastik.“

⁴⁵ Wächter a. a. O. S. 61 ff. Bildwerke und Text können Gegenstände gesonderter Urheberrechte sein, wobei, jenachdem das eine oder das andere die Hauptsache ist, das künstlerische Urheberrecht zum litterarischen oder das litterarische zum künstlerischen in ein Abhängigkeitsverhältniß treten kann.

⁴⁶ Dambach S. 13; Endemann S. 3; Wächter, Autorr. S. 89 ff., Urheber. S. 68 ff.; Kohler, Autorr. S. 201 ff.; Schuster S. 83 ff.

a. Kein Urheberrecht erwirbt, wer als Gehülfe bei der Hervorbringung eines Geisteswerkes thätig war, mag er auch wesentliche Beiträge zu dessen Inhalt oder Form geliefert haben⁴⁷.

b. Kein Urheberrecht erwirbt der Besteller eines Geisteswerkes, mag auch von ihm die geistige Schöpfung nicht nur angeregt, sondern durch Plangebung nach Inhalt und Form bestimmt sein⁴⁸. Denn wer seine geistige Arbeit in den Dienst eines Anderen stellt, büßt hierdurch seine Urheberschaft so lange nicht ein, als nicht dieser Andere die eigentlich produktive geistige Thätigkeit leistet und somit selbst als der Urheber erscheint, der sich nur eines Gehülfen bedient.

Allerdings kann der Besteller sich ausbedingen, daß das in der Person des Urhebers entstandene Urheberrecht alsbald zur Ausübung auf ihn übergehe. Allein dann erwirbt er eben ein abgeleitetes Urheberrecht. Und dieser Erwerb erfolgt kraft eines besonderen Vertrages, nicht von Rechtswegen. Hiervon gilt jedoch eine Ausnahme bei Porträts und Porträtbüsten, bei denen das Nachbildungsrecht unmittelbar kraft gesetzlicher Vorschrift auf den Besteller übergeht⁴⁹. Der Grund dieser Ausnahme liegt in dem Vorrang, der hier dem Persönlichkeitsrechte an dem Abbilde der eignen Gestalt vor dem Urheberrechte eingeräumt wird⁵⁰. Auch hier jedoch entsteht das Urheberrecht in der Person des Künstlers und wird vom Besteller nur derivativ erworben⁵¹.

⁴⁷ Wächter, Autorr. S. 98 ff., Urheberr. S. 72; Scheele S. 10. — Mandarf jedoch nicht den Begriff des Gehülfen so weit ausdehnen, wie dies Reuling S. 108 ff. thut.

⁴⁸ Wächter, Autorr. S. 94 ff., Urheberr. S. 74 ff.; Dambach, Fünfzig Gutachten S. 30; R.Ger. in Str.S. XV 406. — Anders ältere Gesetze, wie das Pr. L.R. I, 11 § 1021—1022, Bad. L.R. § 577 d a, Oesterr. Gb. § 1170 u. noch das Oesterr. Pat. v. 1846 § 1 Abs. 2 litt. a; vgl. dazu Schuster S. 109 ff.

⁴⁹ R.Ges. II § 8 (aus dem Bayr. Ges. von 1865 Art. 35). Ebenso Oesterr. Entw. II § 13 für den Fall entgeltlicher Bestellung. — Durch Vereinbarung kann dies geändert werden.

⁵⁰ Freilich wird das Gesetz diesem Gedanken nur unvollkommen gerecht, indem es einerseits keinen Schutz gegen die Verbreitung nicht bestellter Bildnisse gewährt, andererseits dem Besteller das Nachbildungsrecht auch an dem Bildnisse einer anderen (und nicht bloß einer ihm angehörigen oder von ihm vertretenen) Person einräumt.

⁵¹ Vgl. Wächter, Urheberr. S. 76 ff., Klostermann b. Endemann II 267 ff., Scheele S. 202. — A. M. Kohler, Autorr. S. 203, der das Urheberrecht beim Besteller entstehen läßt. Dann müßte es sich auch hinsichtlich seiner Dauer nach der Person des Bestellers richten, — und zwar selbst für den Fall, daß sich der Künstler das Nachbildungsrecht vorbehalten hätte, da hierin eine Uebertragung von:

c. Kein Urheberrecht erwirbt der Herausgeber eines Werkes⁵². Wer ein fremdes Geisteswerk, an dem ein Urheberrecht besteht, veröffentlicht, übt befugter oder unbefugter Weise das ursprüngliche Urheberrecht eines Anderen aus. Dies gilt auch bei der Herausgabe eines anonymen oder pseudonymen Werkes⁵³. Es gilt ebenso bei der Herausgabe eines posthumen Werkes, falls an ihm das in der Person des verstorbenen Urhebers entstandene Urheberrecht noch nicht erloschen ist⁵⁴. Wer dagegen ein fremdes Geisteswerk, an dem ein Urheberrecht nicht besteht, veröffentlicht, begründet überhaupt kein Urheberrecht. Somit wird nach deutschem Rechte auch durch die erstmalige Herausgabe eines Werkes, dessen Schöpfer vor mehr als dreißig Jahren verstorben ist, ein Urheberrecht nicht begründet⁵⁵. Mag der Herausgeber auch mit Mühe und Kosten eine verborgene Handschrift oder ein vergessenes Kunstwerk ans Licht gebracht, ein schwer lesbares Manuskript oder ein Palimpsest entziffert haben, so bleibt er doch immer ein bloßer Entdecker. Selbst an Konjekturen, durch die ein Herausgeber einen Text zu berichtigen oder zu ergänzen sucht, kann ihm ein Urheberrecht nicht zugestanden werden, da er seiner eignen Behauptung nach nur den ursprünglichen Text von Neuem entdeckt, nicht aber etwas Neues geschaffen hat⁵⁶.

Insoweit jedoch ein „Herausgeber“ zugleich Schöpfer eines Geisteswerkes ist, erwirbt er als solcher ein Urheberrecht. Darum steht

fremdem Urheberrechte lüge! — Ausdrücklich sagt das Schweiz. Ges. Art. 5 Abs. 2: „Das Vervielfältigungsrecht gilt . . . als mitveräußert.“

⁵² Wächter, Autorr. S. 97 ff., Urheberr. S. 78 ff.

⁵³ Das R.Ges. I § 28 Abs. 3 ermächtigt einen solchen Herausgeber nur, „die dem Urheber zustehenden Rechte wahrzunehmen“; vgl. unten Anm. 77. Ebenso Oesterr. Entw. II § 11. Dagegen schreibt das geltende Oesterr. Pat. § 1 Abs. 2 litt. b ihm unmittelbar das Urheberrecht zu; vgl. Schuster S. 117 ff.

⁵⁴ R.Ges. I § 12, II § 11. Anders zum Theil nach ausländischem Recht; vgl. unten § 90 Anm. 6.

⁵⁵ Stobbe III 27; Kohler, Autorr. S. 164 ff., Z. f. d. P. u. ö. R. d. G. XV 207 ff. — Dagegen erkennen ausländische Gesetze ein Urheberrecht des Herausgebers an gemeinfreien Inedita an; so das Span. Ges. v. 1879 Art. 2 Z. 4; in beschränktem Umfange früher auch das Bayr. Ges. v. 1865 Art. 11 u. 18; vgl. Mandry S. 221 ff. Dem Erfolge nach auch das Oesterr. Pat. § 14 litt. d (vgl. Harum S. 78 u. 192 ff.), das Schweiz. Ges. v. 1884 Anm. 2 Abs. 2 (Orelli S. 43) u. andere Gesetze; vgl. unten § 90 Anm. 6.

⁵⁶ Vielfach erblickt man in dieser folgerichtigen Versagung des Urheberrechtsschutzes für die Herausgabe gemeinfreier Inedita eine der Ausfüllung bedürftige Lücke des deutschen Rechtes; so Harum S. 78, Dahn in Behrends Zeitschr. V 12, Stobbe a. a. O. Anm. 10, Bähr, Arch. f. h. R. VII 150 ff. Hiergegen vgl. bes. Kohler a. a. O.

namentlich dem Herausgeber eines Sammelwerkes, falls dieses ein einheitliches Ganze ist, ein Urheberrecht an dem von ihm geschaffenen Ganzen zu⁵⁷.

d. Kein Urheberrecht endlich hat der Eigenthümer einer das Geisteswerk verkörpernden Sache. Der Eigenthümer einer Handschrift, eines Kunstwerkes oder des einzig vorhandenen Druckes oder Abbildes eines verlorenen Originals kann freilich unter Umständen die Veröffentlichung oder Vervielfältigung des Geisteswerkes hindern, da er nicht verpflichtet ist, zu diesem Zwecke seine Sache einem Anderen, sei dies auch der Urheber selbst, herauszugeben⁵⁸. Ein Recht aber, über das in der Sache verkörperte Geisteswerk zu verfügen, ist in dem Sacheigenthum nicht enthalten. Zu einer solchen Verfügung ist daher der Eigenthümer, falls an dem Geisteswerke ein fremdes Urheberrecht besteht, überhaupt nicht befugt⁵⁹. Ist aber das Geisteswerk gemeinfrei, so übt der Eigenthümer, wenn er es veröffentlicht oder vervielfältigt, nur das ihm wie Jedermann zustehende Recht des Gemeingebrauches aus und genießt daher keinerlei urheberrechtlichen Schutz⁶⁰. Umgekehrt begeht, wer ohne Genehmigung des Sacheigenthümers das Geisteswerk veröffentlicht oder vervielfältigt, hierdurch auch dann, wenn er sich widerrechtlich die Möglichkeit dazu verschafft hat, keinerlei Eigenthumsverletzung⁶¹.

2. Ein Urheberrecht kann nicht nur als Recht einer Einzelperson, sondern auch als Recht einer Verbandsperson entstehen. Denn ein Geisteswerk kann von einer Verbandsperson in ihrem Wirkungsbereiche durch ein hierzu berufenes Organ geschaffen werden.

⁵⁷ R.Ges. I § 2 Abs. 1. Vgl. Wächter, Verlagsr. I 203 ff., Autorr. S. 99 ff. Urheherr. S. 82 ff.; Kohler, Autorr. S. 207 ff.; Schuster S. 115 ff.; Scheele S. 15 ff.

⁵⁸ Für Kunstwerke ausgesprochen in R.Ges. II § 8 Abs. 2. Gleiches gilt z. B. regelmäßig für den Empfänger von Briefen kraft des von ihm erworbenen Sacheigenthums; Kohler, Arch. f. b. R. VII 95 ff. Ebenso für den Staat oder eine Gemeinde hinsichtlich ihrer Archivalien. — Allgemein. Oesterr. Entw. II § 19.

⁵⁹ R.Ges. I § 5 litt. a, II § 8 Abs. 1; Wächter, Autorr. S. 111, Urheherr. S. 113 ff. — Darum hat auch der Empfänger von Briefen trotz seines Eigenthums an den Briefen kein urheberrechtliches Veröffentlichungsrecht; Harum S. 96 ff., Klostermann, Geist. Eigth. I 322 ff. u. b. Endemann II 268, Bluntschli, Krit. Uebersch. I 17 u. D.P.R. § 49 Nr. 8, Wächter, Autorr. S. 125 ff., Stobbe III 27, Scheele S. 9; a. M. Jolly S. 121 ff., Goldammer, Arch. f. Preuß. Strafr. IX 539 ff.

⁶⁰ Anders nach französ., engl. u. sonstigem ausländ. R.; Renouard II 291 ff., Pouillet S. 323 ff. u. 340 ff., Kohler, Z. f. d. P. u. ö. R. d. G. XV 215. — Für das Urheberrecht des Eigenthümers an Inedita tritt Bähr a. a. O. S. 156 ff. ein.

⁶¹ Kohler a. O. S. 216 ff. A. M. Bähr a. a. O. S. 154 ff.

Die wichtigsten Erzeugnisse des Gemeingeistes sind freilich, wie bereits gezeigt ist, als öffentliche Werke dem Urheberrechte entzogen. Ausdrücklich aber ist anerkannt, daß „Akademien, Universitäten, sonstige juristische Personen, öffentliche Unterrichtsanstalten, sowie gelehrte oder andere Gesellschaften“, wenn sie ein aus Beiträgen Mehrerer gebildetes Werk herausgeben, an dem von ihnen geschaffenen einheitlichen Ganzen ein Urheberrecht erwerben⁶².

3. Wenn mehrere Personen bei der Schöpfung eines Geisteswerkes zusammengewirkt haben, so erwächst an diesem Werke für jede von ihnen ein ursprüngliches Urheberrecht. Hierbei begegnen namentlich drei verschiedene Formen urheberrechtlicher Gemeinschaft.

a. Im Falle gemeinsamer Schöpfung eines Werkes durch eine zu einheitlicher Thätigkeit zusammenfließende Mitarbeit entsteht an dem Werke ein Miturheberrecht, das durchweg die Züge einer Rechtsgemeinschaft zur gesamten Hand trägt⁶³. Subjekt des Urheberrechtes sind hier die Miturheber in ihrer Verbindung zur Personeneinheit. Darum richtet sich die Dauer dieses Urheberrechtes nach

⁶² R.Ges. I § 18. Aehnlich Oesterr. Pat. § 15 u. Entw. II § 46, Ungar. Ges. § 15, Ital. § 11, Dän. Ges. v. 1857 § 7, Norweg. v. 1876 § 8. Andere ausländische Gesetze kennen auch ein Urheberrecht von Verbandspersonen an Einzelwerken; so das Schweiz. Ges. Art. 2 Abs. 2 (Orelli S. 43 ff.), das französ. R. (Pouillet S. 116 ff.), das span. Ges. Art. 4, das engl. R. (vgl. Schuster S. 126 ff.). Zum Theil nimmt der Staat auch an öffentlichen Akten ein Urheberrecht in Anspruch; so nach Oesterr. Pat. § 18 (dazu Schuster S. 121 ff.). — Eine verbreitete Meinung hält in Verkennung des Wesens der Verbandspersönlichkeit nur ein abgeleitetes Urheberrecht juristischer Personen für möglich und erblickt in den gesetzlichen Bestimmungen, die es als ursprüngliches behandeln, eine Fiktion; so Klostermann, Geist. Eigenth. S. 224 ff., Urheberr. S. 106 ff., b. Endemann II 266 ff., Wächter, Autorr. S. 103 ff., Urheberr. S. 85 ff., Scheele S. 10 u. 64, Schuster S. 119 ff. (der sogar eine doppelte oder dreifache Fiktion entdeckt!) Hiergegen vgl. die oben § 66 Anm. 10 Genannten.

⁶³ Richtig Stobbe III 26. Aehnlich Bluntschli § 49 Nr. 3, Harum S. 134 ff. Ferner Jolly S. 195 ff. u. Mandry S. 108 ff., die ein „solidarisches Recht“ annehmen. Auch Dambach S. 103 u. 115, Endemann S. 33 u. Scheele S. 58, die mit den Motiven von einer „Kollektivperson“ sprechen. Ausführlich und mit ähnlichen Ergebnissen Kohler, Autorr. S. 205 ff. u. 249 ff. Desgleichen Schuster S. 133 ff. (aber ohne genügende Unterscheidung zwischen gemeinsamer Schöpfung eines Ganzen und Hervorbringung eines Ganzen durch gesonderte Schöpfung von Theilen). Ausdrücklich will der Oesterr. Entw. II § 7 sagen: „An den von Mehreren gemeinsam hergestellten Werken steht das Urheberrecht allen Miturhebern gemeinschaftlich und ungetheilt zu“. — Dagegen nimmt Wächter, Verlagsr. I 207, Autorr. S. 92 u. Urheberr. S. 70 ff., eine *communio* mit gesonderten ideellen Antheilen (und zwar im Zweifel nach Köpfen) an. Ebenso Klostermann, Urheberr. S. 110 ff., Daude S. 28 u. 109.

der Lebensdauer des längstlebenden Gemeiners⁶⁴. Darum steht die Verfügung über das Geisteswerk nur den Miturhebern gemeinschaftlich zu⁶⁵. Darum ist eine Theilung des Miturheberrechtes zwar hinsichtlich der Ausübung und der Nutzung in mannichfacher Weise möglich, hinsichtlich der Substanz aber ausgeschlossen⁶⁶. Darum ist endlich der unausgeschiedene Urheberrechtsantheil jedes Miturhebers zwar als solcher in dem Maße, in dem das Urheberrecht überhaupt übertragbar ist, vererblich und veräußerlich⁶⁷, wächst aber im Falle seiner Erledigung den verbleibenden Gemeinern an⁶⁸.

b. Sind unterscheidbare Bestandtheile eines Werkes von verschiedenen Urhebern geschaffen, so entsteht in der Person jedes Urhebers ein gesondertes Urheberrecht an dem von ihm geschaffenen Bestandtheile⁶⁹, während an dem Werke als einem Ganzen auch hier ein Miturheberrecht zur gesamten Hand erwächst⁷⁰. Die Regeln der gesamten Hand erfahren

⁶⁴ R.Ges. I § 9. Ebenso Ungar. Ges. § 12, Belg. Art. 5, Norweg. § 7, Schwed. § 7, auch die französ. Praxis. Abweichend Oesterr. Pat. § 14 litt. c. u. auch Entw. II § 43 Abs. 3.

⁶⁵ Stobbe a. a. O., Schuster S. 143 ff. Das R.Ges. I § 51 hebt nur die Nothwendigkeit der Zustimmung jedes Miturhebers zu einer öffentlichen Aufführung hervor. Zweifellos ist aber bei uns geltendes Recht, was der Oesterr. Entw. II § 7 bestimmen will: „Sie können nur einverständlich über das Werk (insbesondere durch Herausgabe, Nachbildung, Aufführung) verfügen; jeder für sich ist aber befugt, Eingriffe in das gemeinsame Recht gerichtlich zu verfolgen“. Vgl. auch Belg. Ges. Art. 6, Schwed. Ges. § 20, Norweg. § 31. Abweichend Ungar. Ges. § 1 Abs. 2—3, Ital. § 5, „im Zweifel“ auch Oesterr. Pat. § 8; vgl. Schuster S. 148 ff.

⁶⁶ Gegen die von Wächter, Urheherr. S. 101, u. Klostermann a. a. O. S. 114 behauptete Zulässigkeit der Theilungsklage vgl. Stobbe a. a. O. Anm. 7. Ueber die verschiedenen Möglichkeiten einer Nutztheilung vgl. Kohler a. a. O. S. 272 ff., Schuster S. 147 ff.

⁶⁷ Vgl. Oest. Entw. II § 7 Abs. 2.

⁶⁸ So im Falle des Verzichtes oder des Todes ohne Hinterlassung von Erben; vgl. Ungar. Ges. § 3 Abs. 3. Dagegen muß den Erben des erstverstorbenen Miturhebers die Verlängerung der Schutzfrist zu Gute kommen, so daß sie bis zum Erlöschen des Urheberrechtes Theilhaber bleiben; Kohler S. 265, Belg. Ges. Art. 5.

⁶⁹ So nicht bloß im Falle der Verbindung ungleichartiger Schöpfungen, wie Schriftwerk und Komposition (oben Anm. 28) oder Schriftwerk und Bild (oben Anm. 22 u. 45), sondern auch bei der Zusammenfügung gleichartiger Geisteserzeugnisse, z. B. mehrerer Abhandlungen, Gedichte, Erzählungen u. s. w. zu einem Schriftwerke, mehrerer Tonsätze zu einem Tonwerke, mehrerer Bildwerke zu einem Kunstwerke u. s. w.; vgl. Wächter, Autorr. S. 93, Urheherr. S. 72, Schuster S. 133 ff.

⁷⁰ Dies gilt auch im Falle der Verbindung ungleichartiger Schöpfungen, so daß an sich über ein illustriertes Schriftwerk Bildner und Schriftsteller und über ein poetisch-musikalisches Werk Komponist und Dichter nur gemeinsam durch

jedoch Abwandlungen, wenn und soweit dem einen Sonderurheberrechte ein Uebergewicht über das andere eingeräumt wird, wie dies im deutschen Rechte zu Gunsten des Urheberrechtes an einer musikalischen Komposition im Verhältniß zu dem Urheberrechte an ihrem Texte geschehen ist⁷¹.

c. Wenn endlich ein Sammelwerk in seinen einzelnen Bestandtheilen von verschiedenen Mitarbeitern, als einheitliches Ganze aber von einem Herausgeber geschaffen ist, so entstehen neben einander in den Personen der Mitarbeiter Sonderurheberrechte an den einzelnen Beiträgen und in der Person des Herausgebers ein Sonderurheberrecht am Ganzen⁷².

4. Das Urheberrecht entsteht in der Person des Schöpfers eines Geisteswerkes unabhängig davon, ob er sich durch Kundmachung seines Namens zur Urheberschaft bekennt. Wird aber das Geisteswerk veröffentlicht, so nimmt das Urheberrecht hinsichtlich seiner Dauer und in einigen anderen Punkten eine verschiedene Beschaffenheit an, jenachdem das Werk als benanntes Werk unter dem Namen des Urhebers oder als pseudonymes oder anonymes

Veröffentlichung, Vervielfältigung, Aufführung u. s. w. verfügen können. Grundsätzlich anderer Ansicht in Bezug auf das Verhältniß von Musik und Text ist Schuster 241 ff. Vgl. aber Kohler, Autorr. S. 246 ff. u. Arch. f. c. Pr. LXXXII 232 ff. — Erlischt eines der Sonderurheberrechte, so konsolidirt sich auch hier das Urheberrecht an dem Werke als einem Ganzen bei dem verbleibenden Theilhaber, während der von dem anderen Theilhaber geschaffene Bestandtheil für sich dem Gemeingebräuche anheimfällt.

⁷¹ Nach R.Ges. I § 48 darf ein bereits veröffentlichtes Schriftwerk in Musik gesetzt und in Verbindung mit der Komposition abgedruckt werden, es müßte denn ein seinem Wesen nach nur für den Zweck der Komposition bedeutungsvoller Text (z. B. Opern- oder Oratorientext) sein. Und nach R.Ges. I § 51 Abs. 2 genügt zur öffentlichen Aufführung eines Tonwerkes mit Text einschließlic der dramatisch-musikalischen Werke die Genehmigung des Komponisten. Dagegen bleibt hinsichtlich der ersten Veröffentlichung des Gesamtwerkes durch den Druck das Miturheberrecht und hinsichtlich des Abdruckes des Textes ohne die Musik das Sonderurheberrecht des Dichters unverkürzt. Auch erstreckt sich das Aufführungsrecht des Komponisten nicht auf dramatische Werke mit eingelegter Musik; vgl. oben Anm. 29. Aehnlich Oesterr. Pat. § 7, Dän. Ges. § 13 Z. 3, Norweg. § 16 litt. c, Schwed. § 11; vgl. Näheres b. Schuster S. 247 ff. u. 259.

⁷² R.Ges. I § 2; ebenso Oesterr. Entw. II § 8. Mangels anderer Abrede darf daher jeder Mitarbeiter über seinen Beitrag nach Belieben anderweit verfügen (der Oesterr. Entw. a. a. O. will ihn aber bei Veranstaltung von Einzelausgaben zur Angabe des Werkes, in dem der Beitrag erschienen ist, verpflichten). Bei periodischen Werken jedoch erst nach Ablauf von zwei Jahren seit dem Erscheinen; R.G. I § 10, II § 12; Oesterr. Entw. II § 8. Der Herausgeber seinerseits kann über die einzelnen Beiträge nur insoweit verfügen, als ihm das Recht hierzu übertragen ist.

Werk, sei es unter einem anderen Namen oder sei es ohne jede Nennung eines Urhebers, erschienen ist. Ein benanntes Werk liegt nur vor, wenn bei der Veröffentlichung der „wahre Name des Urhebers“, d. h. sein bürgerlicher Name, in einer vom Gesetze vorgeschriebenen Form mitveröffentlicht ist⁷³. Ist dies nicht geschehen, so ist und bleibt das Werk ein im Rechtssinne unbenanntes (anonymes oder pseudonymes) Werk, mag auch der Name des Urhebers in anderer Weise offenkundig gemacht oder geworden oder der gebrauchte Name allgemein als Schriftsteller- oder Künstlernamen einer bestimmten Person bekannt sein⁷⁴. Doch kann das unbenannte Werk nachträglich dadurch rechtswirksam in ein benanntes umgewandelt werden, daß der Urheber oder sein legitimirter Rechtsnachfolger vor Ablauf der dem unbenannten Werke gewährten Schutzfrist den wahren Namen des Urhebers zur Eintragung in die Eintragsrolle anmeldet⁷⁵.

5. An die Art der Veröffentlichung des Geisteswerkes knüpfen sich zugleich gewisse Rechtswirkungen für die Legitimation zur Geltendmachung des Urheberrechts.

a. Wird ein Werk als benanntes Werk veröffentlicht, so gilt kraft einer Rechtsvermuthung bis zum Gegenbeweise der in gehöriger Weise als Urheber Genannte als Urheber⁷⁶.

⁷³ Bei der Veröffentlichung von Schriftwerken, Abbildungen oder Tonwerken durch den Druck muß der wahre Name auf dem Titelblatte, unter der Zueignung oder unter der Vorrede, bei Beiträgen zu einem Sammelwerke an der Spitze oder am Schluß des Beitrages angegeben sein; R.Ges. I § 11 Abs. 1—2, § 43, § 45. Bei der Veröffentlichung von Werken der bildenden Kunst muß der wahre Name des Urhebers auf dem Werke vollständig genannt oder durch kenntliche Zeichen (z. B. ein Monogramm) ausgedrückt sein; R.Ges. II § 9 Abs. 2. Bei der öffentlichen Aufführung eines durch den Druck noch nicht veröffentlichten Bühnenwerkes muß der wahre Name des Urhebers irgendwie kundgemacht sein; R.Ges. I § 52 Abs. 2. — Genauere Bestimmungen enthält der Oesterr. Entw. II § 10 (auch für den Fall des Erscheinens eines Werkes durch öffentliche Ausstellung).

⁷⁴ Vgl. Wächter, Verlagsr. I 433 ff., Autorr. S. 52 u. 139 ff., Harum S. 181, Endemann S. 35, Dambach S. 110, Stobbe III 48 Anm. 18, Klostermann b. Endemann II 272, Scheele S. 61. Ausführlich, aber zum Theil abweichend Schuster S. 94 ff., der einen notorischen Autornamen als „wahren“ Namen behandeln will.

⁷⁵ R.Ges. I § 11 u. 52, II § 9. Irgend eine andere Art der Namensveröffentlichung genügt nicht. Auch nicht eine neue Veröffentlichung des Werkes unter dem wahren Namen. Nur bei dem vor der Veröffentlichung durch den Druck anonym oder pseudonym aufgeführten Bühnenwerke steht der Bekanntmachung durch die Eintragsrolle die Herausgabe unter dem wahren Namen gleich. — Vgl. dazu Oesterr. Entw. II § 44.

⁷⁶ R.Ges. I § 28 Abs. 2, II § 16; bei der Veröffentlichung durch öffentliche Aufführung ist dies der „bei der Ankündigung der Aufführung“ als Urheber Be-

b. Bei einem unbenannten Werke ist kraft einer gesetzlichen Vollmacht der Herausgeber, wenn aber ein solcher nicht angegeben ist, der Verleger berechtigt, die dem Urheber zustehenden Rechte wahrzunehmen⁷⁷. Uebrigens gilt hier der auf dem Werke angegebene Verleger ohne weiteren Nachweis als Rechtsnachfolger des anonymen oder pseudonymen Urhebers⁷⁸.

6. Bei der Begründung des Urheberrechtes spielt die Staatsangehörigkeit des Urhebers eine Rolle. Ein deutscher Reichsangehöriger erwirbt an dem von ihm geschaffenen Geisteswerke stets ein vom deutschen Gesetze geschütztes Urheberrecht, mag das Werk unveröffentlicht oder veröffentlicht und im letzteren Falle im Inlande oder im Auslande veröffentlicht sein⁷⁹. Den gleichen Urheberrechtsschutz erwirbt ein ausländischer Urheber durch Veröffentlichung seines Werkes bei einem Verleger, der im Gebiete des Deutschen Reiches seine Handelsniederlassung hat⁸⁰. Unter Voraussetzung der Gegenseitigkeit wird der Urheberrechtsschutz des deutschen Gesetzes einem ausländischen Urheber für ein unveröffentlichtes Werk auch dann, wenn er im ehemaligen deutschen Bundesgebiete staatsangehörig ist, für

zeichnete, R.Ges. I § 53. Aehnlich schon Bayr. Ges. v. 1865 Art. 51. Ebenso Oesterr. Entw. II § 10. Dazu Berner Uebereink. Art. 11. Vgl. Wächter, Autorr. S. 269 Anm. 9, Urheberr. S. 263, Klostermann b. Endemann II 265 ff., Schuster S. 92 ff. — Die nachträgliche Kundmachung des Namens durch die Eintragsrolle (oben Anm. 75) bewirkt eine derartige Vermuthung nicht; Dambach S. 180, Scheele S. 97. Ueber ausländisches Recht vgl. Schuster S. 85 ff.

⁷⁷ R.Ges. I § 28 Abs. 3, II § 16. Ebenso Oesterr. Entw. II § 11. Vgl. Wächter, Autorr. S. 98 ff., Urheberr. S. 79 ff., Dambach S. 179 ff., Endemann S. 61, Schuster S. 98 ff. — Der Urheber selbst ist hierdurch keineswegs gehindert, aus seiner Verborgenheit hervorzutreten und seine Rechte selbst geltend zu machen; nur muß er seine Urheberschaft beweisen; Arch. f. Preuss. Strafr. XII 705, Wächter, Autorr. S. 275 Anm. 31, Scheele S. 97. — Das Oesterr. Pat. § 14 kennt eine gleiche gesetzliche Vertretungsmacht des Verlegers (Schuster S. 101), während es den gehörig genannten Herausgeber, Unternehmer, Besteller als Urheber behandelt; oben Anm. 53. Ueber andere ausländ. Ges. Schuster S. 101 ff.

⁷⁸ R.Ges. I § 28 Abs. 3 a. E., II § 16; dazu Berner Uebereink. Art. 11 Abs. 2. Somit hat der Verleger, falls kein Herausgeber genannt ist, die Wahl, ob er als Vertreter des Urhebers in fremdem Namen oder kraft präsumtiv übertragenen Urheberrechtes in eigenem Namen auftreten will. Im letzteren Falle ist aber Gegenbeweis zulässig. Auch bezieht sich die Vermuthung der Rechtsnachfolge nicht auf das innere Verhältniß zwischen Verleger und Urheber. Vgl. Wächter, Autorr. S. 275, Urheberr. S. 112.

⁷⁹ R.Ges. I § 61 Abs. 1, II § 20 Abs. 1. Ebenso für österreich. Staatsangehörige Oesterr. Entw. II § 1.

⁸⁰ R.Ges. I § 61 Abs. 2, II § 20 Abs. 2. Nach dem österr. Entw. II § 1 soll es genügen, wenn das Werk „im Inlande erschienen“ ist.

ein veröffentlichtes Werk auch dann, wenn es außerhalb des Reichsgebietes im ehemaligen Bundesgebiete erschienen ist, gewährt; jedoch niemals für eine längere Frist, als sie das Heimathsrecht des Urheberrechts zugesteht⁸¹. Im Uebrigen richtet sich der Schutz der ausländischen Urheberrechte nach dem Inhalte der internationalen Verträge⁸².

III. Begründungsakt. Das Urheberrecht entsteht durch die geistige Schöpfungsthat. Es entsteht durch sie unabhängig von einem darauf gerichteten Willen und selbst wider Willen. Auch dem Kinde oder dem Geisteskranken erwächst aus seiner Schöpfung ein Urheberrecht. Jede Stellvertretung ist dabei ausgeschlossen⁸³. Die Hervorbringung eines Geisteswerkes ist eine rechtserzeugende Handlung, aber kein Rechtsgeschäft⁸⁴.

Das Urheberrecht wird unmittelbar durch die Schöpfungsthat begründet. Es ist vorhanden, wenn und soweit das Geisteswerk äußerlich vorhanden ist⁸⁵. Und es wird vom geltenden Rechte im Allgemeinen geschützt, sobald es vorhanden ist. Nur in einzelnen Beziehungen werden zum Erwerbe oder zur Wahrung des Urheberrechtsschutzes noch besondere Rechtshandlungen gefordert. Der Schutz veröffentlichter Schriftwerke gegen Uebersetzung, veröffentlichter Tonwerke gegen öffentliche Aufführung und der in öffentlichen Blättern erschienenen größeren Mittheilungen gegen Nachdruck wird erst durch einen mitveröffentlichten besonderen Vorbehalt erworben⁸⁶. Sodann hängt bei allen Geisteswerken die Wahrung des vollen Urheberrechtsschutzes im Falle der Veröffentlichung von der gehörigen Mitveröffentlichung des wahren Namens des Urhebers ab⁸⁷. Endlich

⁸¹ R.Ges. I § 62, II § 21; vgl. oben § 56 Anm. 3 u. dazu § 26 Anm. 34. Ebenso Oesterr. Entw. II § 2 Abs. I hinsichtlich der deutschen Staatsangehörigen und des deutschen Reichsgebietes.

⁸² Vgl. oben § 85 Anm. 28—32 u. dazu § 26 Anm. 34—35; insbes. Berner Uebereink. Art. 2.

⁸³ Wer durch seine Schöpfung ein Urheberrecht für einen Anderen begründen will, begründet es dennoch für sich und überträgt es nur zur Ausübung. Hiervon giebt es beim litterarischen und künstlerischen Urheberrecht nach deutschem Recht auch keine gesetzliche Ausnahme; vgl. oben Anm. 48, 51, 57, 62. — Stellvertretung betrachten als zulässig Reuling a. a. O. S. 107 ff., Kohler, Autorr. S. 202 ff. u. Z. f. d. P. u. ö. R. d. G. XIII 296.

⁸⁴ Ein Rechtsgeschäft sieht darin Kohler, Autorr. S. 6 ff., Z. f. d. P. u. ö. R. d. G. XIII 287, Arch. f. c. Pr. LXXXII 209; auch schon Ortloff a. a. O. S. 295 ff. Vgl. dagegen Klöppel a. a. O. XXXIV 21, Schuster S. 83 ff.

⁸⁵ Auch schon an einem Bruchstücke oder einer Skizze; vgl. oben Anm. 3—4, 25 u. 33.

⁸⁶ Vgl. oben S. 773 u. unten 798.

⁸⁷ Vgl. oben Anm. 73.

wird beim Stadtrathe in Leipzig eine öffentliche Eintragsrolle geführt⁸⁸, durch die gewisse urheberrechtliche Thatbestände kundgemacht werden müssen, um ihre rechtliche Wirkung zu entfalten⁸⁹.

Das Urheberrecht wird nur durch geistige Schöpfungsthat begründet. Insbesondere ist die Ertheilung urheberrechtlicher Privilegien nicht mehr zulässig⁹⁰. Die Reichsgesetze haben jedoch den Inhabern älterer Privilegien freigestellt, ob sie unter den Schutz des neuen Rechtes treten oder ihre Privilegien festhalten wollen⁹¹. Im letzteren Falle ist aber der Privilegienschutz auf das Gebiet des Staates, von dem das Privilegium ertheilt ist, beschränkt und durch Vordruck des Privilegiums vor dem Werke oder Bemerkung desselben auf oder hinter dem Titelblatte bedingt⁹².

§ 87. Inhalt und Umfang des litterarischen und künstlerischen Urheberrechts.

I. Im Allgemeinen. Inhalt des Urheberrechtes ist eine dem Urheber vorbehaltene Herrschaft über sein Geisteswerk. Ueber den Umfang dieser Herrschaft entscheidet einerseits der objektive Bestand des Geisteswerkes, andererseits dessen subjektive Verknüpfung mit dem Urheber.

1. In objektiver Hinsicht ergreift die Herrschaft des Urhebers das Geisteswerk sowohl im Ganzen wie in seinen Theilen¹. Sie ergreift aber nur das Geisteswerk. Mithin erstreckt sie sich nicht auf dessen Bezeichnung (Titel), da der einer unkörperlichen Sache gegebene

⁸⁸ R.Ges. I § 39—42, II § 9 Abs. 3; dazu Instruk. v. 7. Dez. 1870 u. 29. Febr. 1876. Die Eintragungen erfolgen auf gehörige Anmeldung ohne Prüfung und werden im Börsenblatt für den deutschen Buchhandel bekannt gemacht.

⁸⁹ Insbesondere die Aufdeckung des wahren Namens des Urhebers bei anonymen und pseudonymen Werken; oben Anm. 75. Ferner Beginn und Vollendung einer Uebersetzung; unten § 87 Anm. 50. Sodann unter Umständen ältere Privilegien; unten Anm. 92. Endlich nach älteren internationalen Verträgen vielfach ausländische Urheberrechte, was aber die neueren Verträge beseitigt haben.

⁹⁰ R.Ges. I § 60 Abs. 1, II § 19 Abs. 1. Anders noch Oesterr. Pat. v. 1846 § 17.

⁹¹ R.Ges. I § 60 Abs. 2, II § 19 Abs. 2. Auch ein als reines Verlagsprivilegium für ein gemeinfreies Werk verliehenes Privilegium besteht fort; so z. B. ein ewiges, jedoch räumlich beschränktes Privilegium einer Verbandsperson zum alleinigen Drucke, Verlage und Verkaufe eines Kirchengesangbuches und eines Katechismus nach R.Ger. XVII Nr. 60.

⁹² R.Ges. I § 60 Abs. 3—4, II § 19 Abs. 3—4. War eine solche Mitveröffentlichung des Privilegs nicht erfolgt oder unausführbar, so mußte das Privileg bei Vermeidung des Erlöschens binnen drei Monaten nach Inkrafttreten des Gesetzes zur Eintragung in die Eintragsrolle angemeldet werden.

¹ So ausdrücklich Oesterr. Entw. II § 3.

Name nicht ihr Theil ist². Doch kann der Urheber unter Umständen den Gebrauch derselben Bezeichnung für ein anderes Werk, obschon nicht kraft Urheberrechtes, kraft seines allgemeinen Persönlichkeitsrechtes untersagen³. Noch weniger bildet die Bezeichnung der Person des Urhebers einen Gegenstand des Urheberrechtes⁴. Vielmehr richtet sich der Schutz des Urhebers hinsichtlich seines wahren wie hinsichtlich eines angenommenen Namens nach Namenrecht⁵.

2. In subjektiver Hinsicht erstreckt sich die Herrschaft des Urhebers so weit, als das Geisteswerk sein Persönlichkeitsgut ist. Sie gewährt daher die Befugniß, alle Handlungen, die eine Verfügung über das Geisteswerk als Persönlichkeitsgut enthalten, selbst vorzunehmen und Anderen zu untersagen. Der Kreis dieser Handlungen verengt sich, sobald das Geisteswerk vom Urheber oder mit seiner Ermächtigung veröffentlicht ist. Darum ist das Veröffentlichungsrecht, obwohl es zum Theil durch gleiche Handlungen wie die Wiedergabe und Verbreitung eines schon veröffentlichten Werkes ausgeübt wird, von den dem Urheber auch nach der Veröffentlichung noch zustehenden Rechten zu trennen.

II. Veröffentlichung. Den primären Inhalt des Urheberrechtes bildet die Befugniß, das Geisteswerk zu veröffentlichen und seine Veröffentlichung Anderen zu untersagen⁶.

² Dambach S. 22, Wächter, Verlagsr. II 492 ff., Autorr. S. 166 ff., Pouillet S. 63, Daude S. 14 Anm. 2, Kohler, Autorr. S. 133 ff.; R.Ger. XII 116, Str. S. XVII 200.

³ Vgl. oben § 84 Anm. 103. Das Oesterr. Recht gewährt dem Urheber einen Anspruch auf Entschädigung und bei fortlaufenden oder periodischen Werken auf Verbot des Weitergebrauches, wenn ohne sachliche Nothwendigkeit einem Werke der Litteratur oder Tonkunst der Titel seines früher erschienenen Werkes gegeben und hierdurch eine Irreführung über die Identität der Werke nahegelegt wird; Pat. § 5 litt. d u. 6 litt. d, dazu Entw. I § 4, II § 22. Ebenso das Bayr. Ges. v. 1865 Art. 4. Als Eingriff in das Urheberrecht erscheint auch hier die Titelannahme nicht. Vgl. Harum § 60, Schuster S. 206 ff.

⁴ Wächter, Autorr. S. 168. Vgl. über den Fall Hauff-Clauren Krit. Zeitschr. f. Rechtswiss. III (Tüb. 1827) S. 72.

⁵ Oben § 83 Anm. 31 u. 35, § 84 Anm. 98.

⁶ Es ist ein großer Fortschritt, daß der Oesterr. Entw. das Recht der Veröffentlichung durchweg (II § 23, 31, 37 u. 40) als primäre Urheberrechtsbefugniß hervorheben und zugleich (II § 6) feststellen will, wann ein Werk in Folge rechtmäßiger Veröffentlichung als „erschienen“ gelten soll. Allein auch das geltende deutsche Gesetzesrecht enthält, obschon es weniger deutlich spricht, die Anerkennung des Veröffentlichungsrechtes und fordert eine Feststellung des Begriffes der Veröffentlichung, da es an bereits veröffentlichten Werken wichtige Abschwächungen des Urheberrechtes statuirt. Unrichtig daher Wächter, Autorr. S. 16 u. 181 ff., Urheherr. S. 39 u. 176, Stobbe § 158 Anm. 14 u. Andere, die

1. Hierin liegt vor Allem die Entscheidung über das Ob der Veröffentlichung. Unbefugte Veröffentlichung ist ein Eingriff in das Urheberrecht.

a. Bei Geisteswerken jeder Art ist eine Veröffentlichung durch Herausgabe möglich. Herausgabe ist die Verbreitung von Vervielfältigungen eines Geisteswerkes in Gestalt körperlicher Sachen, die es zu sichtbarer Erscheinung bringen⁷. Dahin gehört die Verbreitung von Drucken oder anderen mechanischen Vervielfältigungen eines litterarischen oder musikalischen Manuskriptes, eines nicht öffentlich gehaltenen Vortrages oder einer unveröffentlichten Abbildung, sowie von mechanischen oder nicht mechanischen Nachbildungen eines unveröffentlichten Werkes der bildenden Künste. Wer eine derartige Veröffentlichung unbefugt vornimmt, begeht eine Urheberrechtsverletzung⁸. Er begeht sie auch dann, wenn er nur Theile des Werkes oder ein Werk von geringem Umfange in einer Weise wiedergibt, wie sie veröffentlichten Werken gegenüber erlaubt ist⁹; wenn er ein Schriftwerk in einer Uebersetzung, die er nach dessen Veröffentlichung hätte herausgeben dürfen, veröffentlicht¹⁰; wenn er ein Werk der Dichtkunst, dessen Benutzung als Text zu einer musikalischen Komposition ihm nach dessen Veröffentlichung frei gestanden hätte, in Verbindung mit der Komposition herausgibt¹¹; wenn er eine Inhaltsangabe, einen Auszug oder irgend eine das Geisteswerk in einem wesentlichen Bestandtheile an die Oeffentlichkeit zerrende Bearbeitung von solcher Art, wie sie bei einem veröffentlichten Werke zulässig gewesen wären, erscheinen läßt¹².

ein besonderes Veröffentlichungsrecht verneinen. Vgl. dagegen Dahn a. a. O. S. 7, Anders a. a. O. S. 235 ff. u. R.Ger. unten Anm. 19.

⁷ Vervielfältigung ohne Verbreitung ist keine Veröffentlichung, vertrauliche Mittheilung keine Verbreitung. Darum ist z. B. ein Schriftwerk, das der Urheber in lithographirten oder gedruckten Exemplaren bestimmten Personen zugestellt hat, noch nicht „erschienen“, sondern unveröffentlicht. — Eine qualifizierte Veröffentlichung mit gesteigerter Wirkung ist umgekehrt die Herausgabe in öffentlichen Blättern; oben § 86 S. 773.

⁸ R.Ges. I § 5 litt. a u. b, § 43, § 45, II § 5; Seuff. XXXVII Nr. 61. Gleich steht die Verbreitung von Nachdrucken oder Nachbildungen eines zwar schon vervielfältigten, aber noch nicht verbreiteten Werkes; oben Anm. 7.

⁹ R.Ges. I § 7 litt. a, § 43 u. § 47, offenbar aber auch § 44 u. II § 6 Z. 4.

¹⁰ R.Ges. I § 6 Abs. 5; Oesterr. Entw. II § 28.

¹¹ R.Ges. I § 48; Oesterr. Entw. II § 25 Z. 6.

¹² So sind z. B. Referate, wie sie über erschienene Werke in Rezensionen oder über öffentlich gehaltene Vorträge in Zeitungsberichten publizirt werden dürfen, gegenüber nicht erschienenen Werken oder vertraulich gehaltenen Vorträgen Urheberrechtsverletzungen; so ausdrücklich nach Oesterr. Entw. II § 25 Z. 8, aber

b. Bei Geisteswerken in Wort-, Ton- oder Geberdensprache ist überdies eine Veröffentlichung durch öffentliche Vorführung möglich, durch die das Werk für das Ohr oder das Auge oder zugleich für Ohr und Auge zur einmaligen sinnlichen Erscheinung gelangt. Ein Schriftwerk kann zuerst durch öffentlichen Vortrag an die Öffentlichkeit treten¹³, ein Tonwerk oder ein Bühnenwerk (Drama, Musikdrama, Ballet) zuerst durch öffentliche Aufführung erscheinen¹⁴. Wer unbefugt eine derartige Veröffentlichung vornimmt, begeht eine Urheberrechtsverletzung. Dies ist für die öffentliche Aufführung ausdrücklich und zwar auch für rein musikalische Werke unabhängig von dem im Falle ihrer Drucklegung erforderlichen Vorbehalte anerkannt¹⁵. Es muß aber auch für den öffentlichen Vortrag eines unveröffentlichten Schriftwerkes gelten¹⁶.

c. Werke der bildenden Künste können auch durch öffentliche Ausstellung veröffentlicht werden¹⁷. Die unbefugte öffent-

der Natur der Sache gemäß auch nach geltendem Recht. Ebenso wird bei anderen Formen der Wiedergabe, wenn das Werk unveröffentlicht ist, ein strengerer Maßstab als bei veröffentlichten Werken anzulegen sein. Inwieweit, ist Sache des richterlichen Ermessens. — Der Urheberrechtsschutz unveröffentlichter Artikel, die für öffentliche Blätter bestimmt sind, richtet sich nach den allgemeinen Regeln; vgl. oben S. 773. Weiter geht der Oesterr. Entw. II § 27 (abweichend von I § 19 Abs. 3), indem er alle „behufs Aufnahme in die Tagesblätter gesammelten und vervielfältigten Mittheilungen und Notizen“ so lange schützen will, bis ihre Veröffentlichung durch eines der hierzu befugten Blätter erfolgt ist; vgl. auch Ungar. Ges. § 6 Z. 7.

¹³ Ist dies auf rechtmäßige Weise geschehen, so kann es nicht mehr als unveröffentlicht gelten, genießt daher der richtigen Ansicht nach in den oben Anm. 9—12 angegebenen Beziehungen nur noch den Schutz veröffentlichter Schriftwerke. — Eine qualifizierte Veröffentlichung, die das Werk völlig gemeinfrei macht, ist die durch öffentliche Rede; oben § 86 S. 773.

¹⁴ Oesterr. Entw. II § 6 Abs. 2. Ein rechtmäßig öffentlich aufgeführtes Werk ist in den oben Anm. 9—12 angegebenen Beziehungen als veröffentlicht anzusehen; a. M. hinsichtlich der Uebersetzung Wächter, Autorr. S. 213. Vgl. auch R.Ges. I § 52 Abs. 2 mit der Modifikation in Abs. 3 (oben § 86 Anm. 73 u. 75). Dagegen erfolgt die in R.Ges. I § 50 Abs. 2 vorgesehene Abschwächung des musikalischen Urheberrechtes nur durch Herausgabe; ebenso Oesterr. Entw. II § 34.

¹⁵ R.Ges. I § 50.

¹⁶ Ausdrücklich will dies der Oesterr. Entw. II § 23 Abs. 3 bestimmen. — Abweichend Wächter, Autorr. S. 16.

¹⁷ Oesterr. Entw. II § 6 Abs. 2. Für das deutsche Recht ist darin gleichfalls eine „Veröffentlichung“ zu erblicken; so namentlich im Sinne des R.Ges. II § 9 Abs. 2—3; vgl. oben § 86 Anm. 73. — Eine qualifizierte Veröffentlichung, die das Urheberrecht stark abschwächt, ist die bleibende Aufstellung an einem öffentlichen Orte; vgl. oben § 86 S. 773.

liche Ausstellung eines noch unveröffentlichten Kunstwerkes ist ein Eingriff in das Urheberrecht¹⁸.

2. Das Veröffentlichungsrecht enthält ferner die Verfügung über das Wann der Veröffentlichung. Eine wider den Willen des Urhebers verfrüht erfolgte Veröffentlichung ist ein Eingriff in das Urheberrecht, wenn sie auch zu einer späteren Zeit befugt gewesen wäre.

3. Im Veröffentlichungsrechte liegt endlich die Bestimmung über das Wie der Veröffentlichung¹⁹. Der Urheber hat darüber zu entscheiden, wo, auf welchem Wege, in welchem Umfange und in welcher Form sein Werk an die Öffentlichkeit treten soll. Auch wer zur Veröffentlichung befugt ist, begeht einen Eingriff in das Urheberrecht, wenn er unbefugt das Werk anderswo oder in anderer Art, als der Urheber bestimmt hat, erscheinen läßt; wenn er es über das ihm gesetzte Maß hinaus vervielfältigt und verbreitet²⁰; wenn er es unter einem anderen Namen oder mit einer anderen Bezeichnung, als der Urheber verfügt hat, veröffentlicht²¹; wenn er es bei der Veröffentlichung durch Weglassungen, Einschiebungen oder Veränderungen in seinem inneren Bestande antastet²².

III. Wiedergabe. Im Urheberrechte liegt ferner die Befugniß, über das Geisteswerk in bestimmter Weise durch Wiedergabe (Reproduktion) zu verfügen und solche Wiedergabe Anderen zu verbieten. Das ausschließliche Recht der Wiedergabe umfaßt einerseits auch die Wiedergabe, die keine Veröffentlichung ist. Es erstreckt sich aber andererseits für den Fall, daß in der Wiedergabe keine Veröffentlichung liegt, nicht auf jede Art der Wiedergabe, die als Mittel der Veröffentlichung dem Urheber vorbehalten wäre²³.

1. Mechanische Vervielfältigung. Bei Schriftwerken, Abbildungen und Tonwerken hat der Urheber das ausschließliche Recht, das Werk „auf mechanischem Wege zu vervielfältigen“²⁴. Der Begriff

¹⁸ Vgl. Oesterr. Entw. II § 37 Abs. 1 mit § 6. Das R.Ger. in Str. S. II Nr. 102 hat dies anerkannt, indem es sogar in das Urheberrecht des Bestellers an einem photographischen Bildnisse die Befugniß hineinlegt, einen öffentlichen Aushang des Bildnisses zu untersagen. Vgl. auch Anders a. a. O. S. 186 u. 254.

¹⁹ So richtig das R.Ger. XII 51, XVIII 18 ff., Str. S. II 249.

²⁰ R.Ges. I § 5 litt. c u. d, § 43, § 45, II § 5 Z. 4 u. 5.

²¹ Hinsichtlich des Titelblatts anerkannt vom R.Ger. XVIII Nr. 4 S. 17 ff. — Hier liegt die Sache anders als bei dem oben Anm. 2–5 besprochenen unbefugten Gebrauche des Titels oder Namens. Die Benennung als Modalität der Veröffentlichung gehört zum Inhalte des Urheberrechts.

²² So auch R.Ger. XII Nr. 12 S. 51, XVIII Nr. 4 S. 18 ff.

²³ Vgl. oben Anm. 9–12 u. 15.

²⁴ R.Ges. I § 1, 43 u. 45. Vgl. Oesterr. Pat. § 2–3, Dän., Schwed. u. Norweg.

der mechanischen Vervielfältigung ist vom Buchdrucke ausgegangen, umfaßt aber auch jedes andere technische Verfahren, das geeignet ist, eine Vielheit gleichförmiger körperlicher Sachen (Exemplare) herzustellen, die ein Geisteswerk sinnfällig wiedergeben²⁵. Durch ausdrückliche Gesetzesvorschrift ist er auf das Abschreiben ausgedehnt, „wenn es dazu bestimmt ist, den Druck zu vertreten“²⁶. Die Vervielfältigung bleibt eine mechanische, wenn sie auch durch eine nicht mechanische Nachbildung vermittelt wird²⁷. Auch liegt eine mechanische Vervielfältigung schon vor, wenn auf einem zur Herstellung vieler Exemplare geeigneten Wege nur ein einziges Exemplar hergestellt ist²⁸. Dagegen wird eine nicht mechanische Nachbildung auch durch vielfache Wiederholung nicht zur mechanischen Vervielfältigung²⁹.

Gleichgültig ist, in welcher sinnlichen Form die Wiedergabe erfolgt. Der Begriff der mechanischen Vervielfältigung wird dadurch nicht ausgeschlossen, daß das Geisteswerk mittelst einer anderen Gattung von Schrift-, Bild- oder Tonzeichen wiedergegeben wird³⁰.

Ges. § 1, Niederländ. Art. 1. — Andere Gesetze behalten dem Urheber nicht bloß die mechanische, sondern jede Vervielfältigung oder Reproduktion vor; so Schweiz. Art. 1, Ital. § 32, Span. Art. 7, Belg. Art. 1, das französ. R., der Oesterr. Entw. II § 23 u. 31.

²⁵ So z. B. Lithographie, Metallographie, Photographie, Stahlstich, Kupferstich, Holzschnitt, Kopiermaschine, Durchdruck u. s. w.; vgl. Wächter, Autorr. S. 176 ff.

²⁶ R.Ges. I § 4 Abs. 3; ebenso Ungar. Ges. § 5. Das Gegentheil bestimmte das Bayr. Ges. Art. 5. Umgekehrt versteht sich für die Gesetze, die jede Vervielfältigung untersagen, die Einbeziehung der Abschriften von selbst. — Ueber die prinzipielle Frage vgl. Jolly S. 145 ff., Wächter, Verlagsr. II 511 ff., Autorr. S. 178 ff., Mandry S. 27 ff., Anders S. 224 ff., Schuster S. 156 ff. u. 165 ff.

²⁷ Z. B. Druck eines Vortrages nach einer Niederschrift oder eines Druckes oder Manuskripts nach einer erlaubten Abschrift, Vervielfältigung von Abbildungen nach einer Nachzeichnung u. s. w.

²⁸ Somit kann auch eine einmalige Abschrift, wenn sie ein Druckexemplar vertreten soll, mechanische Vervielfältigung sein. A. M. R.Ger. XX Nr. 20 u. Str.S. XIV Nr. 14 (einmaliges Abschreiben einer Partitur sei niemals Vervielfältigung, auch wenn es behufs öffentlicher Aufführung erfolge). Vgl. auch Oesterr. Entw. II § 25 Z. 3 u. § 33 Z. 4, der einzelne Vervielfältigungen nur dann gestatten will, wenn ihr Vertrieb nicht beabsichtigt wird.

²⁹ Vielmaliges Abschreiben, das den Druck nicht vertreten soll, kann somit der Urheber nicht untersagen. Ebenso wenig vielmalige Wiedergabe einer Abbildung der in R.Ges. I § 43 bezeichneten Art durch Nachzeichnung, Nachmalung u. s. w.

³⁰ Mit Recht hat daher das R.Ger. XXII Nr. 35 u. XXVII Nr. 15 die Herstellung durchlochter Papptafeln oder mit Vertiefungen versehener Blechscheiben, die als auswechselbare Notenblätter im Falle der Einfügung in ein Musikinstrument ein Musikstück zu Gehör bringen (Ariston, Herophon, Clariophon u. s. w.), als mechanische Vervielfältigung des Tonwerkes behandelt. Dagegen Schuster

Nicht als mechanische Vervielfältigung aber gilt die Herstellung einer körperlichen Sache, die das Geisteswerk überhaupt nicht unmittelbar zur Erscheinung bringt, sondern nur ein Werkzeug für dessen mechanische Wiedergabe bildet⁸¹.

Gleichgültig ist, in welchem Umfange die Wiedergabe stattfindet. Auch die Vervielfältigung eines Theiles seines Werkes kann der Urheber jedem Anderen untersagen⁸², vorausgesetzt nur, daß in diesem Theile sich ein Stück seiner geistigen Schöpfung offenbart⁸³. Sobald aber das Werk veröffentlicht ist, verengt sich das Urheberrecht durch die in dem nunmehr begründeten Rechte des Gemeingebrauches enthaltene Entlehnungsfreiheit. Sie umfaßt zunächst die Citirfreiheit, kraft deren Jedem die wörtliche Anführung einzelner Stellen oder kleinerer Theile eines veröffentlichten Schriftwerkes und die Anführung einzelner Stellen eines veröffentlichten Tonwerkes freisteht⁸⁴. Darüber hinaus ist die Aufnahme veröffentlichter Schriften von geringerem Umfange und veröffentlichter kleinerer Kompositionen in ein anderes Werk zulässig, wenn dieses entweder ein größeres Ganze ist, das sich seinem Hauptinhalte nach als ein selbständiges wissenschaftliches Werk darstellt, oder eine aus den Werken mehrerer Urheber veranstaltete Sammlung für einen die Aufnahme rechtfertigenden Zweck bildet⁸⁵. Einzelne Abbildungen dürfen überdies in ein Schriftwerk übernommen werden, falls das Schriftwerk als die Hauptsache erscheint und die Abbildungen nur zur Erläuterung des

S. 159 ff. Aehnlich verhält es sich mit der Wiedergabe eines Schriftwerkes in Bilderschrift oder Blindenschrift.

⁸¹ So ist im Schlufsprot. Z. 3 zur Berner Uebereinkunft v. 9. Sept. 1886 ausdrücklich anerkannt, daß die Anfertigung von Musikinstrumenten mit festen Bestandtheilen zur mechanischen Wiedergabe eines Tonwerkes (Spieldosen, Drehorgeln u. s. w.) keinen Eingriff in das musikalische Urheberrecht enthält; vgl. Schweiz. Ges. Art. 11 Z. 11, Oesterr. Entw. II § 36, Scheele S. 120 ff. Man denke auch an Phonographen.

⁸² R.Ges. I § 4 Abs. 2, § 43, § 45.

⁸³ Diese Schranke, aber auch nur sie, gilt schon vor der Veröffentlichung; oben Ann. 9.

⁸⁴ R.Ges. I § 7 litt. a, § 47; Oesterr. Entw. II § 25 Z. 1 u. § 33 Z. 2. Vgl. Wächter, Autorr. S. 192, 195 ff., 305, Schuster S. 201 ff.

⁸⁵ R.Ges. I § 7 litt. a, § 47; Oesterr. Entw. II § 25 Z. 2, § 33 Z. 3. Ueber das Erforderniß des selbständigen wissenschaftlichen Charakters, der nicht vom wissenschaftlichen Werthe abhängt, vgl. R.O.H.G. VI 172. Privilegirte Sammlungen sind bei Schriftwerken solche „zum Kirchen-, Schul- oder Unterrichtsgebrauch oder zu einem eigenthümlichen litterarischen (nach Oesterr. Entw. auch künstlerischen) Zwecke“ (vgl. R.Ger. in Str.S. I Nr. 93 u. III Nr. 29), bei Tonwerken nur solche zur Benutzung in Schulen, ausschließlich der Musikschulen. Der zulässige Umfang der Entlehnung bemißt sich nach den Umständen; R.O.H.G. VII 173 ff. Der Oesterr.

Textes dienen³⁶. In allen Fällen aber muß jede Entlehnung aus einem fremden Werke durch Angabe des Urhebers oder der benutzten Quelle als das, was sie ist, gekennzeichnet werden³⁷.

Gleichgültig ist, in welcher Verbindung die Wiedergabe erfolgt. Nur muß sich der Urheber eines bereits veröffentlichten Schriftwerkes insoweit, als das geltende Recht dessen Benutzung als Text einer musikalischen Komposition frei giebt, auch die Vervielfältigung seines Werkes in Verbindung mit der Komposition gefallen lassen³⁸.

Gleichgültig ist endlich, mit welchen Veränderungen das Geisteswerk wiedergegeben wird. Erscheint es in der Vervielfältigung ganz oder theilweise in seinem wesentlichen Bestande wieder, so liegt eine mechanische Vervielfältigung vor, wenn auch eine vielleicht sehr bedeutende geistige Thätigkeit aufgewandt ist, um im Uebrigen dem Werke eine neue Gestalt zu verleihen. Das Recht, die Wiedergabe seines Werkes auch in veränderter Gestalt zu untersagen, büßt der Urheber auch durch Veröffentlichung nicht ein. Doch sind nunmehr Inhaltsangaben oder Referate, die das Werk nur in seinem Dasein beschreiben, allgemein zulässig³⁹. Und vor Allem darf das veröffentlichte Werk seiner Bestimmung gemäß von Jedermann zu eigener geistiger Schöpfung ausgebeutet werden⁴⁰. Die Grenzen zwischen unbefugter veränderter Wiedergabe und erlaubter Benutzung zu eigener Schöpfung sind bei Schriftwerken und Abbildungen vom Gesetze nicht vorgezeichnet⁴¹. Entscheidend ist, ob das Werk trotz der Verände-

Entw. will ihn bei Schriftwerken durch das Höchstmaß eines Druckbogens begrenzen. — Vgl. Wächter. Autorr. S. 196 ff., Kohler, Autorr. S. 244 ff., Schuster S. 201 ff., Scheele S. 46 ff. u. 126 ff.

³⁶ R.Ges. I § 44. Sonst gilt nach § 43 hinsichtlich der Entlehnungen Gleiches wie für Schriftwerke. Vgl. Scheele S. 117.

³⁷ R.Ges. I § 7 litt. a, § 44 u. § 47.

³⁸ R.Ges. I § 48 u. dazu oben § 86 Anm. 70—71 u. S. 790 Anm. 11; Endemann S. 77, Dambach S. 230, Wächter S. 296 ff. u. 307. — Eine analoge Anwendung dieser Ausnahmebestimmung, wie sie z. B. Wächter a. a. O. S. 195 Anm. 19 u. Urhebers. S. 193 u. Scheele S. 48 bei der Benutzung eines Schriftwerkes als Text für ein Werk der bildenden Kunst wollen, ist unzulässig.

³⁹ Vgl. oben Anm. 12.

⁴⁰ Das geltende Recht behandelt freilich eine solche Benutzung auch dann nicht als Eingriff in das Urheberrecht, wenn sie vor der Veröffentlichung des Werkes ohne Einwilligung des Urhebers erfolgt. Allein immer bleibt sie unrechtmäßig. Auch kann in manchen Fällen die unbefugte Veröffentlichung einer Bearbeitung vor der Veröffentlichung des Originalwerkes sich als Nachdruck darstellen, während eine gleiche Bearbeitung des veröffentlichten Werkes hätte herausgegeben werden dürfen. Vgl. oben Anm. 12.

⁴¹ Dagegen will der Oesterr. Entw. II § 24 Z. 8 eine Bestimmung darüber treffen; vgl. auch Berner Uebereink. Art. 10.

rung noch immer als individuelle Offenbarung der fremden Persönlichkeit erscheint oder mit seiner Individualität ganz in der originalen Hervorbringung einer anderen Persönlichkeit aufgegangen ist⁴². Das aus der Verbindung von Idee und Form entstandene eigenthümliche Ganze darf Niemand in einem wesentlichen Bestandtheile aus der Persönlichkeitssphäre des Schöpfers in die eigne Persönlichkeitssphäre verpflanzen, die einzelnen Elemente dieses Ganzen aber darf Jedermann sich aneignen und zur Erzeugung eines neuen Ganzen verwenden⁴³. Hiernach ist z. B. die Dramatisirung einer fremden Novelle oder eines Romanes unerlaubt oder erlaubt, jenachdem das Drama sich nur als eine Bearbeitung der Erzählung für die Bühne oder als eine Verarbeitung des übernommenen Stoffes zu einem selbständigen Kunstwerke darstellt⁴⁴. Bei Tonwerken verbietet das Gesetz ausdrücklich alle ohne Genehmigung des Urhebers herausgegebenen Bearbeitungen, die nicht als eigenthümliche Kompositionen betrachtet werden können, „insbesondere Auszüge aus einer musikalischen Komposition, Arrangements für einzelne oder mehrere Instrumente oder Stimmen, sowie den Abdruck von einzelnen Motiven oder Melodien

⁴² Man darf nicht mit Wächter, Autorr. S. 187 ff., entscheidendes Gewicht auf die vermögensrechtliche Beeinträchtigung des Urhebers legen. Andererseits gelangt Kohler, Kunstwerk S. 83 ff., indem er dem Urheber ein ausschließliches Recht an dem von ihm hervorgebrachten „imaginären Bilde“ beilegt, zu einer über das geltende Recht hinausgehenden Einschränkung der Benutzungsfreiheit.

⁴³ So darf man einem wissenschaftlichen Schriftwerke, obschon man es auch in einer Bearbeitung nicht wiedergeben darf, doch für ein eignes wissenschaftliches Werk die festgestellten Thatsachen, das zusammengebrachte Material, die konstruktiven Gedanken, das System, die Methode und die Formulirung der Ergebnisse entnehmen. Man darf einer Abbildung, während man sie auch mit veränderten Abmessungen oder Farben nicht reproduziren darf, behufs Herstellung einer eignen Abbildung den wissenschaftlichen oder technischen Gehalt an Thatsachen und Gedanken und die Methode der Darstellung entlehnen. Und man darf aus einem Werke der Dichtkunst, obwohl man es auch in einer Umformung nicht vervielfältigen darf, für ein eignes Dichtwerk den Stoff, die Fabel, den künstlerischen Gedanken schöpfen oder seine poetische Form bei Bearbeitung eines anderen Stoffes nachbilden.

⁴⁴ Vgl. R. Ger. in Str. S. VIII Nr. 124 u. in Blums Annalen X 164 ff.; Dambach, Fünfzig Gutachten S. 306 ff.; Scheele S. 27. Die ältere Ansicht neigte zur Verneinung jedes Urheberrechtsschutzes gegen Dramatisirung; vgl. Heydemann u. Dambach S. 516 ff., Wächter, Autorr. S. 189 ff., Daude S. 54. Umgekehrt dehnt Kohler, Autorr. S. 215 ff. u. Kunstwerk S. 100 ff., den Urheberrechtsschutz gegen „Adaption“ weiter aus. Der Oesterr. Entw. I § 22 u. 23 Z. 1 enthielt besondere Bestimmungen über die Dramatisirung; Entw. II hat sie fallen lassen. — Aehnliche Gesichtspunkte entscheiden bei der Versifikation, der Parodie u. s. w.

eines und desselben Werkes, die nicht künstlerisch verarbeitet sind“⁴⁵. Dagegen ist die künstlerische Verarbeitung fremder Tonsätze zu eigenthümlichen Kompositionen eigener Schöpfung gestattet⁴⁶.

2. **Uebersetzung.** Die Vervielfältigung eines Schriftwerkes in einer Uebersetzung fällt an sich unter die dem Urheber ausschliesslich zustehenden Handlungen⁴⁷. Denn obschon die Uebersetzung selbst eine geistige Schöpfung ist, so gehört sie doch zu den Bearbeitungen, in denen das Geisteswerk in seinem wesentlichen Bestande wiedererscheint. Das deutsche Recht schützt jedoch den Urheber unbedingt nur gegen eine solche Wiedergabe in Uebersetzung, die zugleich unbefugte Veröffentlichung ist. Nach der Veröffentlichung gewährt es den vollen Urheberrechtsschutz lediglich einem zuerst in einer todten Sprache erschienenen Werke gegen Uebersetzung in eine lebende Sprache⁴⁸, einen auf fünf Jahre abgekürzten Urheberrechtsschutz auch einem gleichzeitig in verschiedenen Sprachen erschienenen Werke gegen Uebersetzung in eine dieser Sprachen⁴⁹. Im Uebrigen statuirt es Uebersetzungsfreiheit und gesteht dem Urheber nur für den Fall, daß er sich das Uebersetzungsrecht auf dem Titelblatte oder an der Spitze des Werkes vorbehalten hat, einen durch rechtzeitige und gehörig kundgemachte Herstellung einer rechtmässigen

⁴⁵ R.Ges. I § 46. Der Oesterr. Entw. II § 32 Z. 1 fügt die Potpourris hinzu, denen nach R.Ges. I § 46—47 die Erlaubtheit der musikalischen Citate auch dann, wenn sie keine selbständigen Geisteswerke sind, zu Gute kommt.

⁴⁶ So namentlich bei Variationen, Phantasien, Etuden u. s. w.; vgl. Oesterr. Pat. § 6, Entw. II § 33 Z. 1. Im Einzelnen ist hier viel Streit; vgl. Dambach S. 222 ff., Endemann S. 74 ff., Wächter a. a. O. S. 301 ff., Kohler, Autorr. S. 221 ff., Kunstwerk S. 150 ff., Arch. f. c. Pr. LXXXII 237 ff., Schuster S. 174 ff., Scheele S. 123 ff. Am weitesten in der Einschränkung der Benutzungsfreiheit geht man in Frankreich („droit de mélodie“); Orelli, Der internat. Schutz S. 42 ff.

⁴⁷ Vgl. Wächter, Verlagsr. S. 557 ff., Autorr. S. 202 ff., Klostermann, Geist. Eigth. S. 389 ff., Kohler, Autorr. S. 209 ff. A. M. Jolly S. 152 ff., Dahn (oben § 85 Anm. 68), Schäffle a. a. O. S. 235, eigentlich auch Stobbe III 39. — Vollständig wird das Uebersetzungsrecht dem Urheber vom französ. R. gewährt; Pouillet S. 426 ff. Ebenso vom Belg. Ges. Art. 12. Grundsätzlich auch im Schweiz. Ges. Art. 1 Abs. 1 (aber beschränkt durch Art. 2 Abs. 3). Dagegen steht das Oesterr. Pat. § 5 litt. c auf dem Standpunkte des deut. Rechts; ebenso Ungar. Ges. § 17, Oesterr. Entw. II § 28—29.

⁴⁸ R.Ges. I § 6 litt. a. Eine todte Sprache ist jede, die nicht mehr Volkssprache ist, wie Lateinisch, Altgriechisch, Hebräisch oder Syrisch; Dambach S. 65. — Uebertragung in eine andere Mundart (z. B. aus dem Plattdeutschen ins Hochdeutsche) ist keine Uebersetzung, daher stets dem Urheber vorbehalten; Wächter a. a. O. S. 207, Dambach S. 76.

⁴⁹ R.Ges. I § 6 litt. b mit § 15 u. 16; Wächter S. 208 ff. Die 5 Jahre laufen seit dem Ablaufe des Kalenderjahres, in dem das Originalwerk zuerst erschienen ist.

Uebersetzung bedingten und auf die Dauer von fünf Jahren seit deren Erscheinen beschränkten Schutz gegen Uebersetzung zu⁵⁰. Doch hat die Berner Uebereinkunft die Uebersetzungsfreiheit erheblich eingeschränkt, indem sie jedem einem Verbandslande angehörigen Urheber während des Zeitraumes von zehn Jahren seit der Veröffentlichung seines Werkes in einem Verbandslande ohne Weiteres in jedem anderen Verbandslande ein ausschließliches Uebersetzungsrecht einräumt⁵¹.

3. **Oeffentliche Aufführung.** Bei Bühnenwerken und Tonwerken hat der Urheber das ausschließliche Recht der Wiedergabe durch öffentliche Aufführung; bei rein musikalischen Werken büßt er jedoch durch Herausgabe des Werkes dieses Recht ein, falls er es sich nicht auf dem Titelblatte oder an der Spitze des Werkes vorbehält⁵².

Nur die öffentliche Aufführung gehört zum Inhalte des Urheberrechtes. Oeffentlich ist jede Aufführung, zu der nach der Absicht des Veranstalters der Zutritt einem unbestimmten Kreise offen steht. Sie ist öffentlich, ob sie nun unter freiem Himmel oder unter Dach, an einem öffentlichen Orte oder in einem Privatlokale, von Künstlern oder von Dilettanten, entgeltlich oder unentgeltlich, zu

⁵⁰ R.Ges. I § 6 Abs. 1 litt. c u. Abs. 2—4 mit § 15. Bei einem in mehreren Bänden oder Abtheilungen erscheinenden Werke muß der Vorbehalt auf jedem Bande oder jeder Abtheilung wiederholt werden. Die vorbehaltene Uebersetzung muß in einem Jahre nach Ablauf des Kalenderjahres der Veröffentlichung begonnen und in drei Jahren vollendet, bei dramatischen Werken aber schon binnen sechs Monaten seit dem Tage der Veröffentlichung des Originals vollständig erschienen sein. Beginn und Vollendung der Uebersetzung bedürfen überdies der rechtzeitigen Eintragung in die Eintragsrolle; oben § 86 Anm. 88—89. — Vgl. Wächter a. a. O. S. 209 ff., Klostermann, Urheherr. S. 219 u. b. Endemann II 288; dazu Oesterr. Entw. II § 28—29.

⁵¹ Berner Uebereink. Art. 5. Daneben gelten weiterreichende Bestimmungen der Einzelverträge fort; so z. B. Art. 10 des deutsch-französ. Vertrages, vgl. Daude S. 159 Anm. 29.

⁵² R.Ges. I § 50. Das Preufs. Ges. v. 1837 § 32 u. der B.B. v. 22. Apr. 1841 gewährten das Aufführungsrecht in allen Fällen dem Urheber nur bis zur Veröffentlichung seines Werkes durch den Druck (ebenso Oesterr. Pat. § 8); das Preufs. Ges. v. 20. Febr. 1854 § 2 u. der B.B. v. 12. März 1857 § 2 erkannten das Aufführungsrecht des Urhebers auch an herausgegebenen Werken, jedoch in allen Fällen nur auf Grund eines vorgedruckten Vorbehaltes an. Der erweiterte Schutz gegen öffentliche Aufführung kommt auch den unter der Herrschaft des älteren Rechtes durch Veröffentlichung oder vorbehaltlose Veröffentlichung schutzlos gewordenen Werken zu Gute; R.Ges. I § 58, R.O.H.G. X 113 ff., XV 193 ff. — Näheres über die Geschichte des Aufführungsrechtes b. Wächter, Verlagsr. II 632 ff., Klostermann, Geist. Eigth. S. 170 ff., Schuster S. 25 ff. u. 219 ff. — Das französ. R. fordert zur Erhaltung des Aufführungsrechtes auch bei rein musikalischen Werken keinen Vorbehalt. Der Oesterr. Entw. II § 28 Abs. 2, § 30, § 31 u. § 34 will sich an das deutsche Recht anschließen.

künstlerischen oder anderen Zwecken stattfindet⁵³. Gemeinfrei dagegen ist jede private Aufführung, insbesondere auch die Aufführung vor einer dazu geladenen Gesellschaft oder den Mitgliedern eines geschlossenen Vereins⁵⁴.

Das Aufführungsrecht des Urhebers erstreckt sich auch auf einzelne Theile seines Werkes⁵⁵.

Es umschließt ferner auch die Wiedergabe des Werkes mit solchen Veränderungen, die seinen wesentlichen Bestand nicht aufheben⁵⁶. Somit kann der Urheber die öffentliche Aufführung einer Bearbeitung seines Werkes regelmässig dann untersagen, wenn die Bearbeitung von solcher Beschaffenheit ist, daß ihre mechanische Vielfältigung als Nachdruck anzusehen wäre⁵⁷. Insbesondere ist der Urheber eines Dramas, wenn und so lange er die Wiedergabe seines Werkes in einer Uebersetzung verbieten kann, auch gegen die von ihm nicht gestattete öffentliche Aufführung einer Uebersetzung seines Werkes geschützt⁵⁸. Andererseits erwirbt der Urheber einer Bearbeitung, die ein selbständiges Geisteswerk ist, und somit namentlich jeder Verfasser einer Uebersetzung ein ausschließliches Recht der öffentlichen Aufführung an seiner Schöpfung⁵⁹.

Als Aufführung ist dem Urheber jede sinnfällige Darstellung

⁵³ Vgl. Wächter, Verlagsr. I. 633 ff., Autorr. S. 331 ff., Klostermann, Geist. Eigth. S. 404 ff., Stobbe III 434, Schuster S. 223 ff. Weiter faßt den Begriff Kohler, Autorr. S. 241. Enger z. B. Harum S. 212 (Ausschluss der Straßensmusik). Das Schweiz. Ges. Art. 11 Z. 10 erlaubt jede Aufführung ohne Gewinnabsicht, auch wenn eine Einnahme zur Kostendeckung oder zu wohlthätigen Zwecken erzielt wird.

⁵⁴ Hiergegen ist auch ein unveröffentlichtes Werk nicht geschützt.

⁵⁵ Dambach S. 246 ff., Klostermann, Urhebers. S. 234, Wächter, Autorr. S. 332, Scheele S. 134. Unrichtig Endemann S. 84. Veröffentlichten Werken gegenüber wird jedoch hier die Entlehnungsfreiheit wirksam; oben Anm. 34 u. 45.

⁵⁶ R.Ges. I § 54 Abs. 1: „mit unwesentlichen Veränderungen“.

⁵⁷ Für musikalische Werke in R.Ges. I § 50 Abs. 4 bestimmt. (Anders nach Oesterr. R., vgl. Schuster S. 233, auch Entw. II § 35). Gleiches muß für dramatische Werke gelten, insbesondere auch für rechtswidrige Dramatisirungen fremder Schriftwerke; Kohler, Kunstwerk S. 110, oben Anm. 43—44.

⁵⁸ R.Ges. I § 50 Abs. 4, Berner Übereink. Art. 9 Abs. 2.

⁵⁹ Das R.Ges. I § 50 Abs. 3 spricht dies nur für „rechtmässige“ Uebersetzungen aus. Gemäss § 6 des Ges. aber kann nach dem oben § 86 Anm. 14 Bemerkten hierin nur ein Hinweis darauf gefunden werden, daß das durch die Uebersetzung erworbene Aufführungsrecht nicht gegen das im Urheberrechte am Originale enthaltene Recht, die Wiedergabe in Uebersetzung zu verbieten, durchdringen kann; vgl. Kohler, Kunstwerk S. 133 ff., Scheele S. 136. Selbstverständlich hat der Verfasser der Bearbeitung oder Uebersetzung kein Untersagungsrecht gegen die Aufführung einer anderen Bearbeitung oder Uebersetzung desselben Originals.

vorbehalten, die das Werk mit den seiner Kunstform entsprechenden Mitteln zur Erscheinung bringt. Zur Aufführung eines dramatischen Werkes gehört dessen sichtbare Darstellung durch mimische Handlungen⁶⁰, zur Aufführung eines musikalischen Werkes dessen hörbare Darstellung durch Töne⁶¹, zur Aufführung eines dramatisch-musikalischen Werkes die Verbindung von mimischer und klingender Darstellung⁶². Keine Aufführung ist der Vortrag im Wege der Vorlesung oder Recitation. Gegen Wiedergabe durch öffentlichen Vortrag ist daher ein einmal veröffentlichtes dramatisches Werk so wenig geschützt, wie irgend ein anderes veröffentlichtes Schriftwerk hiergegen selbst dann geschützt ist, wenn der Urheber es lediglich durch Vortrag veröffentlicht oder ausschließlich zum Vortrage bestimmt hat⁶³.

4. Nachbildung. Bei Werken der bildenden Künste hat der Urheber das ausschließliche Recht, sein Werk „ganz oder theilweise nachzubilden“⁶⁴. Hier ist ihm also nicht bloß wie bei Schriftwerken und den ihnen gleichgestellten Abbildungen die „mechanische Vielfältigung“, sondern auch die Wiedergabe auf nicht mechanischem

⁶⁰ Unerheblich für den Begriff der Aufführung ist die szenische Einrichtung und das Kostüm; Dambach S. 244, Wächter, Autorr. S. 331. Das gesprochene Wort kann bei einer Pantomime wegfallen.

⁶¹ Gleichgültig ist, sobald nur das Tonwerk in seinem wesentlichen Bestande zu Gehör gebracht wird, das verwandte Musikinstrument. Auch die öffentliche Wiedergabe des Tonwerkes durch einen Musikmechanismus ist öffentliche Aufführung und mit der Freigabe der Herstellung solcher Mechanismen (oben Anm. 31) nicht ohne Weiteres freigegeben; Schuster S. 161. Anders Oesterr. Entw. II § 36.

⁶² Darum ist die Aufführung ohne Aktion, z. B. der Konzertvortrag einer Oper, keine Aufführung des dramatisch-musikalischen Werkes als solchen; Dambach S. 246, vgl. Bayr. Ges. v. 1865 Art. 41 Abs. 2, Dän. Art. 17, Norw. Art. 30, Schwed. Art. 13; a. M. Klostermann, Geist. Eigth. S. 405, Urheberr. S. 233, Schuster S. 231. Sie bleibt indess Aufführung des musikalischen Theiles des Werkes, so daß der Komponist eine derartige öffentliche Aufführung vor der Herausgabe seiner Komposition unbedingt, nach der Herausgabe im Falle eines gehörigen Vorbehaltes untersagen kann.

⁶³ Wächter, Autorr. S. 331. — Der Oesterr. Entw. II § 23 Abs. 3 will das Urheberrecht an Vorträgen, insolange sie noch nicht rechtmäßig herausgegeben sind, auf „das ausschließliche Recht der öffentlichen Abhaltung“ ausdehnen.

⁶⁴ R.Ges. II § 1. — Durch Veröffentlichung büßt er dieses Recht nicht ein. Dagegen muß er nach dem Oesterr. Pat. § 10 bei der Veröffentlichung sich das Nachbildungsrecht vorbehalten und diesen Vorbehalt binnen zwei Jahren in Ausführung bringen, widrigenfalls jede Nachbildung unumschränkt erlaubt ist; Harum S. 111 ff., Anders S. 250 ff. Der Oesterr. Entw. II § 37 will diese Einschränkung beseitigen.

und zur Herstellung vieler gleichförmiger Exemplare nicht geeigneten Wege vorbehalten⁶⁵.

Nachbildung ist auch die Wiedergabe des Werkes durch ein anderes als das beim Originalwerke angewandte Verfahren⁶⁶. Entscheidend ist lediglich die Uebereinstimmung des durch irgend ein sei es mechanisches sei es künstlerisches Verfahren hervorgebrachten Abbildes mit dem Urbilde.

Nachbildung ist auch die mittelbare Nachbildung, mag sie nun nach einer unrechtmäßigen oder nach einer rechtmäßigen Nachbildung des Originalwerkes geschaffen sein⁶⁷. Eine unbefugte mittelbare Nachbildung kann daher gleichzeitig in das Urheberrecht eines Nachbildners und das Urheberrecht des Schöpfers des Urbildes eingreifen⁶⁸.

Nachbildung ist auch die Einzelkopie (Handkopie). Sie ist jedoch erlaubt, sofern sie ohne die Absicht der Verwerthung angefertigt wird⁶⁹. Nur darf in keinem Falle der Name oder das Monogramm des Urhebers auf der Kopie angebracht werden⁷⁰.

Nachbildung ist auch die partielle Nachbildung, falls sie einen

⁶⁵ Das ältere deutsche Recht schützte auch den Künstler meist nur gegen mechanische Vervielfältigung; Wächter, Verlagsr. S. 575 ff. Auf diesem Standpunkte steht noch das Oesterr. Pat. § 3, vgl. Anders S. 226 ff., während der neue Entw. sich dem jetzigen deut. R. anschließen will. Das Schweiz. Ges. Art. 1 u. 5 wahrt dem Urheber hier wie bei Schriftwerken einfach das „Vervielfältigungsrecht“; ebenso andere ausländische Ges., vgl. oben Anm. 24, Dän. Ges. v. 1864 § 1, Schwed. v. 1867 § 1—2, Norweg. v. 1877 § 1—2.

⁶⁶ R.Ges. II § 5 Z. 1; Oesterr. Entw. II § 38 Z. 1; Wächter, Urheherr. S. 172 ff. u. 205 ff., Scheele S. 181 ff.

⁶⁷ R.Ges. II § 5 Z. 2; Oesterr. Entw. II § 38 Z. 2 mit § 37 Abs. 2; Wächter a. a. O. S. 168 ff. u. 175, Scheele S. 182.

⁶⁸ Wer z. B. unbefugter Weise einen Kupferstich oder Gypsabguss photographisch vervielfältigt, verletzt sowohl das Urheberrecht an dem Kupferstich oder Gypsabguss (oben § 86 Anm. 40—43), wie das Urheberrecht an dem zu Grunde liegenden Gemälde oder plastischem Werke.

⁶⁹ R.Ges. II § 6 Z. 1; Mandry S. 223 ff., Klostermann, Urheherr. S. 228, Wächter, Urheherr. S. 179 ff., Scheele S. 186 ff. Erlaubt ist hiernach die Kopie zu Studienzwecken, zu eigenem Gebrauch oder Genuß u. s. w., aber auch zum Verschenken; und eine ursprünglich nicht in Verwerthungsabsicht hergestellte Kopie wird auch durch spätere Verwerthung nicht unerlaubt. — Der Oesterr. Entw. II § 39 Z. 2 will „einzelne Nachbildungen“ und insbesondere „Einzelkopien“ überhaupt gestatten, „wenn deren gewerbsmäßiger Vertrieb nicht beabsichtigt wird.“

⁷⁰ R.Ges. II § 6 Z. 1; Oesterr. Entw. II § 39 Z. 2. Die Uebertretung dieses Verbotes verletzt aber nicht das Urheberrecht, sondern das Namenrecht; vgl. oben § 83 Anm. 35 u. § 84 Anm. 98, Wächter a. a. O. S. 208 ff.

Theil wiedergibt, in dem sich ein Stück des künstlerischen Ganzen offenbart ⁷¹.

Nachbildung ist auch die Wiedergabe in einem Schriftwerke. Doch dürfen Nachbildungen einzelner Kunstwerke unter Angabe des Künstlers oder der benutzten Quelle in ein Schriftwerk aufgenommen werden, falls dieses als die Hauptsache erscheint und die Abbildungen nur zur Erläuterung des Textes dienen ⁷².

Nachbildung ist auch die Nachbildung an einem Werke der Baukunst ⁷³.

Nachbildung ist auch die Nachbildung an einem gewerblichen Erzeugnisse ⁷⁴. Wer indess eine derartige Nachbildung einmal gestattet hat, genießt gegen weitere Nachbildungen an gewerblichen Erzeugnissen nur noch den kunstgewerblichen Urheberrechtsschutz ⁷⁵.

Nachbildung ist auch die Nachbildung in einer anderen Kunstgattung. Unser positives Recht erklärt jedoch die Nachbildung eines Werkes der in der Fläche schaffenden (zeichnenden oder malenden) Kunst durch die plastische Kunst und umgekehrt für gemeinfrei ⁷⁶. Die nicht künstlerische, sondern rein mechanische Wieder-

⁷¹ R.Ges. II § 1; Wächter a. a. O. S. 187 ff.

⁷² R.Ges. II § 6 Z. 4; Oesterr. Entw. II § 39 Z. 5; Wächter a. a. O. S. 189 ff. So z. B. Illustrationen zu einer Kunstgeschichte. — Trotz des Schweigens des Gesetzes kann hier wie bei Schriftwerken die Entlehnung nur unter der Voraussetzung als gestattet gelten, daß das Werk bereits veröffentlicht ist; oben Anm. 9. A. M. Wächter S. 193, Scheele S. 194. Der Oesterr. Entw. will dies ausdrücklich sagen. — Ueber die Verpflichtung zur Quellenangabe Wächter S. 211 ff.

⁷³ Dies ist an sich selbstverständlich, jedoch im R.Ges. II § 5 Z. 3 besonders hervorgehoben, weil die Werke der Baukunst selbst ungeschützt sind; ebenso Oesterr. Entw. II § 38 Z. 3.

⁷⁴ R.Ges. II § 5 Z. 3 (an einem Werke „der Industrie, der Fabriken, Handwerke oder Manufakturen“). Das ältere deut. R. (so noch Bayr. Ges. Art. 31) gab die Nachbildung an Industrieerzeugnissen frei. Ebenso Oesterr. Pat. § 9 litt. b (anders Entw. II § 5 Z. 3). Ueber die Geschichte dieser Ausdehnung des künstlerischen Urheberrechtes in Deutschland, wo an dem Streite über deren Maß die Regelung des artistischen Urheberrechtes in R.Ges. I scheiterte, vgl. Wächter S. 198 ff.

⁷⁵ R.Ges. II § 14; R.Ger. XXIII Nr. 20, Str. S. III Nr. 135. — In jeder anderen Richtung bleibt das künstlerische Urheberrecht unversehrt.

⁷⁶ R.Ges. II § 6 Z. 2. Ebenso Preufs. Ges. v. 1834 § 24, Bayr. v. 1865 Art. 30; vgl. auch Oesterr. Entw. II § 39 Z. 3. — Dagegen gab das Preufs. Ges. v. 20. Febr. 1854 § 1 nur die Reproduktion auf nicht mechanischem Wege frei. Noch enger wird die Ausnahme im Oesterr. Pat. § 9 litt. c—d begrenzt. — „Lithographie“ oder „Diaphanie“ (Bildausprägung in Porzellan oder Papiermasse, bei der der Bildeindruck durch Transparenz des Lichtes hervorgebracht wird) nach der Photographie eines geschützten Gemäldes ist Wiedergabe in der Fläche und somit nicht gestattet; R.Ger. XVIII Nr. 17, Str. S. XVII Nr. 97; Scheele S. 189. A. M. Kohler b. Busch XLVIII 132 ff.

gabe des Werkes in einer anderen Kunstgattung ist hiermit nicht freigegeben⁷⁷. Ist aber ein Kunstwerk bleibend in die Oeffentlichkeit hineingestellt, so schrumpft das Urheberrecht an ihm zu dem ausschließlichen Rechte auf Nachbildung in derselben „Kunstform“ zusammen⁷⁸.

Nachbildung ist überhaupt auch jede veränderte Wiedergabe, falls trotz der Veränderung in dem Abbilde das Urbild seinem wesentlichen Bestande nach ganz oder theilweise wieder zum Vorschein kommt. Keine Nachbildung dagegen ist die freie Benutzung eines fremden Werkes zur Hervorbringung eines neuen Werkes⁷⁹. Niemand darf das durch die Verbindung von Idee und Form geschaffene eigenthümliche Ganze, in dem die schöpferische That einer bestimmten künstlerischen Persönlichkeit sichtbar geworden ist, sich als sein Persönlichkeitsgut aneignen. Jedermann aber darf den Ideengehalt fremder Werke ausschöpfen und die fremde Formgebung nachahmen, um mit Hülfe des vor ihm von Anderen Errungenen zu eigener Schöpfung vorzudringen⁸⁰.

IV. Verbreitung. Das Urheberrecht enthält endlich in gewissen Grenzen ein ausschließliches Verbreitungsrecht. Verbreitung ist jede Handlung, durch die das Geisteswerk einer Mehrzahl von Personen zugänglich gemacht wird⁸¹. Sie kann durch Mittheilung von Exemplaren, durch Vorlesung oder Aufführung und durch Ausstellung oder Auslegung erfolgen. Jede Verbreitung ist dem Urheber insoweit vorbehalten, als durch sie das Werk veröffentlicht wird⁸². Da aber eine Veröffentlichung ohne Verbreitung undenkbar ist, fällt insoweit das Verbreitungsrecht mit dem Veröffentlichungsrechte zusammen. Hinsichtlich der Aufführung von Tonwerken und Bühnenwerken deckt sich das Verbreitungsrecht auch mit dem Wiedergaberechte. Im Uebrigen besteht das Wiedergaberecht zwar unabhängig von nachfolgender Verbreitung, erstreckt sich aber nur auf die in Verbreitungsabsicht erfolgende Wiedergabe⁸³. Eine Vervielfältigung oder Nachbildung seines Werkes, bei der überhaupt nicht beabsichtigt wird, in sein Verbreitungsrecht einzugreifen,

⁷⁷ Also z. B. nicht die Photographie von Werken der Plastik; R.Ger. XVIII Nr. 30, Str. S. XVIII 34, Wächter a. a. O. S. 197.

⁷⁸ Hierüber oben § 86 Anm. 44.

⁷⁹ R.Ges. II § 4; Oesterr. Entw. II § 39 Z. 1.

⁸⁰ Ueber die Grenzen vgl. Wächter S. 183 ff. u. bes. Kohler, Kunstwerk S. 37 ff.

⁸¹ Anders a. a. O. S. 255 ff.; R.Ger. in Str. S. XIV 47.

⁸² Oben S. 790 ff. Anm. 7—18.

⁸³ R.Ges. I § 18, 43, 45, II § 5; Wächter, Autorr. S. 220, Urheberr. S. 221 ff., Dambach S. 46, 133 ff., Scheele S. 73 ff. u. 181.

kann der Urheber Niemandem untersagen⁸⁴. Doch genügt die Absicht irgend einer Art von Verbreitung, um die vom Urheber nicht gestattete Wiedergabe unerlaubt zu machen⁸⁵. Kommt hier überall das urheberrechtliche Verbreitungsrecht nur sekundär oder mittelbar zur Geltung, so ist es doch in Einer Richtung vom Gesetze zur selbständigen Befugnis ausgeprägt. Denn das Gesetz gewährt dem Urheber ein besonderes Recht, die gewerbemässige Verbreitung von Exemplaren seines Werkes, die durch eine von ihm nicht gestattete Vervielfältigung oder Nachbildung hergestellt sind, zu untersagen⁸⁶. Dieses selbständige urheberrechtliche Verbreitungsrecht erstreckt sich auf jede Art von gewerbemässigem Vertriebe von Exemplaren⁸⁷. Dagegen ergreift es weder die nicht gewerbemässige Verbreitung⁸⁸, noch die Verbreitung, die in anderer Weise als durch Vertrieb von Exemplaren, wie z. B. durch die öffentliche Ausstellung eines Kunstwerkes, bewirkt wird⁸⁹.

⁸⁴ Jedermann kann für seinen eigenen Gebrauch ein Schriftwerk nicht blos abschreiben, sondern auch mechanisch vervielfältigen, übersetzen u. s. w., ein Kunstwerk nicht blos kopiren, sondern auch photographiren u. s. w.

⁸⁵ Nur bei der Handkopie eines Kunstwerkes ist Verwerthungsabsicht erforderlich; oben Anm. 69. Im Uebrigen genügt auch die Absicht, Exemplare unentgeltlich zu vertheilen oder an Freunde zu verschenken (so das z. B. der Eigenthümer eines noch geschützten Kunstwerkes es nicht photographiren lassen darf, um die Photographien zu verschenken, Klostermann, Urheberr. S. 228). Ebenso die Absicht, die Reproduktion einer Mehrzahl von Personen vorzulesen, sie für die Aufführung in einem grösseren Kreise, sei diese auch nicht öffentlich, zu benutzen (z. B. in einem Gesangsverein, R.O.H.G. XV 311 ff.), sie auszustellen (R.Ger. in Str. S. II 248) u. s. w. Gleichgültig ist auch, ob die Verbreitung nur im Auslande erfolgen soll; R.Ges. I § 18, R.Ger. in Str. S. IX Nr. 33.

⁸⁶ R.Ges. I § 25, 43, 45, II § 16. Der Oesterr. Entw. II § 23, 31 u. 37 will in den Inhalt des Urheberrechtes bei Werken der Litteratur und der Tonkunst das ausschliessliche Recht, „das Werk zu vertreiben“, bei Werken der bildenden Künste das ausschliessliche Recht, „Nachbildungen zu vertreiben“, aufnehmen.

⁸⁷ Das R.Ges. I § 25 hebt das Feilhalten und Verkaufen hervor, stellt aber Verbreitung „in sonstiger Weise“ gleich. Darunter fällt insbesondere auch das gewerbemässige Verleihen durch Leihbibliothekare; Klostermann, Urheberr. S. 38, Dambach S. 164, Wächter, Autorr. S. 227, Stobbe III 431. Gleichgültig ist auch hier, ob die Verbreitung im Inlande oder im Auslande erfolgt.

⁸⁸ Also z. B. nicht die unentgeltliche Vertheilung oder das unentgeltliche Ausleihen, aber auch nicht den Verkauf einzelner Exemplare ohne Gewerbeabsicht. Vgl. Wächter, Autorr. S. 225 ff., Urheberr. S. 227 ff.

⁸⁹ Das Recht der öffentlichen Ausstellung ist, sofern es nicht zu unbefugter Veröffentlichung missbraucht wird (oben Anm. 18), im Eigenthum am Sachkörper enthalten. Der Oesterr. Entw. I § 30 wollte es in den Inhalt des künstlerischen Urheberrechtes aufnehmen; Entw. II hat dies gestrichen. — Auch das Vorlesen von Nachdrucksexemplaren wird nicht getroffen; Dambach S. 164, Klostermann a. a. O. S. 39, Wächter, Autorr. S. 227.

§ 88. Uebertragung des litterarischen und künstlerischen Urheberrechts.

I. Ueberhaupt. Das Urheberrecht ist seiner Substanz nach unübertragbar, jedoch der Ausübung nach übertragbar¹. Die Uebertragung der Ausübung erfolgt durch Rechtsgeschäft und kann entweder den ganzen Inhalt des Urheberrechtes oder nur einen Theilinhalt umfassen. Behufs Uebertragung eines Theilinhaltes kann der Inhalt des Urheberrechtes beliebig in einzelne Befugnisse oder Befugnisinbegriffe zerlegt werden. In Folge einer solchen Zerlegung erscheint dann die Uebertragung zugleich als Begründung eines eigenartigen neuen Rechtes, das zu dem Urheberrechte in dem Verhältniß eines Tochterrechtes zu seinem Mutterrechte steht.

Unter gewissen Voraussetzungen geht das Urheberrecht von Rechtswegen auf einen Anderen über. Vollständig geht es, soweit es überhaupt übertragbar ist, auf die Erben des Urhebers über. Dergleichen auf den Besteller eines Porträts oder einer Porträtbüste². In anderen Fällen erstreckt sich der Uebergang kraft Gesetzes nur auf einen Theilinhalt des Urheberrechtes.

II. Veräußerung. Eine Uebertragung des Urheberrechtes kann durch Rechtsgeschäft unter Lebenden vollzogen werden. Ein solches Rechtsgeschäft ist ein Veräußerungsgeschäft. Es kann Kauf, Tausch, Schenkung oder irgend ein anderes entgeltliches oder unentgeltliches Veräußerungsgeschäft sein. Zu einem besonderen rechtsgeschäftlichen Typus ist der Verlagsvertrag ausgebildet, durch den im Normalfalle Urheberrecht gegen Uebernahme der Verpflichtung zur Vervielfältigung und Verbreitung des Werkes übertragen wird³.

Irgend einer Form bedarf die Uebertragungshandlung als solche nicht. Das Urheberrecht geht vielmehr durch jede darauf gerichtete und an sich rechtsgültige Willenserklärung über. Auch eine still-

¹ Vgl. oben § 85 III 7d. Uebereinstimmend Dahn in Behrends Zeitschr. V 5 u. Krit. V.J.Schr. XX 358, Reuling a. a. O. S. 73ff., zum Theil auch Anders S. 120 ff. Ferner Oesterr. Entw. II § 16. — Dagegen lehrt die herrschende Meinung volle Uebertragbarkeit; vgl. bes. Endemann S. 11ff., Wächter, Autorr. S. 107ff. u. Urheherr. S. 107ff., Stobbe III § 162 I, Klostermann b. Endemann II 267 ff., Osterrieth S. 94 ff. — Dafs in den deut. R.Ges. I § 3 u. II § 2 die Uebertragbarkeit ohne Vorbehalt ausgesprochen wird, ist gegenüber den sonstigen Bestimmungen, die eine vollkommene Losreißung des Urheberrechtes von der Person des Urhebers ausschließen, bedeutungslos.

² Vgl. oben § 86 Anm 49—51.

³ Von dem Verlagsvertrage und den ihm verwandten Geschäften ist im Obligationenrechte zu handeln.

schweigende Willenserklärung genügt. Eine solche liegt aber noch nicht in der Uebertragung des Eigenthums an der Handschrift eines Schriftwerkes oder Tonwerkes⁴ oder an dem Originale eines Kunstwerkes⁵.

Den Gegenstand der Uebertragung kann nicht nur ein schon begründetes, sondern auch ein erst durch Herstellung eines Werkes zu begründendes Urheberrecht bilden⁶. Als unverbindlich wird jedoch wegen unzulässiger Selbstbeschränkung der Persönlichkeit regelmäßig ein Vertrag zu behandeln sein, durch den Jemand im Voraus die Urheberrechte an allen seinen künftigen Werken oder einer ganzen Gattung derselben abtritt⁷.

Die Veräußerung kann den ganzen Inhalt des Urheberrechtes einschliesslich der Verfügung über den inneren Bestand des Geisteswerkes umfassen⁸. Gewöhnlich aber bezieht sie sich nur auf einen Theilinhalt. Der Urheber kann an seinem Werke verschiedenen Personen ungleichartige Befugnissinbegriffe übertragen, indem er z. B. an einem Drama das Vervielfältigungsrecht, das Uebersetzungsrecht und das Aufführungsrecht oder an einem Kunstwerke das Recht der Nachbildung durch Kupferstich, das Recht der Vervielfältigung durch Photographie und das Recht der kunstgewerblichen Verwendung getrennt veräußert. Er kann aber auch mehreren Personen gleichartige Befugnisse einräumen. Der Umfang des übertragenen Rechtes kann

⁴ Vgl. oben § 86 Anm 59. Doch können die begleitenden Umstände die Einsendung eines Manuskriptes und insbesondere dessen Verkauf zu einer Uebertragung von Urheberrecht durch konkludente Handlung stempeln; vgl. Wächter, Autorr. S. 117 ff. Der Oesterr. Entw. II § 17 will bei unentgeltlicher Ueberlassung gegen, bei entgeltlicher für Urheberrechtsübertragung vermuthen. — Ueber Preisschriften vgl. Wächter a. a. O. S. 119.

⁵ R.Ges. II § 8 Abs. 1; ebenso schon Bayr. Ges, Art. 35; vgl. Schweiz. Ges. Art. 5, Oesterr. Entw. II § 18 Abs. 1. Anders vielfach das ältere Recht. Das Oesterr. Pat. § 11 läßt mangels anderer Abrede das Vervielfältigungsrecht übergehen. Das Preuss. Ges. von 1837 § 28 ließ das Urheberrecht erlöschen, falls der Urheber sich vor Beginn einer Vervielfältigung des Eigenthums an seinem Kunstwerke begeben hatte und nicht eine ausdrückliche anderweitige Abrede getroffen und beim Kuratorium der Künste zur Anzeige gebracht war; vgl. dazu R.Ger. in Str. S. V Nr. 24, VIII Nr. 74. — Vgl. Wächter, Verlagsr. S. 228 ff., Urheberr. S. 113 ff., Mandry S. 260 ff., Klostermann, Urheberr. S. 181.

⁶ Dies kommt bei Verlagsverträgen häufig vor; vgl. auch oben § 86 S. 779; dazu Oesterr. Entw. II § 16 Abs. 2.

⁷ Der Oesterr. Entw. II § 16 Abs. 3 will bei einem solchen Vertrage jedem Theile ein unverzichtbares einjähriges Kündigungsrecht einräumen.

⁸ Der Urheber kann z. B. eine Handschrift einem Verleger zu beliebigem Gebrauche einhändigen, so daß dieser sie vernichten oder veröffentlichen und im letzteren Falle nach eigenem Ermessen kürzen oder verändern darf.

durch beliebige Mafsbestimmungen, wie z. B. durch Festsetzung der Zahl der Vervielfältigungs- oder Nachbildungsexemplare, beschränkt werden. Ebenso ist eine zeitliche oder räumliche Begrenzung der übertragenen Befugnisse möglich. Fehlt es an einer ausdrücklichen Abrede, so muß der Vertragsinhalt durch Willensauslegung ermittelt werden, bei der vor Allem die Verkehrssitte zu befragen ist⁹.

Das aus dem Urheberrechte abgeleitete Recht kann als *absolutes* oder *relatives* Recht gestaltet sein. Ein absolutes Recht geht über, wenn urheberrechtliche Befugnisse mit dem Merkmale der Ausschließlichkeit übertragen werden. Dagegen wird nur ein relatives Recht begründet, wenn die Ermächtigung zur Vornahme einer dem Urheber vorbehaltenen Handlung ohne Ausschließungsbefugnis ertheilt wird¹⁰. Insoweit der Gegenstand des Urheberrechtes als unkörperliche Sache erscheint und somit die Kategorien des Vermögensrechtes anwendbar sind, verhalten sich die aus dem Urheberrechte abgeleiteten absoluten Rechte zum Urheberrechte wie die begrenzten dinglichen Rechte zum Eigenthum¹¹, während die entsprechenden relativen Rechte den sachenrechtlichen Inhalt des Urheberrechtes ungeschmälert lassen und nur aus seinem personenrechtlichen Inhalte den Stoff zu eigenartigen persönlichen Befugnissen schöpfen¹². Ob und inwieweit eine urheberrechtliche Uebertragung absolut oder relativ wirkt, hängt vom Parteiwillen ab und ist daher in Ermangelung ausdrücklicher Abrede durch Willensauslegung zu ermitteln. Zu den im Zweifel absoluten Rechten gehört namentlich das Verlagsrecht, indem das durch den eigentlichen Verlagsvertrag übertragene Vervielfältigungs- und Verbreitungsrecht innerhalb der ihm gezogenen Grenzen mangels anderer Vereinbarung dem Verleger ausschließlich gebührt¹³. Um-

⁹ Subsidiäre gesetzliche Regeln bestehen hier zum Theil beim Verlagsvertrage.

¹⁰ Manche sehen hierin überhaupt keine Uebertragung von Urheberrecht; so Wächter, Autorr. S. 116, Urheberr. S. 90. Dies wäre richtig, wenn das Urheberrecht ein Eigenthum oder ein anderes Sachenrecht wäre. Da es aber ein Persönlichkeitsrecht ist, liegt in jeder Einräumung einer Verfügungsmacht über das gewährleistete Persönlichkeitsgut auch eine partielle Uebertragung.

¹¹ Demgemäfs kann zwar nicht an dem Urheberrechte als Ganzem, wohl aber an seinem Gegenstande insoweit, als er Vermögensobjekt ist, auch ein Niefsbrauch bestellt werden; Kohler, Autorr. S. 279 ff., Osterrieth S. 95. Ebenso ein Pfandrecht; Endemann S. 10, Kohler S. 288 ff., Osterrieth S. 95; a. M. Wächter, Autorr. S. 110.

¹² Unrichtig will Kohler S. 296 ff. auch ein bloßes „Lizenzrecht“ als „jus in re immateriali“, wenschon als nur persönliches Gebrauchsrecht ohne Ausschließlichkeit, konstruieren.

¹³ Vgl. Klostermann, Geist. Eigth. S. 293 ff., Urheberr. S. 145 ff., b. Endemann III 717 u. 725 ff., Wächter, Verlagsr. S. 241 ff., Autorr. S. 117 ff., Urheberr.

gekehrt entbehrt das vom Urheber übertragene Recht der öffentlichen Aufführung im Zweifel der Ausschließlichkeit, ohne daß es unzulässig wäre, durch besondere Vereinbarung ein ausschließliches Aufführungsrecht zu begründen¹⁴. Ähnlich verhält es sich mit dem Uebersetzungsrechte¹⁵ und mit den einzelnen Gattungen der künstlerischen Nachbildungsrechte¹⁶. Im Allgemeinen wird bei der entgeltlichen Ueberlassung von Urheberrecht die Uebertragung eines absoluten Rechtes anzunehmen sein, wenn ohne Ausschließlichkeit das eingeräumte Recht nicht den entsprechenden Werth hätte. Dagegen ist die unentgeltliche Gestattung einzelner urheberrechtlicher Handlungen regelmäßig als Begründung eines bloß relativen Rechtes aufzufassen.

Uebertragenes Urheberrecht ist weiterer Uebertragung an sich zugänglich. Doch kann jedes aus dem Urheberrechte abgeleitete Recht so gut als höchstpersönliches wie als übertragbares Recht begründet und im letzteren Falle an beliebige Schranken der Veräußerung und der Vererbung gebunden werden. Mangels ausdrücklicher Abrede muß auch in dieser Hinsicht bei der Auslegung des Parteiwillens die Verkehrssitte zu Rathe gezogen werden. Im Allgemeinen wird bei ausschließlichen Rechten eher für, bei relativen Rechten gegen Uebertragbarkeit zu vermuthen sein¹⁷. Eine Fülle von Zweifeln

S. 107 ff., Kohler, Autorr. S. 284 ff., Osterrieth S. 103 ff., Voigtländer S. 58. — Das Verlagsrecht ist ein durchaus eigenartiges Recht, indem es einerseits in eigenthümlicher und zwar mannichfach verschiedener Weise beschränkt, andererseits mit Pflichten durchmischt zu sein pflegt. Es ist daher in seiner regelmäßigen Gestalt dinglich-persönlich. Kohler S. 291 vergleicht es insoweit zutreffend mit dem vassalitären Rechte. Hierauf ist beim Verlagsvertrage zurückzukommen.

¹⁴ Ein ausschließliches Aufführungsrecht kommt namentlich in der Beschränkung auf einen Ort oder für einen bestimmten Zeitraum, aber auch unbeschränkt vor; vgl. Wächter, Autorr. S. 321 Anm. 17, Schuster S. 236 ff.

¹⁵ Aus der bloßen Gestattung einer Uebersetzung folgt nicht, daß der Urheber sich des Rechtes begeben habe, auch andere Uebersetzungen zu autorisiren. Das Gegentheil kann aber nicht nur ausdrücklich bedungen werden, sondern für Uebersetzungen in dieselbe Sprache auch aus den Umständen als bedungen erhellen.

¹⁶ Wer sein Kunstwerk zu kopiren, zu stechen, zu photographiren, an einem gewerblichen Erzeugnisse nachzubilden erlaubt, ist im Zweifel nicht gehindert, Anderen die gleiche Erlaubniß zu geben. Ein Verlagsrecht ist auch hier im Zweifel ausschließlic; doch beschränkt sich die Ausschließlichkeit des Kunstverlagsrechtes regelmäßig auf eine bestimmte Art der Nachbildung, so daß z. B. der Künstler, der sich des photographischen Verlages entäußert hat, Kopien, Kupferstiche, kunstgewerbliche Nachbildungen u. s. w. Anderen gestatten kann.

¹⁷ Das Verlagsrecht ist im Zweifel veräußerlich und vererblich; Endemann S. 13 ff., Wächter, Autorr. S. 110, Urheherr. S. 89, Scheele S. 22 ff., R. Ger. in Str. S. XVII Nr. 69; a. M. Kohler S. 283 ff. u. Schuster S. 209. (Eine andere Frage ist, inwieweit die Pflichten des Verlegers aus dem Verlagsvertrage über-

waltet aber namentlich bei den Aufführungsrechten¹⁸.

Die Substanz des Urheberrechtes bleibt stets beim Urheber zurück. Sobald daher ein von ihm veräußertes Recht erlischt, wachsen die weggegebenen urheberrechtlichen Befugnisse dem Urheber von selbst wiederum zu¹⁹. Niemals werden, so lange das Urheberrecht überhaupt besteht, die von ihm abgesplitterten Bestandtheile Gemeingut²⁰. Vielmehr bewährt sich durch die ihm innewohnende Kraft der Konsolidation das Urheberrecht fort und fort als ein in seinem Kerne an der Person des Urhebers haftendes einheitliches Ganze. Auch der Ausübung nach aber bleibt natürlich das Urheberrecht insoweit, als es nicht übertragen ist, beim Urheber zurück. Für jeden Inhaber von übertragenem Urheberrecht ist das zurückbehaltene Urheberrecht in gleicher Weise fremdes Recht, wie für jeden Dritten. Nimmt er daher urheberrechtliche Handlungen vor, zu denen ihn sein abgeleitetes Recht nicht befugt, so begeht er einen Eingriff in fremdes Urheberrecht²¹. Ob und inwieweit in seinem Ver-

gehen. Hiervon ist beim Verlagsvertrage zu handeln). — Umgekehrt ist die Ermächtigung zu einer Uebersetzung, einer Bearbeitung, einer Nachbildung u. s. w. im Zweifel höchstpersönlich zu verstehen. Wird aber z. B. die Befugniß zu einer photographischen oder gewerblichen Nachbildung dem Inhaber eines Gewerbebetriebes eingeräumt, so ist anzunehmen, daß diese Befugniß mit dem Gewerbebetriebe veräußert und vererbt werden kann.

¹⁸ Vgl. Nissen, Z. f. H.R. XVIII 346 ff., Wächter, Autorr. S. 320 ff., Daude S. 91 ff., Schuster S. 237 ff., Scheele S. 136 ff. u. über die deut. Theaterpraxis R.O.H.H. XII 339 ff. Als Regel ist anzusehen, daß das Aufführungsrecht einem Theaterdirektor oder sonstigen Unternehmer von Aufführungen nicht für seine Person, sondern für die von ihm geleitete Anstalt übertragen ist, so daß es einerseits bei einem Wechsel der Direktion auf den neuen Leiter übergeht, andererseits von dem ersten Erwerber nicht auf einer anderen Bühne ausgeübt werden kann. (Ueber die entgegengesetzte Praxis in Oesterreich vgl. Schuster S. 238). Auch ein ausschließliches Aufführungsrecht kann als unveräußerliches Recht gemeint sein, wird aber im Zweifel dahin ausgelegt werden müssen, daß es in seinem Bereiche zur Ertheilung des Aufführungsrechtes an Andere ermächtigt. Der Urheber kann auch das Recht, Aufführungsrechte zu gewähren, als ein besonderes ausschließliches Recht auf einen Anderen (z. B. einen Theateragenten oder einen Verleger) übertragen.

¹⁹ Der Oesterr. Entw. II § 20 will dem Urheber, der sein Werk einem Anderen zur Herausgabe oder öffentlichen Aufführung überlassen hat, ein unverzichtbares Rückfallsrecht an seiner Verfügungsmacht für den Fall gewähren, daß die Herausgabe oder Aufführung ohne seinen Willen und sein Verschulden drei Jahre lang unterbleibt.

²⁰ Auch nicht, wenn ein Verlagsrecht oder ein vererbliches Aufführungsrecht nach R.Ges. I § 17 u. II § 15 als erbloses Gut erlischt; vgl. unten § 90 Anm. 23.

²¹ Nach R.Ges. I § 5 litt. c u. d u. II § 5 Z. 4 u. 5 begeht der Verleger „Nachdruck“ oder „verbotene Nachbildung“, wenn er das Werk vertragswidrig neu

halten zugleich eine Vertragsverletzung liegt, richtet sich nach den Grundsätzen des Obligationenrechts²².

Andrerseits muß auch der Urheber das von ihm übertragene Urheberrecht als fremdes Recht achten. Hat er einem Anderen ein absolutes Recht eingeräumt, so kehrt sich die Ausschließlichkeit dieses verselbständigten Stückes seines Urheberrechtes dergestalt gegen ihn selbst, daß er sogar hinsichtlich seines eignen Geisteswerkes einer Urheberrechtsverletzung schuldig werden kann²³. Dagegen kann er gegenüber einem von ihm übertragenen relativen Rechte immer nur eine Vertragsverletzung begehen.

Dritten gegenüber entfalten die aus dem Urheberrechte abgeleiteten absoluten Rechte eine selbständige dingliche Wirksamkeit, während die bloß relativen Rechte einer solchen entbehren. Somit kann namentlich der Inhaber eines Verlagsrechtes die ihm zu ausschließlicher Vornahme überlassenen Handlungen jedem Dritten untersagen und Eingriffe in den Kreis seiner Befugnisse unabhängig vom Urheber als Urheberrechtsverletzungen verfolgen²⁴. Dieselbe ding-

vervielfältigt oder eine zu große Anzahl von Exemplaren herstellt. Darin liegt keineswegs, wie Gengler § 132 Nr. 13 meint, eine singuläre Hinüberziehung von zwei einzelnen Fällen des Kontraktbruches in das Gebiet des Strafrechtes, sondern eine Anwendung des vorher in R.Ges. I § 4 u. II § 4 ausgesprochenen Prinzips. Schon Runde § 197 c sagt: Zuvieldruck ist Nachdruck. Ebenso macht sich der Aufführungsberechtigte einer unbefugten öffentlichen Aufführung im Sinne des R.Ges. I § 54 schuldig, wenn er häufiger oder auf einer anderen Bühne, als ihm gestattet war, aufführt. Urheberrechtsverletzung aber, obschon nicht „Nachdruck“, „verbotene Nachbildung“ oder „unbefugte Aufführung“, liegt auch vor, wenn der Verleger oder Aufführungsberechtigte unbefugt das Werk verändert, umbenennt, übersetzt u. s. w.

²² Zutreffend über die Konkurrenz von Urheberrechtsverletzung und Vertragsverletzung R.Ger. XII Nr. 24.

²³ So nach R.Ges. I § 5 litt. c u. II § 5 Z. 4, wenn er durch vertragswidrige Veranstaltung einer neuen Vervielfältigung in das von ihm begründete Verlagsrecht eingreift. Vgl. Dambach S. 62 ff., Wächter, Autorr. S. 215 ff., Urheberr. S. 218 ff., Scheele S. 34, R.Ger. V Nr. 71. Daß diese Handlung als „Nachdruck“ oder „verbotene Nachbildung“ mit Strafe bedroht ist, folgt nicht ohne Weiteres aus der Natur des Verlagsrechtes, beruht vielmehr auf positiver Satzung. Darum muß z. B. mangels einer ähnlichen positiven Bestimmung in R.Ges. I § 54 angenommen werden, daß der Urheber, der sein Werk unter Verletzung eines von ihm übertragenen ausschließlichen Aufführungsrechtes anderweit anführen läßt, zwar einen Eingriff in eine fremde urheberrechtliche Befugnis, jedoch nicht das Delikt der unbefugten öffentlichen Aufführung begeht. — Der Oesterr. Entw. II § 21 Abs. 2 will die vertragswidrige Verfügung des Urhebers über sein eignes Werk niemals als Urheberrechtsdelikt behandeln.

²⁴ R.Ges. I § 28 Abs. 1; Wächter, Autorr. S. 269 ff., Urheberr. S. 264 ff., Klostermann b. Endemann III 736 ff. Das Recht des Urhebers, auch seinerseits

liche Kraft wohnt jedem anderen ausschließlichen Rechte urheberrechtlicher Herkunft inne. Sie bewährt sich auch im Verhältniß mehrerer aus demselben Mutterrechte abgeleiteter, mit beschränkter Ausschließlichkeit ausgerüsteter Rechte zu einander²⁵. Insbesondere kann bei einem räumlich getheilten Verlagsrechte der einzelne Verleger dem Mitverleger die Verbreitung von Exemplaren in dem ihm vorbehaltenen Bezirke untersagen²⁶.

III. Vererbung. Das Urheberrecht geht seinem ganzen Inhalte nach und somit nicht nur in seinen vermögensrechtlichen, sondern auch in seinen personenrechtlichen Bestandtheilen auf die Erben über²⁷. Der Erbe hat daher dasselbe ausschließliche Verfügungsrecht über das Geisteswerk, wie dessen Urheber: er hat über Vernichtung oder Erhaltung, Geheimhaltung oder Veröffentlichung nachgelassener Werke, über erneute Herausgabe erschienenener Werke, über Vornahme von Aenderungen, Bearbeitungen, Uebersetzungen u. s. w. zu entscheiden und kann seine Rechte vollständig oder theilweise auf Andere übertragen. Miterben können dieses Verfügungsrecht, da es seinem Wesen nach untheilbar ist, nur gemeinschaftlich ausüben²⁸;

Eingriffe in das Verlagsrecht, die zugleich das im Kerne bei ihm verbliebene Urheberrecht antasten, zu verfolgen, besteht daneben.

²⁵ So kann z. B., wer ein ausschließliches Uebersetzungsrecht erworben hat, dem Verleger die Verbreitung des Werkes in der Uebersetzungssprache verbieten; wer zur ausschließlichen Aufführung eines Werkes an einem Orte befugt ist, kann dem zur Aufführung an einem anderen Orte Befugten die Aufführung in seinem räumlichen Bereiche untersagen; wer den ausschließlichen photographischen Verlag eines Kunstwerkes erworben hat, kann den zur Herausgabe eines Holzschnittes Ermächtigten an photographischer Vervielfältigung hindern.

²⁶ Freilich wird nach dem deut. R.Ges., da die betreffende Bestimmung des § 73 der Regierungsvorlage gestrichen ist, die Verbreitung rechtmäßig hergestellter Exemplare im fremden Verlagsgebiete nicht als Nachdruck verfolgt, während in den Litterarverträgen mit Frankreich, Belgien u. Italien Art. 11 bei musikalischen und dramatisch-musikalischen Werken die Behandlung der unbefugten Verbreitung der nur für das eine Land bestimmten Exemplare in dem anderen als Nachdruck zugesagt ist. Allein die dingliche Wirkung der räumlichen Theilung des Verlagsrechtes besteht unabhängig von der Strafsanktion. Vgl. über das getheilte Verlagsrecht, das besonders bei Tonwerken üblich ist, Klostermann, Geist. Eigth. S. 353 u. b. Endemann II 298 u. III 731, Volkman, Z. f. Rechtspf. u. Verw. XIV 110 ff. u. XLV 97 ff., Mandry S. 167 ff., Wächter, Verlagsr. S. 621 ff., Autorr. S. 227 ff. u. 297, Dambach, Der deutsch-französ. Litterarvertr. S. 34 ff., Stobbe III 431 ff., Daude S. 33, Schuster S. 215 ff., Scheele S. 19 ff. u. 91.

²⁷ R.Ger. XII Nr. 12 (oben § 85 Anm. 62). Unrichtig Wächter, Urheherr. S. 91 ff., Anders S. 121 u. 130 ff.

²⁸ Ob dabei Stimmenmehrheit entscheidet, wie Schuster S. 150 allgemein annimmt, richtet sich nach den Regeln über Erbgemeinschaft. Die Miterben

ihre gesonderten Antheile beziehen sich nur auf die aus Nutzbar-
machung des Urheberrechtes bereits entstandenen oder später ent-
stehenden vermögensrechtlichen Ansprüche⁸⁹. Der Urheber kann
durch Verfügung von Todeswegen sowohl das Urheberrecht im Ganzen
wie jede einzelne in ihm enthaltene Befugniß einem seiner Erben
oder einer anderen Person übertragen⁹⁰. Dagegen kann er das von
ihm hinterlassene Urheberrecht nicht mit rechtlicher Wirksamkeit ein-
schränken und somit z. B. die Veröffentlichung eines Werkes durch
sein Verbot nicht hindern⁹¹. Ein Heimfallsrecht des Fiskus oder an-
derer zu erblosen Verlassenschaften berechtigter Personen findet auf
das Urheberrecht und die aus ihm abgeleiteten Rechte nicht statt⁹².

IV. Ungewollter Uebergang. Abgesehen vom Erbgange
unterliegt das Urheberrecht keineswegs in demselben Umfange, in
dem es übertragbar ist, auch einem ungewollten Rechtsübergange.
Wo vielmehr ein solcher Uebergang stattfindet, erstreckt er sich nur
auf die vermögensrechtlichen Ausflüsse, nicht auf den personenrecht-
lichen Kern des Urheberrechtes⁹³. Der Urheber kann die Verfügung
über sein Geisteserzeugniß einem Anderen anvertrauen, sie kann ihm
aber nicht ohne seinen Willen abhanden kommen oder von einem
Anderen entwunden werden. In der gleichen Lage befindet sich der
Erbe des Urhebers⁹⁴. Und selbst die einem Dritten vom Urheber
oder seinen Erben übertragene Verfügungsmacht kann mit dem
Rechte einer weiteren Uebertragung ausgerüstet sein, ohne hiermit
dem ungewollten Rechtsübergange zu verfallen⁹⁵.

können das Verfügungsrecht vollständig einem unter ihnen übertragen. Auch
richterliche Adjudikation ist möglich.

⁸⁹ Ideelle Quoten am Urheberrechte selbst nimmt unrichtig Wächter,
Autorr. S. 137 u. Urheherr. S. 92, an. Vgl. dagegen Bekker, Pand. § 32 Beil. IV.

⁹⁰ Er kann also z. B. die Entscheidung über die Veröffentlichung seines littera-
rischen Nachlasses in die Hand eines Freundes oder eines Testamentsvollstreckers
legen, die Bearbeitung einer neuen Auflage einem Schüler übertragen u. s. w.

⁹¹ Endemann S. 21, Wächter, Autorr. S. 127, Urheherr. S. 92 ff.; a. M.
Schuster, Wesen S. 48. Natürlich kann er aber die Nichtveröffentlichung in der
Form einer Bedingung oder Auflage sichern oder einem Dritten (z. B. auch einem
Testamentsvollstrecker) das Recht übertragen, dem Erben die Veröffentlichung zu
untersagen.

⁸⁹ R.Ges. I § 17, II § 15; Oesterr. Pat. § 18, Entw. II § 15.

⁹³ Eine Ausnahme bildet der Uebergang des Urheberrechts auf den Besteller
eines Porträts; vgl. oben Anm. 2.

⁹⁴ Jedoch abgesehen von dem inneren Verhältniß einer Erbengemeinschaft;
oben Anm. 28.

⁹⁵ Man denke z. B. an ein einem Sprachkundigen mit der Befugniß der Ab-
tretung an geeignete Personen eingeräumtes Uebersetzungsrecht.

Hiernach wird z. B. durch die eheliche Gütergemeinschaft das Verfügungsrecht über das von einem Ehegatten oder dessen Erblasser geschaffene Geisteswerk nicht vergemeinschaftet, während die aus getroffener Verfügung entspringenden nutzbaren Rechte in die Gemeinschaft fallen⁸⁶.

Ebenso erstreckt sich eine vormundschaftliche Verfügungsmacht über fremdes Vermögen nicht auf personenrechtliche Befugnisse urheberrechtlicher Herkunft⁸⁷.

Endlich ist das Urheberrecht in seinem personenrechtlichen Inhalte unpfändbar und somit auch dem Beschlagnahmerechte der Konkursgläubiger entzogen⁸⁸. Dem Urheber selbst können die Gläubiger nicht nur niemals eine ungewollte Veröffentlichung seines Geisteswerkes abnöthigen⁸⁹, sondern auch nach erfolgter Veröffentlichung keine erweiterte oder veränderte Veröffentlichung durch Veranstaltung einer neuen Auflage oder Uebersetzung oder durch Ertheilung neuer

⁸⁶ Gierke, Genossenschaftsth. S. 381 Anm. 2.

⁸⁷ Der Altersvormund und der Vormund eines Geisteskranken ist kraft seiner zugleich personenrechtlichen Vertretungsmacht an sich auch zur Verfügung über die von seinem Mündel geschaffenen oder ererbten Urheberrechte befugt. Doch wird man auch ihm eine solche Verfügungsmacht versagen müssen, sobald der Minderjährige schon oder der Geisteskranke noch die zu eigener Verfügung erforderliche Einsicht besitzt. Die Ehevogtei, die Vormundschaft über Abwesende und die Vormundschaft über Verschwender gewähren keinerlei Verfügungsmacht über Geisteswerke. Vgl. Bekker, Pand. I 84.

⁸⁸ Vgl. über die sehr streitige Frage Renouard II 349 ff., Mandry S. 329 ff., Dambach S. 36 ff., Endemann S. 15 ff., Klostermann, Urheberr. S. 140 ff. u. b. Endemann II 269 ff., Wächter, Autorr. S. 111 ff., Urheberr. S. 102 ff., Stobbe III 46, Anders S. 133 ff., Kohler, Autorr. S. 137 ff., Arch. f. c. Pr. LXXXII 228 ff. u. Le droit de l'auteur (oben § 85 Anm. 32) VII 82 ff., Daude S. 36 ff., Bekker, Pand. I § 25 Beil. IV, Wach, Civilproz. I 420 ff., Schuster, Wesen S. 41 ff., Tonkunst S. 132, Osterrieth S. 105, Scheele S. 11 ff. — Die deut. Gesetzgebung schweigt, da über den § 44 der Regierungsvorlage, der die Zwangsvollstreckung in das Recht des Urhebers und seiner Rechtsnachfolger grundsätzlich ausschloß, keine Einigung erzielt wurde. Das Bayr. Ges. v. 1865 Art. 50 versagte die Zwangsvollstreckung gegen den Urheber selbst, der Oesterr. Entw. II § 14 Abs. 2 will sie gegen den Urheber und seine Erben versagen. Vgl. auch Ungar. Ges. § 4, Belg. Art. 9.

⁸⁹ Hierüber ist man im Wesentlichen einig. Doch halten Kohler u. Osterrieth die Zwangsveröffentlichung nur so lange für unzulässig, bis der Urheber sein Werk erkennbar zur Veröffentlichung bestimmt hat. Der Urheber kann aber vielmehr, ohne daß die Gläubiger widersprechen könnten, bis zur wirklich erfolgten Veröffentlichung seinen Entschluß ändern, den begonnenen Druck einstampfen lassen, das Kunstwerk vernichten u. s. w. — Der Zwangsvollstreckung entzogen ist jede Art von Veröffentlichung, nicht bloß die durch Herausgabe oder Aufführung, sondern auch die durch Ausstellung oder Vorlesen (a. M. Anders S. 144 ff.).

Aufführungsrechte oder Nachbildungsrechte aufzwingen⁴⁰. Im gleichen Umfange sind die Erben des Urhebers gegen Zwangsvollstreckung geschützt⁴¹. Aber auch in der Hand sonstiger Rechtsnachfolger sind die aus dem Urheberrechte abgeleiteten personenrechtlichen Befugnisse nicht nur selbstverständlich insoweit, als sie unübertragbar sind, sondern überhaupt insoweit, als sie nicht bloß unselbständige Bestandtheile eines Vermögensrechtes bilden, der Pfändung entrückt⁴². Dagegen unterliegen alle aus bereits erfolgter Nutzbarmachung des Urheberrechtes entsprungenen vermögensrechtlichen Befugnisse der Zwangsvollstreckung⁴³. Sobald daher der Urheber oder seine Erben eine Veröffentlichung oder eine neue Wiedergabe oder Verbreitung wollen, können sie die ihnen hieraus erwachsenden Vermögensrechte ihren Gläubigern nicht vorenthalten⁴⁴. Und soweit übertragenes Urheberrecht sich als ein selbständiges Vermögensrecht darstellt, ist es der Pfändung unterworfen⁴⁵.

⁴⁰ Harum S. 167, Endemann S. 15, Wächter, Autorr. S. 112 ff. u. Urheherr. S. 103 (anders Verlagsr. S. 318), Dambach S. 37, Stobbe a. a. O. (jedoch mit einer Inkonsequenz in Anm. 12), Anders S. 136, Bekker a. a. O. S. 84, Schuster a. a. O., Scheele S. 13. — Abweichend Klostermann, Urheherr. S. 26 u. 142 u. b. Endemann II 270, u. namentlich Kohler a. a. O. (für neue Auflagen wie neue Aufführungen).

⁴¹ Harum a. a. O., Endemann a. a. O., Dambach S. 36 ff., Stobbe a. a. O., Anders S. 137, Bekker a. a. O., Daude S. 37, Schuster, Wesen S. 47 ff. — Abweichend Wächter, Urheherr. S. 104 (während er Autorr. S. 114 mindestens den Zwang zur ersten Veröffentlichung auch gegen die Erben ausschloß).

⁴² Also z. B. ein unter Lebenden oder von Todeswegen eingeräumtes Bearbeitungsrecht, Uebersetzungsrecht, künstlerisches Nachbildungsrecht (durch Kopie, Stich u. dergleichen) u. s. w., aber auch das Recht zur diskretionären Entscheidung über Veröffentlichung, Veranstaltung einer neuen Auflage u. s. w.; dazu oben Anm. 35. — Unrichtig Wächter, Autorr. S. 114 u. Urheherr. S. 104, u. Bekker a. a. O. S. 83 litt. c.

⁴³ Oesterr. Entw. II § 14 Abs. 2: „alle kraft des Urheberrechts erworbenen vermögensrechtlichen Ansprüche“. Dazu gehören nicht bloß Honorar- oder Tantiemeansprüche aus urheberrechtlichen Verträgen, sondern auch Ansprüche auf Entschädigung oder Buße aus Urheberrechtsverletzungen. — Handschriften, Kunstwerke, Vervielfältigungs- und Nachbildungsexemplare als körperliche Sachen sind natürlich pfändbar (Oesterr. Entw. a. a. O., Dambach S. 38, Stobbe a. a. O.), solche Pfändung überträgt aber kein Urheberrecht.

⁴⁴ Bekker a. a. O. litt. f u. S. 84. — Veräußerungen von Urheberrecht zur Verwerthung als Vermögensobjekt sind vor der Konkurseröffnung aus R.Konk.O. § 22 ff. u. R.Ges. v. 21. Juli 1879 § 3 anfechtbar, nach der Konkurseröffnung durch R.Konk.O. § 6 gebunden.

⁴⁵ Somit namentlich Verlagsrechte und Aufführungsrechte. Der Urheber muß sich hier die von ihm gewollte Veröffentlichung und Wiedergabe auch durch einen ihm nicht genehmen Dritten gefallen lassen, da er die Befugniß zu diesen Hand-

§ 89. Schutz des litterarischen und künstlerischen Urheberrechts.

I. Ueberhaupt. Das Urheberrecht ist als absolutes Privatrecht durch eine civilrechtliche Klage auf Anerkennung und auf Beseitigung vorhandener und Unterlassung künftiger Beeinträchtigungen gegen Jedermann geschützt. Diesen Schutz genießt der Berechtigte auch gegen solche Bedrohungen oder Störungen seines Rechtes, die nicht durch eine ausdrückliche Gesetzesbestimmung verboten sind¹. Im Falle schuldhafter Verletzung seines Rechtes kann er nach allgemeinen Grundsätzen auch Ersatz eines ihm zugefügten Schadens fordern. Dagegen ist nach dem Satze „nulla poena sine lege“ jede Straffolge einer nicht ausdrücklich mit Strafe bedrohten Urheberrechtsverletzung ausgeschlossen².

II. Besondere Urheberrechtsdelikte. Der Urheberrechtsschutz ist dadurch verstärkt, daß bestimmte Urheberrechtsverletzungen besonders verboten und zu strafbaren Handlungen gestempelt sind³. Ihre Strafbarkeit hängt freilich von dem Hinzutritt subjektiver Voraussetzungen ab. Immer aber erscheinen sie als vom Gesetze selbst für objektiv rechtswidrig erklärte Handlungen. Solche besonderen Urheberrechtsdelikte sind:

1. Der Nachdruck, d. h. die in Verbreitungsabsicht erfolgte unbefugte mechanische Vervielfältigung eines Schriftwerkes, einer

lungen einem mindestens unter Umständen übertragbaren Vermögensrechte einverleibt hat. — Soweit das Urheberrecht pfändbar ist, richtet sich die Pfändung nach C.Pr.O. § 754.

¹ So das R.Ger. XII Nr. 4 S. 17 ff., auch XII Nr. 12; vgl. Beseler § 211 II, Kohler, Autorr. S. 304 ff. Unrichtig O.L.G. Frankf. b. Seuff. XLII Nr. 317. — Hierher gehört der schon erwähnte Schutz des Urheberrechtes gegen unbefugte Veröffentlichung durch Vortrag (oben § 87 Anm. 16) und Ausstellung (ib. Anm. 18), gegen Eingriffe des Verlegers oder Aufführungsberechtigten in den inneren Bestand des Werkes (§ 87 Anm. 21—22 u. § 88 Anm. 21), gegen unbefugte Verbreitung bei getheiltem Verlagsrechte (§ 88 Anm. 26), gegen Eingriffe des Urhebers selbst in ein ausschließliches Aufführungsrecht (ib. Anm. 23). Zweifellos kann ferner kraft des Urheberrechtes gegen den, der sich fälschlich die Urheberschaft oder ein aus ihr abgeleitetes Recht anmaßt, auf Feststellung der Nichtberechtigung und folgeweise z. B. auf Löschung eines unrichtigen Eintrags in der Eintragsrolle geklagt werden.

² Dies betont mit Recht Schuster S. 260 ff. u. sonst; er gelangt aber zu unrichtigen Ergebnissen, weil er durchweg „strafbare Urheberrechtsverletzung“ und „Urheberrechtsverletzung“ identifiziert.

³ R.Ges. I § 4—6, 18—25, 43, 45—46, 54—56, II § 5 u. 16. Vgl. dazu Schweiz. Ges. Art. 12—14, Oesterr. Entw. II § 53—55.

wissenschaftlichen oder technischen Abbildung oder eines Tonwerkes⁴. Unter den Begriff des „Nachdruckes“ fällt auch der rechtswidrige Erstdruck einer Handschrift oder eines Vortrages; die Vervielfältigung durch ein dem Druck gleichgestelltes Verfahren und insbesondere auch durch Abschreiben; der vertragswidrige Neudruck des Verlegers oder des Urhebers selbst und der vertragswidrige Zuvielddruck des Verlegers; die rechtswidrige Vervielfältigung einer Uebersetzung oder einer Bearbeitung des Werkes⁵.

2. Die unbefugte öffentliche Aufführung eines dramatischen, musikalischen oder dramatisch-musikalischen Werkes⁶.

3. Die verbotene Nachbildung, d. h. die in Verbreitungsabsicht erfolgte unbefugte Nachbildung eines Werkes der bildenden Künste⁷.

4. Die gewerbemäßige Verbreitung von rechtswidrig hergestellten Exemplaren eines Werkes⁸.

5. Die Unterlassung der Quellenangabe bei erlaubten Entlehnungen aus einem fremden Werke⁹.

III. Rechtsfolgen der Urheberrechtsdelikte. Die möglichen Folgen eines Urheberrechtsdeliktes sind sowohl strafrechtlicher wie privatrechtlicher Natur¹⁰. Nur die Unterlassung der Quellenangabe zieht immer nur Straffolgen nach sich¹¹.

1. Drei Arten von Rechtsfolgen sind zu unterscheiden.

a. Öffentliche Strafe. Die Urheberrechtsverletzung ist

⁴ R.Ges. I § 4 Abs. 1, § 43 u. § 45 u. dazu oben § 87 Anm. 84—85.

⁵ R.Ges. I § 4 Abs. 2—3, § 5—6 u. § 46; dazu oben § 87 Anm. 8 ff., 24 ff., 30 ff., 42 ff., 47 ff., § 88 Anm. 21 u. 23.

⁶ R.Ges. I § 54; vgl. oben § 87 Anm. 15 u. 52—62.

⁷ R.Ges. II § 5. Unter diesen Begriff fällt auch die nicht mechanische, die mittelbare, die kunstgewerbliche, die partielle, die abändernde, sowie die vom Verleger unter Verletzung des Urheberrechtes oder vom Urheber unter Verletzung des Verlagsrechtes begangene Nachbildung; oben § 87 III 4 u. § 88 Anm. 21 u. 23.

⁸ R.Ges. I § 25 u. II § 16; oben § 87 IV.

⁹ R.Ges. I § 24, 44, 47, II § 6 Z. 4. — Dazu tritt die in R.Ges. II § 6 Z. 1 mit Geldstrafe bis zu 500 Mark bedrohte Anbringung des Namens oder Monogrammes des Urhebers auf einer erlaubten Einzelkopie, die aber nicht Urheberrechtsverletzung, sondern Namenrechtsverletzung ist; oben § 87 Anm. 70. — Noch andere Delikte, die über den Kreis der Urheberrechtsverletzungen hinausreichen, will der Oesterr. Entw. II § 54 Z. 4 u. § 55 mit Strafe bedrohen.

¹⁰ Ueber die Straffolgen gehört das Nähere ins Strafrecht. Die privatrechtlichen Ansprüche aus Urheberrechtsverletzung gehören ins Obligationenrecht, sind aber des Zusammenhanges wegen hier zu erwähnen.

¹¹ R.Ges. I § 24 schließt ausdrücklich jeden Entschädigungsanspruch aus. Vgl. Wächter, Autorr. S. 265 ff.

als Vergehen mit einer Geldstrafe bis zu 3000 Mark, die im Unvermögensfalle in eine Freiheitsstrafe bis zu 6 Monaten umzuwandeln ist, bedroht¹².

b. Entschädigung oder Buße. Der Verletzte hat einen Anspruch auf Schadensersatz¹³. Darüber, ob ihm ein Schade entstanden ist und wie hoch sich dieser beläuft, entscheidet freies richterliches Ermessen¹⁴. Nur bei der unbefugten öffentlichen Aufführung ist der Betrag der Entschädigung gesetzlich auf die gesammte Bruttoeinnahme von jeder Aufführung festgesetzt¹⁵.

Statt der Entschädigung kann dem Verletzten auf sein Verlangen neben einer erkannten Strafe eine Buße bis zum Betrage von 6000 Mark zuerkannt werden, die dann aber jeden weiteren Entschädigungsanspruch ausschließt¹⁶.

c. Einziehung. Die vorrätigen Nachdrucks- oder Nachbildungsexemplare und die zur widerrechtlichen Vervielfältigung ausschliesslich bestimmten Vorrichtungen unterliegen der Einziehung und sind nach rechtskräftig erkannter Einziehung entweder zu vernichten oder ihrer gefährdenden Form zu entkleiden¹⁷. Hierbei handelt es

¹² R.Ges. I § 18, 25, 54. Wegen Rückfalles findet nach § 23 keine Erhöhung der Strafe über dieses Mass statt. — Auf Unterlassung der Quellenangabe steht nur Geldstrafe bis zu 60 Mark, die nicht in Freiheitsstrafe umgewandelt werden kann. — Vgl. Wächter, Autorr. S. 241 ff., 336, Urheberr. S. 242 ff., Dambach in Holtzendorff's Handb. des Strafr. III 1022 ff., v. Liszt, Strafr. § 124—125.

¹³ R.Ges. I § 18, 20, 25, 43, 45, 54, II § 16.

¹⁴ R.Ges. I § 19. Dies ist nach C.Pr.O. § 260 keine Besonderheit mehr. Vgl. übrigens Wächter, Autorr. S. 236 ff., Urheberr. S. 236 ff.; über das ältere Recht Verlagsr. S. 666 ff. u. Klostermann, Geist. Eigth. S. 425 ff.

¹⁵ R.Ges. I § 55. Ist das Werk in Verbindung mit anderen Werken aufgeführt, so tritt ein verhältnissmäßiger Theil der Einnahme an die Stelle. Wenn die Einnahme nicht zu ermitteln oder eine solche nicht vorhanden ist, entscheidet auch hier freies richterliches Ermessen. — Vgl. Wächter, Autorr. S. 334 ff., Daude S. 97 ff., Scheele S. 148 ff., R.O.H.G. X 116.

¹⁶ R.Ges. I § 18 Abs. 3—4. Auch im Falle unbefugter öffentlicher Aufführung; R.Ger. in Str.S. I Nr. 158, VI Nr. 131. — Vgl. Wächter, Autorr. S. 248 ff. u. 336 Anm. 32, Urheberr. S. 246 ff., Stobbe III 433 u. 434, Scheele S. 76 ff. — Ueber die Natur dieser Buße ist im Obligationenrecht zu handeln.

¹⁷ R.Ges. I § 21, 25, 43, 45, II § 16. Vgl. Klostermann, Geist. Eigth. S. 415 ff. u. b. Endemann II 249 ff., Wächter, Autorr. S. 255 ff., Urheberr. S. 253 ff., Dambach, Urheberr. S. 151 ff., Endemann S. 50 ff., Stobbe III 433 ff., Daude S. 61 ff., Scheele S. 84 ff., Schuster S. 276 ff. und über das Oesterr. R. S. 264 ff. — Die Einziehung bezieht sich auf Formen, Platten, Steine, Stereotypabgüsse u. s. w., nicht aber auf den zerlegbaren gewöhnlichen Drucksatz. — Bei unbefugter öffentlicher Aufführung ist die Einziehung der Vorrichtungen vom Gesetze nicht vorgesehen, hierdurch aber eine Beschlagnahme zur Sicherung nicht ausgeschlossen; Wächter, Autorr. S. 336, Daude S. 99 ff.

sich nicht um eine strafrechtliche Konfiskation, sondern um einen rein privatrechtlichen Anspruch des Urhebers oder seines Rechtsnachfolgers auf Sicherung¹⁸. Darum darf der Eingriff in das Eigentum an den gefährdenden Gegenständen nicht weiter erstreckt werden, als dies der Sicherungszweck erheischt¹⁹. Auch ist die Einziehung nur statthaft, so lange sich die Gegenstände im Eigentum Jemandes befinden, dem sie eine verbotene Vervielfältigung oder Verbreitung ermöglichen²⁰. Andererseits steht es dem Berechtigten frei, die Gegenstände ganz oder theilweise gegen Ersatz der Herstellungskosten zu übernehmen, insofern nicht die Rechte eines Dritten dadurch verletzt oder gefährdet werden²¹.

2. Verschulden. Strafe wie Entschädigungspflicht treten nur im Falle eines Verschuldens ein. Den gewerbemäßigen Verbreiter treffen sie nur bei vorsätzlicher Urheberrechtsverletzung²². Bei den übrigen Urheberrechtsverletzungen genügt Fahrlässigkeit²³. Doch fällt die Strafe weg, wenn der Thäter auf Grund eines entschuldbaren thatsächlichen oder rechtlichen Irrthums in gutem Glauben gehandelt hat²⁴.

Auch die schuldlose Urheberrechtsverletzung bleibt aber keineswegs ohne Rechtsfolgen. Vielmehr steht dem Verletzten in jedem Falle der Anspruch auf Anerkennung seines Rechtes und auf

¹⁸ A. M. Klostermann a. a. O.; vgl. aber die übrigen in Anm. 17 genannten Schriftsteller, auch R.Ges. I § 26 Abs. 2.

¹⁹ Ist eine Unschädlichmachung ohne Vernichtung ausführbar, so ist sie vorzunehmen; die Gegenstände sind dann dem Eigenthümer zurückzugeben. Bei bloß partiellem Nachdruck oder partieller Nachbildung erstreckt sich die Einziehung nur auf den gefährdenden Theil. R.Ges. I § 21 Abs. 1—2.

²⁰ Das R.Ges. I § 21 Abs. 3—4 verordnet die Einziehung gegen den Veranstalter des Nachdrucks, den Veranlasser, den Drucker, den Sortimentsbuchhändler, den gewerbsmäßigen Verbreiter und die Erben des Veranstalters oder Veranlassers. Keiner Einziehung unterliegen insbesondere die in das Eigentum von Genießern übergebenen Exemplare.

²¹ R.Ges. I § 21 Abs. 5. Dies ist ein singuläres Aneignungsrecht, das dem Berechtigten zu seiner Sicherung gewährt ist, aber über seinen Zweck hinausreicht. Man darf es nicht mit Klostermann, Geist. Eigth. S. 415 ff., aus einem kraft Urheberschaft von Rechtswegen eintretenden Eigentumserwerbe herleiten.

²² R.Ges. I § 25 Abs. 1.

²³ R.Ges. I § 18 Abs. 1, § 20 Abs. 1, § 24 Abs. 1, § 54, II § 16.

²⁴ R.Ges. I § 18 Abs. 2. Diese Straffreiheit geht im Falle des Rechtsirrtums über das — freilich sehr bestrittene — Maß hinaus, in dem sonst der Rechtsirrtum von Strafe befreit; mit der Strafe fällt auch die Buße, nicht aber die Entschädigung weg. Vgl. Wächter, Antorr. S. 221, Urheberr. S. 224, Klostermann, Urheberr. S. 97, Dam'bach S. 136 ff., Daude S. 57; R.Ger. in Str.S. X Nr. 118, XV Nr. 126.

Beseitigung vorhandener und Unterlassung künftiger Störungen zu²⁵. Darum erfolgt die Einziehung der Exemplare und Vorrichtungen auch im Falle schuldloser Urheberrechtsverletzung und gegen schuldlose Eigenthümer²⁶. Ueberdies haftet der Veranstalter eines Nachdruckes oder einer verbotenen Nachbildung, wenn ihn kein Verschulden trifft, dem Urheber oder seinem Rechtsnachfolger für den entstandenen Schaden trotzdem bis zur Höhe seiner Bereicherung, der Veranstalter einer unbefugten öffentlichen Aufführung sogar unbedingt auf Höhe seiner Bereicherung²⁷.

3. Thäter. Die Rechtsfolgen der Urheberrechtsverletzung treffen in den Fällen des Nachdruckes, der verbotenen Nachbildung und der unbefugten öffentlichen Aufführung nicht blos den Veranstalter, sondern auch den Veranlasser²⁸. Haben Beide schuldhaft gehandelt, so haften sie dem Berechtigten solidarisch²⁹. Auch die übrigen Theilnehmer an einem Urheberrechtsdelikte sind nach allgemeinen Grundsätzen strafbar und ersatzpflichtig³⁰. Sind mehrere Betheiligte zu einer Buße verurtheilt, so haften sie für die Buße stets als Gesamtschuldner³¹.

4. Versuch. Strafe und Entschädigungspflicht knüpfen sich nur an die vollendete Urheberrechtsverletzung. Der Nachdruck oder die verbotene Nachbildung sind aber bereits vollendet, wenn ein Exemplar im In- oder Auslande rechtswidrig hergestellt ist³². Die

²⁵ Was oben S. 815 unter I gesagt ist, gilt natürlich auch gegenüber allen ausdrücklich verbotenen Eingriffen in das Urheberrecht.

²⁶ R.Ges. I § 21 Abs. 4 u. oben Anm. 20.

²⁷ R.Ges. I § 18 Abs. 6 u. § 55 Abs. 4; dazu R.Ger. XII Nr. 23 (auch wer durch einen nicht von ihm selbst, aber von einem Anderen in seinem Namen und für seine Rechnung veranstalteten Nachdruck bereichert ist, haftet); R.O.H.G. XXII Nr. 80 (Bereicherung aus Aufführung). Vgl. Endemann S. 85, Dambach S. 148, 251, Wächter, Autorr. S. 222, 233, 335 ff., Urheberr. S. 232 ff., Schuster S. 276, Scheele S. 77 ff. u. 149.

²⁸ R.Ges. I § 20 Abs. 1 u. § 54 Abs. 2; Wächter, Autorr. S. 232 ff. u. 334, Urheberr. S. 232 ff.

²⁹ R.Ges. I § 20 Abs. 2.

³⁰ R.Ges. I § 20 Abs. 3. Hiernach sind Gehülfen und Begünstiger im Falle des Verschuldens ersatzpflichtig und zwar solidarisch. — Der gewerbemäßige Verbreiter haftet nicht als Gehülfe, sondern aus einem eignen Delikte, somit auch nicht solidarisch mit dem Veranstalter oder Veranlasser des Nachdruckes oder der Nachbildung; der Veranstalter und Veranlasser können aber, wenn sie als solche haftfrei sind, als Verbreiter strafbar und entschädigungspflichtig sein; R.Ges. I § 25 Abs. 3.

³¹ R.Ges. I § 18 Abs. 4.

³² R.Ges. I § 22. Es muß aber ein zur Verbreitung geeignetes vollständiges Exemplar hergestellt sein; Endemann S. 53 ff., Wächter, Autorr. S. 223 ff.,

Einziehung der Nachdrucks- oder Nachbildungsvorrichtungen erfolgt auch im Falle des bloßen Versuches⁸³.

IV. Verfahren⁸⁴. Die Verfolgung der Urheberrechtsverletzungen findet bei den ordentlichen Gerichten im Wege des Strafprozesses oder des Civilprozesses statt⁸⁵. Das gerichtliche Strafverfahren wird nur auf Antrag des Verletzten eingeleitet⁸⁶. Berechtigter zur Verfolgung ist Jeder, der in seinem Urheberrechte oder seinem aus dem Urheberrechte abgeleiteten ausschließlichen Rechte beeinträchtigt oder gefährdet ist⁸⁷.

V. Sachverständigenvereine. In allen Staaten des deutschen Reiches bestehen litterarische, musikalische und künstlerische Sachverständigenvereine⁸⁸, die als öffentlich bestellte Kollegien auf Erfordern des Richters Gutachten über technische Fragen abzugeben haben⁸⁹ und überdies befugt sind, auf Anrufen der Beteiligten über streitige Entschädigungsansprüche und die Einziehung von Exemplaren

Urheherr. S. 225 ff., Dambach S. 157, Stobbe III 431. Unrichtig Klostermann, Urheherr. S. 35: schon die Herstellung eines Druckbogens sei vollendeter partieller Nachdruck. — Ueber Versuch unbefugter Aufführung vgl. Daude S. 99, Scheele S. 146. — Ueber das ältere Recht Wächter, Verlagsr. S. 507, 612 ff., Klostermann, Geist. Eigth. S. 400 ff.; über das österr. R. Schuster S. 263 ff.

⁸³ R.Ges. I § 22 Abs. 2.

⁸⁴ R.Ges. I § 26--32, 43, 45, 56, II § 16; Wächter, Autorr. S. 267 ff., 337 ff., Daude S. 66 ff., 86 ff., 100 ff., 127 ff. — Das Nähere gehört ins Prozeßrecht.

⁸⁵ Auf Strafe und auf Buße kann nur der Strafrichter erkennen; wer eine Buße fordert, muß sich gemäß Str.Pr.O. § 443—446 der öffentlichen Klage als Nebenkläger anschließen. Auf bloße Entschädigung erkennt der Civilrichter. Die Einziehung kann sowohl im Strafrechtswege beantragt, wie im Civilrechtswege verfolgt werden; R.Ges. I § 26 Abs. 2.

⁸⁶ R.Ges. I § 25. Der Antrag kann bis zur Verkündigung eines Strafurtheiles zurückgenommen werden. Das Antragsrecht erlischt mit Ablauf von drei Monaten nach erlangter Kenntniß von dem Vergehen und der Person des Thäters; § 35.

⁸⁷ R.Ges. I § 28 u. dazu oben § 88 Anm. 24—26. Eine Legitimation zum Antrage und zur Klage wird durch die oben § 86 Anm. 76—78 besprochene Legitimation zur Geltendmachung der Urheberrechte begründet.

⁸⁸ R.Ges. I § 31, 49, II § 16 Abs. 2; Instruktionen des Bundeskanzleramtes v. 12. Dez. 1870 u. des Reichskanzleramtes v. 29. Febr. 1876, mit Abänderungen v. 16. Juli 1879 u. 25. Okt. 1882 (b. Daude S. 72 ff. u. 231 ff.). Den litterarischen Sachverständigenvereinen gehören Gelehrte, Schriftsteller, Buchhändler und andere geeignete Personen, den musikalischen Komponisten, Musikverständige und Musikalienhändler, den künstlerischen Künstler verschiedener Kunstzweige, Kunsthändler, Kunstgewerbetreibende und andere Kunstverständige an.

⁸⁹ Der Richter braucht ein Gutachten nicht einzuholen und wird durch das Gutachten nicht gebunden; er kann auch andere Sachverständige befragen; R.Ges. I § 30.

oder Vorrichtungen als Schiedsrichter zu verhandeln und zu entscheiden⁴⁰.

VI. Verjährung⁴¹. Die Strafverfolgung der Urheberrechtsverletzungen und die Klagen auf Entschädigung aus solchen mit Einschluß der Bereicherungsklage verjähren in drei Jahren⁴². Der Lauf der Verjährung beginnt bei Nachdruck und verbotener Nachbildung mit dem Tage der ersten Verbreitung, bei unbefugter gewerblicher Verbreitung mit dem Tage der letzten Verbreitung, bei unbefugter öffentlicher Aufführung mit dem Tage der Aufführung⁴³. Ueber die Unterbrechung der Verjährung entscheiden die allgemeinen Rechtsätze⁴⁴. Keiner Verjährung unterliegt der Anspruch auf Einziehung von Exemplaren und Vorrichtungen⁴⁵.

§ 90. Beendigung des litterarischen und künstlerischen Urheberrechts.

I. Zeitablauf. Das Urheberrecht hat eine zeitlich begrenzte Lebensdauer¹. Es erlischt daher durch Zeitablauf. Mit ihm erlöschen alle aus ihm abgeleiteten Rechte. Das Geisteswerk, an dem es bestand, wird somit Gemeingut².

1. Regelmäßige Dauer. Der Regel nach besteht das Urheberrecht während der Lebensdauer des Urhebers und dreißig Jahre nach seinem Tode³. Das Todesjahr wird hierbei nicht einge-

⁴⁰ R.Ges. I § 31 Abs. 2.

⁴¹ R.Ges. I § 33—34 u. 37—38, 43, 45, 56, II § 16; Wächter, Autorr. S. 286 ff., Urheberr. S. 269 ff., Daude S. 76 ff., 101, 127, Scheele S. 105 ff.

⁴² Die Strafverfolgung wegen Unterlassung der Quellenangabe verjährt schon in drei Monaten seit dem Tage der ersten Verbreitung des Abdrucks; R.Ges. I § 37.

⁴³ Wegen jeder Aufführung läuft eine besondere Verjährung; R.O.H.G. XXIV 281.

⁴⁴ R.Ges. I § 38. Die Verjährung der Entschädigungsklage wird durch Einleitung des Strafverfahrens und die Verjährung der Strafverfolgung durch Anstellung der Entschädigungsklage nicht unterbrochen.

⁴⁵ R.Ges. I § 36. Der Anspruch erlischt jedoch, sobald das Urheberrecht selbst erlischt.

¹ Oben § 85 III 7 e S. 768. Dazu Wächter, Verlagsr. S. 426 ff., Autorr. S. 198 ff., 297 ff., 327 ff., Urheberr. S. 125 ff.; Klostermann, Geist. Eigth. S. 268 ff., Urheberr. S. 159 ff., b. Endemann II 270 ff.; Harum S. 176 ff.; Dambach S. 99 ff.; Anders S. 262 ff.; Stobbe § 162 II; Daude S. 37 ff., 93 ff., 113 ff.; Osterrieth S. 52 ff. u. 95 ff.; Schuster S. 288 ff.

² Der Urheber selbst, sofern das Urheberrecht ausnahmsweise bei seinen Lebzeiten erlischt, und seine Erben und Rechtsnachfolger üben nunmehr, falls sie solche Handlungen, wie sie ihnen bisher kraft Urheberrechtes zustanden, fernerhin vornehmen, nicht mehr Urheberrecht, sondern die allgemeine Freiheit des Gemeingebrauches aus.

³ R.Ges. I § 8, § 52 Abs. 1, II § 9 Abs. 1. — Uebereinstimmend Oesterr.

rechnet⁴. Im Falle der Miturheberschaft erlischt das zur gesammten Hand erworbene Urheberrecht erst dreißig Jahre nach dem Tode des lebenden Miturhebers⁵. Diese regelmäßige Dauer des Urheberrechtes ist unabhängig davon, ob das Werk unveröffentlicht oder ob und wann es veröffentlicht ist. Folgerichtig läßt daher das deutsche Recht auch an posthumen Werken das Urheberrecht dreißig Jahre nach dem Tode des Urhebers erlöschen⁶. Bei veröffentlichten Werken ist jedoch die regelmäßige Dauer des Urheberrechtes dadurch bedingt, daß das Werk als ein gehörig benanntes Werk veröffentlicht oder rechtzeitig in ein solches umgewandelt ist⁷.

Pat. § 13 u. Entw. II § 43 Abs. 1, Schweiz. Ges. Art. 2 Abs. 1. Dagegen beträgt die regelmäßige Schutzfrist nach Französ. Ges. v. 14. Juli 1866 Art. 1, Ungar. § 11, Dän. Ges. v. 21. Febr. 1868, Schwed. Ges. v. 1877 Art. 7, Norweg. v. 1876 § 7, Russ. § 2, Portug. Gb. Art. 579 u. Belg. Ges. Art. 2 fünfzig und nach Span. Ges. Art. 6 sogar achtzig Jahre nach dem Tode. — Abweichende Systeme gelten nach engl. u. niederländ. R. (Minimalfristen von 42 resp. 50 Jahren seit dem Erscheinen und Verlängerungen im Falle längerer Lebensdauer), amerikan. R. (vgl. Osterrieth S. 53 Anm. 239), Italien. Ges. Art. 9 (40 Jahre oder längere Lebenszeit, dann aber noch 40 Jahre lang Anspruch auf fünf Prozent des Ertrages) und anderen Ges. (vgl. Osterrieth a. a. O.). — Zeitlich unbeschränkt ist das Urheberrecht der Regel nach in Mexiko, Guatemala u. Venezuela (Osterrieth a. a. O. 52 Anm. 231). — Verlängerung der Schutzfrist durch Privileg ist noch nach dem Oesterr. Pat. § 17 zulässig, nach deut. R. unzulässig (vgl. oben § 86 Anm. 90). — Ueber das ältere deut. R. vgl. Wächter, Verlagsr. S. 426 ff., Klostermann, Geist. Eigth. S. 268 ff., Anders S. 285 Anm. 100.

⁴ R.Ges. I § 16, II § 13.

⁵ R.Ges. I § 9 Abs. 1 u. dazu oben § 86 Anm. 64 u. Anm. 70. Dagegen erlischt das Miturheberrecht nach dem Oesterr. Pat. § 14 litt. c 30 Jahre (nach Entw. II § 43 Abs. 3 40 Jahre) nach dem Erscheinen. — Gesonderte Urheberrechte an Bestandtheilen desselben Werkes oder an dem Ganzen und den Theilen eines Werkes haben ein jedes seine besondere Dauer; R.Ges. I § 9 Abs. 2, oben § 86 Anm. 69 u. 72.

⁶ R.Ges. I § 12, § 52 Abs. 1 u. 2, II § 11; oben § 86 Anm. 54. Ebenso Oesterr. Entw. II § 43 Abs. 1 (jedoch bei Werken, die in den letzten 5 Jahren der Schutzfrist erschienen sind, erst 5 Jahre nach dem Erscheinen). Vgl. Ungar. Ges. § 14 (50 Jahre nach dem Tode, aber bei Werken, die in den letzten 5 Jahren erschienen sind, noch 5 Jahre). — Anders natürlich die Gesetze, die dem Herausgeber oder dem Eigenthümer von Inedita ein Urheberrecht zuschreiben; vgl. oben § 86 Anm. 55 u. 60. Aber auch Gesetze, die nicht auf diesem Standpunkte stehen, gewähren für posthume Werke eine vom Erscheinen an berechnete Schutzfrist; so ehemals der B.B. v. 19. Juni 1845 u. jetzt das Oesterr. Pat. § 14 litt. d. u. das Schweiz. Ges. Art. 2 (vgl. jedoch Art. 3) eine Frist von 30, das Norweg. Ges. § 10, Schwed. § 8, Russ. § 3 u. Portug. Art. 585 eine Frist von 50 Jahren seit dem Erscheinen. Die deut. Regierungsvorlage v. 1870 § 12 wollte 30 Jahre nach dem Erscheinen, aber nur im Falle des Erscheinens vor Ablauf von 30 Jahren nach dem Tode schützen.

⁷ Hierüber oben § 86 Anm. 73.—75.

2. Verkürzte Dauer. Eine abgekürzte Lebensdauer von dreißig Jahren seit der Veröffentlichung des Werkes haben die Urheberrechte von Verbandspersonen⁸ und die Urheberrechte an anonymen und pseudonymen Werken⁹. Das Kalenderjahr des ersten Erscheinens wird in diesen Zeitraum nicht eingerechnet¹⁰. Wird ein Werk in mehreren Bänden oder Abtheilungen herausgegeben, so läuft die Frist für jeden Band oder jede Abtheilung besonders; nur wenn das Werk in solchen Theilen eine einzige Aufgabe behandelt und ein in sich zusammenhängendes Ganze bildet, genießt es einer einheitlichen Schutzfrist, die erst von dem Erscheinen des letzten Stückes an berechnet wird; doch wird dieser Zusammenhang durch jede mehr als dreijährige Pause zwischen dem Erscheinen eines Stückes und seiner Fortsetzung unterbrochen¹¹.

3. Verkürzte Dauer einzelner Befugnisse. Im All-

⁸ R.Ges. I § 13. Ebenso Schweiz. Ges. Art. 2 Abs. 2, Ungar. Ges. § 15, Oesterr. Pat. § 15 (jedoch 50 Jahre für gewisse privilegierte Verbandspersonen) u. Entw. II § 46 (ohne diese Verlängerung). Nach norweg., schwed., russ., portug. u. belg. R. gilt eine Schutzfrist von 50 Jahren, nach Ital. Ges. Art. 11 nur eine solche von 20 Jahren. In Frankreich neigt man zur Annahme einer ewigen Dauer; Pouillet Nr. 150 ff.

⁹ R.Ges. I § 11 Abs. 3, § 52 Abs. 1 u. 2, II § 9 Abs. 3. — Erscheint aber ein posthumes Werk anonym oder pseudonym, so kann der Schutz nie länger als 30 Jahre nach dem Tode dauern; Wächter, Autorr. S. 146; unrichtig Endemann S. 35.

¹⁰ R.Ges. I § 16 u. § 52 Abs. 1, II § 13. Doch läuft nach R.Ges. I § 52 Abs. 2 die dreißigjährige Schutzfrist eines zuerst durch Aufführung veröffentlichten anonymen oder pseudonymen Werkes gegen unbefugte Aufführung „vom Tage der ersten rechtmäßigen Aufführung“ an. Zweifelhafte bleibt, ob in einem solchen Falle die dreißigjährige Schutzfrist gegen Nachdruck gleichfalls von dem Aufführungstage an laufen oder ob das Werk in dieser Richtung als unveröffentlicht gelten und daher im Falle späterer anonymer oder pseudonymer Herausgabe noch 30 Jahre seit dem Ablaufe des Herausgabjahres geschützt sein soll. Mit Rücksicht auf § 52 Abs. 1 u. 3, auf die im Gesetze beabsichtigte Gleichmachung der Schutzfristen gegen Nachdruck und unbefugte Aufführung und auf die Natur der öffentlichen Aufführung als „Veröffentlichung“ (oben § 87 Anm. 14) muß man sich für die erste Alternative entscheiden. Anders Wächter, Autorr. S. 327 ff. — Bei einem Werke der bildenden Kunst wird auch durch anonyme oder pseudonyme öffentliche Ausstellung die dreißigjährige Frist in Lauf gesetzt, wofür hier auch der Wortlaut des Gesetzes (§ 9 u. bes. § 18) deutlich spricht. A. M. Klostermann, Urheherr. S. 166, Wächter, Urheherr. S. 137. Aber soll es denn für immer ungewiß bleiben, ob ein in einem Museum ausgehängtes namenloses Bild, dessen Urheber Niemand kennt, nachgebildet werden darf?

¹¹ R.Ges. I § 14, II § 10; ebenso Oesterr. Pat. § 16 u. Entw. II § 51. Vgl. Wächter, Autorr. S. 148 ff., Urheherr. S. 135 ff., Dambach S. 120 ff., Scheele S. 65 ff.

gemeinen bleibt dem Urheberrechte, soweit es nicht durch Veröffentlichung des Geisteswerkes überhaupt abgeschwächt wird oder durch vorbehaltlose Veröffentlichung eine Einbuße erleidet, während der ganzen Dauer seines Bestandes sein voller Inhalt gewahrt. Hiervon bestehen jedoch zwei Ausnahmen, indem einerseits bei veröffentlichten Schriftwerken das ausschließliche Uebersetzungsrecht des Urhebers in kürzerer Frist erlischt¹², andererseits bei Kunstwerken der Urheber sich das ausschließliche Recht der Nachbildung an gewerblichen Erzeugnissen von dem Augenblicke an, in dem er einmal eine solche Nachbildung gestattet hat, nur noch während der für den Muster- und Modellschutz gewährten kürzeren Frist erhalten kann¹³. Im Uebrigen ist die Wiedergabe in jeder Art von Bearbeitung oder Nachbildung, soweit sie überhaupt zum Inhalte des Urheberrechtes gehört, dem Urheber oder seinem Rechtsnachfolger während der ganzen Dauer des Urheberrechtes vorbehalten¹⁴. Insbesondere aber ist die kürzere Dauer des urheberrechtlichen Aufführungsrechtes, das nach dem älteren deutschen Rechte nur zehn Jahre nach dem Tode des Urhebers währte¹⁵, aus dem geltenden deutschen Rechte verschwunden¹⁶.

4. Gesetzliche Abänderung der Dauer. Im Zweifel richtet sich die Dauer jedes Urheberrechtes nach den zur Zeit seiner Begründung geltenden Rechtssätzen. Ziemlich allgemein haben jedoch die neueren Gesetze den von ihnen eingeführten Verlängerungen der Dauer des Urheberrechtes oder einzelner urheberrechtlicher Befugnisse

¹² R.Ges. I § 15—16, Berner Uebereink. Art. 5 u. oben § 87 III 2 S. 797 ff.

¹³ R.Ges. II § 14 u. oben § 87 Anm. 75 S. 802.

¹⁴ Dagegen läßt das Oesterr. R. das ausschließliche Recht des Tondichters auf Herausgabe von Arrangements seines Tonwerkes schon ein Jahr nach Ablauf des Erscheinensjahres der Originalkomposition erlöschen; Pat. § 6. (Entw. II § 48 will eine Schutzfrist von 10 Jahren an die Stelle setzen; Entw. I § 41 Abs. 2 wollte eine Schutzfrist von 5 Jahren seit der rechtmäßigen Herausgabe eines Arrangements einführen und Aehnliches für ein vorbehaltenes Dramatisierungsrecht bestimmen.) Ferner will der Oesterr. Entw. II § 49 das ausschließliche Recht der Nachbildung eines Kunstwerkes „mittels eines Kunstverfahrens“ mit dem Tode des Urhebers erlöschen lassen. — Das Preufs. Ges. v. 1837 § 26—28 gestand dem ausschließlichen Vervielfältigungsrechte an Kunstwerken regelmäßig nur eine zehnjährige Dauer zu.

¹⁵ So nach Preufs. Ges. v. 1837 § 32, Sächs. v. 1846 § 1, Bayr. v. 1867 Art. 42 u. B.B. v. 12. Apr. 1857; der B.B. v. 22. Apr. 1841 Art. 2 hatte das Aufführungsrecht nur für 10 Jahre seit der ersten rechtmäßigen Aufführung gegeben.

¹⁶ Dagegen gilt sie noch nach Oesterr. Pat. § 22; Entw. I § 40 wollte 20 Jahre an die Stelle setzen, Entw. II § 43 will diese Ausnahme von der dreißigjährigen Frist beseitigen.

rückwirkende Kraft beigelegt und hierdurch sogar schon erloschene Urheberrechte wieder ins Leben gerufen¹⁷. Die deutschen Reichsgesetze haben umgekehrt auch die in ihnen enthaltenen Verkürzungen urheberrechtlicher Schutzfristen mit rückwirkender Kraft ausgestattet¹⁸.

II. Sonstige Erlöschungsgründe. Vor der Zeit erlischt das Urheberrecht durch Verzicht¹⁹ und durch erblosen Tod²⁰. In beiden Fällen bleiben jedoch die aus dem Urheberrechte abgeleiteten absoluten Rechte bis zu dem Zeitpunkte bestehen, in dem das Urheberrecht ohne den Dazwischentritt dieser Erlöschungsgründe sein Ende gefunden hätte²¹. Andererseits endigen durch Verzicht und erblosen Tod auch die aus dem Urheberrechte abgeleiteten Rechte²².

¹⁷ Vgl. hierüber und über die daraus entstandene Streitfrage hinsichtlich der Dauer der aus dem Urheberrechte abgeleiteten Aufführungsrechte Dritter oben § 24 Anm. 9.

¹⁸ Vgl. oben § 24 Anm. 8. Hiervon sind insbesondere die Urheberrechte an posthumen Werken betroffen; vgl. R.Ges. I § 12 u. II § 11 mit dem B.B. v. 19. Juni 1845 (oben Anm. 6). Außerdem zum Theil das Uebersetzungsrecht an Schriftwerken, das nach dem früheren preuß., sächs., braunsch. u. weimar. Recht die gleiche Dauer wie das Urheberrecht überhaupt hatte; doch hat in dieser Hinsicht das R.Ges. I § 59 den landesgesetzlichen Vorschriften über die Förmlichkeiten des Vorbehaltes des Uebersetzungsrechtes und über die für das Erscheinen der ersten Uebersetzung maßgebenden Fristen fortdauernde Anwendung auf früher erschienene Schriftwerke gesichert.

¹⁹ Der Verzicht kann ausdrücklich oder stillschweigend erklärt werden, muß aber, um das Werk zum Gemeingut zu machen, irgendwie zu öffentlicher Kunde gebracht sein. Verzicht auf die Geltendmachung des Urheberrechts gegen bestimmte Personen hat keine dingliche Wirkung. Vgl. Wächter, Autorr. S. 159 ff., Urheberr. S. 152 ff., Scheele S. 23.

²⁰ R.Ges. I § 17, 43, 45, 52 Abs. 1, II § 15. Gleichzustellen ist die Auflösung einer berechtigten Verbandsperson. — Andere Erlöschungsgründe kennt das deutsche Recht nicht. So nicht die Verwirkung durch Nichtgebrauch oder die staatliche Entziehung, wie sie ältere Gesetze und noch jetzt manche ausländische Gesetze kennen; Anders S. 146 ff., Schuster S. 310 ff. Ebenso wenig den Verlust durch vorbehaltlose Veräußerung oder Veröffentlichung eines Kunstwerkes, wie ihn für den ersten Fall das ältere preuß. Recht anordnete (oben § 88 Anm. 5), für den zweiten Fall das österr. Recht bestimmt (oben § 87 Anm. 64). — Der Untergang des Geisteswerkes ist nicht mit Wächter, Autorr. S. 159 u. Urheberr. S. 151, als Erlöschungsgrund aufzuführen. Solange das Geisteswerk trotz Zerstörung seiner Verkörperung in irgend Jemandes Gedächtnis lebt, ist die Reproduktion aus dem Gedächtnis dem Urheber vorbehalten. Ist die Reproduktion unmöglich, so kann das Urheberrecht nicht ausgeübt werden, ist aber an sich nicht erloschen. Richtig Schuster S. 307.

²¹ Die relativen Rechte dagegen erlöschen, da sie kein selbständiges Dasein haben; die Handlungen, zu denen sie befugten, kann jetzt Jedermann vornehmen.

²² Für den Fall des erblosen Todes folgt dies aus den in Anm. 20 angef. Gesetzesbestimmungen.

Sie fallen indeß, so lange das Urheberrecht besteht, niemals ins Freie, sondern an ihr Mutterrecht zurück²⁰.

§ 91. Das photographische Urheberrecht¹.

I. Ueberhaupt. Die photographische Aufnahme ist kein künstlerisches, sondern ein technisches Verfahren. Eine Photographie kann daher zwar unter Umständen vermöge einer ihre Herstellung begleitenden künstlerischen Thätigkeit, wie sie sich namentlich in dem zu Grunde liegenden Arrangement offenbaren kann, als ein Werk der bildenden Künste erscheinen. Regelmäßig aber sind Photographien keine originalen geistigen Schöpfungen, sondern gewerbliche Erzeugnisse, die ein auf mechanischem Wege hergestelltes Abbild eines Naturgegenstandes oder eines Menschenwerkes darbieten.

Mangels einer besonderen gesetzlichen Bestimmung entsteht somit durch eine photographische Aufnahme ausnahmsweise ein künstlerisches Urheberrecht, regelmäßig dagegen überhaupt kein Urheberrecht. In diesem Sinne entschied sich ausdrücklich das Bayrische Gesetz vom 28. Juni 1865². Da jedoch einerseits die Grenze zwischen beiden Gattungen von Photographien unsicher ist³, andererseits auch Photographien ohne eignen künstlerischen Gehalt des Schutzes fähige und oft würdige individuelle Schöpfungen sind⁴, haben neuere Gesetze ein

²⁰ A. M. für den Fall einer vollständigen Uebertragung des Urheberrechtes Dambach S. 127 u. sogar für den Fall der Uebertragung einzelner Befugnissbegriffe Schuster, Wesen S. 30 ff., Tonkunst S. 308 ff. Vgl. dagegen Klostermann, Urheberr. S. 52, Wächter, Autorr. S. 163, Urheberr. S. 160. Aus der richtigen Auffassung der Uebertragung folgt der Rückfall von selbst; oben § 88 S. 809.

¹ Klostermann, Urheberrecht S. 78 ff. u. b. Endemann II 304 ff.; Wächter, Urheberr. S. 273 ff.; Daude S. 186 ff.; Scheele S. 215 ff.

² Art. 28 schützt Photographien, wenn sie als Werke der Kunst zu betrachten sind, in gleichem Umfange wie andere Kunstwerke; vgl. Mandry, Urheberr. S. 209 ff.

³ In Frankreich werden Photographien im weitesten Umfange als artistische Erzeugnisse anerkannt. In England (Zusammenstellung v. 1878 Art. 21) und Amerika genießen sie kraft Gesetzes durchweg volles Kunstwerksrecht.

⁴ Die Photographie eignet sich zum Persönlichkeitsgut, weil ihr der Verfertiger durch die Auswahl des Gegenstandes, durch dessen Aufnahme von dieser oder jener Seite oder in dieser oder jener Beleuchtung oder Entfernung und durch die Art der Erregung, Leitung und Ergänzung des chemisch-physikalischen Prozesses individuelle Züge aufprägt. Außerdem kommt in Betracht, daß auf die Originalaufnahme vielfach Mühe und Kosten verwandt werden, durch deren Ersparung ein Nachbildner einen unbilligen Vortheil im Wettbewerbe hätte. Man denke z. B. an die Aufnahme von entlegenen Landschaften, Straßenszenen, schwer zugänglichen Kunstwerken u. s. w.

einheitliches und eigenartiges photographisches Urheberrecht eingeführt. Zum Theil wird dasselbe als eine Abart des künstlerischen Urheberrechtes behandelt⁵. In Deutschland dagegen ist es durch das Reichsgesetz v. 10. Januar 1876 als ein besonderes Urheberrecht ausgestaltet, das zwar dem künstlerischen Urheberrechte nachgebildet ist, überwiegend jedoch als ein gewerbliches Urheberrecht von wesentlich abweichender Art erscheint⁶.

II. Begründung.

1. Objektive Voraussetzungen. Erforderlich ist ein durch Photographie hergestelltes Werk⁷. Der Photographie steht jedoch jedes ihr ähnliche Verfahren gleich⁸. Ob das Werk die Merkmale eines Kunstwerkes trägt oder nicht, ist gleichgültig⁹. Auch kommt nichts darauf an, ob es ästhetische, wissenschaftliche oder praktische Bedürfnisse befriedigen soll. Ebenso macht es keinen Unterschied, ob die Photographie nach der Natur oder nach einem Geisteswerke aufgenommen ist. Doch entsteht aus der Photographie eines Werkes, an dem noch ein Urheberrecht besteht, niemals ein selbständiges Urheberrecht¹⁰. Vielmehr genießt eine solche Photographie nur desjenigen Schutzes, den ihr ein aus dem Urheberrechte am Originale abgeleitetes Recht verschafft¹¹.

⁵ So im Schweizer. Ges. v. 23. Apr. 1883 Art. 9; vgl. Orelli S. 67 ff.

⁶ Aehnlich ein Dän. Ges. v. 24. März 1865 u. ein Norweg. Ges. v. 12. Mai 1877. Das Ungar. Ges. v. 1884 handelt in einem bes. Kap. VI vom Schutz der Photographien. Der Oesterr. Entw. I u. II will zwar das photographische Urheberrecht in Verbindung mit dem litterarischen und künstlerischen regeln, ihm aber (schon in der Ueberschrift) die Stellung einer besonderen Urheberrechtsart anweisen und in der Sache meist dem deutschen Vorbilde folgen.

⁷ R.Ges. § 1. Nach § 12 findet aber das Gesetz auf eine vor dem 1. Juli 1876 angefertigte photographische Aufnahme nur Anwendung, wenn die erste rechtmäßige Vervielfältigung erst nach diesem Tage erschienen ist.

⁸ R.Ges. § 11. Dieses ist jedes technische Verfahren, das durch Einwirkung des Lichtes ein Abbild hervorbringt. Vgl. Scheele S. 234 ff. Dazu Oesterr. Entw. II § 4 Abs. 2.

⁹ Auch im ersteren Falle entsteht also ein photographisches, kein künstlerisches Urheberrecht. Doch ist für Bayern gemäß R.Ges. § 12 Abs. 2 das auf Grund des Bayr. Ges. v. 1865 (oben Anm. 2) vor dem 1. Juli 1876 begründete künstlerische Urheberrecht an Werken der Photographie in Kraft geblieben.

¹⁰ R.Ges. § 1 Abs. 2; Scheele S. 219 ff.

¹¹ Somit eines Schutzes gegen Dritte nur, sofern ihrem Verfertiger ein aus dem Urheberrechte am Originale abgeleitetes absolutes Recht übertragen ist. Dagegen ist der Photograph nicht nur dann, wenn er die Photographie unbefugt, sondern auch dann, wenn er sie kraft eines bloß relativen Rechtes angefertigt hat, gegen Nachbildung seines Werkes ungeschützt; Schutz kann ihm im letzteren Falle nur der Urheber des Originales verschaffen. Vgl. Wächter a. a. O. S. 278 ff. —

2. **Subjektive Voraussetzungen.** Auch dieses Urheberrecht kommt in der Person des Schöpfers des Werkes und nur in ihr zur Entstehung¹². Bei photographischen Bildnissen geht es in gleicher Weise wie bei künstlerischen Porträts auch ohne Vertrag auf den Besteller über¹³. Der Verfertiger des photographischen Werkes muß jedoch, um ein vom deutschen Rechte anerkanntes photographisches Urheberrecht zu erwerben, Inländer sein¹⁴. Photographische Erzeugnisse von Ausländern werden nur auf Grund völkerrechtlicher Verträge geschützt. Solche Verträge hat jedoch das Deutsche Reich bisher nicht abgeschlossen¹⁵.

3. **Begründungsakt.** Das photographische Urheberrecht wird durch die Verfertigung einer photographischen Aufnahme begründet, besteht jedoch nur fort, wenn jede rechtmäßige photo-

Angemessener will der Oesterr. Entw. II § 42 nur bestimmen, daß insoweit, als Werke der Photographie obnehin als Nachbildungen von Werken der Litteratur oder Kunst oder als Bestandtheile litterarischer Werke geschützt sind, die besonderen Bestimmungen über den photographischen Urheberrechtsschutz keine Anwendung finden.

¹² R.Ges. § 1. Zweifellos reicht indess die Möglichkeit, sich zur Verfertigung von photographischen Aufnahmen eines Gehülfen zu bedienen, sehr viel weiter, als die entsprechende Möglichkeit bei der Herstellung von Kunstwerken. In Anbetracht der gewerblichen Natur des photographischen Urheberrechtes wird man als geltendes deutsches Recht anzusehen haben, was der Oesterr. Entw. II § 12 ausdrücklich bestimmen will: „Bei gewerbsmäßig hergestellten Photographien stehen die Rechte des Urhebers dem Inhaber des Gewerbes zu“.

¹³ R.Ges. § 7; R.Ger. in Str.S. II Nr. 246, XV Nr. 77. Die Bestimmung erreicht ihren Zweck hier bei der bloß fünfjährigen Dauer des Urheberrechts in noch unvollkommenerem Maße, wie bei Kunstwerken; vgl. oben § 86 Anm. 49—51, Daude S. 192—193. — Der Oesterr. Entw. II § 13 will die gleiche Bestimmung durch den Zusatz ergänzen, daß außerdem bei Photographieporträts die Ausübung des Urheberrechtes stets an die Zustimmung der dargestellten Person gebunden sein soll (ausgenommen Photographien zu amtlichen Zwecken).

¹⁴ R.Ges. § 9 mit der Verweisung auf R.Ges. v. 11. Juni 1870 § 61 Abs. 1. Inländischer Verlag verschafft hier dem ausländischen Urheber keinen Schutz. (Ueber eine Ausnahme auf Grund des Bayr. Ges. v. 1865 Art. 66 vgl. Wächter S. 285 ff.). — Der Oesterr. Entw. II § 1—2 behandelt ausländische photographische Urheberrechte wie ausländische künstlerische Urheberrechte.

¹⁵ Dambach in Holtzendorffs Völkerr. III 594 ff., Daude S. 190 ff., Scheele S. 222 ff. In dem Schlufsprotokoll zur Berner Uebereinkunft v. 1886 Z. 1 haben nur diejenigen Verbandsstaaten, die den photographischen Werken den Charakter von Werken der Kunst nicht versagen, die Verpflichtung zu entsprechendem Schutze fremder photographischer Werke übernommen. Außerdem ist den rechtmäßigen Photographien geschützter Kunstwerke während der Dauer des Urheberrechts am Originale gegenseitiger Schutz „in den Grenzen der zwischen den Berechtigten abgeschlossenen Privatverträge“ zugesagt; vgl. dazu oben Anm. 11.

graphische oder sonstige mechanische Abbildung der Originalaufnahme auf der Abbildung selbst oder dem Karton den Namen und Wohnort des Verfertigers oder Verlegers und das Kalenderjahr des ersten Erscheinens angiebt¹⁶.

III. Inhalt und Umfang. Das photographische Urheberrecht gewährt die ausschließliche Befugniss, das Werk zu veröffentlichen¹⁷, es ganz oder theilweise auf mechanischem Wege nachzubilden¹⁸ und Nachbildungsexemplare gewerbemässig zu verbreiten¹⁹. Im Gegensatze zum künstlerischen Urheberrechte enthält also das photographische Urheberrecht kein Verbotungsrecht gegen Nachbildung des Werkes durch ein Kunstverfahren²⁰. Auch bietet es keinen Schutz gegen solche Nachbildungen, die sich an gewerblichen Erzeugnissen befinden²¹. Im Uebrigen entspricht sein Inhalt dem des künstlerischen Urheberrechtes²².

IV. Uebertragung. Die Uebertragung des photographischen Urheberrechtes untersteht gleichen Regeln, wie sie für die Uebertragung anderer Urheberrechte gelten²³.

V. Schutz. Auch der Schutz des photographischen Urheber-

¹⁶ R.Ges. § 5. — Ebenso Ungar. Ges. § 69. Aehnlich Oesterr. Entw. II § 40 Abs. 2, aber nur für „erschienene“ Werke und mit Ausnahme der Porträts; „erscheinen“ kann nach § 6 ein photographisches Werk durch Herausgabe oder öffentliche Ausstellung; vgl. dazu auch § 10 Abs. 2 u. 4. — Das Schweiz. Ges. Art. 9 verlangt die Einschreibung in ein Register. — Vgl. auch Dän. Ges. § 1, Norweg. § 2.

¹⁷ Dies folgt aus seiner Natur als Urheberrecht; der Oesterr. Entw. II § 40 will es ausdrücklich sagen.

¹⁸ R.Ges. § 1. Der Oesterr. Entw. II § 40 sagt „auf photographischem Wege“.

¹⁹ R.Ges. § 9 mit R.Ges. v. 11. Juni 1870 § 25; Oesterr. Entw. II § 40.

²⁰ Die Nachbildung einer Photographie durch ein Werk der malenden, zeichnenden oder plastischen Kunst steht nicht nur Jedermann frei, sondern erzeugt für ihren Schöpfer ein künstlerisches Urheberrecht; R.Ges. § 8.

²¹ R.Ges. § 4. Vgl. Wächter S. 293 ff.

²² Die mechanische Nachbildung ist daher auch dann ohne Genehmigung des Urhebers unzulässig, wenn sie durch ein anderes Verfahren oder mittelbar erfolgt; wenn nur eine Einzelkopie in Verbreitungsabsicht angefertigt wird; wenn die Wiedergabe sich auf einen Theil des Werkes beschränkt oder das Werk mit Abänderungen reproduziert; R.Ges. § 8, Wächter S. 290 ff., Daude S. 193 ff. Erlaubt dagegen ist die freie Benutzung einer Photographie zur Hervorbringung eines neuen Werkes; R.Ges. § 2. Erlaubt auch die Entlehnung einzelner erschienenener photographischer Abbildungen, wenn sie unter Quellenangabe in ein Schriftwerk behufs Erläuterung des Textes aufgenommen werden; R.Ges. § 9 mit der Verweisung auf § 44 des R.Ges. v. 1. Juni 1870; vgl. Oesterr. Entw. II § 41 Z. 2.

²³ R.Ges. § 7 (übereinstimmend mit R.Ges. v. 9. Jan. 1876 § 2).

rechtes richtet sich nach den für das litterarische und künstlerische Urheberrecht maßgebenden Grundsätzen²⁴. Besondere Urheberrechtsdelikte sind hier die in Verbreitungsabsicht hergestellte mechanische Nachbildung²⁵, die gewerbemäßige Verbreitung rechtswidrig angefertigter Nachbildungsexemplare²⁶ und die Unterlassung der Quellenangabe bei der erlaubten Entlehnung photographischer Abbildungen²⁷. Die Rechtsfolgen der Urheberrechtsverletzungen, das Verfahren bei ihrer Verfolgung und die Verjährung sind durchweg nach den für das litterarische und künstlerische Urheberrecht geltenden Bestimmungen geregelt. Zur Abgabe von Gutachten über die Nachbildung photographischer Aufnahmen bestehen besondere photographische Sachverständigenvereine²⁸.

VI. Beendigung. Ein Hauptunterschied des photographischen Urheberrechtes vom litterarischen und künstlerischen Urheberrecht besteht in seiner sehr viel kürzeren Lebensdauer. Diese beträgt nur fünf Jahre seit dem Ablaufe des Kalenderjahres, in dem die rechtmäßigen photographischen oder sonstigen mechanischen Abbildungen der Originalaufnahme zuerst erschienen sind²⁹. Wenn solche Abbildungen nicht erscheinen, erlischt das Urheberrecht fünf Jahre nach Ablauf des Kalenderjahres, in dem das Negativ der photographischen Aufnahme entstanden ist³⁰. Wird also eine photographische Aufnahme später als fünf Jahre nach Ablauf des Jahres ihrer Entstehung veröffentlicht, so tritt sie sofort als Gemeingut in die Erscheinung; dagegen ist sie, wenn ihre Veröffentlichung innerhalb

²⁴ R.Ges. § 9 verweist auf die §§ 18—38 des R.Ges. v. 11. Juni 1870. Es gilt aber auch das oben § 89 I Gesagte.

²⁵ R.Ges. § 3. Dafs die Verbreitungsabsicht schon in der Absicht des öffentlichen Aushanges (zur Reklame) liegt (oben § 87 Anm 85), hat gerade für Photographien das R.Ger. Str.S. II Nr. 102 festgestellt.

²⁶ R.Ges. § 9 mit § 25 des R.Ges. v. 11. Juni 1870.

²⁷ R.Ges. § 9 mit § 24 des R.Ges. v. 11. Juni 1870. — Der Oesterr. Entw. II § 54 Z. 3 fügt als eine besondere Art der „Uebertretung“ die urheberrechtliche Verfügung über ein Photographieporträt ohne Zustimmung der dargestellten Person oder ihrer Erben hinzu.

²⁸ R.Ges. § 10 u. Best. des Reichskanzlers v. 16. Juli 1879 u. 25. Oktober 1882. — Diese Vereine bestehen aus Künstlern, Kunsthändlern, anderen Kunstverständigen und Photographen. Im Uebrigen (auch hinsichtlich des Schiedsrichteramtes) gilt für sie das oben § 89 V S. 820 Gesagte.

²⁹ R.Ges. § 6 Abs. 1. Erscheint das Werk in mehreren Abtheilungen oder Bänden, so gelten nach Abs. 3 die Regeln des § 14 des R.Ges. v. 11. Juni 1870 (vgl. oben § 90 S. 823).

³⁰ R.Ges. § 6 Abs. 2.

dieser fünf Jahre, sei es auch noch so kurz vor deren Ablaufe, erfolgt, noch volle fünf Jahre gegen Nachbildung geschützt⁸¹.

§ 92. Das kunstgewerbliche Urheberrecht¹.

I. Ueberhaupt. Schon seit dem Beginne des vorigen Jahrhunderts entwickelte sich in den Gebieten des englisch-amerikanischen und des französischen Rechtes in Anlehnung theils an das Erfinderrechthe theils an das künstlerische Urheberrecht ein besonderer Musterschutz, kraft dessen den Schöpfern von Mustern oder Modellen für Industrieerzeugnisse die Verwerthung ihrer Vorbilder während eines bestimmten Zeitraumes vorbehalten wurde. Im Laufe unseres Jahrhunderts wurde der Musterschutz durch die ausländische Gesetzgebung eifrig fortgebildet². Auch in Oesterreich wurde unterm 7. Dezember 1858 ein Musterschutzgesetz erlassen³. Dem deutschen Rechte blieb, soweit nicht das französische Recht eingriff, der Musterschutz fremd, bis ihn das Reichsgesetz vom 11. Januar 1876 betr. das Urheberrecht an Mustern und Modellen einführt⁴.

Das deutsche Gesetz geht von dem Begriffe eines durch die Er-

⁸¹ Klostermann, Urheberr. S. 170; Wächter S. 288; Scheele S. 228 ff. — Mit dem deut. R. stimmte das Ungar. Ges. § 70, das Dän. § 1 und das Norweg. § 3 überein. Das Schweiz. Ges. Art. 9 litt. b schützt 5 Jahre seit der Einschreibung. Der Oesterr. Entw. II § 50—52 schließt sich an das deutsche System an, verlängert aber sowohl die erste (seit „dem Bestehen der unmittelbar nach dem Originale hergestellten Matrize“ laufende), wie die zweite (seit dem „Erscheinen“ binnen der ersten Frist laufende) Frist auf 10 Jahre.

¹ Klostermann, Patentgesetzgebung S. 380 ff., Urheberr. S. 100 ff., b. Endemann II 298 ff.; Dambach, Das Musterschutzgesetz v. 11. Jan. 1876, Berl. 1876; Wächter, Urheberr. S. 297 ff.; Daude S. 199 ff.; E. Meier in Holtzendorffs Rechtslex. II 826 ff.; Dernburg, Preuß. P.R. II § 307; Kohler b. Schönberg a. a. O. (oben § 84 Anm. 36) S. 795 ff.; Haufs im Handwörterb. der Staatswiss. IV 1262 ff.

² Ueber die engl. Gesetzgebung vgl. Z. f. H.R. XXX 576 ff. u. XXXVII 149 ff.; die Gesetze von 1842, 1843, 1850, 1861 u. 1875 wurden durch die Patents Designs and Trade Marks Act v. 25. Aug. 1883 (von Mustern Th. III) aufgehoben; Abänderungen vom 24. Dez. 1888. Nordamerikan. Ges. v. 8. Juli 1870 (an Stelle älterer Gesetze, bes. v. 1842 u. 1861) sect. 71—76 ib. XVI 437. Ueber das französ. Dekr. v. 18. März 1806 und die Weiterbildung durch die Praxis O. Mayer ib. XXVI 427 ff. Ital. Ges. v. 30. Aug. 1868 ib. XIV 380. Schweiz. Ges. v. 21. Dez. 1888 ib. XXXVI 479 ff. Russ. Ges. v. 11. Juli 1864.

³ Abgedruckt mit den durch Ges. v. 23. Mai 1865 verfügten Abänderungen b. Schröder, C. j. e. S. 87 ff.

⁴ Nach § 12 in Kraft seit dem 1. April 1876; auf vorher angefertigte Muster nur anwendbar, soweit nicht schon ein Nachbildungserzeugniß verbreitet war; jedoch mit Aufrechterhaltung eines älteren landesgesetzlichen Schutzes (nur für die Gebiete des französ. R. bedeutungsvoll).

zeugung von Mustern oder Modellen begründeten Urheberrechtes aus⁵. Es bezieht sich nur auf sogenannte „Geschmacksmuster“⁶ und behandelt daher das von ihm geregelte Recht als ein dem künstlerischen Urheberrechte verwandtes, jedoch um der gewerblichen Zweckbestimmung willen eigenartig ausgestaltetes kunstgewerbliches Urheberrecht.

II. Begründung.

1. Objektive Voraussetzungen. Zur Entstehung eines kunstgewerblichen Urheberrechtes gehört das äußere Dasein eines „gewerblichen Musters oder Modelles“, d. h. eines Vorbildes, das eine zur Uebertragung auf ein gewerbliches Erzeugniß geeignete Form darbietet. Das Muster oder Modell kann diese Form graphisch oder plastisch versinnlichen; es kann in einem bloßen Formbilde oder in einem vollständig hergestellten Probeexemplare bestehen; es kann auf Vervielfältigung durch Handfertigkeit oder durch ein mechanisches Verfahren berechnet sein; es kann sich zur Verwendung nur in einem Gewerbszweige oder in mehreren Gewerbszweigen (z. B. für gewebte Stoffe und Tapeten) eignen. Immer aber muß es drei Eigenschaften aufweisen:

a. Es muß neu sein. Neu ist es nicht, wenn es in seiner wesentlichen Erscheinung schon vorhanden und im Verkehre war⁷.

b. Es muß eigenthümlich sein. Eigenthümlich ist es nur, wenn sich in ihm eine aus originaler Bethätigung formenschöpferischer

⁵ Ebenso die meisten ausländischen Gesetze (auch das englische, das von copyright spricht). Dagegen behandeln das nordamerik. R. u. das Ital. Ges. v. 1868 das Musterrecht als Abart des Erfinderrechts und machen daher seinen Schutz von Musterpatenten abhängig, deren Ertheilung in Amerika für 3 $\frac{1}{2}$, 7 oder 14 Jahre, in Italien nur für zwei Jahre verlangt werden kann.

⁶ Dies nahm auf Grund der Entstehungsgeschichte des Gesetzes mit Dambach S. 15 ff. gegen Klostermann, Urheherr. S. 100, Stobbe III 37 u. Kohler, Patentr. S. 54 u. b. Schönberg S. 796, die Praxis an; vgl. R.O.H.G. XXIV 10, R.Ger. XIV 46 ff. Seit Erlaß des besonderen Gesetzes über den Schutz von Gebrauchsmustern (unten § 93) ist die Streitfrage erledigt. Auch in Frankreich bezieht man den Musterschutz nur auf Geschmacksmuster. In Oesterreich und der Schweiz steht der Wortlaut der Gesetze ihrer Erstreckung auf Gebrauchsmuster nicht entgegen. Die vom Begriff des Erfinderrechts ausgehenden Musterschutzgesetze machen zwischen Geschmacks- und Gebrauchsmustern keinen Unterschied.

⁷ R.Ges. § 1; Dambach S. 20, Daude S. 202 Anm. 6. Der Urheber selbst kann nach § 7 Abs. 2 an einem Muster, das bereits vor der gehörigen Anmeldung in den Verkehr gekommen war, kein ausschließliches Recht mehr erwerben. Ebenso wenig entsteht ein Urheberrecht, wenn Jemand unbewußt eine von einem Andern schon früher ersonnene und verbreitete Form wieder hervorbringt. (Diese Möglichkeit ist hier nicht, wie bei Kunstwerken, völlig ausgeschlossen). — Vgl. Schweiz. Ges. Art. 7 Z. 1.

Kraft entsprungene individuelle Form als gewerbliches Vorbild darbietet. Aus der Nachbildung eines Werkes der bildenden Kunst oder eines etwa neu aufgefundenen alterthümlichen Gegenstandes oder eines Naturgegenstandes entsteht kein kunstgewerbliches Urheberrecht. Liegt aber eine individuelle geistige Schöpfung vor, so wird die Eigenthümlichkeit des Musters dadurch nicht ausgeschlossen, daß bei seiner Hervorbringung die Motive und Formelemente, die ein Kunstwerk oder ein älteres gewerbliches Erzeugniß oder die Natur enthält, in freier Weise benutzt sind⁸.

c. Es muß ein Geschmacksmuster sein. Ein solches liegt vor, wenn die neue und eigenthümliche Form sich an das ästhetische Gefühl wendet⁹. Ob die Formgebung einem geläuterten Geschmacke entspricht und in Wahrheit den Schönheitssinn befriedigt oder ob sie nur dem wechselnden Geschmacke der Mode huldigt und vielleicht einem entarteten Formensinne schmeichelt, ist unerheblich¹⁰. Auch kann dasselbe Formerzeugniß mit der Eigenschaft eines Geschmacksmusters die eines Gebrauchsmusters oder einer Erfindung verbinden¹¹.

2. Subjektive Voraussetzungen. Das Urheberrecht an einem Geschmacksmuster entsteht in der Person seines Schöpfers. Hierbei gelten im Ganzen gleiche Grundsätze wie beim künstlerischen Urheberrechte. Nur in drei Punkten begegnen Abweichungen.

a. Urheberrecht des Geschäftsherrn. Wird ein Muster oder Modell von einem in einer inländischen gewerblichen Anstalt beschäftigten Zeichner, Maler, Bildhauer u. s. w. im Auftrage oder für Rechnung des Eigenthümers der Anstalt angefertigt, so gilt mangels anderer Abrede der Eigenthümer der Anstalt als Urheber¹². Hier erwirbt also der Geschäftsherr auch dann, wenn der Verfertiger keineswegs nur als sein Gehülfe, sondern als alleiniger Urheber thätig war, aus fremder Urheberschaft ein originäres Urheberrecht. Diese Bestimmung ist durchaus singulärer Natur. Ihre Erklärung muß in einer freilich sehr weit erstreckten Wirksamkeit der durch den Eintritt in ein Geschäft begründeten personenrechtlichen Gemeinschaft gesucht werden. Nach der Annahme des Gesetzes kann ein Ange-

⁸ Vgl. R.Ges. § 1, Dambach S. 20 ff., Wächter S. 303 ff.

⁹ R.Ger. b. Seuff. XLII Nr. 317; Dambach S. 15 ff. Die Form kann sehr einfacher Art sein, so daß z. B. neue und eigenthümliche Buchstabenformen auf Patrizen, Matrizen oder Typen schutzfähig sind; R.Ger. XIV Nr. 15 S. 47.

¹⁰ R.Ger. XIV Nr. 15 S. 46.

¹¹ Dann kann der Urheber gleichzeitig den Gebrauchsmusterschutz oder ein Erfindungspatent erwerben.

¹² R.Ges. § 2 (aus dem Russ. Ges. v. 11. Juli 1864).

steller seine Persönlichkeit dergestalt in den Dienst eines gewerblichen Unternehmens stellen und hat sie im Zweifel dergestalt in diesen Dienst gestellt, daß seine geistigen Schöpfungen auf kunstgewerblichem Gebiete als Hervorbringungen des gewerblichen Verbandes und demgemäß als Persönlichkeitsgüter des zum alleinigen Träger dieses Verbandes berufenen Geschäftsherrn erscheinen¹³. In jedem anderen Verhältnisse kann auch an Mustern oder Modellen der bloße Besteller oder der stoffliche Eigenthümer niemals ein originäres, sondern immer nur ein abgeleitetes Urheberrecht erwerben¹⁴.

b. Vermuthung für Urheberschaft. Wer ein Muster oder Modell gehörig zur Eintragung in das Musterregister angemeldet und niedergelegt hat, gilt kraft einer Rechtsvermuthung bis zum Gegenbeweise als Urheber¹⁵.

c. Ausländische Urheberrechte. Das deutsche Gesetz findet auf alle Muster und Modelle inländischer Urheber und solcher ausländischer Urheber, die im Gebiete des Deutschen Reiches ihre gewerbliche Niederlassung haben, Anwendung; jedoch bei Inländern wie bei Ausländern nur insofern, als die nach den Mustern oder Modellen hergestellten Erzeugnisse im Inlande verfertigt sind, mag nun ihre Verbreitung im Inlande oder im Auslande erfolgen¹⁶. Darüber hinaus ist durch völkerrechtliche Verträge des Deutschen Reiches mit zahlreichen Staaten ein gegenseitiger Musterschutz auch für ausländische Urheber, die in dem Gebiete des anderen Staates keine gewerbliche Niederlassung haben, vereinbart worden¹⁷.

¹³ Vgl. oben § 80a S. 699 ff. — Wächter S. 307 ff. u. Gareis, Encykl. § 21 V, sprechen von einer gesetzlichen Fiktion; Dahn, Deut. Rechtsbuch S. 125, meint, es könne eigentlich nur von einem Uebergange der Ausübung des Urheberrechts die Rede sein.

¹⁴ So erwirbt auch der Zeichner, der in einem Geschäfte nicht angestellt ist, sondern nur einzelne Aufgaben für dieses vertragsmäßig zu lösen übernommen hat, das Urheberrecht für sich. Ebenso der Angestellte, der außerhalb seines Anstellungsbereiches Muster oder Modelle anfertigt. Dambach S. 26, Wächter S. 309, Daude S. 214 u. 215. — Zum Uebergange des Urheberrechts auf den Besteller bedarf es eines besonderen Uebertragungsvertrages; R.Ger. in Str.S. XII Nr. 71.

¹⁵ R.Ges. § 13; ebenso Oesterr. Ges. § 8. Der Gegenbeweis kann sich auf eigene Urheberschaft, aber auch darauf, daß das Muster nicht neu, nicht eigenthümlich oder kein Geschmacksmuster sei, richten; Dambach S. 20, Wächter S. 306 ff., Daude S. 203 u. 215, R.Ger. VIII Nr. 16.

¹⁶ R.Ges. § 16; Dambach S. 79 ff., Wächter S. 320 ff., Klostermann b. Endemann II 300, Daude S. 215 ff. — Vgl. auch R.Ges. § 2 oben Anm. 12.

¹⁷ Nachweisungen b. Daude S. 216 ff. u. Sehling a. a. O. S. 152 Anm. 1. Die oben § 84 Anm. 95 angeführten Verträge mit Oesterreich, Italien u. der Schweiz

3. Begründungsakt. Ungleich dem künstlerischen Urheberrechte bedarf das kunstgewerbliche Urheberrecht, um den Schutz gegen Nachbildung zu gewinnen, einer öffentlichen Konstatierung seiner Begründung durch Anmeldung des Musters oder Modelles zum Musterregister und durch Niederlegung eines Exemplares oder einer Abbildung des Musters oder Modelles bei der Registerbehörde¹⁸.

Die Musterregister werden von den mit der Führung der Handelsregister beauftragten Gerichten geführt¹⁹. Sie sind öffentlich²⁰. Die Muster und Modelle selbst können offen oder versiegelt, einzeln oder in Packeten niedergelegt werden²¹. Doch erfolgt die Eröffnung der versiegelt niedergelegten Muster spätestens drei Jahre nach der Anmeldung und kann in Streitfällen über die Schutzberechtigung eines Musters zur Herbeiführung der Entscheidung von der Registerbehörde auch früher angeordnet werden²². Die auf die Eintragung bezüglichen Schriftstücke sind stempelfrei; für jede Eintragung und Niederlegung eines einzelnen Musters oder eines Packetes werden aber Gebühren

regeln den gegenseitigen Musterschutz gleichzeitig mit dem Patent- und Markenschutz, der Vertrag mit Serbien gleichzeitig mit dem Markenschutz. In den Verträgen werden die Ausländer regelmässig den Inländern gleichgestellt, können aber nicht mehr Recht gewinnen, als die Inländer. Sie müssen daher ihre Muster und Modelle in Deutschland gehörig anmelden und erlangen den Musterschutz bei uns nur für die in Deutschland gefertigten Erzeugnisse und höchstens für die deutsche Schutzfrist, während eine frühere Beendigung ihres Musterrechtes nach dessen Heimathsgesetz auch bei uns beendigend wirken muß. Die neuesten Verträge gewähren hier wie bei den Marken (oben § 84 Anm. 95) auf Grund der in einem Vertragsstaate erfolgten Anmeldung ein dreimonatliches Prioritätsrecht für die Anmeldung in dem anderen Vertragsstaate. — Die internationale Union v. 1883, der das Deutsche Reich nicht angehört, bezieht sich auch auf Muster und Modelle.

¹⁸ R.Ges. § 7. — Ein ähnliches System gilt nach allen ausländischen Musterschutzgesetzen; vgl. Oesterr. Ges. § 5 ff., Schweiz. Art. 9 ff. Das englische und das russische Recht fordern aber ausserdem, daß jedes einzelne Nachbildungserzeugniß mit einer Registrirungsmarke versehen werde.

¹⁹ R.Ges. § 9; dazu Bestimmungen des Reichskanzlers über Führung des Musterregisters v. 29. Februar 1876 (b. Daude S. 208 ff.) nebst Bekanntmachungen v. 23. Juli 1876, 12. Nov. 1883 u. 23. Dez. 1886.

²⁰ Bekanntmachungen der Einträge auf Kosten des Anmeldenden im Reichsanzeiger; R.Ges. § 9 Abs. 6. Recht auf Einsichtnahme und Ertheilung beglaubigter Auszüge für Jedermann; § 11.

²¹ R.Ges. § 9 Abs. 4. Doch keine Packete mit mehr als 50 Mustern oder Modellen und mit mehr als 10 Kilogramm Gewicht.

²² R.Ges. § 9 Abs. 5 u. § 11. Im Uebrigen kann Niemand die Eröffnung versiegelter Muster verlangen, auch nicht, um sich zu überzeugen, ob ein bestimmtes Muster niedergelegt und somit geschützt ist. Ueber das Bedenkliche dieses Zustandes vgl. Klostermann b. Endemann II 301.

erhoben, deren Betrag sich nach der Länge der beanspruchten Schutzfrist abstuft²³.

Von der gehörigen Anmeldung und Niederlegung des Musters hängt der Schutz des Urhebers gegen Nachbildung ab²⁴. Gehörig ist die Anmeldung und Niederlegung nur, wenn sie erfolgt, bevor ein nach dem Muster gefertigtes Erzeugniß verbreitet ist²⁵. Sie muß ferner bei dem zuständigen Gerichte bewirkt sein²⁶. Auch ist die Angabe erforderlich, ob das angemeldete Muster für Flächenerzeugnisse oder für plastische Erzeugnisse bestimmt ist²⁷. Mit dem Augenblicke der gehörigen Anmeldung und Niederlegung, nicht erst mit dem der Eintragung, tritt der Urheberrechtsschutz in Kraft²⁸.

Anmeldung und Niederlegung haben jedoch nur deklaratorische Bedeutung. Konstitutiv ist auch für dieses Urheberrecht die geistige Schöpfungsthat. Somit entsteht einerseits aus der Erzeugung des Musters oder Modelles bereits ein Recht des Urhebers, das sich nicht nur in dem Anspruche auf Erwerb eines ausschließlichen Nachbildungsrechtes durch Anmeldung und Niederlegung, sondern auch in der Befugniß, jedem Anderen die Annahmung eines Urheberrechtes

²³ R.Ges. § 12. Die Gebühren betragen für jedes der drei ersten Jahre je 1 Mark, für jedes weitere Jahr bis zum zehnten Jahre je 2 Mark, für jedes Jahr vom elften bis zum fünfzehnten je 3 Mark; außerdem je 1 Mark für jeden Eintragungsschein oder sonstigen Auszug.

²⁴ Auch der Inhaber eines künstlerischen Urheberrechts, der einmal die Nachbildung des Kunstwerkes an einem gewerblichen Erzeugnisse gestattet hat, erlangt den Schutz gegen fernere derartige Nachbildungen (oben § 87 Anm. 75) nur durch Anmeldung und Niederlegung des Werkes als Muster oder Modell; R.Ger. XXIII Nr. 20.

²⁵ R.Ges. § 7 Abs. 2. Auch eine Verbreitung durch Gebrauchsüberlassung oder durch Mittheilung zur Kenntnißnahme, sowie eine ohne Wissen des Urhebers durch einen Andern bewirkte Verbreitung schneidet den Erwerb des Urheberrechts ab; R.Ger. IV 110. Nicht aber eine nur behufs Anregung oder Kontrolle von Bestellungen an Kunden erfolgte Mittheilung oder Versendung von Musterproben; R.Ger. in Str.S. V 351.

²⁶ Zuständig ist das Gericht der Hauptniederlassung oder in Ermangelung einer eingetragenen Firma das Gericht des Wohnortes; bei Urhebern, die im Deutschen Reiche weder eine Niederlassung noch einen Wohnsitz haben, das Handelsgericht in Leipzig; R.Ges. § 9 Abs. 2—3. Eine Anmeldung bei einer unzuständigen Behörde ist wirkungslos; Dambach S. 61, Wächter S. 314, Daude S. 204.

²⁷ Bekanntm. des Reichskanzlers v. 29. Apr. 1876 § 6. Eine Anmeldung desselben Musters für Flächenerzeugnisse und plastische Erzeugnisse ist unzulässig. Somit können z. B. nun Buchstabenformen entweder nur als Muster für Flächenerzeugnisse zum Schutze gegen Nachbildung durch Druckereien oder als Muster für plastische Erzeugnisse zum Schutze gegen Herstellung gleicher Typen durch Schriftgießereien angemeldet werden; R.Ger. XIV Nr. 15.

²⁸ R.Ges. § 7 Abs. 1.

an dem Muster oder Modelle zu untersagen, äußert²⁹. Andererseits wird durch Anmeldung und Niederlegung niemals ein kunstgewerbliches Urheberrecht begründet, wenn nicht die objektiven und subjektiven Voraussetzungen für ein solches erfüllt sind. Darum erfolgen zwar die Eintragungen in das Musterregister ohne vorherige Prüfung über die Berechtigung des Antragstellers und die Richtigkeit der angemeldeten Thatsachen³⁰. Allein jede materiell unbegründete Eintragung ist wirkungslos³¹. Der angebliche Urheber kann aus ihr keine Rechte geltend machen. Umgekehrt kann, wer durch die Eintragung in einem Rechte verletzt oder bedroht wird, eine Klage auf Feststellung ihrer Nichtigkeit und auf Herbeiführung der Löschung anstellen³². Nur trifft freilich in Folge der schon erwähnten Vermuthung für das Urheberrecht dessen, der ein Muster oder Modell gehörig angemeldet und niedergelegt hat, den Gegner stets die Beweislast.

III. Inhalt und Umfang. Das kunstgewerbliche Urheberrecht gewährt die ausschließliche Befugnis, das Muster oder Modell ganz oder theilweise nachzubilden³³. Wie bei dem künstlerischen Urheberrechte ist auch hier ohne Genehmigung des Berechtigten so gut die nichtmechanische wie die mechanische, die theilweise wie die völlige, die mittelbare wie die unmittelbare und die veränderte wie

²⁹ Vgl. R.Ger. VIII Nr. 4 S. 19. Auch der Urheber, der für sich keinen Urheberrechtsschutz in Anspruch nimmt oder ihn durch Verbreitung vor der Anmeldung verwirkt oder durch Ablauf der Schutzfrist verloren hat, kann jeden Anderen an dem Erwerbe eines ausschließlichen Nachbildungsrechtes an seinem Muster hindern. Zweifellos hat ferner der Urheber im Falle der Entwerthung seines Urheberrechts durch unbefugte Veröffentlichung (oben Anm. 25) einen Ersatzanspruch; vgl. unten § 93 Anm. 21.

³⁰ R.Ges. § 10.

³¹ So auch die Eintragung eines Gebrauchsmusters; R.Ger. b. Seuff. XLII Nr. 317.

³² Dies wird vom R.Ger. b. Seuff. XLII Nr. 317 grundsätzlich anerkannt. Trotzdem wird hier dem wahren Urheber eines in das Musterregister eingetragenen Gebrauchsmusters ein derartiges Klagerecht versagt, weil die ohnehin wirkungslose Eintragung ihn nicht beeinträchtigt. Mit Unrecht! Denn immerhin liegt auf Seiten des Gegners die Anmaßung eines fremden Urheberrechtes vor, die zu beseitigen er dem wahren Urheber gegenüber verpflichtet ist. — Näher geregelt ist die Nichtigkeitsklage im Schweiz. Ges. Art. 7. Vgl. auch Oesterr. Ges. § 10.

³³ R.Ges. § 1 Abs. 1. Dazu tritt auch hier nach § 14 mit der Verweisung auf § 25 des R.Ges. v. 11. Juni 1870 ein besonderes Recht der ausschließlichen gewerbemäßigen Verbreitung. Dagegen wird das Veröffentlichungsrecht des Urhebers hier durch die Anmeldung und Niederlegung insoweit aufgezehrt, als nicht ein Rest desselben in der dem Urheber für eine gewisse Zeit vorbehaltenen Verfügung über die Eröffnung versiegelter Muster fortbesteht.

die unveränderte Nachbildung unzulässig⁸⁴. Insbesondere wird eine Nachbildung dadurch nicht erlaubt, daß sie durch ein anderes als das bei dem Originalwerke angewandte Verfahren hervorgebracht oder für einen anderen Gewerbszweig bestimmt oder in anderen räumlichen Abmessungen oder Farben hergestellt oder mit Abänderungen, die nur bei besonderer Aufmerksamkeit wahrgenommen werden können, versehen ist⁸⁵. Erlaubt ist dagegen die freie Benutzung einzelner Motive eines Musters oder Modelles zur Herstellung eines neuen Musters oder Modelles⁸⁶. Erlaubt jede Nachbildung ohne Verbreitungsabsicht⁸⁷ und die nichtmechanische Einzelnachbildung schon dann, wenn nicht ihre gewerbemäßige Verbreitung und Verwerthung beabsichtigt wird⁸⁸. Erlaubt die Nachbildung der für Flächen-erzeugnisse bestimmten Muster durch plastische Erzeugnisse und umgekehrt⁸⁹. Erlaubt endlich die Aufnahme von Nachbildungen einzelner Muster oder Modelle in ein Schriftwerk⁴⁰.

IV. Uebertragung. Das kunstgewerbliche Urheberrecht ist in gleichem Maße wie andere Urheberrechte veräußerlich und vererblich⁴¹. Auch vor der Anmeldung und Niederlegung kann das Recht des Urhebers ganz oder theilweise übertragen werden und geht auf die Erben über. Dem ungewollten Uebergange aber unterliegt auch dieses Urheberrecht nur, soweit es zum Vermögensrechte entfaltet ist. Darum kann zwar das durch Anmeldung und Niederlegung erworbene ausschließliche Nachbildungsrecht gepfändet, keineswegs aber der Urheber oder sein Erbe im Wege der Zwangsvollstreckung zur Anmeldung und Niederlegung eines Musters genöthigt werden.

V. Schutz. Der Schutz des kunstgewerblichen Urheberrechts

⁸⁴ R.Ges. § 5; Dambach S. 29 ff. u. 34 ff., Wächter S. 327 ff., Daude S. 221 ff.; R.O.H.G. XXIV 401.

⁸⁵ R.Ges. § 5 Z. 1 u. 2.

⁸⁶ R.Ges. § 4.

⁸⁷ R.Ges. § 5. Also namentlich die Anfertigung von Nachbildungserzeugnissen zu eigenem Gebrauch. Dagegen liegt in jeder Mittheilung oder Zugänglichmachung eines Nachbildungserzeugnisses an Andere eine Verbreitung, mag sie auch unentgeltlich oder durch bloße Ausstellung im Schaufenster oder Laden oder durch Zusendung zur Ansicht erfolgen; Dambach S. 87, R.Ger. in Str.S. V 951.

⁸⁸ R.Ges. § 6 Z. 1; Dambach S. 40.

⁸⁹ R.Ges. § 6 Z. 2; Dambach S. 43 ff., Wächter S. 331 ff., oben Anm. 27.

⁴⁰ R.Ges. § 6 Z. 3. Die im Ges. v. 9. Januar 1876 § 6 Z. 4 gezogenen Schranken der Entlehnungsfreiheit bestehen hier nicht; unerlaubt aber bleibt die Herausgabe einer bloßen Sammlung fremder Muster; Dambach S. 45.

⁴¹ R.Ges. § 3 (wörtlich wie § 2 des Ges. v. 9. Jan. 1876). — Das Schweiz. Ges. Art. 4 fordert zur Wirksamkeit jeder Uebertragung Dritten gegenüber die Registrirung.

richtet sich nach den für das künstlerische Urheberrecht geltenden Rechtssätzen⁴². Nur werden hier die vorräthigen Nachbildungen und die zur widerrechtlichen Vervielfältigung bestimmten Vorrichtungen im Falle ihrer Einziehung nicht vernichtet, sondern nach Wahl des Eigenthümers auf seine Kosten entweder ihrer gefährdenden Eigenschaft entkleidet oder bis zum Ablaufe der Schutzfrist amtlich aufbewahrt⁴³. Auch bestehen besondere gewerbliche Sachverständigenvereine, die aus Künstlern, Gewerbetreibenden verschiedener Gewerbezweige und anderen mit dem Muster- und Modellwesen vertrauten Personen zusammengesetzt sind⁴⁴.

VI. Beendigung. Das kunstgewerbliche Urheberrecht hat nur eine kurze Lebensdauer, die mindestens ein Jahr und höchstens fünfzehn Jahre seit der Anmeldung währt⁴⁵. Der Berechtigte hat bei der Anmeldung nach eigener Wahl die Schutzfrist für sein Urheberrecht innerhalb dieser Zeitgrenzen zu bestimmen; er kann aber, wenn er eine Schutzfrist unter drei Jahren gewählt hat, zu jeder Zeit deren Verlängerung bis zu drei Jahren und überdies stets bei Ablauf der dreijährigen und ebenso bei Ablauf der etwa erworbenen zehnjährigen Schutzfrist deren Verlängerung bis zu fünfzehn Jahren anmelden⁴⁶. Die Schutzfrist beginnt mit dem Tage der Anmeldung und endet mit dem Ablaufe des entsprechenden Kalendertages⁴⁷. Mit diesem Augenblicke wird das Muster oder Modell Gemeingut⁴⁸.

Hinsichtlich der sonstigen Erlöschungsgründe gilt für das kunst-

⁴² R.Ges. § 14 verweist auf die §§ 18—36 u. 38 des R.Ges. v. 11. Juni 1870. Besondere Urheberrechtsdelikte sind hier nur die verbotene Nachbildung in Verbreitungsabsicht und die gewerbemäßige Verbreitung.

⁴³ R.Ges. § 14 Abs. 1. — Somit kommt hier auch das Aneignungsrecht des Verletzten (oben § 89 Anm. 21) in Wegfall; Klostermann b. Endemann II 303. A. M. Dambach S. 102.

⁴⁴ R.Ges. § 14 Abs. 2 u. dazu die Bestimmungen des Reichskanzleramts v. 29. Febr. 1876 mit Abänderungen v. 16. Juli 1879 (b. Daude S. 231 ff.).

⁴⁵ R.Ges. § 8. — Nach dem Oesterr. Ges. § 4 kann der Urheber nur eine Schutzfrist bis zu 3 Jahren, nach dem Schweiz. Art. 5 eine solche von 2, 5, 10 oder 15 Jahren erwerben. In England dauert die Schutzfrist 5 Jahre. Ueber die Schutzfristen in Nordamerika u. Italien vgl. oben Anm. 5.

⁴⁶ R.Ges. § 8. Natürlich gegen Zahlung der erhöhten Gebühren; vgl. oben Anm. 23. Die Verlängerung wird in das Musterregister eingetragen und durch den Reichsanzeiger auf Kosten des Anmeldenden bekannt gemacht; § 9 Abs. 6.

⁴⁷ Vgl. oben § 35 II 2.

⁴⁸ Selbstverständlich aber nur in dem Sinne, daß Jedermann es nachbilden darf, nicht in dem Sinne, daß ein Anderer es sich aneignen könnte; vgl. oben Anm. 29. — Durch den nach drei Jahren eintretenden Verlust des Rechtes auf Geheimhaltung versiegelter Muster (oben Anm. 22) wird das ausschließliche Nachbildungsrecht nicht berührt.

gewerbliche Urheberrecht nach deutschem Rechte nichts Besonderes. Unbekannt ist dem deutschem Rechte namentlich die Verwirkung des Musterschutzes durch Nichtgebrauch⁴⁹ und durch Verzug mit der Gebührenzahlung⁵⁰.

§ 93. Das Urheberrecht an Gebrauchsmustern¹.

I. Ueberhaupt. Das Reichsgesetz vom 1. Juni 1891, betreffend den Schutz von Gebrauchsmustern, hat ein besonderes Gebrauchsmusterrecht geschaffen². Bis dahin konnte, da das Reichsgesetz vom 11. Januar 1876, wie wir gesehen haben, sich nur auf Geschmacksmuster bezieht, der Schöpfer eines Gebrauchsmusters in Deutschland einen Schutz nur erwerben, wenn seine Schöpfung zugleich die Merkmale einer Erfindung trug und er kraft seines Erfinderrechtes ein Patent nahm³.

Das Gebrauchsmusterrecht ist ein gewerbliches Urheberrecht⁴. In seiner gesetzlichen Ausgestaltung erscheint es freilich als ein Zwischengebilde zwischen dem Urheberrechte und dem Erfinder-

⁴⁹ Dagegen muß nach dem Oesterr. Ges. der Berechtigte binnen einem Jahre nach der Hinterlegung das Muster im Inlande auf Industrieerzeugnisse anwenden und diese in Verkehr bringen (§ 9), widrigenfalls sein Recht erlischt (§ 11 litt. a). Ueberdies verwirkt der Hinterleger sein Recht auch durch Einführung von Waaren, die im Auslande nach dem Muster verfertigt sind (§ 11 litt b). Im Falle der Einfuhr aus Deutschland fällt nach dem Vertrage v. 6. Dez. 1891 Art. 6 dieser Rechtsnachtheil weg. — Nach dem Schweiz. Ges. Art. 6 Z. 2 verliert das Musterrecht, wer das Muster im Inlande nicht in angemessenem Umfange zur Ausführung bringt, während im Auslande angefertigte Erzeugnisse desselben Musters eingeführt werden. Im Verhältniß zum Deutschen Reiche treten aber diese Rechtsnachtheile nach dem Vertrage v. 13. April 1892 Art. 5 nicht ein.

⁵⁰ Das Schweiz. Ges. Art. 6 Z. 1 läßt das Recht durch zweimonatlichen Gebührenverzug verloren gehen.

¹ Laß, Das Urheberrecht an Gebrauchsmustern, Marburg 1892. Seligsohn, Das Patentgesetz u. das Gesetz betr. den Schutz von Gebrauchsmustern, Berl. 1892, S. 271 ff. Haufs a. a. O. (oben § 92 Anm. 1) S. 1266 ff. Landgraf im Wörterb. des deut. Verwaltungsr. Suppl. I 35 ff.

² Dazu Ausführungsverordnung v. 11. Juli 1891 u. v. 30. Juni 1894 § 9.

³ So noch jetzt nach französ. R., während in Amerika u. Italien Musterpatente in gleicher Weise für Gebrauchs- und Geschmacksmuster ertheilt werden; vgl. oben § 92 Anm. 6. In England wurde, während das Ges. v. 10. Aug. 1842 nur Geschmacksmuster schützte, durch ein besonderes Gesetz v. 22. Aug. 1843 der Schutz auf Nützlichkeitsmuster ausgedehnt; das Ges. v. 25. Aug. 1883 behandelt beide Arten von Mustern, hält aber Unterschiede fest. In Oesterreich ist ein Entwurf eines Gesetzes zum Schutze von Gebrauchsmustern veröffentlicht, der im Wesentlichen dem deutschen Vorbilde folgt

⁴ Das Gesetz vermeidet die Ausdrücke „Urheberrecht“ und „Urheber“ und

rechte und nähert sich in vielen Punkten sogar mehr diesem als jenem an. Allein seinem rechtlichen Wesen nach ist es kein Erfinderrecht, sondern ein Urheberrecht. Entscheidend hierfür ist, daß es nicht an einer Idee als solcher, sondern nur an einem aus der Verbindung von Idee und Form hervorgegangenen Geisteswerke bestehen kann. Allerdings kann ein Geisteserzeugniß gleichzeitig Gebrauchsmuster und Erfindung sein. Dann hat der Schöpfer die Wahl, ob er den billigeren, aber schwächeren Gebrauchsmusterschutz oder den kostspieligeren, aber kräftigeren Patentschutz oder etwa beiderlei Schutz nebeneinander erwerben will. Jenachdem er aber den einen oder den anderen Weg einschlägt, bringt er verschiedene Seiten seines Geisteserzeugnisses zur Geltung: als Urheber die aus der Idee geborne zweckmäßige Form, als Erfinder die in der Form ausgedrückte nutzbare Idee. Und keineswegs immer decken sich Gebrauchsmuster und Erfindung. Vielmehr kann die einem Gebrauchsmuster zu Grunde liegende neue und eigenthümliche Idee sich in einer reinen Formidee erschöpfen, die nicht über eine sinnreiche Kombination von Formelementen hinausreicht und darum eine Erfindung nicht enthält. Erfindungen aber brauchen sich überhaupt nicht in einer äußeren Form zu verkörpern und sind namentlich in allen Fällen, in denen sie ein Verfahren als solches zum Gegenstande haben, dem Gebrauchsmusterrechte unzugänglich.

II. Begründung.

1. Objektive Voraussetzungen. Zur Entstehung eines Gebrauchsmusterrechtes gehört das äußere Dasein eines Geisteswerkes, das in der Ersinnung einer neuen zweckmäßigen Form für körperliche Sachen besteht. Das Gesetz nennt ein solches Geisteswerk „Modell“.

Ein Modell ist äußerlich vorhanden, sobald es in sinnlich wahrnehmbarer Weise dargestellt ist. Die Herstellung eines Probeexemplares oder eines Modelles im Sinne des gewöhnlichen Sprachgebrauches ist nicht nothwendig; vielmehr genügt eine Abbildung auf der Fläche oder auch eine bloße Beschreibung, sofern nur aus ihr die ersonnene körperliche Form deutlich erhellt⁵.

Das Modell ist aber nur dann ein Gebrauchsmuster, wenn es sich auf Arbeitsgeräthschaften oder Gebrauchsgegenstände oder Theile von solchen bezieht und wenn es durch neue Gestaltung,

geht überhaupt jeder Bezeichnung des subjektiven Rechtes, dessen „Schutz“ beabsichtigt ist, aus dem Wege; vgl. La fs S. 10.

⁵ La fs S. 5.

Anordnung oder Vorrichtung dem Arbeits- oder Gebrauchszwecke dienen soll⁶.

Endlich muß, damit ein Urheberrecht entstehe, das Modell neu sein. Hier wie bei allen Urheberrechten ist eine originale geistige Schöpfung erforderlich. Allein einerseits gilt hier als ausschließliches Kennzeichen einer solchen die Neuheit des hervorgebrachten Werkes⁷. Andererseits entspringt hier auch der originalen geistigen Schöpfung kein Urheberrecht, falls dem Werke die Neuheit fehlt⁸. Nach gesetzlicher Vorschrift gilt aber ein Modell insoweit nicht als neu, als es zur Zeit seiner Anmeldung bereits in öffentlichen Druckschriften des In- oder Auslandes beschrieben oder im Inlande offenkundig benutzt ist⁹.

2. Subjektive Voraussetzungen. Auch dieses Urheberrecht entsteht in der Person des Urhebers. Haben jedoch mehrere Personen unabhängig von einander dasselbe Modell geschaffen, so erwirbt den gesetzlichen Urheberrechtsschutz nicht der frühere Schöpfer, sondern der frühere Anmelder¹⁰. Ueberdies wird durch die Eintragung eines Gebrauchsmusters eine bis zur Löschung wirksame Legitimation

⁶ R.Ges. § 1 Abs. 1; Lafs S. 5 ff. Arbeitsgeräthschaften sind Werkzeuge jeder Art; zu den Gebrauchsgegenständen gehören auch Spielsachen und ähnliche Gegenstände. — Vorausgesetzt wird nach R.Ges. § 4 Abs. 1 gewerbliche Verwerthbarkeit, nach allgemeinen Grundsätzen ein nicht unsittlicher oder ungesetzlicher Gebrauchszweck; Seligsohn S. 282.

⁷ Bei dem kunstgewerblichen Urheberrechte wird außerdem gefordert, daß das Werk „eigenthümlich“ sei; oben § 92 II 1 b; bei den übrigen Urheberrechten versteht sich, wenn das Werk original ist, die Neuheit von selbst, während aus bloßer Neuheit noch nicht die Originalität folgt. Hier ist dagegen in der Neuheit stets auch die Eigenthümlichkeit enthalten, weil jede neue Nützlichkeitsform eine selbständige Bedeutung hat.

⁸ Hier wie beim kunstgewerblichen Urheberrecht (oben § 92 II 1 a) entsteht also kein Urheberrecht, wenn entweder das Werk vor der Anmeldung in den Verkehr gebracht oder bereits von einem Anderen das gleiche Werk erzeugt und veröffentlicht ist. Bei dem litterarischen und künstlerischen Urheberrecht fällt die erste Möglichkeit weg, weil es keiner Anmeldung bedarf, die zweite, weil die originale Wiedererzeugung eines schon vorhandenen Schrift-, Ton- oder Kunstwerkes nicht vorkommen kann. Dagegen wächst bei Gebrauchsmustern, die durch Nachdenken, durch Versuche und selbst durch Zufall gefunden werden können, die schon bei Geschmacksmustern nicht ausgeschlossene Möglichkeit, daß Mehrere original dasselbe Werk hervorbringen. Immerhin ist die Wahrscheinlichkeit hierfür geringer, als bei Erfindungen; vgl. unten § 94 III S. 854 u. § 95 III 2 a S. 870.

⁹ R.Ges. § 1 Abs. 2; Lafs S. 20 ff., Seligsohn S. 283 ff.

¹⁰ Lafs S. 37. — Natürlich nur, wenn nicht vorher einer von ihnen das Modell in den Verkehr gebracht hatte; denn dann kann, da das Modell nicht mehr neu ist, keiner von ihnen mehr den Urheberrechtsschutz erwerben.

der eingetragenen Person als Urheber oder Rechtsnachfolger des Urhebers erzeugt¹¹.

Das deutsche Gebrauchsmusterrecht ist Inländern und Ausländern in gleicher Weise zugänglich. Wer aber im Inlande einen Wohnsitz oder eine Niederlassung nicht hat, kann den Schutz des deutschen Gesetzes nur erwerben, wenn in dem Staate seines Wohnsitzes oder seiner Niederlassung nach einer im Reichsgesetzblatt enthaltenen Bekanntmachung deutsche Gebrauchsmuster geschützt werden¹². Auch muß er gleichzeitig mit der Anmeldung seines Gebrauchsmusters einen im Inlande wohnhaften Vertreter bestellen¹³.

3. Begründungsakt. Das Gebrauchsmusterrecht wird zwar durch geistige Schöpfung begründet, jedoch nur durch eine öffentliche Feststellung zu einem ausschließlichen Rechte erhoben.

Dieser Feststellung dient die von dem Patentamte zu Berlin für das ganze Deutsche Reich geführte Rolle für Gebrauchsmuster¹⁴. Wer für ein Modell den Schutz als Gebrauchsmuster verlangt, muß dasselbe schriftlich unter Beifügung einer Nach- oder Abbildung des Modelles und unter Angabe der dem Modelle beizulegenden Bezeichnung und der neuen Gestaltung oder Vorrichtung, die dem Arbeits- oder Gebrauchszwecke dienen soll, beim Patentamte anmelden¹⁵. Gleichzeitig ist für jedes angemeldete Modell eine Gebühr von fünfzehn Mark einzuzahlen¹⁶. Das Patentamt verfügt, sobald eine formell ordnungsmäßige Anmeldung vorliegt, ohne materielle Prüfung die Eintragung

¹¹ R.Ges. § 4 Abs. 1 u. 3 u. § 6 Abs. 2. Dazu unten Anm. 30.

¹² R.Ges. § 13 Abs. 1, Seligsohn S. 309 ff. Dazu die oben § 92 Anm. 17 angeführten Verträge, von denen die neueren auch für Gebrauchsmuster das gegenseitige dreimonatliche Prioritätsrecht begründen.

¹³ R.Ges. § 13 Abs. 2. Name und Wohnsitz des Vertreters werden in die Rolle eingetragen. Der eingetragene Vertreter ist zur Vertretung des Schutzberechtigten in Prozessen und zur Stellung von Strafanträgen befugt. Der Ort seines Wohnsitzes oder in Ermangelung eines solchen der Ort, wo das Patentamt seinen Sitz hat, gilt im Sinne des § 24 der C.Pr.O. als der Ort, wo sich der Vermögensgegenstand befindet und somit der Gerichtsstand wegen vermögensrechtlicher Ansprüche gegen den Auswärtigen begründet ist.

¹⁴ Für die Angelegenheiten des Gebrauchsmusterschutzes besteht eine besondere Abtheilung des Patentamtes, die „Anmeldestelle für Gebrauchsmuster“, gegen deren Verfügungen die Entscheidung des Präsidenten des Patentamtes angerufen werden kann; Ver. v. 11. Juli 1891 § 19–21, Lafs S. 37 ff.

¹⁵ R.Ges. § 2 Abs. 1–3. Das Patentamt kann nach Abs. 4 weitere Erfordernisse aufstellen; vgl. die von ihm unterm 31. August 1891 veröffentlichten Bestimmungen b. Seligsohn S. 284 ff. Ueber Anmeldungen durch Bevollmächtigte vgl. Ver. v. 11. Juli 1891 § 28. Dazu Lafs S. 40 ff.

¹⁶ R.Ges. § 2 Abs. 5; Lafs S. 33 ff. u. 42.

in die Rolle¹⁷. Die Eintragung muß den Namen und Wohnsitz des Anmelders und die Zeit der Anmeldung angeben¹⁸. Sie wird durch den Reichsanzeiger bekannt gemacht¹⁹. Die Rolle und die den Einträgen zu Grunde liegenden Anmeldungen stehen für Jedermann zur Einsicht offen²⁰.

Für die Begründung des Urheberrechtes an Gebrauchsmustern kommen hiernach drei Handlungen in Betracht, an deren jede sich besondere Rechtswirkungen knüpfen:

a. Die Schöpfungsthat. Schon vor der Anmeldung entsteht aus der Erschaffung eines Gebrauchsmusters ein Recht des Urhebers, das sich nicht bloß in dem Anspruche auf Erwerb der Schutzberechtigung, sondern auch in urheberrechtlichen Befugnissen gegen Jedermann äußert. Der Urheber hat zweifellos das ausschließliche Recht der Veröffentlichung seines Modelles und kann daher gegen den, der unbefugt durch eine Veröffentlichung, die dem Werke die Neuheit entzieht, sein Recht entwerthet, einen Ersatzanspruch geltend machen²¹. Er hat aber ferner das Recht, jedem Dritten die Annahmung der Urheberschaft zu untersagen. Läßt Jemand für sich ein Gebrauchsmuster eintragen, dessen wesentlicher Inhalt fremden Beschreibungen, Zeichnungen, Modellen, Geräthschaften oder Einrichtungen ohne Einwilligung des Berechtigten entnommen ist, so gewährt das Gesetz ausdrücklich dem wahren Urheber einen zwiefachen Schutz. Erstens versagt es dem eingetragenen Rechte die Wirksamkeit gegenüber dem wahren Rechte, so daß der Verletzte den Eingetragenen, falls dieser gegen ihn auftritt, mit einer Einrede zurückschlagen kann²². Zweitens gesteht es dem Verletzten einen Anspruch auf Löschung zu, so daß der wahre Berechtigte im Wege der Klage die Nichtigkeitserklärung des eingetragenen Scheinrechtes durchzusetzen vermag²³.

¹⁷ R.Ges. § 3 Abs. 1. Es kann also, wenn die Anmeldung formell mangelhaft ist, entweder sie sofort zurückweisen oder die Beseitigung des Mangels anheimgeben. Ob aber das angemeldete Modell ein Muster für Arbeitsgeräte oder Gebrauchsgegenstände, ob es neu und ob der Anmelder sein Urheber oder dessen Rechtsnachfolger ist, hat das Patentamt nicht zu prüfen. Hier gilt also das reine Anmeldesystem; das Patentamt ist in Gebrauchsmustersachen bloße Registerbehörde. Lafs S. 43 ff., Seligsohn S. 288 ff.

¹⁸ R.Ges. § 3 Abs. 2. — Der Eingetragene erhält eine Ausfertigung des Eintragungsvermerkes; Ver. v. 11. Juli 1891 § 28.

¹⁹ R.Ges. § 3 Abs. 3; dazu Seligsohn S. 290 ff.

²⁰ R.Ges. § 3 Abs. 4. — Das Patentamt kann auch nach seinem Ermessen Abschriften und Auszüge ertheilen; Ver. v. 11. Juli 1891 § 29.

²¹ Dies folgt, wenn auch das Gesetz schweigt, aus allgemeinen Grundsätzen. Vgl. auch Lafs S. 23.

²² R.Ges. § 4 Abs. 3; Seligsohn S. 298.

²³ R.Ges. § 6 Abs. 2; Seligsohn S. 303.

b. Die Anmeldung. Durch gehörige Anmeldung sichert sich der Berechtigte die Priorität seines Urheberrechtes gegenüber später angemeldeten Urheber- und Erfinderrechten²⁴. Ein anderer Urheber desselben Modelles kann nun überhaupt kein Recht mehr erwerben²⁵. Wenn dagegen ein später angemeldetes Gebrauchsmusterrecht oder Erfinderrecht mit dem früher angemeldeten Gebrauchsmusterrecht nur kollidirt, so ist das jüngere Recht zwar an sich rechtsbeständig, darf aber insoweit, als es in das ältere Recht eingreift, ohne Erlaubniß des kraft früherer Anmeldung Besserberechtigten nicht ausgeübt werden²⁶.

c. Die Eintragung. Durch die Eintragung wird das Gebrauchsmusterrecht zu einem vollkommen geschützten ausschließlichen Rechte erhoben²⁷. Diese Wirkung tritt jedoch in Folge der bloß deklarativen Bedeutung der Eintragung nur insoweit ein, als die materiellen Erfordernisse des Gebrauchsmusterrechtes vorhanden sind. Mangelt es an den objektiven Voraussetzungen, so hat Jedermann gegen den Eingetragenen einen Anspruch auf Löschung²⁸. Ist der Eingetragene nicht der wahre Urheber oder dessen Rechtsnachfolger, so kann der in seinem Rechte Verletzte die Löschung fordern²⁹. In beiden Fällen wird durch die Löschung nicht die Beendigung, sondern die Nichtentstehung des Rechtes konstatiert und somit nur der Schein eines Rechtes zerstört³⁰.

III. Inhalt und Umfang.

1. Veröffentlichung. Den primären Inhalt des Urheber-

²⁴ Von zwei an demselben Tage eingegangenen Anmeldungen gilt im Zweifel diejenige als frühere, die die niedrigere Geschäftsnummer trägt; Ver. v. 11. Juli 1891 § 27.

²⁵ Vgl. oben Anm. 10.

²⁶ R.Ges. § 4 Abs. 2 u. § 5 Abs. 2. Gleiches gilt zu Gunsten eines früher angemeldeten Patents gegenüber einem später angemeldeten Modelle; § 5 Abs. 1. — Das jüngere Recht kann sich nach Beendigung des älteren Rechtes frei entfalten und bleibt inzwischen vererblich und veräußerlich; Dritte können sich auf das Verbot des Besserberechtigten, mit dessen Erlaubniß ja das jüngere Recht stets ausgeübt werden kann, nicht berufen; vgl. Laß S. 35 ff., Seligson S. 296 ff. u. 299 ff.

²⁷ R.Ges. § 4 Abs. 1.

²⁸ R.Ges. § 6 Abs. 1. Die Klage ist eine Art von Popularklage, die sich daraus erklärt, daß die Anmaßung eines Gemeingutes abgewehrt werden soll.

²⁹ R.Ges. § 6 Abs. 2; oben Anm. 23.

³⁰ Mit Unrecht nimmt dies Laß S. 30 ff. nur für den ersten, nicht für den zweiten Fall an. Allerdings aber liegt im ersten Falle eine absolute, im zweiten nur eine relative Nichtigkeit vor. Auch kann natürlich die bis zur Löschung vorhanden gewesene Legitimation des Eingetragenen zur Rechtsausübung (oben Anm. 11) nicht nachträglich aus der Welt geschafft werden; vgl. unten § 95 S. 879 ff.

rechtes bildet auch hier die ausschließliche Befugniß zur Veröffentlichung des Werkes. Diese Befugniß spielt aber hier lediglich vor dem Erwerbe des vollen Urheberrechtsschutzes die schon besprochene Rolle⁸¹. Denn damit der volle Urheberrechtsschutz eintrete, muß die Veröffentlichung in Gestalt der Anmeldung und Eintragung erfolgt sein. Durch jede andere Art der Veröffentlichung aber wird die Entfaltung dieses Urheberrechtes überhaupt abgeschnitten⁸².

2. Wiedergabe. Nach der gehörigen Veröffentlichung des Werkes durch Eintragung enthält das Gebrauchsmusterrecht die ausschließliche Befugniß zur gewerbsmäßigen Nachbildung des Modelles⁸³. Verboten ist ohne Genehmigung des Berechtigten auch die Nachbildung eines Theiles des Modelles, die Herstellung einer Nachbildung auf einem neu erfundenen Wege, die mittelbare Nachbildung und die Nachbildung mit unwesentlichen Veränderungen⁸⁴. Verboten ist jedoch nur die gewerbsmäßige Nachbildung⁸⁵.

3. Verbreitung. In dem Gebrauchsmusterrecht liegt ferner die ausschließliche Befugniß zur gewerbsmäßigen Verbreitung der durch Nachbildung hervorgebrachten Geräthschaften und Gegenstände, die daher Niemand ohne Genehmigung des Berechtigten in Verkehr bringen oder feilhalten darf⁸⁶. Ob die Nachbildung selbst rechtswidrig war oder nicht, kommt hierbei nicht in Betracht⁸⁷.

4. Gebrauch. Endlich enthält das Gebrauchsmusterrecht die ausschließliche Befugniß zum gewerbsmäßigen Gebrauche der durch Nachbildung hervorgebrachten Geräthschaften und Gegenstände⁸⁸. Auch hierbei kommt es nicht darauf an, ob die Nachbildung selbst verboten oder erlaubt war. Doch ist nur gewerblicher, nicht häuslicher Gebrauch ohne Genehmigung des Berechtigten unzulässig. Ein derartiges ausschließliches Gebrauchsrecht begegnet bei keinem anderen Urheberrechte, wohl aber beim Erfinderrechte.

IV. Uebertragung. Das Gebrauchsmusterrecht ist in jedem

⁸¹ Oben S. 844.

⁸² Oben S. 842.

⁸³ R.Ges. § 4 Abs. 1; Seligsohn S. 294 ff.

⁸⁴ Vgl. La fs S. 14 ff. — Erlaubt ist die freie Benutzung zur Herstellung eines neuen Modelles.

⁸⁵ Also nicht die Nachbildung zum eignen Gebrauche. Dagegen ist die gewerbsmäßige Nachbildung auch verboten, wenn die Verwerthung der Gegenstände erst nach Ablauf der Schutzfrist beabsichtigt wird. Vgl. La fs S. 14 u. 16.

⁸⁶ R.Ges. § 4 Abs. 1. Vgl. unten § 96 II 2 S. 883.

⁸⁷ Somit ist es auch verboten, nicht gewerbsmäßig hergestellte oder dem Berechtigten abhanden gekommene oder im Auslande angefertigte Nachbildungserzeugnisse in Deutschland gewerbsmäßig in Verkehr zu bringen oder feilzuhalten.

⁸⁸ R.Ges. § 4 Abs. 1. Vgl. unten § 96 II 3 S. 883.

Stadium seiner Entwicklung veräußerlich und vererblich³⁹. Die Uebertragung ist an eine Form nicht gebunden⁴⁰. Doch werden Aenderungen in der Person des Berechtigten auf Antrag in der Rolle für Gebrauchsmuster vermerkt⁴¹. Durch Veräußerung können aus dem Gebrauchsmusterrechte absolute und relative Rechte abgeleitet werden⁴². Das eingetragene Gebrauchsmusterrecht unterliegt als gewerbliches Vermögensrecht der Pfändung; dagegen ist das Recht des Urhebers, bevor der Urheber selbst oder sein Erbe es zur Verwerthung bestimmt hat, der Zwangsvollstreckung entzogen⁴³.

V. Schutz. Gleich allen Urheberrechten ist das Gebrauchsmusterrecht durch eine civilrechtliche Klage auf Anerkennung des Rechtes und Unterlassung von Störungen gegen Jedermann geschützt⁴⁴.

Dagegen gewährt das Gesetz einen Entschädigungsanspruch wegen Verletzung dieses Urheberrechtes nur gegen den, der wissentlich oder aus grober Fahrlässigkeit einen im Gesetze ausdrücklich verbotenen Eingriff in das eingetragene Gebrauchsmusterrecht begangen hat⁴⁵.

Strafbar ist ein solcher Eingriff nur, wenn er wissentlich begangen ist⁴⁶. In diesem Falle kann statt der Entschädigung neben einer erkannten Strafe dem Beschädigten auf sein Verlangen eine Buße bis zu zehntausend Mark zuerkannt werden, die dann aber jeden weiteren Entschädigungsanspruch ausschließt⁴⁷. Auch hat der Verletzte, wenn auf Strafe erkannt ist, die Befugniß, die Verurtheilung auf Kosten des Verurtheilten öffentlich bekannt zu machen⁴⁸.

³⁹ Das R.Ges. § 7 sagt nur von dem eingetragenen Rechte, daß es auf die Erben übergehe und beschränkt oder unbeschränkt durch Vertrag oder Verfügung von Todeswegen auf Andere übertragen werden könne. Gleiches aber gilt von dem Rechte des Urhebers vor der Eintragung; vgl. Laß S. 24, der jedoch mit Unrecht die Vererbung ausschließt.

⁴⁰ In der Uebertragung des Eigenthums an Nachbildungserzeugnissen liegt im Zweifel keine Veräußerung des Nachbildungsrechtes, wohl aber die Ermächtigung zu Gebrauch und Verbreitung.

⁴¹ R.Ges. § 8 Abs. 4. Bekanntmachung findet nicht statt.

⁴² Vgl. Laß S. 25 ff. Zu den am Gebrauchsmuster möglichen absoluten Rechten gehören auch Pfandrecht und Nießbrauch. Relative Rechte entstehen namentlich aus Lizenzerteilungen, von denen beim Erfinderrechte zu reden ist. Ein Lizenzzwang besteht hier nicht.

⁴³ Richtig Laß S. 24.

⁴⁴ Das Gesetz erwähnt diesen Anspruch als selbstverständlich nicht. Vgl. Laß S. 16 ff.

⁴⁵ R.Ges. § 9 Abs. 1; Laß S. 17 u. 49 ff.

⁴⁶ R.Ges. § 10. Geldstrafe bis zu 5000 Mark oder Gefängniß bis zu 1 Jahre; Strafverfolgung nur auf Antrag.

⁴⁷ R.Ges. § 11.

⁴⁸ R.Ges. § 10 Abs. 3. — Weitere Ansprüche gewährt das Gesetz dem Ver-

Das Verfahren in Gebrauchsmusterstreitigkeiten ist der ordentliche Civil- oder Strafprozeß⁴⁹.

Die civilrechtlichen Klagen wegen Verletzung des eingetragenen Gebrauchsmusterrechtes verjähren hinsichtlich jeder einzelnen sie begründenden Handlung in drei Jahren⁵⁰.

VI. Beendigung. Das Gebrauchsmusterrecht erlischt mit dem Ablaufe der Schutzfrist, die nur drei Jahre seit dem Beginne des auf die Anmeldung folgenden Tages beträgt, jedoch gegen Zahlung einer weiteren Gebühr von sechszig Mark vor ihrem Ablaufe um drei Jahre verlängert wird⁵¹. Vor Ablauf der Frist erlischt das Gebrauchsmusterrecht durch einen dem Patentamte gegenüber erklärten Verzicht des Berechtigten und die auf Grund des Verzichtes erfolgte Löschung der Eintragung⁵². Eine Verwirkung des Gebrauchsmusterrechtes durch Gebührenverzug oder durch Nichtgebrauch findet nicht statt. Mit dem Gebrauchsmusterrechte erlöschen zugleich alle aus ihm abgeleiteten Rechte⁵³. Das Modell wird Gemeingut⁵⁴.

Vierter Titel.

Das Erfinderrecht.

§ 94. Das Erfinderrecht überhaupt¹.

I. Begriff. Erfinderrecht ist das ausschließliche Recht des Schöpfers einer Erfindung, über deren Veröffentlichung und gewerb-

letzten nicht. Somit auch nicht den bei den übrigen Urheberrechten anerkannten Bereicherungsanspruch. Ebenso wenig den Anspruch auf Einziehung von Nachbildungsvorrichtungen und Nachbildungserzeugnissen zur Sicherheit (strafrechtliche Einziehung bleibt möglich, Laß S. 57).

⁴⁹ Höchste Instanz ist das Reichsgericht; R.Ges. § 12. — Das Patentamt hat auf diesem Gebiete keinerlei richterliche Funktion. Ueber Abgabe von Gutachten durch das Patentamt vgl. V. v. 30. Juni 1894 § 9.

⁵⁰ R.Ges. § 9 Abs. 2. — Die Strafverfolgung verjährt erst in 5 Jahren; bis dahin bleibt auch der Anspruch auf Buße zulässig; Laß S. 5.

⁵¹ R.Ges. § 8 Abs. 1. Die Verlängerung wird in der Rolle vermerkt. Weder die Verlängerung noch die nach Ablauf der Schutzfrist erfolgende Löschung werden bekannt gemacht.

⁵² R.Ges. § 8 Abs. 2. Diese Löschung sowie die Löschungen in Folge siegreicher Nichtigkeitsklagen (oben Anm. 28—30) werden bekannt gemacht; Abs. 3.

⁵³ Dies gilt hier auch im Falle des Verzichtes; der durch vertragswidrigen Verzicht des Eingetragenen geschädigte Rechtsnachfolger hat nur Ersatzansprüche gegen den Verzichtenden; Laß S. 32.

⁵⁴ Die mit der Anmeldung überreichten Modelle können zurückverlangt werden; über Modelle, deren Rückgabe nicht binnen 4 Jahren nach Ablauf der Schutzfrist beantragt ist, verfügt der Präsident des Patentamts; V. v. 11. Juli 1891 § 24.

¹ Klostermann, Die Patentgesetzgebung aller Länder, 2. Aufl., Berlin 1876

liche Benutzung zu verfügen. Erfindung ist ein neuer Gedanke, der durch eine bisher unbekannt^e Kombination der Naturkräfte einen wesentlichen Fortschritt der Technik schafft.

II. Geschichte. Dem Mittelalter war ein besonderes Erfinderrech^t unbekannt. Bei der vorwaltenden genossenschaftlichen Organisation des Gewerbewesens wurden die Bedürfnisse, denen das Erfinderrech^t dient, durch die ausschließlichen Gewerbeberechtigungen der Gilden und Zünfte gedeckt. Die technischen Fortschritte vollzogen sich im

(1. Aufl. 1869); Das Patentgesetz für das Deutsche Reich, Berlin 1877; Das Rech^t des Erfinders, Busch Arch. XXXV 11 ff.; Das Patentrech^t, in Endemanns Handb. des Handelsr. II 307 ff. — Dambach, Das Patentgesetz für das Deutsche Reich, Berlin 1877. — Landgraf, Das deutsche Reichsges. betr. den Schutz von Erfindungspatenten, Stuttgart 1877; Das Patent- und Gebrauchsmusterrech^t, Berlin 1891; auch in Stengels Wörterb. des Verwaltungsrech^ts II 207 ff. u. Suppl. I 67 ff. — Gareis, Das deutsche Patentgesetz v. 25. Mai 1877, Berlin 1877. — Grothe, Das Patentgesetz f. das Deutsche Reich, Berlin 1877. — Kohler, Deutsches Patentrech^t, Mannheim und Straßburg 1878; Jahrb. f. D. XXVI 414 ff.; Forschungen aus dem Patentrech^t, Mannheim 1888; Aus dem Patent- und Industrierech^t, I u. II, Mannheim 1889 u. 1891; Patentschutz b. Schönberg a. a. O. (oben § 84 Anm. 36) S. 779 ff. — F. Dahn, Das Reichspatentgesetz u. seine Litteratur, Krit. V.J.Schr. XX 345 ff. u. 541 ff. — Rosenthal, Das Patentgesetz, Erlangen 1881. — E. Meier, Erfindungspatente, in Holtzendorffs Rechtslex. I 715 ff. — Daude, Lehrb. des Urheberrech^ts S. 334 ff. — v. Bojanowski, Ueber die Entwicklung des deutschen Patentwesens, Leipzig 1890. — Hartig, Studien in der Praxis des Kais. Patentamts, Leipzig 1890. — Robolski, Theorie u. Praxis des deutschen Patentrech^ts, Berlin 1890; Patentrech^t, im Handwörterbuch der Staatswissenschaften V 125 ff. — Meili, Die Prinzipien des schweizerischen Patentgesetzes, Zürich 1890. — Bolze, Der Entwurf einer Patentnovelle, Leipzig 1890. — Seligsohn, Das Patentgesetz u. das Gesetz betr. den Schutz von Gebrauchsmustern, Berlin 1892. — v. Beck-Mannagetta, Oesterr. Patentrech^t, Berlin 1893. — Fr. Zoll jun., Privatrechtliche Studien aus dem Patentrech^t, Z. f. d. P. u. ö. R. d. G. XXI 533 ff. u. 642 ff. — Mittermaier, D.P.R. II § 296; Beseler § 214; Dahn, Grundr. S. 52 ff.; Franklin, Grundr. § 198; Stobbe III § 160 VII, § 161 III, § 162 I 4 u. II 7; Gengler § 133; Franken S. 429 ff. — Dernburg, Preufs. P.R. II 308 ff. — Thöl, H.R. § 208. — Laband, Staatsr. II 221 ff.; G. Meyer, Verwaltungsr. I § 139. — Patentblatt, herausg. von dem Kais. Patentamte; Berlin seit 1877. — Gareis, Die patentamtlichen u. gerichtlichen Entscheidungen in Patentsachen, Berlin seit 1881. — Zeitschr. f. gewerbl. Rechtsschutz (oben § 84 Anm. 36).

Von der ausländischen Litt. hervorzuheben: Renouard, *Traité des brevets d'invention*, 3. éd., Paris 1865. Pouillet, *Traité théorique et pratique des brevets d'invention et de la contrefaçon*, 3. éd., Paris 1888. Edmunds, *The law and practice of Letters Patent for Invention*, London 1890.

Weitere Litteraturnachweise b. Klostermann, *Patentgesetzgebung* S. 108 ff. (ältere Litt.) u. in Endemanns Handb. II 319, Kohler, *Patentrech^t* S. CXIII ff. u. Krit. V.J.Schr. XXI 189 ff. u. 491 ff., Dahn, Krit. V.J.Schr. a. a. O., Laband Z. f. H.R. XXIII 616 ff., Beck-Mannagetta S. 78—85.

Rahmen des genossenschaftlichen Lebens; was der einzelne Meister an Verbesserungen erfand, wurde zu genossenschaftlichem Gemeingut, das von der Genossenschaft eifrig gehütet und womöglich geheim gehalten wurde. In ihrer ausschließlichen Gewerbeberechtigung aber besaß jede Genossenschaft das Mittel, den ererbten geistigen Schatz fortdauernd nutzbar zu machen.

Als das Zunftwesen erstarrte, als große technische Verbesserungen mehr außerhalb als innerhalb der gewerblichen Körperschaften erfunden wurden, als das Individuum dem körperschaftlichen Verbandsentwuchs, als so die ausschließlichen Gewerbeberechtigungen alter Art aus Hebeln zu Hindernissen des gewerblichen Fortschrittes wurden, entstand das Bedürfnis eines besonderen Erfinderschutzes. Gleich dem Urheberrechte brach sich auch dieses neue Recht zuerst in der Form von Privilegien Bahn. Unter Durchbrechung der Zunftschranken wurden seit dem fünfzehnten und sechszehnten Jahrhundert einzelnen Personen Privilegien erteilt, die für den Berechtigten ein zeitlich begrenztes Recht zur ausschließlichen gewerblichen Verwertung einer Erfindung begründeten und Eingriffe in dieses Recht mit Strafe bedrohten. Solche Privilegien aber gewährte man nicht bloß den Erfindern oder ihren Rechtsnachfolgern, sondern auch Anderen, die etwa eine neue Art gewerblicher Thätigkeit einführen oder auch eine längst bekannte Erfindung ausschließlich ausnützen wollten. Die erfinderrechtlichen Privilegien waren daher längere Zeit hindurch von allen möglichen Handels- und Gewerbemonopolen durch keine scharfe Grenze geschieden. Auch hieng ihre Verleihung wie ihre Zurücknahme von Willkür ab und wurde vielfach als Finanzquelle ausgebeutet.

Gerade die Mißbräuche des Privilegienwesens zeitigten ein Rechtsbewußtsein, das sich einerseits gegen die Monopole auflehnte, andererseits dem wirklichen Erfinder einen Anspruch auf ein ihn für bestimmte Zeit schützendes Privileg zugestand. Zuerst in England errang sich der so geborne Gedanke des Erfinderrechts die gesetzliche Anerkennung. Eine Parlamentsakte von 1628 sprach ein allgemeines Verbot der Monopole aus, machte aber eine Ausnahme zu Gunsten der für neue Erfindungen auf 14 Jahre oder darunter erteilten Privilegien, die dann gültig sein sollten, wenn sie dem wahren und ersten Erfinder verliehen würden². Ein festes Recht auf Gewährung des Privilegs war hiermit freilich dem Erfinder noch nicht eingeräumt. Allein in

² Die Monopolakte (21 James I ch. 8) will mit dieser Ausnahme (Abschn. VI), wie sie ausdrücklich hinzufügt, kein neues Recht schaffen, sondern den Erfindungsprivilegien nur ihre vom früheren Recht anerkannte Geltung sichern.

der Praxis gelangte mehr und mehr der Grundsatz zur Anerkennung, daß das nachgesuchte „Patent“, wie das Erfindungsprivileg immer allgemeiner genannt wurde, nur aus gerechten Ursachen versagt werden dürfe³. In den Vereinigten Staaten von Nordamerika, in die das englische Recht übergegangen war, sicherte die Verfassungs-urkunde vom 17. September 1787, indem sie den Erfindungsschutz der Bundesgesetzgebung überwies, zugleich ausdrücklich den Erfindern ein zeitlich begrenztes ausschließliches Recht auf Benutzung ihrer Erfindungen zu⁴. Und mit voller Entschiedenheit legte in Frankreich das Gesetz vom 7. Januar 1791 den Erfindungspatenten ein dem Erfinder an seiner geistigen Schöpfung gebührendes Recht zu Grunde⁵.

Seither drang der Gedanke des Erfinderrechtes in allen Kultur-ländern durch. Ueberall wurden Patentgesetze erlassen, die zwar in sehr wesentlichen Punkten auseinandergehen, jedoch in der An-erkennung eines Erfinderrechtes übereinstimmen. Sie halten freilich sämtlich daran fest, daß der Erfinder ein gegen Dritte geschütztes ausschließliches Recht erst durch den Erwerb eines besonderen Er-findungspatentes erlangt. Allein sie gewähren dem Erfinder im Falle der Erfüllung der gesetzlichen Bedingungen einen gesicherten Rechts-anspruch auf ein Patent. Die Erfindungspatente haben daher, obwohl sie die Spuren ihrer Herkunft aus Privilegien vielfach noch an sich tragen⁶, doch die rechtliche Natur von Privilegien abgestreift. Die staatliche Ertheilung eines Patentes ist nicht mehr eine willkürliche Vergünstigung, sondern die öffentliche Konstatirung eines vorhandenen Privatrechts. Sie hat statt ihrer einstigen konstitutiven mehr und

³ Das Ges. v. 1623 blieb bis zu der Kodifikation v. 1833 (unten S. 853) die Grundlage des englischen Patentrechtes und wurde nur durch Gesetze über das Verfahren bei der Patentertheilung (v. 1835, 1839 u. bes. 1852) ergänzt.

⁴ Art. I sect. 8 § 8. Auf Grund dieser Verfassungsbestimmung ergingen die Ges. v. 10. Apr. 1790, 21. Febr. 1793 u. 17. Apr. 1800, denen dann bis zu der Kodifikation v. 1870 (unten S. 853) noch 25 weitere Gesetze folgten. Vgl. Reu-ling, Z. f. H.R. XVI 428 ff.

⁵ Vorher war in Frankreich die Ertheilung von Erfindungsprivilegien dem Ermessen des Königs überlassen und nur durch Ordonnanz v. 24. Dez. 1762 das Recht der Privilegieninhaber in einigen Punkten allgemein geordnet. Das Ges. v. 7. Jan. 1791 stellt in Art. 1 den Satz an die Spitze: „Toute découverte ou nouvelle invention dans tous les genres d'industrie est la propriété de son auteur“. In dem Ges. v. 5. Juli 1844 (unten S. 853) Art. 1 ist der Ausdruck propriété durch „le droit exclusiv d'exploiter“ ersetzt.

⁶ In Oesterreich ist ihnen sogar bis heute der Name „Privilegien“ verblieben. Doch haben sie auch hier nicht mehr, wie freilich noch Unger I 592 ff. u. Pfaff u. Hoffmann, Exkurse S. 422, annehmen, die Natur von Privilegien; vgl. Beck-Mannagetta S. 26, Zoll a. a. O. S. 540 Anm. 2.

mehr eine bloß deklarative Bedeutung angenommen und erscheint unter allen Umständen nicht mehr als Schaffung eines singulären Rechtssatzes für den einzelnen Fall.

Diese Entwicklung vollzog sich nicht ohne Kampf. Eine starke und wohlorganisirte „Antipatentbewegung“ verlangte statt der Verallgemeinerung vielmehr die Abschaffung der Erfindungspatente, die sie mit den Argumenten der abstrakten wirthschaftlichen Schule als schädliche Monopole bekämpfte⁷. Das moderne Erfinderrecht ist aus diesem Kampfe als Sieger hervorgegangen und hat bereits so tiefe Wurzeln im allgemeinen Rechtsbewusstsein geschlagen, daß es neue Anfechtungen nicht mehr zu fürchten braucht.

In Deutschland hat es den endgültigen Sieg erst verhältnißmäßig spät errungen. Zu den Zeiten des alten Bundes beruhte der Erfinderschutz auf verschiedenem Landesrecht, das zum Theil sehr unvollkommen ausgebildet war und überdies jenseits der Landesgrenzen versagte⁸. Nur geringe Abhülfe gewährte die Vereinbarung einiger gemeinsamer Grundsätze über Erfindungspatente unter den Staaten des Zollvereins⁹. Es war daher von großer Wichtigkeit, daß in der Verfassungsurkunde des norddeutschen Bundes und des Deutschen Reichs (Art. 4 Z. 5) die Erfindungspatente unter die der Reichsgesetzgebung unterworfenen Gegenstände aufgenommen wurden. Doch kam erst nach langen Schwankungen und umfassenden Vorarbeiten unterm 25. Mai 1877 ein Reichspatentgesetz zu Stande¹⁰. Dieses Gesetz entfaltet alsbald

⁷ Ihren Höhepunkt erreichte diese in Frankreich, England und Deutschland eingeleitete Bewegung seit Anfang der sechziger Jahre unseres Jahrhunderts. In Deutschland, wo sie namentlich im volkwirthschaftlichen Kongreß ein rühriges Organ fand (insbesondere seit dessen patentfeindlichem Dresdner Beschlusse v. 1863), gewann sie die Regierungskreise Preussens u. des norddeutschen Bundes und zunächst auch des Reiches für sich. Von der anderen Seite her wirkten der Patentschutzverein und der Verein deutscher Ingenieure für den seit Ueberwindung der einseitig freihändlerischen Richtung sich vollziehenden Umschwung.

⁸ In Preussen wurde das System der in jedem einzelnen Fall besonders normirten königlichen Gnadenakte durch die Bekanntmachung v. 14. Okt. 1815 verlassen, die allgemeine Normen über Erfindungspatente aufstellte (eingeführt in Schleswig-Holstein durch V. v. 24. Juni 1867). In Bayern wurden unterm 11. Sept. 1825, in Württemberg unterm 5. Aug. 1836, in Sachsen unterm 11. Juli 1843 u. 20. Juni 1853 allgemeine Vorschriften über Patente erlassen. — In Oesterreich brach schon das Ges. v. 16. Jan. 1810 mit dem bis dahin herrschenden System der reinen Privilegien; es folgten Privilegiengesetze v. 1820 und v. 1832, an deren Stelle dann das Privilegiengesetz v. 15. Aug. 1852 trat; vgl. die eingehende quellenmäßige Darstellung der Geschichte des Erfindungsschutzes in Oesterreich-Ungarn b. Beck-Mannagetta S. 86 ff.

⁹ Uebereinkunft v. 21. Sept. 1842; bestätigt im Zollvereinsvertrage v. 8. Juli 1867.

¹⁰ Dazu Ausführungsverordn. v. 18. Juni 1877 u. 1. Mai 1878.

eine höchst umfangreiche Wirksamkeit¹¹. In seinen Grundzügen bewährte es sich. Allein in einzelnen Punkten erschien es als verbesserungsbedürftig und wurde daher nach erfolgter Revision durch das jetzt geltende Patentgesetz vom 7. April 1891 ersetzt¹².

In Oesterreich gilt noch das Privilegiengesetz vom 15. August 1852; in der Schweiz das Bundesgesetz betreffend die Erfindungspatente vom 29. Juni 1888; in Frankreich das Gesetz vom 5. Juli 1844 mit Zusatzgesetz vom 31. Mai 1856; in England ist das Erfinderrecht in dem Patent-, Muster- und Markengesetz vom 25. August 1888 neu geordnet; in der amerikanischen Union ist ein neues Patentgesetz am 8. Juli 1870 ergangen und mit einigen Aenderungen in die Kodifikation der Bundesstatuten vom 22. Juni 1874 aufgenommen¹³.

Eine Erweiterung des Schutzes der Erfinderrechte durch internationale Verträge hat später und in geringerem Umfange als bei den Urheberrechten stattgefunden. Der schon beim Marken- und Musterrechte erwähnten internationalen Union zum Schutze des gewerblichen Eigenthums vom 20. März 1883, die sich in erster Linie auch auf Erfindungen bezieht, ist das Deutsche Reich nicht beigetreten; dagegen hat es besondere Verträge, die einen umfassenden gegenseitigen Patent-, Marken- und Musterschutz begründen, am 6. Dezember 1891 mit Oesterreich-Ungarn, am 18. Januar 1892 mit Italien und am 13. April 1892 mit der Schweiz abgeschlossen¹⁴.

¹¹ Unter seiner Herrschaft sind über 60 000 Patente ertheilt!

¹² Dazu Ausführungsverordn. v. 11. Juli 1891. — In Kraft geblieben sind die inzwischen im Wesentlichen erledigten Uebergangsbestimmungen der §§ 42 ff. des Ges. v. 25. Mai 1877, die den älteren Landespatenten unter Verbot der Verlängerung ihrer Dauer den Fortbestand sicherten, zugleich aber unter bestimmten Voraussetzungen die Umwandlung in Reichspatente ermöglichten; vgl. hierzu Kohler, Patentr. S. 689 ff., Alexander-Katz, Ueber sog. Umwandlungspatente, Patentblatt 1881 S. 159 ff., Klostermann b. Endemann II 334 ff.

¹³ Hervorzuheben sind außerdem von ausländischen Patentgesetzen das Belg. v. 24. Mai 1854 u. 27. März 1857, Ital. v. 30. Okt. 1859 u. 31. Jan. 1864, Span. v. 30. Juli 1878, Russ. v. 22. Nov. 1883, Schwed. v. 16. Mai 1884, Norweg. v. 16. Juli 1885 u. das Portugies. Civilgesetzb. Art. 613 ff. — Sammlung der wichtigeren Patentgesetze, Ausführungsvorschriften, Verordnungen, welche gegenwärtig in Geltung stehen, herausg. v. Gareis, fortgesetzt v. A. Werner, Berlin seit 1880 (5 Bde.). Das Oesterr. Privilegienges. nebst Ausführungsvorschriften u. späterem Gesetzgebungsmaterial auch b. Beck-Mannagetta S. 548 ff. Das Schweizer. Ges. in der Z. f. H.R. XXXVI 469 ff. Ueber das engl. Recht vgl. auch oben § 84 Anm. 38, § 92 Anm. 2 u. § 93 Anm. 3, über das amerik. u. ital. oben § 92 Anm. 2 u. 5. — In Oesterreich ist der Entwurf eines neuen Patentgesetzes veröffentlicht, der sich im Wesentlichen an das deutsche Patentgesetz anlehnt.

¹⁴ Vgl. oben § 84 Anm. 95 u. § 92 Anm. 17. Dazu Vertrag mit Spanien v. 12. Juli 1883. — Eine besondere Patentunion ist unter den Staaten Südamerikas am

III. **Wesen.** Das Erfinderrecht ist gleich dem Urheberrechte ein aus geistiger Schöpfung fließendes Recht an einem Geisteserzeugnisse. Es ist daher dem Urheberrechte nahe verwandt.

Gleichwohl darf es nicht, wie neuerdings meist geschieht, als eine Unterart des Urheberrechtes aufgefaßt werden¹⁶. Vielmehr besteht zwischen Urheberrecht und Erfinderrecht ein Wesensunterschied, der in der ungleichartigen Beschaffenheit ihres Gegenstandes wurzelt¹⁶.

Das Geisteserzeugniß, das den Gegenstand des Erfinderrechtes bildet, ist nicht ein durch Verbindung von Idee und Form individualisirtes Geisteswerk, sondern eine Idee als solche. Ein dem technischen Fortschritte dienender und gewerblich verwerthbarer neuer Gedanke ist es, der als Erfindung geschützt wird. Auf dem Gebiete des Urheberrechtes ist die Idee als solche schutzlos: wer eine neue wissenschaftliche Methode erdenkt, eine geschichtliche oder naturwissenschaftliche Hypothese aufstellt, eine juristische Konstruktion oder einen mathematischen Lehrsatz findet, einen dichterischen Plan ersinnt oder von einem künstlerischen Gedanken inspirirt wird, erwirbt daran kein ausschließliches Recht¹⁷. Dem Erfinder dagegen soll in der That an einer Idee, die er zuerst gehabt hat, ein ausschließliches Recht gewährt werden, um ihm gewisse aus der Verwirklichung dieser Idee erwartete Vortheile zu sichern. Der wissenschaftliche oder künstlerische Prioritätsstreit kann in einem Prozesse über das Urheberrecht nicht ausgefochten werden¹⁸. Dagegen spielt der Streit über die Priorität einer Erfindung sich im Prozesse über

16. Jan. 1889 geschlossen. (Patentblatt 1889 Nr. 37.) Ueber den gegenwärtigen Stand des internationalen Patentrechts überhaupt vgl. Beck-Mannagetta S. 52 ff.

¹⁶ So insbesondere Dahn, Krit. V.J.Schr. XX 354 ff., 359, Beseler § 210 Anm. 6 u. § 214, Stobbe III 84, Kärger, Zwangsrechte S. 123 ff., Mandry, Civilr. Inh. § 53 IV, Dernburg a. a. O., Beck-Mannagetta S. 7.

¹⁶ Vgl. Klostermann, Geist. Eigenth. S. 237 u. 307, Patentrecht b. Endemann II 307 ff.; Randa, Das Eigenthumsrecht (2. Aufl.) I 56 Anm. 45; auch Schuster, Wesen des Urheberrechtes S. 14 u. 19 (der aber unrichtiger Weise das Erfinderrecht für ein Recht ohne Objekt erklärt). — Kohler, der beim Erfinderrecht die Beschaffenheit des Gegenstandes als einer bloßen Idee scharf hervorhebt, nähert doch von der anderen Seite her das Urheberrecht dem Erfinderrechte dadurch an, daß er auch dessen Gegenstand zu einer Idee — dem „imaginären Ideenbilde“ — verflüchtigt; Arch. f. c. Pr. LXXXII 157.

¹⁷ Vgl. oben § 86 Anm. 10.

¹⁸ Man denke an den Prioritätsstreit über die Entdeckung der Differentialrechnung oder des Gesetzes der Erhaltung der Kraft. — Ein juristischer Prioritätsstreit im Gebiete des litterarischen oder künstlerischen Urheberrechtes kann überhaupt nicht vorkommen, da er nur stattfinden könnte, wenn es denkbar wäre, daß Mehrere unabhängig von einander ein im Wesentlichen identisches Buch, Gedicht, Tonstück, Gemälde u. s. w. erzeugen. Dagegen ist er im Gebiete des Muster-

das Erfinderrecht ab. Selbst gegen das Plagiat der Idee versagt das Urheberrecht.¹⁰ Das Erfinderrecht dagegen sucht einen Schutz gegen das Ideenplagiat zu begründen. Demgemäß schränkt auch das Erfinderrecht in ganz anderem Maße als das Urheberrecht die wirtschaftliche Freiheit ein. Während das Urheberrecht sich nur gegen ihren Mißbrauch wendet, zieht das Erfinderrecht auch ihrem Gebrauche Schranken. Insoweit erscheint dieses Recht als eine wirkliche Verkehrsfessel. Doch ist es darum nicht minder ein gutes Recht. Seine Legitimation liegt in unserem geschichtlich entwickelten Rechtsbewußtsein, das gebieterisch die Anerkennung einer ausschließlichen Berechtigung verlangt, durch deren Vorbehalt dem Erfinder, wenn er durch Hingabe einer in seiner Persönlichkeit entsprungenen Idee an die Gemeinschaft das wirtschaftliche Leben befruchtet und mit neuen Werthen bereichert, ein äußerer Vortheil aus seiner geistigen Schöpfung gesichert wird. Eine Einrichtung, die so als Forderung der Gerechtigkeit empfunden wird, bedarf nicht erst der Rechtfertigung durch Zweckmäßigkeitserwägungen. Denn es ist die Aufgabe der Rechtsordnung, dem Individuum zu geben, was ihm gebührt. Das Erfinderrecht hat sich aber auch als eine dem Gemeinwohl förderliche Einrichtung bewährt. Die Erfahrung aller Länder hat gelehrt, daß ein wohlgeordnetes Patentrecht in wirksamster Weise den technischen Fortschritt unterstützt und die Blüthe der Industrie zeitigt, während der Mangel eines ausreichenden Erfindungsschutzes einerseits den Erfindungsgeist lähmt, andererseits der Geheimhaltung wichtiger Erfindungen Vorschub leistet. Um so weniger vermag dieses Recht durch Berufung auf die wirtschaftliche Freiheit erschüttert zu werden. Denn die wirtschaftliche Freiheit ist kein unantastbares Heiligthum: ihr Reich endet, wo eine bindende Ordnung gerecht und nützlich ist. Nur bedarf eben das Erfinderrecht um seiner Eigenart willen einer anderen rechtlichen Ausgestaltung, als sie das Urheberrecht fordert. Als Recht an einer Idee kann es nicht gleich dem Rechte an einem schon durch seinen Bestand individualisirten Geisteswerke unmittelbar mit der Hervorbringung seines Gegenstandes fertig ins Leben treten, sondern erheischt eine besondere Individualisirung dieses Gegenstandes durch öffentlich festgestellte Ausscheidung und Umgrenzung des Erfindungsgedankens. Bei seiner Anerkennung und weiteren Entwicklung muß die wirtschaftliche Verwerthbarkeit der Erfindung eine entscheidende

schutzes möglich, da eine zufällige Uebereinstimmung nicht bloß der Idee, sondern auch der Form bei Geschmacksmustern nicht ausgeschlossen ist, bei Gebrauchsmustern sogar häufig begegnet; vgl. oben § 92 Anm. 7 u. § 93 Anm. 8.

¹⁰ Oben § 86 Anm. 10.

Rolle spielen. Nach Inhalt und Umfang muß es sich mit einem geringeren Maße von Ausschließlichkeit als das Urheberrecht begnügen und eine festere und kräftigere Einschränkung durch Gemeinschaftsrecht dulden. Eine kürzere Lebensdauer ist ihm angemessen. Ueberall ist hierbei dem gesetzgeberischen Ermessen ein breiter Spielraum eröffnet, weshalb denn auch die Patentgesetze der Kulturvölker weit größere Verschiedenheiten als ihre Urheberrechtsgesetze aufweisen. In allen diesen Punkten tritt freilich der Gegensatz zwischen Urheberrecht und Erfinderrecht in voller Schärfe nur bei der Vergleichung des Erfinderrechtes mit dem reinen Urheberrecht hervor²⁰. Zum Theil bilden sogar dem litterarischen und künstlerischen Urheberrechte gegenüber die gewerblichen Urheberrechte zusammen mit dem Erfinderrechte eine gemeinsame Gruppe²¹. Allein auch die Zwischengebilde, die hier wie so oft im Rechtsleben die begriffliche Kluft thatsächlich überbrücken, werden doch durch die ihnen vom positiven Rechte verliehene Struktur der einen oder der anderen Gattung von Rechten zugetheilt²².

Mag nun aber das Erfinderrecht dem Urheberrechte ein- oder nebengeordnet werden, so gehört es jedenfalls gleich ihm zu den Rechten an der eignen Person. Es ist ein Persönlichkeitsrecht, durch das ein Geisteserzeugniß als Bestandtheil einer bestimmten Persönlichkeitssphäre anerkannt und deren Träger eine Herrschaft über diesen Bestandtheil seiner Persönlichkeitssphäre gewährt wird. Hierüber besteht unter den Anhängern einer gleichen Auffassung des

²⁰ Auch innerhalb des Erfinderrechtes besteht in dieser Richtung ein Unterschied, indem das Wesen des Erfinderrechtes am reinsten hervortritt und folgeweise von dem des Urheberrechtes sich am schärfsten abhebt, wo ein Verfahren als solches patentirt wird, während bei der Patentirung eines den Erfindungsgedanken verkörpernden Gegenstandes eine Annäherung an urheberrechtliche Grundsätze stattfindet.

²¹ Gleichwohl darf man nicht mit Beck-Mannagetta S. 5 ff. die Urheberrechte an Mustern und das Erfinderrecht als „gewerbliches Urheberrecht“ zusammenfassen und dem „geistigen Urheberrecht“ gegenüberstellen. — Dafs in Gesetzen (wie im engl. Ges. v. 1883) und Verträgen (oben S. 853) eine solche Zusammenfassung begegnet, ist hierfür um so weniger entscheidend, als dabei auch das doch sicher anders geartete Recht an Waarenzeichen eingeschlossen wird. Allen diesen Rechten sind eben neben den allgemeinen Merkmalen der Persönlichkeitsrechte besondere Merkmale gemeinsam, die in ihrer gewerblichen Natur wurzeln. Der Begriff des „gewerblichen Eigenthums“ aber ist kein Rechtsbegriff.

²² Dies geschieht freilich in den verschiedenen Gesetzgebungen auf verschiedene Weise (vgl. oben § 92 Anm. 5 u. § 93 Anm. 3), so dafs auch nach den Verträgen mit Oesterreich, Italien u. der Schweiz ein dort als Erfinderrecht angemeldetes Recht in Deutschland als urheberrechtliches Gebrauchsmusterrecht angemeldet werden kann und umgekehrt (Art. 4 litt. d).

Urheberrechtes kein Streit²³. Im Uebrigen dagegen wiederholen sich hier die Kämpfe, die über das Wesen des Urheberrechtes geführt werden. Doch gewinnen sie in mehrfacher Hinsicht durch die Eigenart des Erfinderrechts eine besondere Färbung.

Zunächst bietet die in der Patenterteilung gipfelnde staatliche Mitwirkung bei der Begründung des Erfinderrechtes hier einen selbständigen Stützpunkt für alle Konstruktionen, die an die alten Erfindungsprivilegien anknüpfen. Seitdem indess ein allgemeiner gesetzlicher Anspruch auf die Ertheilung eines Patenten anerkannt ist, haben die Ansichten, nach denen hier überhaupt kein subjektives Recht oder nur ein aus Gunst oder um der Billigkeit willen verliehenes singuläres Recht vorliegt, nur scheinbar einen festeren Boden als beim Urheberrechte unter sich²⁴. Aber auch die Versuche, den Begriff eines durch eine besondere staatliche Willensaktion geschaffenen Rechtes mit dem Gedanken eines aus der geistigen Schöpfung selbst entspringenden Rechtes zu verbinden, haben jede Berechtigung verloren²⁵. Denn durch die Ertheilung des Patenten wird heute überhaupt nicht ein neues Recht geschaffen, sondern ein vorhandenes Recht festgestellt und mit der ihm entsprechenden Wirksamkeit bekleidet: das Erfinderrecht wird mit der Erfindung geboren und empfängt im Patentrechte nur den ihm durch die Rechtsordnung bei Erfüllung der gesetzlichen Voraussetzungen zugesicherten Schutz²⁶.

²³ Vgl. von den oben § 85 Anm. 65 angef. Schriftstellern bes. Dahn (dazu Krit. V.J.Schr. XX 354 ff.), Gareis u. Beseler; auch Gierke, Z. f. H.R. XXIX 271 u. 274 ff.

²⁴ Ueber die namentlich von Laband für das Erfinderrecht durchgeführte Annahme, daß kein subjektives Recht vorliege, vgl. oben § 85 Anm. 35—36. Die Theorie des reinen Privilegs herrscht in der älteren Litteratur; dabei wird häufig ein Billigkeitsanspruch des Erfinders auf Lohn für seine erfolgreiche Arbeit zu Grunde gelegt; vgl. bes. Renouard a. a. O. (oben Anm. 1) S. 22 ff., Mittermaier II § 296, Schäffle a. a. O. (oben § 85 Anm. 37) S. 259. Gegen die Lohntheorie vgl. Kohler, Patentr. S. 10 ff., Beck-Mannagetta S. 22 ff.

²⁵ Einen solchen Versuch stellt namentlich die früher verbreitete, aber auch noch in den Vorberathungen des deutschen Patentgesetzes von 1877 zum Ausdruck gekommene u. von Daude a. a. O. S. 285 u. Gengler § 133 vorgetragene Theorie dar, nach der das Patent auf einem Vertragsverhältnisse zwischen dem Erfinder, der seine Erfindung im Interesse Aller der Oeffentlichkeit preisgibt, und dem Staate, der ihm dafür ein ausschließliches Benutzungsrecht gewährt, beruhen soll. Vgl. hiergegen Kohler, Patentr. S. 16 Anm., Beck-Mannagetta S. 11 ff., Schanze, Arch. f. öff. R. IX 184 ff.

²⁶ Vgl. bes. Kohler, Patentr. S. 77 ff., Robolski, Theorie u. Praxis S. 48 ff. u. Handwörterb. der Staatswiss. V 129, Bolze S. 159, vortrefflich auch R.Ger. XXIX Nr. 16 S. 55 ff. — Dagegen meint Stobbe III 34, daß die Erfindung noch kein Recht, sondern erst eine Rechtshoffnung begründe; ein Recht erstehet erst

Sodann leistet die gewerberechtliche Ausgestaltung des Erfinderrechtes hier den Theorien Vorschub, die von dem Begriffe des Monopoles oder des Bannrechtes oder irgend einer verwandten ausschließlichen Gewerbeberechtigung ausgehen²⁷. Gewiß hat das Erfinderrecht einen Theil seines Inhaltes mit den ausschließlichen Gewerbeberechtigungen gemein. Auch steht es ihnen nicht nur sehr viel näher, als das litterarische und künstlerische Urheberrecht, sondern auch näher, als die gewerblichen Urheberrechte. Allein diese Uebereinstimmung trifft doch immer nur theilweise zu und erstreckt sich jedenfalls nur auf die im Erfinderrechte enthaltenen negativen Befugnisse. Das Erfinderrecht erschöpft sich aber nicht in den gegen die Vornahme gewisser gewerblicher Handlungen durch Andere gerichteten Untersagungsbefugnissen²⁸. Vielmehr hat es vor Allem einen positiven Inhalt. Es gewährt seinem Subjekte in der Herrschaft über das von ihm geschaffene Geisteserzeugniß eine positive Befugniß, die Erfindung zu benutzen und über sie zu verfügen²⁹. Nur um das aus geistiger Schöpfung erworbene Recht am eignen Persönlichkeitsgute ungehindert genießen zu können, empfängt überhaupt der Erfinder seine Verbotsrechte gegen Dritte. In diesem seinem positiven Kerne aber hat das Erfinderrecht offenbar nichts gemein mit den ausschließlichen Gewerbeberechtigungen, deren positiver Inhalt in einem ihrem Subjekte von außen her zugewiesenen Thätigkeitsbereiche besteht³⁰.

Ferner gewährt die vermögensrechtliche Ausprägung

durch die Ertheilung des Patents, die hier dasselbe sei, was bei einem litterarischen Werke die Form. Auch Mandry, *Civilr. Inh.* S. 502, Laband, *Staatsr.* II 284, G. Meyer, *Verwaltungs.* I 446 ff., u. Seligsohn S. 84 ff. erkennen kein Erfinderrecht vor der Patentirung an.

²⁷ Vgl. die oben § 85 Anm. 27 genannten Vertreter der Monopoltheorie (in der Anwendung auf das Patentrecht bes. Renouard, Schäffle, Laband, Roguin und Randa). Zu den ausschließlichen Gewerberechten zählen auch Klostermann b. Endemann II 308 ff., Kärger a. a. O. u. Dernburg a. a. O. das Erfinderrecht. Schuster a. a. O. S. 19 hält es für ein objektloses Zwangsrecht.

²⁸ Wird schon das Urheberrecht vielfach als bloßes Untersagungsrecht konstruirt (oben § 85 S. 758), so fand beim Patentrechte eine derartige Auffassung in der negativen Fassung des § 4 des deut. Patentges. v. 1877 einen starken Anhalt. Auch das R.Ger. IX Nr. 28 schloß sich ihr auf Grund des Wortlautes des § 4 an. Vgl. ferner Gareis, *Patentges.* S. 18 u. 82; Robolski, *Theorie* S. 193 ff. u. 232; Randa a. a. O. S. 56.

²⁹ Vgl. die jetzige positive Fassung des § 4 des Patentgesetzes. Ferner namentlich Kohler, *Patentr.* S. 97 ff., *Forsch.* S. 108, Seligsohn S. 51, Beckmannagetta S. 149 ff., Zoll a. a. O. S. 553 ff.

³⁰ Vgl. oben § 82 V S. 715 ff.

des Patentrechtes hier einen besonderen Anhalt für alle Auffassungen, die das Erfinderrecht vom Vermögensrechte her zu begreifen suchen. Doch stößt zunächst die Theorie des geistigen Eigenthums, sobald sie mehr als eine Zugehörigkeit der Erfindung zur Rechtssphäre des Erfinders aussagen will, hier auf noch grössere Schwierigkeiten als beim Urheberrechte³¹. Denn in noch höherem Mafse als das Geisteswerk entzieht sich der Erfindungsgedanke jeder mit dem körperlichen Eigenthum vergleichbaren Herrschaft; und noch unerträglicher wären hier die Folgen, wenn das Recht am Geisteserzeugnisse dem Vorbilde des Sacheigenthums in Umfang und Dauer nacheifern wollte³². Ebenso vermag die Theorie des Immaterialgüterrechts dem Erfindungsgedanken noch weniger als dem Geisteswerke jene gegenständliche Selbständigkeit und Abgeschlossenheit zu verschaffen, deren es bedürfte, um das Erfinderrecht lediglich aus dem Gesichtspunkte einer sachenrechtlich angelegten Herrschaft an dem unleiblichen Gute oder der unkörperlichen Sache erklären und begrenzen zu können³³. Aber auch die Theorien, die unter Vermeidung jeder sachenrechtlichen Analogie das Erfinderrecht dem Begriffe eines eigenartigen absoluten Vermögensrechtes unterstellen, setzen den Theil für das Ganze³⁴. Denn das Erfinderrecht ist in seinem Kerne überhaupt kein Vermögensrecht. Sobald es sich freilich zum Patentrechte entfaltet hat, erscheint es als ein überwiegend vermögensrechtliches Gebilde. Geboren aber wird es als reines Personenrecht. Als solches springt es aus der vollendeten Erfindungsthat hervor. Seinen ursprünglichen Inhalt bildet wie den des Urheberrechtes die alleinige Befugnifs, über das Ob, Wann und Wie der Veröffentlichung des eigenen Geisteserzeugnisses

³¹ Die Anwendung der Theorie des geistigen Eigenthums auf die Erfindung begegnet schon in dem französ. Ges. v. 1791 (oben Anm. 5). Ebenso bei den meisten Schriftstellern, die ihr für das Urheberrecht huldigen; vgl. oben § 85 Anm. 50. Vgl. ferner die Nachweisungen b. Beck-Mannagetta S. 14 Anm. 3. — Dagegen die oben § 85 Anm. 52 Genannten, sowie speziell Beck-Mannagetta S. 15 ff.

³² Die beim Urheberrechte erhobene Forderung ewiger Dauer ist denn auch hier kaum jemals laut geworden.

³³ Die Theorie des Immaterialgüterrechts ist von Kohler gerade für das Erfinderrecht zuerst entwickelt (vgl. oben § 85 Anm. 53) und auch von Stobbe zugleich mit für dasselbe aufgestellt. Sie billigen Robolski, Theorie S. 49, u. Zoll a. a. O. S. 537 ff. Auch Bekkers, Heuslers und Frankens Theorien der Rechte an unkörperlichen Sachen, sowie die Theorie Klöppels beziehen sich zugleich auf das Erfinderrecht; vgl. oben § 85 Anm. 53.

³⁴ Hierher gehören die Theorien von Klostermann in Busch Arch. XXX 12 ff. u. b. Endemann II 308 ff., Mandry, Civilr. Inh. § 53 IV, Randa a. a. O. S. 56, Beck-Mannagetta S. 24.

zu entscheiden. Von dieser Entscheidung hängt es ab, ob das Erfinderrecht einen vermögensrechtlichen Inhalt entwickelt. Der Erfinder kann seine Erfindung vorläufig oder dauernd geheim halten, ohne hierdurch sein Erfinderrecht einzubüßen. In diesem Falle kann er möglicher Weise auf die Nutzbarmachung seiner Idee zur Zeit oder endgültig verzichten. Er kann aber auch das Geheimniß gerade deshalb wählen, um unter dessen Schutz seine Erfindung selbst oder durch Andere in möglichst großem Umfange und für möglichst lange Zeit auszunutzen. Dann vermag die Erfindung, insoweit die Wahrung des Geheimnisses gelingt, thatsächlich einen hohen Vermögenswerth zu gewinnen, ohne daß doch in das Erfinderrecht als solches ein vermögensrechtlicher Inhalt einträte. Will der Erfinder seine Erfindung veröffentlichen, so kann er wieder einen doppelten Weg einschlagen. Er kann unter Verzicht auf ein eignes ausschließliches Nutzungsrecht die Erfindung in beliebiger Weise offenkundig machen und damit dem Gemeingebrauche preisgeben. Geschieht dies, so ist die Entfaltung des Erfinderrechtes zum Vermögensrechte für immer abgeschnitten, ohne daß doch alsbald jede rechtliche Wirkung des Erfinderrechtes wegfiel. Der Erfinder kann aber endlich auch, indem er sein Recht auf ein Patent geltend macht, seine Erfindung in einer besonderen gesetzlichen Form veröffentlichen, um das ihm unter dieser Voraussetzung vorbehaltene, inhaltlich und zeitlich beschränkte ausschließliche Nutzungsrecht zu erwerben. Dann und nur dann entfaltet sich das Erfinderrecht zu einem Vermögensrechte. Sein personenrechtlicher Kern bleibt auch jetzt unversehrt. Das Recht als Ganzes aber wird in umfassendem Mafse vermögensrechtlichen Schicksalen zugänglich. Bei dieser Sachlage darf auch hier der primäre personenrechtliche Gehalt nicht zum sekundären Ausflusse eines Vermögensrechtes umgedeutet werden⁸⁵. Ebenso wenig ist es zulässig, das Erfinderrecht in ein Recht an der eignen Person und ein reines Vermögensrecht zu zerlegen⁸⁶. Vielmehr ist das Erfinderrecht ein einheitliches Recht, das seinem inneren Wesen nach ein Persönlichkeitsrecht bleibt, wenschon es in seiner vollen Entfaltung zugleich ein Vermögensrecht ist und überwiegend durch seine vermögensrechtlichen Ausstrahlungen bestimmt wird.

Schließlich hat die Fülle von besonderem öffentlichem Recht, das die Patentgesetze behufs Verwirklichung und Einschränkung des

⁸⁵ Dies geschieht auch hier auf den oben § 85 Anm. 45—46 u. 55 angegebenen Wegen.

⁸⁶ So verfährt auch hier Kohler; vgl. oben § 81 Anm. 15 u. § 85 Anm. 56. Zustimmend Regelsberger § 50 VI.

Erfinderrecht geschaffen haben, Zweifel an der rein privatrechtlichen Natur des Erfinderrechtes erweckt³⁷. Allein das Erfinderrecht ist so gut wie das Urheberrecht ein reines Privatrecht. Sein privatrechtliches Wesen wird dadurch nicht berührt, daß der Anspruch auf die zu seiner vollen Entfaltung erforderliche staatliche Mitwirkung ein öffentlichrechtlicher Anspruch ist³⁸. Auch daß dieser Anspruch nicht im ordentlichen Rechtswege durchgesetzt werden kann, ist für die Natur des ihm zu Grunde liegenden Persönlichkeitsrechtes gleichgültig³⁹. Am wenigsten aber wird das privatrechtliche Wesen des Erfinderrechtes durch die ihm vom öffentlichen Rechte her auferlegten Einschränkungen und Verpflichtungen irgendwie verändert⁴⁰.

§. 95. Begründung des Erfinderrechts.

I. Ueberhaupt. Das Erfinderrecht entsteht durch die Schöpfung einer Erfindung, entfaltet sich aber zu einem ausschließlichen Rechte erst durch einen besonderen staatlichen Feststellungsakt. Dieser erfolgt durch die Ertheilung eines „Patentes“ (in Oesterreich „Privileg“, in Frankreich „brevet“ genannt).

Für das Patentwesen besteht in Deutschland eine besondere Reichsbehörde¹. Sie führt den Namen „Patentamt“, hat ihren Sitz zu Berlin und setzt sich aus einem Präsidenten und aus rechtskundigen und technischen Mitgliedern zusammen². Dem Patentamte sind zugleich die staatlichen Funktionen hinsichtlich der öffentlichen Feststellung der Rechte an Gebrauchsmustern und an Waarenzeichen überwiesen³. Für Patentsachen sind in ihm besondere Abtheilungen für die Patentanmeldungen (Anmeldeabtheilungen), eine Abtheilung für die Anträge auf Erklärung der Nichtigkeit oder auf Zurücknahme von Patenten (Nichtigkeitsabtheilung) und Abtheilungen für die Be-

³⁷ Einen theils privatrechtlichen, theils öffentlichrechtlichen Inhalt schreiben dem Erfinderrechte z. B. Haenel, Staatsr. I § 129, u. Beck-Mannagetta S. 25 zu.

³⁸ Dies betont Haenel a. a. O. Aber auch der Anspruch auf Eintragung des Eigenthums oder eines dinglichen Rechtes in das Grundbuch ist öffentlichrechtlich.

³⁹ Vgl. oben § 4 S. 32.

⁴⁰ Sonst wäre auch das Grundeigenthum kein Privatrecht. Richtig Zoll a. a. O. S. 549.

¹ Aehnliche Spezialbehörden bestehen in England, den Vereinigten Staaten und der Schweiz. Anderswo erfolgt die Patentirung durch die Ministerien für Handel und Gewerbe; vgl. über Oesterreich u. Ungarn Beck-Mannagetta S. 251 ff.

² R.Ges. § 13. Das Nähere über die Organisation dieser Behörde gehört ins öffentliche Recht; vgl. Laband II 224 ff., Robolski, Theorie S. 59 ff., und über die durch das Ges. v. 1891 getroffenen wichtigen Aenderungen Seligsohn S. 120 ff.

³ Oben § 93 S. 843 ff. u. § 84 IV S. 732 ff.

schwerden (Beschwerdeabtheilungen) gebildet⁴. Bei dem Patentamt wird eine Rolle geführt, in die Gegenstand und Dauer der ertheilten Patente nebst Namen und Wohnort der Patentinhaber und ihrer etwa bestellten Vertreter, Anfang, Ablauf, Nichtigkeitserklärung und Zurücknahme von Patenten, sowie Aenderungen in der Person des Patentinhabers oder seines Vertreters eingetragen werden. Die Patentrolle ist öffentlich. Die Einsicht der Rolle und der den Patentertheilungen zu Grunde liegenden Beschreibungen, Zeichnungen, Modelle und Probestücke steht Jedermann frei. Gleichzeitig mit der Eintragung werden die den Bestand der Patente betreffenden Thatsachen im Reichsanzeiger bekannt gemacht. Außerdem erscheint ein amtliches Patentblatt, durch das die Beschreibungen und Zeichnungen veröffentlicht und die Bekanntmachungen des Reichsanzeigers wiederholt werden⁵. Ausgenommen von der Oeffentlichkeit sind allein die vom Reiche für die Zwecke des Heeres oder der Flotte genommenen Patente⁶.

Bei der Patentertheilung gilt in Deutschland das Prüfungsverfahren, das die Behörde zu einer Prüfung der materiellen Voraussetzungen des Patentbesitzes beruft⁷. Das Prüfungsverfahren ist auch in einigen anderen Ländern durchgeführt⁸. In den meisten Ländern dagegen gilt das Anmeldeverfahren, bei dem die Behörde nur die formellen Voraussetzungen der Patentanmeldung prüft, während die Entscheidung über die sachlichen Erfordernisse des Patentbesitzes lediglich den ordentlichen Gerichten in den nachträglich etwa eintretenden Streitfällen zusteht⁹. Mit dem Prüfungsverfahren verbindet sich in Deutschland ein Aufgebotsverfahren, das die Beteiligten, indem es zur Erhebung und Erledigung von Einsprüchen gegen die Patentertheilung Gelegenheit giebt, zur Mitwirkung bei der amtlichen

⁴ R.Ges. § 14—17 u. Ausführungsv. v. 11. Juli 1891 § 1—11. Die Neuerungen in der Einrichtung der Abtheilungen sind von besonderer Erheblichkeit.

⁵ R.Ges. § 19; über das Patentblatt und die zugehörigen Patentschriften Seligsohn S. 145 ff.

⁶ R.Ges. § 19 Abs. 3—4, § 23 Abs. 5.

⁷ So auch bei den Eintragungen in die Zeichenrolle (oben § 84 S. 737), während bei den Eintragungen in die Rolle für Gebrauchsmuster das Anmeldeverfahren gilt (oben § 93 Anm. 17).

⁸ Insbesondere in den Vereinigten Staaten u. in Rußland; in beschränkterem Umfange auch nach Schwed. Ges. v. 1884 u. Norweg. Ges. v. 1885.

⁹ So mit freilich ungleicher Abgrenzung der zu prüfenden formellen Erfordernisse in Oesterreich (seit 1832), Frankreich, Belgien, England, Italien, Portugal u. s. w.; desgleichen in der Schweiz, hier jedoch modifizirt durch das System des Rückziehungsrathschlages (*avis préalable*), wobei die Behörde die Neuheit der Erfindung prüft und ein ungünstiges Ergebniss dem Anmelder mittheilt, diesem aber anheimstellt, ob er trotzdem das Patent nehmen will.

Prüfung heranzuziehen sucht¹⁰. Durch das Prüfungsverfahren wird die rechtliche Natur der Patentertheilung als eines bloßen Feststellungsaktes nicht verändert. Wohl aber wird durch dasselbe in die Hände des Patentamtes zugleich eine richterliche Entscheidung über das Dasein oder Nichtdasein eines Erfinderrechtes gelegt. Diese Entscheidung ist nach deutschem Rechte hinsichtlich des Rechtes auf Ertheilung des Patents endgültig¹¹, während gegen die Entscheidung des Patentamtes über die Nichtigkeit oder Zurücknahme eines einmal erworbenen Patenten eine Berufung an das Reichsgericht offen steht. Das Patentamt ist also gleichzeitig Verwaltungsbehörde und Gerichtshof¹². Außerdem ist es zur Abgabe von Obergutachten in Civil- und Strafprozessen über Patente berufen¹³.

II. Objektive Voraussetzungen.

1. Damit ein Erfinderrecht entstehe, muß eine Erfindung vorliegen. Erfindung ist ein Gedankengebilde, das durch eine bisher unbekannte Kombination von Naturkräften einen wesentlichen technischen Fortschritt schafft¹⁴. Keine Erfindung ist die Entdeckung, die nicht Neues hervorbringt, sondern Vorhandenes enthüllt¹⁵. Keine Erfindung ist eine Neuerung in der wirtschaftlichen Verwendung

¹⁰ Ebenso in Schweden u. Norwegen. Natürlich läßt sich ein Aufgebotsverfahren auch mit dem Anmeldesystem verbinden; eine solche Verbindung findet in England statt, wo indess nur Einsprüche auf Grund älterer Patentrechte, nicht sonstige Einsprüche gegen die Patentfähigkeit zulässig sind. — Ueber die verschiedenen Systeme, ihre Vorzüge und Nachteile und ihre Kombinationen vgl. Kohler, Patentr. S. 321 ff. u. b. Schönberg S. 783 ff., Klostermann a. a. O. S. 336 ff., Robolski, Theorie S. 64 ff., Beck-Mannagetta S. 37 ff.

¹¹ Anders in Amerika, wo eine Berufung an den obersten Gerichtshof in Columbia, aber auch eine gerichtliche Klage auf Anerkennung zulässig ist. De lege ferenda spricht sich für Zulassung der Klage Bolze S. 31 ff., 159 ff. aus.

¹² Ebenso bei Warenzeichen; vgl. oben § 84 Anm. 42. Als Gericht verhandelt das Patentamt in den Formen des Verwaltungsstreitverfahrens; inhaltlich aber ist seine Gerichtsbarkeit eine Privatrechtsjurisdiktion.

¹³ R.Ges. § 18. Ebenso in Prozessen über Warenzeichen und Geschmacksmuster; vgl. oben § 84 Anm. 42 u. § 93 Anm. 49.

¹⁴ Ueber den Begriff der Erfindung vgl. bes. Kohler, Patentr. S. 32 ff., Forsch. S. 3 ff., Klostermann, Patentges. S. 112 u. b. Endemann II 320 ff., Dambach, Patentges. S. 2 ff., Gareis, Patentges. S. 27 ff., Hartig a. a. O. S. 30, Robolski, Theorie S. 3 ff. u. Handwörterb. V 127, Seligsohn, S. 7 ff., G. Meyer I 447, Beck-Mannagetta S. 134.

¹⁵ Somit auch nicht die Entdeckung eines in der Natur vorhandenen Stoffes (z. B. eines chemischen Elementes), einer Naturkraft, einer bisher unbekannten Wirkung eines bekannten Gegenstandes. Vgl. bes. Kohler, Forsch. S. 20 ff., Robolski, Theorie S. 21 ff., Beck-Mannagetta S. 132 ff., R.Ges. C. S. XX Nr. 10 u. Patentbl. 1889 S. 209 ff.

menschlicher Kräfte¹⁶. Keine Erfindung ist ein neuer Gedanke ohne technisches Ergebniss¹⁷. Keine Erfindung liegt vor, wenn das technische Ergebniss nicht einen wesentlichen Fortschritt gegenüber dem bisherigen Stande der Technik darstellt. Nicht patentfähig sind Formveränderungen bekannter Gegenstände ohne einen wesentlich neuen technischen Effekt¹⁸, Summirungen bekannter Elemente ohne wesentliche Veränderung ihrer Wirkung¹⁹, Vertauschungen des Stoffes oder der Mittel bei der Lösung einer technischen Aufgabe, wenn dadurch nur ein gleichwerthiger Erfolg, wie durch eine bereits bekannte Lösung in einem anderen Stoffe oder mit einem anderen Mittel, herbeigeführt wird²⁰. Die Erfindung muss einen ihr eigenthümlichen geistigen Gehalt haben, durch den sie die menschliche Herrschaft über die Naturkräfte erweitert²¹.

2. Die Erfindung muss neu sein. Nach der Bestimmung des Patentgesetzes ist sie nicht neu, wenn sie zur Zeit ihrer Anmeldung in öffentlichen Druckschriften aus den letzten hundert Jahren bereits derart beschrieben oder im Inlande bereits so offenkundig benutzt ist, dass danach die Benutzung durch andere Sachverständige möglich erscheint²². Diese Bestimmung erschöpft die Fälle, in denen eine Er-

¹⁶ Z. B. eine neue Methode des Ackerbaues, des Bergbaues, der Buchführung, ein Finanzplan, ein Plan für ein Handelsunternehmen u. s. w.; Motive zum Patentges. v. 1877 S. 17.

¹⁷ Z. B. eine bloße spekulative Idee, der noch die zur praktischen Durchführung erforderliche Ausgestaltung fehlt, Kohler, Forsch. S. 33 ff.; oder eine überhaupt unausführbare Idee, R.Ger. XXII Nr. 24.

¹⁸ Vgl. über die Grenzen zwischen Erfindung und „Konstruktion“ Kohler, Forsch. S. 29 ff., Robolski, Theorie S. 3, Seligsohn S. 10.

¹⁹ Kohler, Patentr. S. 48 ff., Forsch. S. 45 ff., Robolski, Theorie S. 9, Seligsohn S. 12.

²⁰ Vgl. über die Lehre von den „Aequivalenten“ Kohler, Jahrb. f. D. XXVI 414 ff., 424 ff., Forsch. S. 55 ff., Robolski, Theorie S. 217 ff., Seligsohn S. 11.

²¹ Kohler, Forsch. S. 41 ff., Robolski, Handwörterb. V 127.

²² R.Ges. § 2 Abs. 1. Zu Gunsten dessen, der ein Patent für eine von ihm oder seinem Rechtsvorgänger bereits im Auslande angemeldete Erfindung nachsucht, sollen nach Abs. 2 die antlich herausgegebenen Patentbeschreibungen derjenigen fremden Staaten, in denen die Gegenseitigkeit verbürgt ist, bis zum Ablaufe von drei Monaten seit dem Tage der Herausgabe nicht als öffentliche Druckschriften angesehen werden. — Näheres über die im Einzelnen vielfach streitigen Voraussetzungen für die gesetzliche Verneinung der Neuheit vgl. b. Kohler, Patentr. S. 32 ff., Forsch. S. 73 ff., Robolski, Theorie S. 27 ff., Seligsohn S. 21 ff.; über den Begriff der Offenkundigkeit auch R.Ger. I Nr. 90, III Nr. 25. — Ueber das im Wesentlichen übereinstimmende österreichische R. vgl. Beck-Mannagetta S. 139 ff. — Ueber Spezialgesetze zum Schutze der auf öffentlichen Ausstellungen kundgemachten Erfindungen vgl. Beck-Mannagetta S. 245 ff.

findung als nicht neu der Patentfähigkeit entbehrt²³. Somit wird z. B. einer Erfindung die Neuheit dadurch nicht entzogen, daß sie vor der Anmeldung in einem öffentlichen Vortrage dargelegt oder schon in einem mehr als hundert Jahre alten Buche beschrieben oder im Auslande offenkundig angewandt oder ausgestellt ist. Dagegen ist es für den Verlust der Neuheit gleichgültig, ob der Erfinder selbst oder ein Anderer, sei es auch widerrechtlich, die Erfindung veröffentlicht hat.

3. Die Erfindung muß gewerblich verwerthbar sein. Sie muß sich also nicht bloß als ein ideales, sondern als ein wirtschaftliches Gut ausweisen.²⁴ Doch genügt die Möglichkeit gewerblicher Verwerthung. Ob die Erfindung wirklich praktisch brauchbar ist, ob sie den angestrebten Erfolg vollständig erreicht, ob ihre Ausbeutung lohnenden Gewinn verspricht, ist nicht zu untersuchen²⁴.

4. Zur Entstehung des Erfinderrechts gehört das äußere Dasein der Erfindung. Der Erfindungsgedanke muß in seiner vollständigen Entwicklung nicht nur gedacht, sondern auch dergestalt geäußert sein, daß auf Grund dieser objektiven Erscheinung das gewonnene technische Ergebnis wiederholt hervorgebracht werden kann. Eine solche Äußerung kann durch Niederschrift einer Beschreibung, durch Herstellung einer Zeichnung, einer Abbildung oder eines Modelles, durch eine Probeausführung, durch mündliche Darlegung oder Demonstration erfolgt sein.

5. Verschiedene Arten der Erfindung ergeben sich daraus, daß der Erfindungsgedanke sich entweder in einer neuen Form körperlicher Gegenstände oder in einem neuen Verfahren zur Erreichung eines Erfolges ausdrückt.

Im ersten Falle wird der körperliche Gegenstand zugleich als Gegenstand der Erfindung bezeichnet und patentirt. In Wahrheit ist der einzelne körperliche Gegenstand niemals Objekt des Erfinderrechts, sondern nur ein Darstellungsmittel des Erfindungsge-

²³ Kohler, Patentr. S. 35 ff., Dambach S. 10 ff., Dahn a. a. O. S. 373 ff., Stobbe § 160 Anm. 42, Robolski, Theorie S. 27 ff., Seligsohn S. 13, Entsch. des Pat.A. im Patentbl. 1882 S. 41 ff. — Andere meinen, in § 2 seien nur Beispiele der Nichtneuheit aufgeführt; so Landgraf S. 15 ff., Klostermann, Komm. S. 123 ff. u. b. Endemann II 322 ff., Gareis S. 56 ff., Rosenthal S. 60 ff., Dernburg § 303 Anm. 10, Laband II 229, G. Meyer § 139 Anm. 14.

²⁴ Kohler, Patentr. S. 64 ff., Aus dem Patent- und Industrierecht II 57, Robolski, Theorie S. 36 ff., Seligsohn S. 14 ff. — Der Begriff des „Gewerblichen“ ist hierbei im weitesten Sinne zu nehmen und schließt die Urproduktion ein; der Widerspruch von Landgraf, Komm. zum Ges. v. 1877 S. 3 ff., ist vereinzelt geblieben. — Ueber das österr. R. vgl. Beck-Mannagetta S. 146 ff.

dankens, an dem das Erfinderrecht besteht²⁵. Auch die neue typische Form als solche bildet hier nicht wie beim Musterschutze ein Objekt ausschließlicher Berechtigung. Wohl aber wird sie insoweit vom Erfinderrechte mitergriffen, als sie Ausfluß des Erfindungsgedankens ist. Somit erstreckt sich hier das Erfinderrecht auf alle denselben Erfindungsgedanken offenbarenden Gegenstände von gleicher Art, durch welches Verfahren immer sie hergestellt sein mögen²⁶. Im Uebrigen kann der körperliche Gegenstand der Erfindung wieder entweder ein unmittelbar zur Befriedigung menschlicher Bedürfnisse dienendes Arbeitserzeugniß (Konsumtionsgegenstand, Fabrikat, Waare) oder ein der Erzeugung von Gütern dienendes Arbeitsmittel (Produktionsmittel, Maschine, Werkzeug, Geräth) sein²⁷.

Ist ein Verfahren Gegenstand der Erfindung, so reicht das Erfinderrecht so weit, wie sich der in diesem Verfahren verwirklichte Erfindungsgedanke erstreckt. Es bezieht sich daher nicht auf die Erreichung desselben Ergebnisses durch ein anderes Verfahren. Wohl aber ergreift es zugleich die durch das erfundene Verfahren unmittelbar hergestellten körperlichen Gegenstände, weil sie Erzeugnisse des Erfindungsgedankens sind²⁸.

6. An gewissen Erfindungen entsteht niemals ein Erfinderrecht. Hierzu gehören erstens Erfindungen, deren Verwerthung den Gesetzen oder guten Sitten zuwiderlaufen würde²⁹. Zweitens sind kraft posi-

²⁵ Kohler, Aus dem Patent- u. Industrierecht II 8 ff., Forsch. S. 41 ff.; Seligsohn S. 9.

²⁶ R.Ger. XIV Nr. 17. Hier wird sogar die Patentirung eines Fabrikates mit der Beschränkung, daß nur dessen Herstellung durch ein bestimmtes Verfahren geschützt sei, für unzulässig erklärt.

²⁷ Das Erfinderrecht an einem Arbeitserzeugnisse ergreift dessen Herstellung mit jedem beliebigen Arbeitsmittel, so daß z. B. der Inhaber eines älteren Patenten auf ein Fabrikat dem Inhaber eines jüngeren Patenten auf eine zur Erzeugung dieses Fabrikates neu erfundene Maschine die gewerbemäßige Herstellung und Verbreitung des Fabrikates untersagen kann; R.Ger. IX Nr. 28. Dagegen erstreckt sich das Erfinderrecht an einem Arbeitsmittel nicht auf das Arbeitserzeugniß, falls dasselbe durch ein anderes Arbeitsmittel hergestellt wird.

²⁸ So bestimmt jetzt ausdrücklich das R.Ges. § 4. Mit Recht hat aber schon unter der Herrschaft des R.Ges. v. 1877 das R.Ger. XXII Nr. 3 u. Str. S. XXI Nr. 76 in gleichem Sinne entschieden; vgl. auch Kohler, Aus dem Patent- u. Industrierecht I 22 ff. Anders O.L.G. Dresden ib. S. 17 ff. — Abweichend von allen anderen Patentgesetzen läßt das Schweiz. Ges. v. 1888, indem es Darstellbarkeit der Erfindung durch ein Modell verlangt, die Patentirung eines Verfahrens überhaupt nicht zu.

²⁹ R.Ges. § 1 Abs. 2 Z. 1. Der Satz würde auch ohne Gesetzesbestimmung gelten; unrichtig begründet ihn Laband II 229 Anm. 2. Er gilt jedoch nur für Erfindungen, die für einen rechtswidrigen oder unsittlichen Zweck entweder aus-

tiver Gesetzesbestimmung Erfindungen von Nahrungs-, Genuß- und Arzneimitteln, sowie von Stoffen, welche auf chemischem Wege hergestellt werden, dem Erfinderrechte entzogen⁸⁰. Dagegen wird durch die Erfindung eines bestimmten Verfahrens zur Herstellung solcher Gegenstände ein Erfinderrecht begründet⁸¹.

7. Besonderheiten gelten bei Gesamterfindungen⁸². Eine Gesamterfindung liegt vor, wenn durch eine neue Kombination einzelner Elemente zu einem Ganzen ein technisches Ergebnis erzielt wird, das über die Wirkung einer bloßen Summirung dieser Elemente hinausreicht⁸³. In einem solchen Falle steckt in der Kombination als solcher ein selbständiger Erfindungsgedanke, der ein zu einem sogenannten „Kombinationspatente“ berechtigendes Erfinderrecht erzeugt. Die einzelnen Elemente können bekannt oder aus einem anderen Grunde nicht patentfähig sein. Dann sind sie für sich gemeinfrei. Sie können aber auch einen Theil des Erfindungsgedankens in sich tragen. Dann werden sie insoweit, als sie dem Zwecke der Kombination dienen, von dem Erfinderrechte an der Gesamterfindung mitumspannt⁸⁴. Endlich können sie sich auch als selbständige Er-

schliesslich geeignet oder ausdrücklich bestimmt sind; die Möglichkeit des Mißbrauches macht eine Erfindung noch nicht patentunfähig, so daß z. B. Gifte oder Sprengstoffe patentirt werden können. Vgl. Kohler, Patentr. S. 70, Aus dem Patent- u. Industrierecht II 61, Robolski, Theorie S. 40, Seligsohn S. 16. — Daß die Erfindung einem positiven Kulturzwecke diene, ist nicht erforderlich; auch Spielereien, Luxusgegenstände u. s. w. sind patentfähig; Robolski a. a. O. S. 36.

⁸⁰ R.Ges. § 1 Abs. 2 Z. 2. Insoweit es sich um eine bloße Entdeckung eines in der Natur vorhandenen Stoffes handelt, würde auch ohne diese Gesetzesbestimmung ein Erfinderrecht nicht entstehen. Die Ausnahme bezieht sich aber auch auf wirkliche Erfindungen, wie sie in neuen künstlichen Stoffverbindungen liegen. Ueber die vielfach zweifelhaften Grenzen der Ausnahme vgl. Dambach S. 5 ff., Gareis S. 40 ff., Klostermann, Komm. S. 117 ff., Rosenthal S. 49 ff., Kohler, Patentr. S. 71 ff., Robolski a. a. O. S. 40 ff., Seligsohn S. 16 ff.

⁸¹ Hier wird daher das oben Anm. 28 Bemerkte besonders wichtig. — So lange kein anderes als das vom Entdecker oder Erfinder eines Nahrungs-, Genuß- oder Arzneimittels oder eines chemischen Erzeugnisses erfundene Verfahren zur Herstellung des Gegenstandes bekannt oder gangbar ist, bleibt hiernach thatsächlich auch die Monopolisirung des Gegenstandes selbst möglich.

⁸² Vgl. Kohler, Forsch. S. 43 ff., 98 ff., 102 ff., Robolski, Theorie S. 215 ff., Handwörterb. V 128, Seligsohn S. 12 ff., 169, 173 u. 174.

⁸³ Ueber bloße Summirung vgl. oben Anm. 19.

⁸⁴ Vgl. Kohler S. 49 ff., der in diesem Falle von einer „Totalitätserfindung“ und einem „Totalitätspatente“ spricht; Robolski, Theorie S. 216, Seligsohn S. 13. Während das Patentamt dem Kombinationspatente vielfach jede Schutzwirkung für einzelne Bestandtheile der Kombination versagt hat, nimmt das Reichs-

findungen darstellen. Dann entstehen neben einander Erfinderrechte an der Kombination und an den Elementen, so daß der Erfinder gleichzeitig mit dem Kombinationspatente auch Einzelpatente erwerben kann⁸⁵.

8. Ist eine Erfindung nur unter Benutzung einer noch geschützten älteren Erfindung verwerthbar, so ist sie eine abhängige Erfindung⁸⁶. Eine solche Erfindung erzeugt ein selbständiges Erfinderrecht, das jedoch durch das ältere Erfinderrecht an der von ihr vorausgesetzten Erfindung beschränkt wird. Man bezeichnet daher das für sie ertheilte Patent als ein „Abhängigkeitspatent“⁸⁷.

Zu den abhängigen Erfindungen gehört die unmittelbar auf Weiterbildung einer noch geschützten Erfindung gerichtete Verbesserungserfindung. Treffen die Erfinderrechte an der Verbesserungserfindung und der verbesserten Erfindung in derselben Person zusammen, so kann der Patentinhaber für die neue Erfindung ein bloßes „Zusatzpatent“ erwerben, durch das sie in ein rechtliches Zugehörigkeitsverhältniß zu der früheren Erfindung gesetzt wird⁸⁸. Er

gericht in beständiger Praxis an, daß die Bestandtheile insoweit, als sie Erfindungscharakter haben, durch das Kombinationspatent mitgeschützt werden.

⁸⁵ Er kann sich natürlich auch mit einem Kombinationspatente, das dann als Totalitätspatent wirkt (oben Anm. 34), begnügen. — Steht an den Elementen einem Anderen als dem Erfinder der Kombination ein Erfinderrecht zu, so ist die Gesamterfindung zugleich eine Abhängigkeitserfindung.

⁸⁶ Kohler, Forsch. S. 64 ff.; Robolski, Theorie S. 111 ff., Handwörterb. V 128 ff.; Seligsohn S. 40 ff.; vgl. auch Beck-Mannagetta S. 215 ff.

⁸⁷ Die Abhängigkeit kann im Patent ausgedrückt werden; doch steht eine richterliche Entscheidung über Abhängigkeit und Nichtabhängigkeit nicht dem Patentamte, sondern ausschließlich den ordentlichen Gerichten zu; R.-Ger. XII Nr. 27, Patentbl. 1885 S. 19 u. 20, Kohler, Forsch. S. 111 ff., Seligsohn S. 42. A. M. mit dem Patentamte selbst Robolski S. 114 ff., Hartig S. 259 ff. Die Novelle v. 1891 hat die Frage, obwohl man sie durch § 3 Abs. 1 zu Gunsten der Zuständigkeit des Patentamtes zu lösen beabsichtigte, in Wirklichkeit nicht gelöst; Seligsohn S. 42 ff.

⁸⁸ R.Ges. § 7; Kohler, Patentr. S. 258 ff., Forsch. S. 67 ff.; Hartig S. 244 ff.; Reuling im Patentbl. 1883 S. 451 ff.; Robolski, Theorie S. 118 ff., Handwörterb. V 129; Seligsohn S. 88 ff. — Die Pertinenzqualität des Zusatzpatentes äußert sich besonders in der Beschränkung seiner Lebensdauer auf die des Hauptpatentes und bei der Gebührenberechnung. Im Falle der Nichtigkeitserklärung des Hauptpatentes aber und bei vorzeitiger Beendigung desselben durch Verzicht wird das Zusatzpatent für den Rest seiner Lebensdauer zum selbständigen Patent. — Auf eine abhängige Erfindung anderer Art kann ein Zusatzpatent nicht genommen werden. — Die Einrichtung der Zusatzpatente ist auch dem engl., französ., belg., ital. R. u. s. w. bekannt, dagegen z. B. dem österr. R. fremd; Beck-Mannagetta S. 152.

kann jedoch auch so gut wie ein anderer Erfinder für die Verbesserungserfindung ein selbständiges Patent nehmen („Verbesserungspatent“)³⁹.

III. Subjektive Voraussetzungen.

1. Das Erfinderrecht entsteht in der Person des Schöpfers der Erfindung und nur in ihr⁴⁰. Schöpfer ist, wer den Erfindungsgedanken durch geistige Thätigkeit originär hervorgebracht hat. Haben Mehrere eine Erfindung gemeinschaftlich geschaffen, so erwerben sie ein Miterfinderrecht⁴¹. Einer Verbandsperson erwächst ein ursprüngliches Erfinderrecht, wenn die Erfindung aus einer verfassungsmäßig dem Verbandsleben angehörigen Thätigkeit von Organen entsprungen ist⁴².

Kein Erfinderrecht erwirbt der bloße Gehülfe fremder geistiger Schöpfungsthat⁴³. Kein Erfinderrecht entsteht umgekehrt in der Person des Geschäftsherrn aus der geistigen Schöpfungsthat seines Beamten, Angestellten oder Arbeiters⁴⁴. Doch kann durch Vertrag im Voraus wirksam bedungen werden, daß das Erfinderrecht an allen oder gewissen Erfindungen einer Person sofort mit seiner Entstehung auf eine andere Person zur Ausübung übergehen soll⁴⁵. Und bei

³⁹ Wo Zusatzpatente unbekannt sind, hat er nur diesen Weg; so in Oesterreich, Privilegienges. § 23. Der andere Erfinder kann immer nur ein Verbesserungspatent fordern. — Das Französische Ges. Art. 18 gewährt dem Patentinhaber für alle Verbesserungserfindungen zu seiner Erfindung während eines Jahres ein jeder fremden Anmeldung vorgehendes ausschließliches Recht auf ein Patent. Aehnlich Ital. Ges. Art. 26 u. 57, Norweg. Art. 4. Dem deut. R. ist dieses Vorrecht fremd.

⁴⁰ Stellvertretung ist ausgeschlossen; a. M. Kohler, Patentr. S. 59 ff. u. Forsch. S. 4, dazu oben § 86 Anm. 83.

⁴¹ Dasselbe ist gleich dem Miturheberrechte (oben § 86 S. 782 ff.) ein Gemeinschaftsrecht zur gesammten Hand, über das nur gemeinsam und einheitlich verfügt werden kann. Vgl. Kohler, Patentr. S. 57, Forsch. S. 8 ff., Klostermann b. Endemann II 324, Patentbl. v. 1879 S. 411.

⁴² Dies trifft z. B. regelmäßig bei Erfindungen in Staatsanstalten für militärische Versuchs- oder Konstruktionszwecke zu. Vgl. auch Kohler, Patentr. S. 61, Seligsohn S. 46, Robolski, Theorie S. 58.

⁴³ Kohler, Patentr. S. 56 ff., Forsch. S. 7. — Ebenso wenig, wer als Organ erfindet; vorige Anm.

⁴⁴ Einen originären Erwerb des Erfinderrechts durch Beauftragte und Angestellte nehmen Kohler, Patentr. S. 61 u. Forsch. S. 4 ff., u. Seligsohn S. 46 an. Allein da hier eine gesetzliche Bestimmung, wie sie bei Geschmacksmustern getroffen ist (oben § 92 II 2a), fehlt, eine solche Bestimmung aber zwar möglich, jedoch keineswegs nothwendig ist, kann die Erstreckung der dienstlichen Unterordnung auf die geistig schaffende Persönlichkeit nicht für geltendes Recht erachtet werden.

⁴⁵ Solche Verträge sind zwischen Geschäftsherrn und Angestellten (z. B. in chemischen Fabriken) sehr häufig, können aber auch sonst vorkommen. Dahin

gewerblichen Unternehmungen ist sogar regelmässig ein abgeleitetes Erfinderrecht des Geschäftsherrn an Erfindungen, die von ständig angestellten Technikern in ihrer dienstlichen Thätigkeit gemacht werden, ohne Weiteres als vereinbart anzunehmen⁴⁶.

2. Das Recht auf Entfaltung des Erfinderrechtes zum Patentrechte wird vom deutschen Gesetze nicht dem Erfinder, sondern dem ersten Anmelder gewährt⁴⁷. Damit ist indess das Patentrecht keineswegs vom ursprünglichen Erfinderrechte losgerissen⁴⁸. Vielmehr hat das Recht des ersten Anmelders eine doppelte Bedeutung.

a. Die Anmeldung begründet ein Prioritätsrecht an der Erfindung, so dafs, wenn Mehrere dieselbe Erfindung unabhängig von einander gemacht haben, nicht das früher entstandene, sondern das früher angemeldete Erfinderrecht vorgeht⁴⁹. Wer eine Erfindung zuerst anmeldet, schneidet jedem anderen Erfinderrechte an der gleichen Erfindung die Möglichkeit der Erhebung zum Patentrechte ab⁵⁰. Gleichwohl geht das vorher begründete Erfinderrecht als solches nicht unter⁵¹. Ja insoweit, als ihm bereits vor der fremden Anmeldung

gehört auch Ertheilung und Annahme eines Auftrages zu einer bestimmten Erfindung; R.Ger. im Patentbl. 1889 S. 117. — Immer aber bleibt genau wie bei nachträglicher Veräußerung das ursprüngliche Erfinderrecht mit seinem idealen Werthe und seiner Ehre beim Erfinder zurück; vgl. unten § 97.

⁴⁶ Vgl. Dambach S. 14 ff., Kohler, Patentr. S. 60 ff., Forsch. S. 5 ff., Gareis, Ueber das Erfinderrecht von Beamten, Angestellten und Arbeitern, Berl. 1879, Rosenthal S. 82 ff., Klostermann a. a. O. S. 324 ff., Robolski, Theorie S. 54 ff., Seligsohn S. 44 ff. — Aehnlich verhält es sich mit Erfindungen von Gesellschaftern im Rahmen ihrer gesellschaftlichen Thätigkeit; Seligsohn S. 47.

⁴⁷ R.Ges. § 3 Abs. 1. Ebenso nach den meisten ausländ. Gesetzen, insbesondere nach österr., französ., belg., ital., span. R.; dagegen wird im amerikan. u. engl. R. eine (in Amerika eidliche) Versicherung des Anmelders, dafs er sich für den ersten Erfinder halte, verlangt. Vgl. Klostermann a. a. O. S. 324, Beckmannagetta S. 137.

⁴⁸ Vgl. bes. Kohler, Patentr. S. 33 ff. 90 ff., Forsch. S. 86 ff., Robolski, Theorie S. 48 ff.

⁴⁹ Kohler, Patentr. S. 81, Forsch. S. 87 ff. Dagegen entscheidet nach amerikan. R. die Priorität der Erfindung.

⁵⁰ R.Ges. § 3 Abs. 1: „Eine spätere Anmeldung kann den Anspruch auf ein Patent nicht begründen, wenn die Erfindung Gegenstand des Patents des früheren Anmelders ist. Trifft diese Voraussetzung theilweise zu, so hat der spätere Anmelder nur Anspruch auf Ertheilung eines Patentes in entsprechender Beschränkung“. Das Patentamt hat die Deckungsfrage von Amtswegen zu prüfen; § 21 Abs. 3 u. § 22 Abs. 1. Ein versehentlich trotzdem über den Gegenstand einer älteren Anmeldung ertheiltes Patent ist ganz oder theilweise nichtig; § 10 Abs. 1 Z. 2, Abs. 3. Diese Nichtigkeit ist eine absolute, die Jedermann rügen kann; § 28. Vgl. Seligsohn S. 38 ff., unten Anm. 104.

⁵¹ Zum Mindesten die Ehre mufs ihm bleiben.

ein Nutzungsbesitz zur Seite getreten ist, kann es vermöge der gesetzlichen Bestimmung, nach der die Wirkung des Patentbesitzes einem älteren Nutzungsbesitze gegenüber nicht eintritt, auch fernerhin ausgeübt werden⁵².

b. Die Anmeldung bewirkt ferner für den Anmelder eine Legitimation zur Ausübung des Erfinderrechtes durch Geltendmachung des Rechtes auf ein Patent⁵³. Der Anmelder braucht den Rechtsgrund seines Anspruches nicht aufzudecken. Ob er sich auf ursprüngliches oder abgeleitetes Erfinderrecht stützt und welche Beziehungen im letzteren Falle zwischen ihm und dem Erfinder bestehen, kann er im Dunkeln lassen. Die Anmeldung kann für eine Einzelperson oder eine Verbandsperson oder eine Personenmehrheit erfolgen, ohne daß eine entsprechende Zuständigkeit des Erfinderrechtes darzuthun wäre⁵⁴. Aber auch der etwaige völlige Mangel einer subjektiven Berechtigung wird durch die Legitimation des Anmelders zunächst gedeckt und tritt dann, wenn der wahrhaft Berechtigte schweigt, überhaupt niemals in die Erscheinung⁵⁵. Immer jedoch handelt es sich um eine bloße Legitimation, deren Wirkung der wahre Erfinder oder sein Rechtsnachfolger durch Aufdeckung des Sachverhaltes zerstören kann. Denn das Gesetz gewährt dem Erfinderrechte gegen unbefugte Annahmung durch fremde Anmeldung einen doppelten Schutz⁵⁶. Wenn der wesentliche Inhalt der Anmeldung den Beschreibungen, Zeich-

⁵² R.Ges. § 5 Abs. 1. Diese in § 96 III 1 (unten S. 884 ff.) noch zu behandelnde Bestimmung schützt freilich nicht bloß den Erfinder und seine Rechtsnachfolger, sondern jeden thatächlichen Vorbenutzer. Allein hier wie überall wird der Besitz um des normaler Weise hinter ihm stehenden Rechtes willen geschützt. Man darf daher nicht mit Rosenthal S. 78 u. Seligsohn S. 35 die Bedeutung dieses Schutzes für die Anerkennung des Erfinderrechtes als solchen leugnen.

⁵³ Vgl. bes. Laband II 225 ff., auch Rosenthal S. 77, Robolski S. 50, Seligsohn S. 34. Irrig ist die Behauptung, der Anmelder werde als Erfinder präsumirt (so Gareis S. 72) oder gar fingirt (so Klostermann a. a. O. S. 324).

⁵⁴ Ueber Anmeldungen durch Verbandspersonen und durch mehrere Personen vgl. Seligsohn S. 37 ff.

⁵⁵ Der Berechtigte gilt dann als einwilligend. Darum hat das Patentamt das subjektive Recht des Anmelders von Amtswegen nicht zu prüfen; R.Ges. § 21—22. Und ein Anderer als der Verletzte kann weder Einspruch gegen die Patentirung erheben (§ 24 Abs. 2) noch das ertheilte Patent als nichtig anfechten (§ 23 Abs. 2). Dagegen läßt das amerik. R. auch hier die Anfechtung durch Jedermann zu.

⁵⁶ Dieser Schutz kommt nicht bloß dem ursprünglichen, sondern auch dem abgeleiteten Erfinderrechte und zwar auch dem letzteren gegen das erstere zu; darum kann, wenn ein Erfinder das von ihm mit der Entstehung (oben Anm. 45—46) oder später zur Ausübung abgetretene Erfinderrecht anmeldet, der Ausübungsberechtigte gegen die Ertheilung des Patentbesitzes Einspruch erheben und das ertheilte Patent als nichtig anfechten; Robolski, Theorie S. 53 ff., Seligsohn S. 44 u. 103.

nungen, Modellen, Geräthschaften oder Einrichtungen eines Anderen oder einem von diesem angewandten Verfahren ohne dessen Einwilligung entnommen ist, so kann dieser Andere sowohl gegen die Ertheilung des Patentes Einspruch erheben, wie auch die Nichtigkeitserklärung des ertheilten Patentes beantragen⁵⁷. Hat der Einspruch Erfolg, so kann der Einsprechende durch Anmeldung der Erfindung binnen einem Monate seit Empfang der Mittheilung das Patent sich selbst sichern, indem er verlangen kann, daß als Tag einer solchen Anmeldung der Tag vor Bekanntmachung der früheren Anmeldung festgesetzt werde⁵⁸. Dagegen erzielt er, wenn der Antrag auf Nichtigkeitserklärung Erfolg hat, immer nur den Wegfall des fremden Patents, da er selbst die Erfindung, weil sie nicht mehr neu ist, nicht mehr anmelden kann⁵⁹.

3. Ausländer sind hinsichtlich des Erfinderrechts den Inländern gleichgestellt, falls nicht kraft einer mit Zustimmung des Bundesraths erlassenen Anordnung des Reichskanzlers gegen die Angehörigen eines ausländischen Staates ein Vergeltungsrecht zur Anwendung gebracht wird. Wer jedoch nicht im Inlande wohnt, kann sowohl das Recht auf ein Patent wie die Rechte aus dem Patent nur geltend machen, wenn er im Inlande einen Vertreter bestellt hat⁶⁰.

IV. Begründungsakt.

1. Schöpfungsthat. Das Erfinderrecht entsteht durch die vollendete Schöpfungsthat⁶¹. Die Schöpfungsthat fordert als geistigen Inhalt die Erkenntniß, daß die angewandten Mittel den beabsichtigten

⁵⁷ R.Ges. § 3 Abs. 2, § 10 Abs. 1 Z. 3 u. Abs. 2. Auch hier genügt Besitz an der entlehnten Erfindung, um als „Verletzter“ aufzutreten; R.Ger. II Nr. 36, Robolski S. 53 ff. Man darf aber hier so wenig wie in dem oben Anm. 52 erwähnten Verhältniß mit Rosenthal S. 78 u. Seligsohn S. 35 dem Besitzschutze die Bedeutung des Erfinderrechtsschutzes abstreiten. — Das Recht auf das Patent wird durch jede objektiv widerrechtliche Entlehnung des Gegenstandes ausgeschlossen, auch für den gutgläubigen Rechtsnachfolger; R.Ger. II Nr. 36, Patentamt im Patentbl. 1882 S. 27, Robolski a. a. O. S. 54, Seligsohn S. 43.

⁵⁸ R.Ges. § 3 Abs. 2. Hierdurch wird der mangels einer solchen Bestimmung im Ges. v. 1877 bisher den Einsprechenden bedrohenden Gefahr vorgebeugt, daß seine eigne Patentanmeldung an dem Untergange der Neuheit der Erfindung oder dem durch eine Zwischenanmeldung begründeten Prioritätsrechte eines Dritten scheitere. Vgl. Robolski S. 51, Seligsohn S. 48 ff.

⁵⁹ Ueber Abhülfe mit den ordentlichen Schutzmitteln der Privatrechte unten Anm. 69.

⁶⁰ R.Ges. § 12; Seligsohn S. 111 ff. Prozeßvollmacht des Vertreters und Erweiterung des Gerichtsstandes wie bei Gebrauchsmustern; oben § 93 Anm. 13.

⁶¹ Oben § 94 S. 857. Die Schöpfungsthat ist jedoch nicht, wie Kohler, Patentr. S. 57 ff. u. Forsch. S. 4, meint, ein Rechtsgeschäft; vgl. oben § 86 Anm. 84.

Erfolg haben⁶². Ob diese Erkenntnis durch Nachsinnen oder durch Eingebung, durch mühsame Versuche oder durch Zufall, mit oder ohne Einsicht in den tieferen naturgesetzlichen Zusammenhang gewonnen wurde, ist gleichgültig⁶³. Vollendet ist die Schöpfungsthat, sobald die Erfindung zum ersten Male den beabsichtigten Erfolg zeigt und der Erfinder anzugeben vermag, auf welchem Wege sich derselbe wiederholen läßt⁶⁴.

Mit diesem Augenblicke ist die Erfindung ein rechtlich anerkanntes Persönlichkeitsgut des Erfinders geworden. Das an ihr begründete Recht, das der Vererbung und Veräußerung unterliegt⁶⁵, äußert sich vor Allem in dem Ansprüche auf Ertheilung eines Patents. Es erschöpft sich aber keineswegs in diesem Ansprüche, enthält vielmehr eine Reihe von Befugnissen, die von seiner Anmeldung unabhängig sind.

a. Es gewährt zunächst die Befugniß, über die Erfindung durch Veröffentlichung zu verfügen⁶⁶. Der Erfinder kann jedem Anderen die Veröffentlichung untersagen. Wer unbefugter Weise einer Erfindung durch Veröffentlichung die Neuheit und damit die Patentfähigkeit entzieht, ist dem Verletzten zum Schadensersatz verpflichtet⁶⁷.

b. Sodann liegt in dem unangemeldeten Erfinderrechte die Befugniß zur Benutzung der Erfindung. Die Benutzung kann stattfinden, ohne die Erfindung der Oeffentlichkeit preiszugeben und hiermit zum Gegenstande des Gemeingebrauches zu machen. Mit einem Untersagungsrechte gegen die Benutzung durch Andere ist dieses Benutzungsrecht gleichwohl nicht verbunden. Es verfestigt sich aber gegenüber einem durch Patent mit einem Untersagungsrechte versehenen fremden Erfinderrechte insoweit zu einem besonderen und eigenthümlichen Rechte, als bereits vor der Anmeldung des Patentbesitzes ein Nutzungsbesitz begründet war⁶⁸.

c. Endlich theilt das unangemeldete Erfinderrecht mit allen Persönlichkeitsrechten den allgemeinen Anspruch auf Anerkennung, kraft dessen sein Träger von Jedermann verlangen kann, daß er das fremde Persönlichkeitsgut als solches achte und sich nicht als das seine anmaße. Gegen unbefugte Anmaßung des Erfinderrechtes durch

⁶² Kohler, Forsch. S. 10 ff. Willensinhalt ist nicht erforderlich. Daher bedarf es auch keiner Handlungsfähigkeit; Kohler, Patentr. S. 149 ff.

⁶³ Kohler, Forsch. S. 39 ff., Robolski, Theorie S. 19 ff.

⁶⁴ Robolski, Handwörterb. V 129.

⁶⁵ Unten § 97 S. 888.

⁶⁶ Oben § 94 III S. 859 ff.

⁶⁷ Seligsohn S. 29. Vgl. oben § 92 Anm. 29 u. § 93 Anm. 21.

⁶⁸ Oben Anm. 52 u. unten § 96 III 1 S. 884 ff.

Anmeldung besteht der schon erwähnte patentrechtliche Schutz. Außerdem aber darf dem Erfinderrecht der allgemeine Schutz der Privatrechte im ordentlichen Rechtswege nicht versagt werden. Darum kann der Berechtigte, dem ein Anderer die Erfindung durch Patentnahme vertragswidrig oder arglistig entrissen hat, gegen diesen mit der Vertragsklage oder Deliktsklage nicht nur einen Anspruch auf Schadensersatz, sondern auch einen Anspruch auf Uebertragung des erschlichenen Patentbesitzes durchsetzen⁶⁹.

2. Anmeldung. Zur vollen Entfaltung des Erfinderrechtes bedarf es der gehörigen Anmeldung beim Patentamte, die in schriftlicher Form erfolgen muß, nur Eine Erfindung zum Gegenstande haben darf und in einer Anlage eine so genaue Beschreibung der Erfindung enthalten muß, daß danach deren Benutzung durch andere Sachverständige möglich erscheint⁷⁰. Abänderungen der Anmeldung sind bis zum Beschlusse über ihre Bekanntmachung zulässig⁷¹.

Die gehörige Anmeldung bewirkt die Legitimation zur Geltendmachung des Anspruches auf das Patent. Sie sichert ferner dem an-

⁶⁹ Dies ist hinsichtlich der Vertragsklage ziemlich allgemein anerkannt; vgl. R.Ger. im Patentbl. 1889 S. 119. Mit Recht aber bejaht das R.Ger. XXIX Nr. 16 den gleichen Anspruch im Falle der Deliktsklage. Ebenso Kohler, Patentr. S. 87 ff. u. Forsch. S. 89, Robolski, Theorie S. 52 ff., auch die franz. u. belg. Praxis. A. M. Seligsohn S. 49 ff. Der Verletzte hat einen Anspruch auf Rückerstattung des entzogenen Persönlichkeitsgutes, der nur auf dem Wege der Patentabtretung befriedigt werden kann, da durch die Nichtigkeitserklärung jenes Persönlichkeitsgut entwerthet würde. Die relative Nichtigkeit des Patentbesitzes wird dabei durch die Zustimmung des Berechtigten geheilt. — Eine noch weiter tragende Quasivindikation des Patentbesitzes ist nach deut. Recht nicht zu konstruieren, wohl aber auf Grund des Oesterr. Ges. § 46 zulässig; Beck-Mannagetta S. 138 ff. — Die inzwischen aus dem erschlichenen Patentrechte abgeleiteten Rechte gutgläubiger Dritter muß der Erstreiber des Patentbesitzes anerkennen.

⁷⁰ R.Ges. § 20. Die Anmeldung muß einen unter genauer Bezeichnung des zu schützenden Gegenstandes formulirten Antrag auf Ertheilung des Patentbesitzes enthalten, die Anlage am Schlusse der Beschreibung dasjenige angeben, was als patentfähig unter Schutz gestellt werden soll (Patentanspruch). Auch sind die erforderlichen Zeichnungen, bildlichen Darstellungen, Modelle und Probestücke beizufügen. Ueber die sonstigen Erfordernisse bestimmt das Patentamt; vgl. solche Bestimmungen b. Seligsohn S. 162 ff. u. 177 ff. Gleichzeitig mit der Anmeldung sind zwanzig Mark für die Kosten des Verfahrens einzuzahlen. — Ueber die Erfindungseinheit vgl. Kohler, Patentr. S. 338 ff. u. Forsch. S. 100 ff., Hartig S. 155 ff., Robolski, Theorie S. 74 ff., Seligsohn S. 168 ff. Ueber die Erfordernisse der Beschreibung Renlaux, Patentbl. 1877 S. 9 ff., Hartig S. 136 ff., 170 ff., 206 ff., Robolski S. 71 ff., Stercken, Die Formulirung von Patentansprüchen u. die Anfertigung von Patentbeschreibungen und -Zeichnungen, Berl. 1890, Seligsohn S. 171 ff. — Zur Anmeldung ist Handlungsfähigkeit erforderlich; Gareis S. 73, Seligsohn S. 36.

⁷¹ R.Ges. § 20 Abs. 3.

gemeldeten Anspruch den Vorrang vor allen später angemeldeten Ansprüchen⁷² und schneidet die Zerstörung der Neuheit der Erfindung durch spätere Vorgänge ab⁷³. Als entscheidender Zeitpunkt muß hierbei auch dann, wenn eine Verbesserung oder Ergänzung der Anmeldung erforderlich ist, der Augenblick der ersten Anmeldung gelten, falls nur die Beseitigung der Mängel innerhalb der dafür gesetzten Frist erfolgt und der wesentliche Inhalt der Anmeldung nicht geändert wird⁷⁴.

3. Patentertheilung. Die Patentertheilung erfolgt auf Grund eines mehrgliedrigen Verfahrens⁷⁵, das den richterlichen Spruch des Patentamtes über die Begründetheit des Patentanspruches in sich schließt und darum zur Ladung und Anhörung der Beteiligten, zur Vernehmung von Zeugen und Sachverständigen, zur Vornahme sonstiger Ermittlungen und zu kontradiktorischer Verhandlung führen kann⁷⁶.

a. Das Verfahren beginnt mit einer Vorprüfung der Anmeldung durch ein Mitglied der Anmeldeabtheilung. Die Vorprüfung erstreckt sich sowohl auf die Erfordernisse der Anmeldung wie auf

⁷² Oben Anm. 50. Bei gleichzeitiger Anmeldung hat jeder Anmelder einen selbständigen Patentanspruch; Kohler, Patentr. S. 83 ff., Rosenthal S. 97. A. M. Staub, Patentbl. 1888 S. 74 ff., u. Seligsohn S. 33, die ein gemeinsames Patent gehen wollen. Zunächst entscheidet jedoch die in der Ausführungsver. v. 11. Juli 1891 § 27 (oben § 93 Anm. 24) aufgestellte Vermuthung.

⁷³ Oben S. 864 Anm. 22.

⁷⁴ Vgl. Kohler, Patentr. S. 82 ff., Forsch. S. 91 ff., Robolski S. 81 ff. Seligsohn S. 21 ff. A. M. mit den Motiven zum Ges. v. 1877 S. 32 Dambach S. 56, Grothe S. 105, Gareis S. 61, Rosenthal S. 61 u. 97. — Hinsichtlich der Neuheit kommt es nur auf den Tag, hinsichtlich der Priorität auf Stunde und Minute des Einganges an; Seligsohn S. 28 u. 36. — Eine Zurückdatirung der Anmeldung findet außer dem oben Anm. 58 erwähnten Falle nach den Verträgen mit Oesterreich, Italien und der Schweiz Art. 3 u. 4 kraft des dreimonatlichen Prioritätsrechtes statt, das den in einem dieser Länder anerkannten Erfinderrechten im Falle ihrer Anmeldung in Deutschland seit dem Ablaufe des Tages der fremden Patentertheilung eingeräumt ist; vgl. dazu oben § 84 Anm. 95 u. § 92 Anm. 17. — Unbekannt ist dem deutschen Rechte eine vorläufige Anmeldung zur Sicherung des Patentanspruches, wie sie das amerikan. R. als „Caveat“, das schweizer. Ges. Art. 16 als Anmeldung eines auf zwei Jahre wirksamen „provisorischen Patent“ kennt.

⁷⁵ R.Ges. § 21—27 nebst Ausführungsver. § 1—18. Dazu Seligsohn S. 180 ff. Ueber das Ertheilungsverfahren nach dem Ges. v. 1877 vgl. Kohler, Patentr. S. 821 ff., Robolski S. 83 ff. Ueber das österr. Verfahren Beckmanngetta S. 297 ff.

⁷⁶ R.Ges. § 25 u. 26 Abs. 3; Ausführungsver. § 12—13. Die Gerichte sind zur Rechtshilfe verpflichtet; R.Ges. § 32. Geschäftssprache ist die Gerichtssprache; Eingaben müssen in deutscher Sprache abgefaßt sein; R.Ges. § 34.

die von Amtswegen zu prüfenden Voraussetzungen einer patentfähigen Erfindung, zu denen außer den objektiven Voraussetzungen auch die Voraussetzung der Nichtidentität mit einer früher angemeldeten Erfindung gehört. Ergeben sich Anstände, so theilt sie der Vorprüfer dem Patentsucher durch einen Vorbescheid mit der Aufforderung mit, Mängel der Anmeldung in bestimmter Frist zu beseitigen, über Bedenken gegen die Patentfähigkeit der Erfindung aber sich in bestimmter Frist zu äußern. Erklärt sich der Patentsucher hierauf nicht rechtzeitig, so gilt seine Anmeldung als zurückgenommen. Andernfalls faßt die Anmeldeabtheilung Beschlufs⁷⁷.

b. Der Vorprüfung folgt die Prüfung durch die Anmeldeabtheilung. Sie erstreckt sich auf die gleichen Punkte wie die Vorprüfung. Ergiebt sie, daß der Anspruch auf ein Patent nicht begründet ist, so erfolgt die Zurückweisung der Anmeldung durch Beschlufs. Gegen diesen Beschlufs kann der Patentsucher binnen Monatsfrist nach der Zustellung Beschwerde bei der Beschwerdeabtheilung einlegen. Wird die Beschwerde versäumt oder verworfen, so ist der Anspruch auf das Patent rechtskräftig abgewiesen⁷⁸. Erachtet dagegen das Patentamt die Anmeldung für gehörig erfolgt und die Ertheilung eines Patents für nicht ausgeschlossen, so beschließt es die Bekanntmachung der Anmeldung⁷⁹. Auf Antrag des Patentsuchers ist die Aussetzung der Bekanntmachung für einen Zeitraum bis zu sechs Monaten gestattet und bis zu drei Monaten geboten⁸⁰. Ohne jede Bekanntmachung wird dem Reiche auf seinen Antrag ein für die Zwecke des Heeres oder der Flotte nachgesuchtes Patent ertheilt⁸¹.

c. Mit der Bekanntmachung beginnt das **Aufgebotsverfahren**. Sie erfolgt durch Veröffentlichung des Namens des Patentsuchers und des wesentlichen Inhaltes seines Antrages im Reichsanzeiger unter gleichzeitiger öffentlicher Auslegung der Anmeldung mit sämtlichen Anlagen beim Patentamte⁸². Mit der Veröffentlichung treten die

⁷⁷ R.Ges. § 21. Das Vorprüfungsverfahren war dem Ges. v. 1877 fremd.

⁷⁸ R.Ges. § 22, 16 u. 26. Die erneute Anmeldung der gleichen Erfindung ist jedoch nicht abgeschnitten, da es sich nur um formelle Rechtskraft handelt; Schanze, Arch. f. öff. R. IX 198.

⁷⁹ R.Ges. § 23 Abs. 1.

⁸⁰ R.Ges. § 23 Abs. 4. Diese Einrichtung bezweckt, der Erfindung behufs Anmeldung in solchen fremden Ländern, in denen die deutsche Bekanntmachung als Zerstörung der Neuheit gilt und den in Deutschland patentirten Erfindungen ein Prioritätsrecht nicht eingeräumt ist, die Neuheit erhalten zu können.

⁸¹ R.Ges. § 23 Abs. 5; vgl. oben Anm. 6.

⁸² R.Ges. § 23 Abs. 2–3. Die im Verordnungswege zulässige Anordnung

Wirkungen des Patentbesitzes zu Gunsten des Patentsuchers einstweilen ein⁸³. Zugleich aber läuft nun eine zweimonatliche Frist. Innerhalb dieser Frist muß der Patentsucher die erste Jahresgebühr zahlen, widrigenfalls seine Anmeldung als zurückgenommen gilt⁸⁴. Vor Allem aber kann bis zu ihrem Ablaufe gegen die Ertheilung des Patentbesitzes Einspruch erhoben werden. Der Einspruch, der schriftlich erfolgen und mit Gründen versehen sein muß, kann sich sowohl auf den Mangel einer patentfähigen Erfindung wie auf den Mangel der subjektiven Berechtigung des Patentsuchers stützen. Insoweit die von Amtswegen zu prüfenden Erfordernisse des Patentbesitzes in Frage stehen, ist Jedermann zum Einspruch befugt. Dagegen kann aus dem Grunde unbefugter Entlehnung der Erfindung nur der Verletzte Einspruch erheben. Nach Ablauf der Aufgebotsfrist hat das Patentamt über die Ertheilung des Patentbesitzes Bescheid zu fassen⁸⁵. Gegen den Bescheid der Anmeldeabtheilung steht im Falle der Versagung des Patentbesitzes dem Patentsucher, im Falle der Ertheilung dem Einsprechenden die Beschwerde an die Beschwerdeabtheilung offen⁸⁶. Wird das Patent versagt, so ist wiederum, entgegen der vorläufigen Annahme, das Dasein des Rechtes auf ein Patent rechtskräftig verneint. Mithin gelten die Wirkungen des einstweiligen Schutzes nun als niemals eingetreten. Dies wird durch den Reichsanzeiger bekannt gemacht. Auch wird die eingezahlte Jahresgebühr zurückerstattet. Gleiche Folgen, wie an die Versagung, knüpfen sich an eine nach der Veröffentlichung erfolgte Zurücknahme der Anmeldung⁸⁷.

d. Wird die Ertheilung des Patentbesitzes endgültig beschlossen, so erläßt das Patentamt darüber eine Bekanntmachung im Reichsanzeiger, fertigt für den Patentinhaber eine Urkunde (Patenturkunde) aus und verfügt die Eintragung in die Patentrolle⁸⁸. Die Ertheilung des Patentbesitzes wird indess nicht erst durch diese Handlungen, sondern schon durch die Zuerkennung des Patentbesitzes seitens des Patentamtes vollendet. Mit dem Augenblicke der Rechtskraft des Ertheilungsbeschlusses ver-

einer Auslegung auch außerhalb Berlins ist durch § 16 der Ausführungsver. der näheren Bestimmung des Reichskanzlers überlassen.

⁸³ R.Ges. § 23 Abs. 1. Nach Abs. 2 ist der Eintritt des einstweiligen Schutzes im Reichsanzeiger mitanzuzeigen. Auch das Recht auf Anmeldung eines Zusatzpatentes (oben Anm. 38) ist hiermit einstweilen begründet; Seligsohn S. 83 ff.

⁸⁴ R.Ges. § 24 Abs. 1. Vgl. unten § 96 S. 886.

⁸⁵ R.Ges. § 24 Abs. 2—3.

⁸⁶ R.Ges. § 16 u. 26.

⁸⁷ R.Ges. § 27 Abs. 2. Dazu oben Anm. 84.

⁸⁸ R.Ges. § 27 Abs. 1 u. § 19 (oben S. 862).

wandelt sich daher das einstweilen anerkannte Patentrecht in ein endgültig anerkanntes Patentrecht⁸⁹.

e. Die Wirkung der Patentertheilung ist die eines rechtskräftigen Feststellungsaktes, an den sich kraft eines allgemeinen Rechtssatzes die Entfaltung des Erfinderrechtes zu einem ausschließlichen und voll geschützten Rechte knüpft⁹⁰. Da die Patentertheilung kein neues Recht schafft, sondern ein vorhandenes Recht entwickelt, kommt durch sie das Patentrecht nur zu Stande, wenn die Voraussetzung des Daseins eines Erfinderrechtes erfüllt ist. Durch die Patentertheilung ist rechtskräftig festgestellt, daß ein zur Gewährung des staatlichen Schutzes hinreichender Grund für die Annahme der Erfüllung jener Voraussetzung vorliegt. Diese Feststellung muß so lange, bis sie durch die rechtskräftige Feststellung des Nichtdaseins eines Erfinderrechtes entkräftet ist, die ihr entsprechenden Wirkungen äußern. Dagegen ist in ihr eine rechtskräftige Feststellung des wirklichen Daseins eines Erfinderrechtes nicht enthalten. Mithin wird durch die Patentertheilung das Patent nicht unbedingt, sondern unter

⁸⁹ Somit, wenn gegen den Beschluss eine Beschwerde statthaft war, mit dem Ablaufe der Beschwerdefrist, sonst bereits mit der Zustellung des Beschlusses; Robolski S. 106 ff., Seligsohn S. 203 ff. — Die Bekanntmachung ist für den Fristenlauf bei der Verschweigung der Anfechtungsrechte (unten Anm. 95) und bei der Patentverwirkung (unten § 96 Anm. 20–21) bedeutungsvoll; die Eintragung in die Patentrolle bewirkt für die als Patentinhaber eingetragene Person eine subjektive Legitimation (unten § 97 Anm. 9); die Ausfertigung der Patenturkunde entbehrt überhaupt der privatrechtlichen Bedeutung.

⁹⁰ Ueber das Wesen der Patentertheilung handelt ausführlich Schanze, Arch. f. öff. R. IX 173 ff. Die Patentertheilung ist nicht, wie Laband II 224 u. 234, G. Meyer I 446 ff., Seligsohn S. 5 ff. u. das R. Ger. b. Gareis Entsch. IV 275 annehmen, ein „konstitutiver Verwaltungsakt“, sondern ein Rechtsanwendungsakt; vgl. Schanze S. 181 ff. u. 186 ff. Dabei verbindet sich eine Rechtsentscheidung (vgl. Kohler, Autorr. S. 117, Bojanowski S. 34 ff., Schanze S. 175) mit Handlungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit (Kohler, Patentr. S. 279 ff., Forsch. S. 86, v. Sarwey, Das öffentliche Recht S. 348, Schanze S. 179 ff.). Dieser Rechtsanwendungsakt hat nicht, wie auch Dernburg II 963, Mandry S. 502, Meili S. 23 ff. und (unter Vergleichung mit dem Theilungsurtheile) Schanze S. 183 ff. behaupten, konstitutive Bedeutung, sondern deklarirt ein vorhandenes Recht, das freilich hierdurch erst perfizirt, aber darum so wenig geschaffen wird, wie das dingliche Recht durch den Grundbucheintrag oder die Persönlichkeit der Aktiengesellschaft durch die Eintragung ins Handelsregister; vgl. Kohler, Patentr. S. 77 ff., 95, Forsch. S. 86 ff., Sarwey S. 348, Pouillet Nr. 2, Zoll S. 552 ff., 571 Anm. 59. In dieser Hinsicht besteht kein Unterschied zwischen dem Prüfungsverfahren und dem Anmeldeverfahren, wie Schanze S. 175 Anm. 5a meint. Denn die Einschiebung einer Rechtsentscheidung kann am wenigsten dem deklarativen Wesen der Patentertheilung Abbruch thun.

der auflösenden Bedingung des Nichtdaseins eines Erfinderrechtes zuerkannt.

f. Demgemäß ist das Patent nichtig, wenn ein Erfinderrecht, das sich durch die Patentertheilung zum Patentrechte hätte entfalten können, in Wirklichkeit nicht vorhanden war, mag nun eine der objektiven Voraussetzungen einer patentfähigen Erfindung gefehlt oder dem Patentinhaber ein Recht auf das Patent nicht zugestanden haben⁹¹. Trifft einer der Mängel nur theilweise zu, so ist das Patent nur theilweise nichtig⁹². Die Nichtigkeit ist im Falle der Entlehnung der Erfindung aus fremdem Erfindungsbesitz eine bloß relative, wird daher durch nachträgliche Einwilligung des Verletzten geheilt⁹³. In den übrigen Fällen ist die Nichtigkeit eine absolute⁹⁴. Die absolute Nichtigkeit ist im Falle der Deckung mit einem älteren Patentrechte unheilbar. Dagegen wird sie dann, wenn sie auf dem Mangel einer objektiven Voraussetzung des Erfinderrechtes beruht, vermöge einer eigenthümlich gearteten Verschweigung dadurch geheilt, daß bis zum Ablaufe von fünf Jahren seit dem Tage der Bekanntmachung der Patentertheilung Niemand sie durch Erhebung der Nichtigkeitsklage gerügt hat⁹⁵.

Aus dem nichtigen Patente entsteht nur der Schein eines Patentrechtes⁹⁶. Dieses Scheinrecht vermag freilich bis zur Feststellung seiner Nichtigkeit alle Wirkungen eines wirklichen Rechtes zu äußern. Der Inhaber des Scheinpatentes befindet sich in einem ihm durch staatliche Erklärung zugetheilten und öffentlich anerkannten Besitze des Patentrechtes, der bis auf Weiteres gegen Jedermann geschützt

⁹¹ R.Ges. § 10 Abs. 1. Die Nichtigkeitsgründe decken sich mit den Einspruchsgründen. Sonstige Mängel, wie z. B. Formwidrigkeit der Anmeldung, Fehler der Beschreibung u. s. w., begründen keine Nichtigkeit. Vgl. Robolski S. 150 ff., Seligsohn S. 101 ff.

⁹² R.Ges. § 10 Abs. 2. Die Nichtigkeitserklärung erfolgt hier in der Form einer entsprechenden Beschränkung des Patents. Dazu gehört aber niemals die Erklärung der Abhängigkeit eines Patentes von einem anderen Patente (oben Anm. 37), die daher im Wege der Nichtigkeitsklage nicht durchgesetzt werden kann; R.Ger. XII Nr. 27. Vgl. Kohler, Forsch. S. 109 ff., Robolski S. 154 ff. u. 171 ff., Seligsohn S. 105 ff.

⁹³ R.Ges. § 28 Abs. 2. Vgl. Kohler, Patentr. S. 245 ff.

⁹⁴ Kohler, Patentr. S. 232 ff.

⁹⁵ R.Ges. § 28 Abs. 3. Auf ältere Patente findet diese im Ges. v. 1891 neu eingeführte Verschweigung der Anfechtungsrechte nach Art. II mit der Maßgabe Anwendung, daß die Nichtigkeitsklage mindestens bis zum Ablaufe von 3 Jahren seit dem 1. Okt. 1891 statthaft blieb.

⁹⁶ Kohler, Patentr. S. 232 ff., Forsch. S. 105 ff., Robolski S. 172 ff., Zoll S. 571 Anm. 59.

wird⁹⁷. Allein wenn die Feststellung der Nichtigkeit erfolgt, wird durch sie eben nur ein falscher Schein zerstört und somit nicht ein vorhandenes Patentrecht beendet, sondern mit rückwirkender Kraft deklariert, daß ein Patentrecht niemals vorhanden war⁹⁸. Die Wirkungen des Patentrechtes gelten daher als nicht eingetreten⁹⁹. Nur müssen, da die Thatsache des inzwischen anerkannt gewesenen Besitzstandes nicht ungeschehen gemacht werden kann, die lediglich aus dem Besitze als solchem entsprungenen Wirkungen bestehen bleiben¹⁰⁰.

Die Nichtigkeitserklärung erfolgt in einem besonderen Verfahren beim Patentamte¹⁰¹. Bis zur rechtskräftigen Nichtigkeitsklärung steht zwar nicht die Gültigkeit des Patentbesitzes, wohl aber der äußere Schein seiner Gültigkeit rechtskräftig für und wider Jedermann fest¹⁰². Das Nichtigkeitsverfahren wird nur auf Antrag

⁹⁷ Vgl. Zoll S. 553 u. 570 ff., dem das Verdienst gebührt, den Begriff des Patentbesitzes ausführlich entwickelt und als maßgebend für die Würdigung der Wirkungen nichtiger Patente erwiesen zu haben.

⁹⁸ Darum kann auch die Nichtigkeitsklärung schon erloschener Patente erfolgen; Kohler, Patentr. S. 237, Klostermann a. a. O. S. 333 Anm. 10, Dahn S. 556, Laband II 237 Anm. 5, Seligsohn S. 101, R.O.H.R. XXV 110. — Die Vertheidiger der konstitutiven Natur der Patentertheilung müssen natürlich auch der Nichtigkeitsklärung konstitutive (deletorische) Kraft zuschreiben und sie somit für eine Rückwärtsvernichtung eines bestehenden Rechtes erklären; vgl. z. B. Laband II 237, G. Meyer I 453, Seligsohn S. 104 ff. u. bes. Schanze S. 200 (wo in Anm. 75 das Nichtigkeitsverfahren in wenig glücklicher Weise dem Wiederaufnahmeverfahren im Civil- und Strafprozesse gleichgestellt wird).

⁹⁹ Insbesondere stellen sich daher frühere Eingriffe nun als Handlungen heraus, die keine Rechtsverletzungen waren und somit weder Ersatzpflichten noch Strafolgen erzeugten; R.Ger. in Str.S. VII Nr. 46, XIV Nr. 66, Seligsohn S. 245 u. 255.

¹⁰⁰ Darum können auch Verträge des Inhabers des Scheinpatentes über entgeltliche Uebertragung von Patentrecht nicht, wie Kohler, Patentrecht S. 178 ff., u. Staub, Pat.Bl. 1888 S. 55 ff., wollen, einfach rückwärts rescindirt, sondern müssen für die Vergangenheit insoweit als wirksam behandelt werden, als sie eine Uebertragung von Patentbesitz zur Folge hatten; vgl. R.O.H.G. XIX 404 ff., R.Ger. XVII Nr. 12 S. 55 ff., XX Nr. 29, Klostermann b. Busch XXXV 84 ff., Rosenthal S. 148 ff., Robolski S. 173 ff., Seligsohn S. 104 ff. Ebenso ist trotz der Gegenausführungen von Kohler, Patentr. S. 245 u. Forsch. S. 105 ff., die der beständigen Praxis entsprechende Nichtrückzahlung der während des Patentbesitzes bezahlten Gebühren gerechtfertigt; Gareis S. 148, Rosenthal S. 171, Robolski S. 176, Seligsohn S. 104 ff.

¹⁰¹ R.Ges. § 28—31; Kohler, Patentr. S. 371 ff., Klostermann b. Endemann II 347 ff., Robolski S. 159 ff., Seligsohn S. 207 ff.

¹⁰² Darum können auch die Gerichte im ordentlichen Prozesse die Nichtigkeit des Patentbesitzes nicht nur nicht als Gegenstand des Urtheils, sondern auch nicht als Praejudizialpunkt für das Urtheil feststellen, müssen vielmehr, wenn Nichtigkeit in Frage kommt, die Entscheidung bis zur Entscheidung im patentrechtlichen Nichtig-

eingeleitet¹⁰³. Zur Erhebung der Nichtigkeitsklage ist auf Grund der Entlehnung nur der Verletzte, sonst Jedermann befugt. Die Nichtigkeitsklage auf Grund des Nichtvorhandenseins einer patentfähigen Erfindung ist also eine Popularklage, bei der das allgemeine Interesse daran, daß ein Gemeingut nicht angeeignet werde, den Nachweis eines besonderen Interesses des Klägers ersetzt¹⁰⁴. Nach vorausgegangener Verhandlung entscheidet die Nichtigkeitsabtheilung des Patentamtes¹⁰⁵. Gegen die Entscheidung des Patentamtes ist die Berufung an das Reichsgericht zulässig¹⁰⁶.

§ 96. Inhalt und Umfang des Erfinderrechts.

I. Ueberhaupt. In dem ursprünglichen Erfinderrecht ist, wie schon gezeigt ist, das ausschließliche Recht zur Verfügung über die Erfindung durch Veröffentlichung, die Befugniß zur Benutzung der Erfindung und der Anspruch auf Achtung des durch die Erfindung erworbenen Persönlichkeitsgutes enthalten¹. Dieser Inhalt wird durch die Entfaltung des Erfinderrechts zum Patentrecht theils aufgezehrt theils gesteigert. Aufgezehrt wird das Veröffentlichungsrecht, da die

keitsverfahren aussetzen; R.Ger. in Str.S. III Nr. 95, VII Nr. 46; Laband II 237; Schanze S. 200. A. M. hinsichtlich der Praejudizialfrage Kohler, Patentr. S. 239, Forsch. S. 114 ff., Seligsohn S. 99 ff.

¹⁰³ R.Ges. § 28. Ueber die Erfordernisse des Antrages vgl. auch Robolski S. 161 ff., Seligsohn S. 211 ff.

¹⁰⁴ Vgl. Gareis S. 232, Dambach S. 34, Rosenthal S. 337, Klostermann a. a. O. S. 348 Anm. 2, Seligsohn S. 207 ff. Dagegen fordert Kohler, Patentr. S. 215, ein besonderes Interesse. — Auch die Nichtigkeit wegen Deckung mit einem früher angemeldeten Patent, die bis zur Novelle von 1891 nach der Annahme der Praxis überhaupt nicht im Wege des patentrechtlichen Nichtigkeitsverfahrens festgestellt werden konnte (R.Ger. VII Nr. 30, Klostermann im Pat.Bl. 1882 S. 17 ff., Robolski S. 154, Seligsohn S. 99), kann jetzt Jedermann beim Patentamte geltend machen. In der That liegt auch hier ein allgemeines Interesse vor, weil das nichtige Patent den Gebrauch der Erfindung durch eine zweite Fessel binden und vielleicht ihre Verwandlung in Gemeingut verzögern würde. Vgl. Kohler, Forsch. S. 90 ff., Robolski S. 158.

¹⁰⁵ R.Ges. § 29—31. Die Verhandlung ist kontradiktorisch; nur wenn der Patentinhaber sich binnen Monatsfrist auf den ihm mitgetheilten Antrag des Nichtigkeitsklägers nicht erklärt, kann ohne Verhandlung entschieden werden. — Gegen Beschlüsse der Nichtigkeitsabtheilung, die nicht die Endentscheidung enthalten, ist eine Beschwerde an die Beschwerdeabtheilung zulässig; R.Ges. § 16, Robolski S. 166.

¹⁰⁶ R.Ges. § 33. Die Berufung ist binnen 6 Wochen nach der Zustellung beim Patentamte schriftlich anzumelden und zu begründen. Das Verfahren beim Reichsgericht richtet sich nach der Ver. v. 1. Mai 1878.

¹ Vgl. oben § 94 III S. 857 ff. u. § 95 IV 1 S. 873 ff.

Veröffentlichung in bestimmter Form Voraussetzung der Patentertheilung ist². Dafür wird das Benutzungsrecht zum ausschließlichen Rechte gesteigert. Zugleich empfängt der Anspruch auf Achtung des Persönlichkeitsgutes durch besonderen staatlichen Schutz eine erhöhte Sanktion³. Das so ausgestattete Erfinderrecht wird aber nicht nur bestimmten Einschränkungen unterworfen, sondern auch mit Pflichten durchmischt.

II. Das ausschließliche Benutzungsrecht. Das aus dem Patente fließende ausschließliche Benutzungsrecht ergreift die Erfindung sowohl im Ganzen wie in ihren Bestandtheilen⁴. Es ist aber einerseits kraft des die Patentgesetzgebung beherrschenden Territorialitätsprinzips streng auf die Benutzung im Inlande beschränkt, so daß, wer sich auch gegen die Benutzung im Auslande sichern will, ein ausländisches Patent hinzuerwerben muß. Andererseits ist wegen der gewerblichen Natur des Patentrechts dem Berechtigten nur die gewerbsmäßige Benutzung der Erfindung vorbehalten, während ihre Benutzung für häusliche oder Studienzwecke Niemandem verwehrt ist. Mit diesen Maßgaben erstreckt sich das Patentrecht auf Nutzungshandlungen von dreifacher Art⁵.

1. Herstellung. Der Patentinhaber ist, falls ein körperlicher Gegenstand als Gegenstand der Erfindung patentirt ist, ausschließlich zur gewerbsmäßigen Herstellung dieses Gegenstandes im Inlande befugt⁶.

² Selbstverständlich mit der oben § 95 Anm. 6 u. 81 erwähnten Ausnahme.

³ Davon unten § 98. Erledigt wird natürlich durch das Patentrecht das Recht auf das Patent; zu dem besonderen Inhalte des Patentrechtes gehört aber das Recht auf ein Zusatzpatent; oben § 95 Anm. 38—39.

⁴ Darum sind bei einem geschützten Gegenstände auch dessen einzelne Theile und bei einem geschützten Verfahren dessen einzelne Abschnitte insoweit, als sie einen für den Gesamterfolg wesentlichen Theil des Erfindungsgedankens in sich tragen, durch das Patent geschützt; vgl. Pat. Bl. 1881 S. 253, 1884 S. 225. So auch bei Kombinationspatenten; oben § 95 Anm. 34. Ebenso wird eine vom Patentinhaber nicht bewilligte Benutzung nicht durch die Einfügung eines äquivalenten Stoffes oder Mittels (oben § 95 Anm. 20) erlaubt; R.Ger. b. Seuff. XLVII Nr. 148. — Dagegen schützt ein Patent auf einen bestimmten Gegenstand nicht gegen die Herstellung solcher Gegenstände, die zwar für die Nutzbarmachung der Erfindung unentbehrlich, jedoch keine Theile des patentirten Gegenstandes sind; vgl. R.Ger. XXXII Nr. 14 (ein Patent auf einen neuen Flaschenverschluss schützt nicht gegen fremde Herstellung der zu dessen Anbringung geeigneten Flaschen).

⁵ R.Ges. § 4. Hier werden die vier Befugnisse, „herzustellen, in Verkehr zu bringen, feilzuhalten oder zu gebrauchen“, koordinirt; das Feilhalten ist aber nur eine Unterart des Inverkehrbringens.

⁶ Auch die Herstellung zur Verbreitung im Auslande kann er untersagen; R.Ger. in Str.S. X Nr. 104, Kohler, Aus dem Patent- u. Industrierecht I 12 ff.

2. **Verbreitung.** Er ist ferner ausschließlich befugt, den Gegenstand der Erfindung im Inlande gewerbsmäßig in Verkehr zu bringen oder feil zu halten. Dieses Recht bezieht sich, wenn ein körperlicher Gegenstand patentirt ist, auf jeden irgendwie hergestellten Gegenstand solcher Art, wenn dagegen ein Verfahren patentirt ist, nur auf jeden unmittelbar durch ein derartiges Verfahren hergestellten körperlichen Gegenstand⁷. In beiden Fällen ergreift es auch die im Auslande hergestellten Gegenstände⁸.

3. **Gebrauch.** Der Patentinhaber ist endlich ausschließlich befugt, den Gegenstand der Erfindung im Inlande gewerbsmäßig zu gebrauchen. Dieses Recht umfaßt jede gewerbliche Verwendung eines patentirten oder unmittelbar durch ein patentirtes Verfahren hergestellten körperlichen Gegenstandes und jede gewerbliche Anwendung eines patentirten Verfahrens. Hinsichtlich des Gebrauches körperlicher Gegenstände macht dabei das geltende deutsche Recht zwischen Arbeitsmitteln und Arbeitserzeugnissen keinen Unterschied⁹.

III. **Einschränkungen.** Jedes Patentrecht findet seine Schranke an entgegenstehenden Rechten Anderer.

Das Benutzungsrecht des Patentinhabers kann insoweit nicht ausgeübt werden, als ihm ein fremdes Untersagungsrecht entgegensteht. Insbesondere ist, falls an dem Gegenstande der Erfindung ein dem

Dagegen ist die Herstellung im Auslande erlaubt, wenn auch die Einführung ins Inland, aber nur zu privatem Gebrauche, erfolgen soll; R.Ger. a. a. O.

⁷ Vgl. oben § 95 S. 866 Anm. 28.

⁸ R.Ger. XIII Nr. 117, XXII Nr. 8. — Ein Inverkehrbringen im Inlande liegt auch in der Ausfuhr ins Ausland; Klostermann, Komm. S. 156, Gareis S. 97, Rosenthal S. 124, Seligsohn S. 56, R.Ger. in Str.S. X Nr. 104, XXI Nr. 76; a. M. Köhler, Patentr. S. 111. Desgleichen in der durch gewerbliche Veräußerungsgeschäfte veranlaßten Durchfuhr; Klostermann a. a. O., Gareis S. 98, Rosenthal a. a. O., Seligsohn a. a. O., R.Ger. in Str.S. XXI Nr. 76; a. M. Köhler a. a. O., sowie Aus dem Patent- u. Industrierecht I 16, Dambach S. 28, Laband II 234 Anm. 7, Robolski S. 214. — Dagegen ist der Vertrieb der im Auslande durch ein in Deutschland patentirtes Verfahren hergestellten Erzeugnisse im Auslande auch dem Inländer gestattet, somit auch ein in Deutschland darüber geschlossener Vertrag zulässig; R.Ger. XXX Nr. 16.

⁹ Anders das Ges. v. 1877 § 4 Abs. 2, das dem Patentinhaber nur den Gebrauch patentirter Arbeitsmittel, diesen aber ohne ausdrückliche Einschränkung auf den gewerblichen Gebrauch vorbehielt. Ob der nicht gewerbliche Gebrauch trotzdem gemeinfrei sei, war bestritten; dafür Klostermann a. a. O. S. 143 ff., Köhler, Patentr. S. 106 ff., Laband II 234 Anm. 5, Robolski S. 208; dawider Dambach S. 19, Gareis S. 89, Rosenthal S. 111 ff. Jetzt ist ausdrücklich nur der gewerbliche Gebrauch, dieser aber auch bei Gebrauchsgegenständen (z. B. Flaschenverschlüssen, Speisegeräthen, Automaten u. s. w.) ohne Einwilligung des Patentinhabers untersagt.

Patentrechte vorgehendes ausschließliches Benutzungsrecht eines Anderen, wie z. B. ein älteres Patentrecht oder ein Gebrauchsmusterrecht, besteht, jede in dieses fremde Benutzungsrecht eingreifende Nutzungshandlung an die Bewilligung des Anderen gebunden¹⁰.

Das aus der Ausschließlichkeit des Benutzungsrechtes folgende Untersagungsrecht fällt insoweit weg, als einem Anderen ein eignes Benutzungsrecht an der Erfindung zusteht. In dieser Richtung zieht das Gesetz selbst dem Patentrechte eine dreifache Schranke.

1. Es gewährt dem Vorbenutzer, der zur Zeit der Anmeldung des Patentbesitzes bereits im Inlande dieselbe Erfindung in Benutzung genommen oder die zur Benutzung erforderlichen Veranstaltungen getroffen hatte, ein dem Patent gegenüber wirksames eignes Benutzungsrecht¹¹. Vorausgesetzt wird hierbei ein Nutzungsbesitz, der aus einer anderen als der angemeldeten Erfindungsthat stammt¹². Dagegen kommt das Verhältniß dieses Erfindungsbesitzes zu dem fremden Erfinderrechte dem Patentrechte gegenüber nicht in Betracht¹³. Das Benutzungsrecht des Vorbesitzers besteht nicht bloß in dem Umfange des früheren Besitzstandes, sondern reicht so weit, wie sich die Möglichkeit der Fortentwicklung des einmal begründeten Nutzungs-

¹⁰ So beim Abhängigkeitspatente; vgl. oben § 95 S. 868 Anm. 36—37 mit S. 866 Anm. 27. Den Fall der Kollision zwischen Patent und Gebrauchsmusterregelt § 5 des R.Ges. v. 1. Juni 1891; vgl. oben § 93 S. 845 Anm. 26. Unbedingt geht dem Patentrechte ein staatliches Monopolrecht vor.

¹¹ R.Ges. § 5 Abs. 1, dazu oben § 95 S. 871 Anm. 52 u. S. 878 Anm. 68. Die Benutzung braucht keineswegs eine offenkundige gewesen zu sein. Ebenso wenig eine gewerbliche; R.Ger. in Str.S. V Nr. 124. Hinsichtlich der Zeit der Anmeldung gilt auch hier das oben § 95 S. 875 Gesagte; abweichend R.Ger. in Str.S. VII Nr. 127. Ueber das Maß der „erforderlichen Veranstaltungen“ vgl. R.Ger. X Nr. 25, XXX Nr. 20, Str.S. XVI Nr. 126. — Vgl. über das Recht des Vorbenutzers überhaupt insbes. Kohler, Patentr. S. 92 ff. u. 187 ff., Alexander-Katz im Pat.Bl. 1879 S. 368 ff., Robolski S. 221 ff., Seligsohn S. 65 ff.; dazu Pouillet Nr. 428, Zoll S. 562 ff.

¹² Es muß also der Fall einer Doppelerfindung vorliegen; R.Ger. XXVI Nr. 14, Robolski S. 233 ff. Der Patentirte selbst oder sein Rechtsnachfolger kann sich einem späteren Patentinhaber gegenüber niemals auf § 5 Abs. 1 berufen; R.Ger. im Pat. Bl. 1882 S. 101 u. 1885 S. 177. Ebenso wenig, wer seinen Erfindungsbesitz kraft seiner dienstlichen Stellung oder kraft heimlicher Entlehnung aus der Erfindung des Patentinhabers geschöpft hatte; R.Ger. im Pat.Bl. 1885 S. 177, Kohler, Jahrb. f. D. XVIII 246, Robolski S. 224, Seligsohn S. 66; a. M. Alexander-Katz S. 369, Gareis S. 102.

¹³ Ob der Vorbenutzer die Erfindung geschaffen oder rechtmäßig erworben oder ob er sie sich rechtswidrig angeeignet hat, geht den Patentinhaber nichts an; seine Berufung auf unredlichen Besitz des Gegners wäre ein Einwand aus dem Rechte eines Dritten; richtig Robolski S. 224.

besitzes für die Bedürfnisse des eignen Betriebes erstreckt¹⁴. Es kann nur im Ganzen und zusammen mit dem Betriebe vererbt und veräußert werden¹⁵. Konkurrirende Benutzungsrechte Anderer lassen sich daher aus ihm nicht ableiten. Innerhalb dieser Grenzen aber ist es ein selbständiges erfinderrechtliches Benutzungsrecht, das mit dem vollen Inhalte des Patentrechtes ausgestattet ist und sich von diesem nur durch den Mangel der Ausschließlichkeit unterscheidet¹⁶.

2. Das Gesetz ermächtigt ferner das Reich und jeden deutschen Einzelstaat, im Wege der Zwangsenteignung sich oder Anderen ein für das Heer oder die Flotte oder sonst im Interesse der öffentlichen Wohlfahrt erforderliches Benutzungsrecht an der Erfindung zu verschaffen. Ueber das Dasein des Enteignungsfalles entscheidet ausschließlich und endgültig der Reichskanzler. Die Höhe der Vergütung, die dem Patentinhaber vom Reiche oder dem in seinem besonderen Interesse die Enteignung betreibenden Einzelstaate zu zahlen ist, wird mangels einer Verständigung im Rechtswege festgesetzt. Das Patentrecht als Ganzes kann nicht enteignet werden. Vielmehr ist immer nur die Begründung eines Benutzungsrechtes zulässig, das dem Untersagungsrechte des Patentinhabers Schranken setzt, selbst aber mit einem Untersagungsrechte nicht verbunden ist¹⁷.

3. Endlich sind Einrichtungen an Fahrzeugen, die nur vorübergehend in das Inland gelangen, der Wirkung des Patentbesitzes entzogen¹⁸.

IV. P f l i c h t e n. Das Patentrecht ist mit Pflichten durchmischt,

¹⁴ Das Ges. v. 1891 hat die schon vorher in diesem Sinne geübte Praxis (vgl. R.Ger. VII Nr. 19, Str.S. VI Nr. 39, Alexander-Katz S. 370, Robolski S. 225), gegen die sich Klostermann, Komm. S. 153, u. Kohler, Patentr. S. 137 ff., erklärten, ausdrücklich bestätigt; vgl. Seligsohn S. 66 ff.

¹⁵ R.Ges. § 5 Abs. 1. Bisher war, da das Ges. v. 1877 schwieg, über die Uebertragbarkeit viel Streit; für dieselbe z. B. Dambach S. 22, Kohler, Patentr. S. 139, Robolski S. 226, gegen dieselbe Gareis S. 104, Klostermann S. 153.

¹⁶ So mit Recht das R.Ger. XXVI Nr. 14, auch schon Str.S. V Nr. 124, VI Nr. 6 u. 39. Der Benutzungsberechtigte kann also den Gegenstand der Erfindung herstellen, in Verkehr bringen und gebrauchen, und die von ihm veräußerten körperlichen Gegenstände sind insoweit, als sie in seine Erfinderrechtssphäre fallen, auch in der Hand dritter Personen von der Wirkung des Patentbesitzes befreit. Dagegen ist mit diesem Benutzungsrechte keinerlei Untersagungsrecht gegen dritte Benutzer verbunden. — Zoll a. a. O. will dieses Recht als eine Dienstbarkeit an dem Patentobjekte konstruieren; allein der Gegenstand ist nicht dasselbe, sondern ein anderes Geisteserzeugniß. Laband II 235 Anm. 4 bestreitet das Dasein eines subjektiven Rechtes überhaupt.

¹⁷ R.Ges. § 5 Abs. 2. Robolski S. 227. Nicht ganz zutreffend Seligsohn S. 70 ff. — Ein volles Expropriationsrecht gilt nach Schweiz. Ges. Art. 13.

¹⁸ R.Ges. § 5 Abs. 3.

deren Erfüllung jedoch nicht unmittelbar erzwingbar ist, sondern nur mittelbar durch Androhung des Rechtsverlustes gesichert wird.

1. **Gebührenpflicht.** Für jedes Patent ist vor der Ertheilung eine erste Jahresgebühr von dreißig Mark und sodann für jedes folgende Jahr eine weitere Jahresgebühr zu entrichten, die für das zweite Jahr fünfzig Mark beträgt und weiterhin jedes Jahr um fünfzig Mark wächst. Zusatzpatente sind von der Jahresgebühr mit Ausnahme der Ertheilungsgebühr befreit¹⁹. Die weiteren Jahresgebühren werden mit Beginn des Patentjahres fällig und sind binnen sechs Wochen nach der Fälligkeit zu entrichten; nach Ablauf der Frist kann die Zahlung noch sechs Wochen lang unter Zuschlag einer Gebühr von zehn Mark nachgeholt werden. Einem bedürftigen Patentinhaber können die erste und zweite Jahresgebühr bis zum dritten Jahre gestundet und, wenn das Patent im dritten Jahre erlischt, erlassen werden. Die verfrühte Zahlung der Gebühren ist zulässig; für den Fall der Nichtigkeitserklärung oder vorzeitigen Beendigung des Patents erfolgt die Rückzahlung der nicht fällig gewordenen Gebühren. Durch Beschluß des Bundesraths kann eine Herabsetzung der Gebühren angeordnet werden. Sind die Gebühren nicht rechtzeitig bei der Kasse des Patentamtes oder zur Ueberweisung an dieselbe bei einer Postanstalt im Reichsgebiete eingezahlt, so erlischt das Patent²⁰.

2. **Ausführungspflicht.** Der Patentinhaber ist verpflichtet, im Inlande die Erfindung in angemessenem Umfange zur Ausführung zu bringen. Er soll die Erfindung, an der ihm ein ausschließliches Ausbeutungsrecht eingeräumt ist, nicht brach liegen lassen, damit nicht das in ihr enthaltene wirtschaftliche Gut zum Schaden der Allgemeinheit ungenützt bleibe. Er soll aber auch sein Recht, das den inländischen Verkehr beschränkt, nicht dergestalt ausüben, daß

¹⁹ Wird das Zusatzpatent selbständig (oben § 95 Anm. 38), so bestimmt sich zwar der Fälligkeitstag der Gebühren auch fernerhin nach dem Anfangstage des Hauptpatents, dagegen ihr Jahresbetrag nach dem Anfangstage des Zusatzpatents.

²⁰ R.Ges. § 8—9. — Ueber die Natur der Jahresgebühren vgl. Kohler, Patentr. S. 141 ff., Robolski S. 137 ff. u. Seligsohn S. 89, die in ihnen Ertragssteuern sehen. Von anderen Steuern unterscheiden sie sich jedenfalls dadurch, daß hier von der Leistung einer öffentlichen Abgabe der Fortbestand eines Privatrechtes abhängt. — Eine ganz andere Natur haben die echten Gebühren, die für die Kosten des Verfahrens bei der Anmeldung des Patents (oben § 95 Anm. 70), der Einlegung der Beschwerde (zwanzig Mark nach R.Ges. § 26) und dem Antrage auf Nichtigkeitserklärung oder Zurücknahme (fünfzig Mark nach R.Ges. § 28 Abs. 4) einzuzahlen sind, widrigenfalls die Anmeldung nicht als gehörig erfolgt, die Beschwerde überhaupt nicht als eingelegt und der Antrag überhaupt nicht als gestellt gilt.

davon ausschließlich oder überwiegend der ausländische Gewerbefleiß Vorthail zöge. Wenn er es schuldhafter Weise unterläßt, die Ausführungspflicht zu erfüllen oder doch Alles zu thun, was zur Sicherung der Ausführung erforderlich ist, so verwirkt er sein Patent. Dasselbe kann daher zurückgenommen werden. Doch ist die Zurücknahme erst nach Ablauf von drei Jahren seit der Bekanntmachung der Patenterteilung zulässig²¹.

3. Lizenzpflicht. Der Patentinhaber ist endlich verpflichtet, die Erlaubniß zur Benutzung der Erfindung gegen angemessene Vergütung und genügende Sicherstellung insoweit an Andere zu erteilen, als dies im öffentlichen Interesse geboten erscheint. Durch die Verweigerung der Lizenz verwirkt er gleichfalls sein Recht. Darum kann auch in diesem Falle das Patent nach Ablauf von drei Jahren zurückgenommen werden²².

§ 97. Uebertragung des Erfinderrechts.

I. Ueberhaupt. Gleich dem Urheberrechte kann das Erfinderrecht aus der Persönlichkeitssphäre, in der es entsprungen ist, mit seiner Wurzel nicht herausgerissen werden¹. Allein der Aus-

²¹ R.Ges. § 11. Dazu Kohler, Patentr. S. 132 ff., 206 ff., Robolski S. 183 ff., Seligsohn S. 107 ff. Die Ausführungspflicht bezieht sich nur auf das Wesentliche der Erfindung; Pat.Bl. 1884 S. 321 ff. Eine gehörige Sicherung der Ausführung kann im Abschlusse von Lizenzverträgen liegen; Pat.Bl. 1881 S. 167 ff. Der Ausführungspflicht wird weder durch Ausübung des Patentrechtes im Auslande noch durch Einfuhr aus dem Auslande genügt; Pat.Bl. 1884 S. 321 ff., 1887 S. 169, 1889 S. 25, R.Ger. b. Seuff. XLVI Nr. 215. In den Verträgen mit Oesterreich, Italien u. der Schweiz ist jedoch in beiderlei Hinsicht die volle gegenseitige Gleichstellung des fremden Staatsgebietes mit dem Inlande vereinbart (Art. 5). Ueber die Zurücknahme vgl. unten § 99 S. 896. — Die Ausführungspflicht ist auch den fremden Patentgesetzen bekannt; unter der Herrschaft des Anmeldesystems knüpft sich an ihre Nichterfüllung unmittelbar das Erlöschen des Patents; vgl. Schweiz. Ges. Art. 9 Z. 3, Oesterr. Ges. § 39 Z. 2 a u. Beck-Mannagetta S. 156 ff. u. 429 ff. — Das Französ. Ges. Art. 33 verbietet überdies dem Patentinhaber bei Verlust seines Rechtes jede Einfuhr des patentirten Gegenstandes aus dem Auslande. Nach dem Schweiz. Ges. Art. 9 Z. 4 verwirkt er das Patent durch Einfuhr aus dem Auslande dann, wenn er gleichzeitig billige schweizerische Lizenzbegehren abgelehnt hat.

²² R.Ges. § 11 Z. 2; Kohler, Patentr. S. 133 ff., 212 ff., Robolski S. 188 ff.; über die Zurücknahme unten § 99 S. 896. — Fremde Gesetze kennen zum Theil einen stärkeren Lizenzzwang; vgl. über das engl. R. Kohler b. Schönberg S. 794 u. Robolski im Handwörterb. VI 135. Das schweiz. Ges. Art. 12 statuirt neben der schon erwähnten Lizenzpflicht im Falle des Art. 9 Z. 4 (oben Anm. 21) eine gegenseitige Lizenzpflicht zwischen den Inhabern von Haupt- und Abhängigkeitspatenten.

¹ Ein Erk. des Obst. Gerichtsh. zu Wien v. 21. Nov. 1866 b. Glaser Nr. 3225 nimmt freilich an, daß die Ehre der Erfindung gegen Entgelt abgetreten werden

übung nach ist schon das ursprüngliche Erfinderrecht übertragbar². Uebertragbar ist daher vor Allem auch das aus dem Erfinderrechte fließende Recht auf ein Patent³. Ist vollends das Erfinderrecht zum Patentrechte entfaltet, so unterliegt es kraft seiner gewerblichen Ausgestaltung allen Schicksalen der Vermögensrechte⁴.

II. Veräußerung. Das Erfinderrecht kann unbeschränkt oder beschränkt veräußert werden. Da hierbei das aus dem Persönlichkeitsrechte entsprungene absolute Recht an einer unkörperlichen Sache in Frage steht, tragen die Veräußerungsgeschäfte ein sachenrechtliches Gepräge⁵.

1. Translative Veräußerung. Eine Veräußerung des Vollrechtes an der Erfindung ist in jedem Stadium des Erfinderrechtes möglich. Sie liegt auch in der Vergemeinschaftung oder Entgemeinschaft des Erfinderrechtes⁶. Ausgeschlossen ist nur wegen der Untheilbarkeit des Gegenstandes jede Substanztheilung⁷. Die Veräußerung kann entgeltlich oder unentgeltlich erfolgen, das Veräußerungsgeschäft sich als Kauf, Tausch, Schenkung u. s. w. darstellen⁸. Der Uebergang des Rechtes vollzieht sich bis zur Patenterteilung durch den Vertragsschluss; nach der Patenterteilung tritt zwar mit dem Vertragsschlusse der Uebergang des Rechtes im Verhältnisse der Vertragsschließenden zu einander, allein erst mit der Eintragung der Subjekt-

könne; vgl. Zoll S. 567 Anm. 57. Allein diese Ehre ist Ausfluß der schlechthin unübertragbaren Eigenschaft als Erfinder.

² Vgl. oben § 95 Anm. 45—46 u. § 96 Anm. 15; Beck-Mannagetta S. 201.

³ R.Ges. § 6. Dafs der öffentlichrechtliche „Anspruch auf Ertheilung des Patentes“, der durch die Anmeldung nicht erst (wie Seligsohn S. 72 meint) erzeugt, sondern nur geltend gemacht wird (Schanze S. 196), rechtsgeschäftlicher Verfügung unterliegt, ist die Folge seiner Zugehörigkeit zu einem Privatrechte; vgl. Jellinek, System der subj. öff. R. S. 328 Anm. 1.

⁴ R.Ges. § 6; R.Ger. XXXI Nr. 11 S. 57.

⁵ Vgl. bes. R.Ger. XXXI Nr. 67 („eine Herrschaft sachenrechtlicher Art über das geistige Produkt der Erfindung“), sowie Nr. 11 (Anwendung der preussischen rechtlichen Regeln über das Recht zur Sache).

⁶ Kohler, Patentr. S. 151 ff.

⁷ Eine Auseinandersetzung unter Gemeinern muß daher durch Nutztheilung oder Veräußerung geschehen; Kohler S. 153 ff.

⁸ Unrichtig ist die Meinung Klostermanns, Komm. S. 159 ff. u. b. Endemann II 328 ff., es liege „Cession“ vor. Vgl. für die Natur der entgeltlichen Uebertragung als Verkauf R.Ger. im J.M.Bl. von 1887 S. 53, bei Gruchot XXXV 962, C.S. XXVIII 253 u. XXXI 299. — Ueber die Gewährleistungspflicht vgl. Z. f. H.R. XXV 252, R.Ger. XX Nr. 18, Seuff. XLI. Nr. 216, Rosenthal S. 142 ff., Seligsohn S. 73 ff.

Veränderung in die Patentrolle die Wirksamkeit des Rechtsüberganges Dritten gegenüber ein⁹.

2. Konstitutive Veräußerung. Durch Veräußerung eines Theilrechtes an der Erfindung können mannichfache aus dem Erfinderrechte abgeleitete Rechte begründet werden. Diese Rechte können absolut oder relativ sein.

a. Absolute Rechte lassen sich bereits von dem ursprünglichen Erfinderrechte im Bereiche seiner absoluten Wirkungen abspalten¹⁰, werden aber vorzugsweise erst aus dem Patentrechte geschöpft. Der Patentinhaber kann an der ihm gebührenden ausschließlichen Nutzung der Erfindung einen Nießbrauch oder ein Pfandrecht einräumen¹¹. Er kann aber auch durch Uebertragung eines ausschließlichen Benutzungsrechtes an der Erfindung in bestimmten örtlichen oder zeitlichen Grenzen oder in bestimmter sachlicher Beschränkung eigenthümliche erfinderrechtliche Nutzungsrechte mit Wirkung gegen Jedermann begründen¹².

⁹ R.Ges. § 19 Abs. 2; R.Ger. XXXI 56. Die Eintragung spielt eine ähnliche Rolle, wie bei körperlichen beweglichen Sachen die Besitzübertragung; vgl. Zoll S. 578 Anm. 73. In Ermangelung eines rechtsgültigen Titels überträgt sie kein Recht, schafft aber eine bis zum Gegenbeweise wirksame Legitimation, die auch dritten gutgläubigen Erwerbern, die ihr vertraut haben, zu Gute kommen muß. So im Wesentlichen übereinstimmend Kohler, Patentr. S. 185 ff. 488, Klostermann, Komm. S. 159 ff., Rosenthal S. 236 ff. Eine beschränktere Wirkung legt André im Pat.Bl. 1879 S. 354 ff. der Eintragung bei. Robolski S. 130 ff., Seligsohn S. 142 u. das R.Ger. in St. S. XI 266 ff. schreiben ihr lediglich die Bedeutung einer Legitimation gegenüber dem Patentamte zu. Dambach zu § 6 Nr. 4 sieht in ihr nur einen nachrichtlichen Vermerk. — Gleiche Wirkung legt das R.Ges. § 19 Abs. 2 der Eintragung einer Veränderung in der Person eines angemeldeten Vertreters bei. Diese beiden Verhältnisse sind die einzigen, bei denen die Eintragung in die Rolle eine privatrechtliche Wirkung hat. — Ueber die Registrirung der Privilegiumsübertragungen nach österr. R. vgl. Oesterr. Ges. § 36—37 u. dazu Beck-Mannagetta S. 202 ff., Zoll S. 577 ff.

¹⁰ Schon das ursprüngliche Veröffentlichungsrecht kann für sich ganz oder theilweise übertragen, das Recht auf das Patent kann verpfändet werden u. s. w.

¹¹ Vgl. über Nießbrauch Kohler, Patentr. S. 155 ff., über Pfandrecht ib. S. 166 ff. Auch ein gesellschaftliches Nutzungsrecht an einem von einem Gesellschafter quoad usum eingebrachten Patente ist möglich, ib. S. 156 ff. — Dafs in solchen Fällen die Eintragung in die Patentrolle erforderlich sei, läßt sich nicht mit Kohler S. 190 behaupten; vgl. Robolski S. 135, Seligsohn S. 139.

¹² Klostermann b. Endemann II 328 ff., Robolski S. 230 ff., Seligsohn S. 74 ff.; R.Ger. XXXI Nr. 67 S. 300 ff. Das übertragene ausschließliche Benutzungsrecht wirkt in seinem Bereiche auch gegen den Patentinhaber selbst und die von ihm etwa nachträglich an Andere gegebenen Lizenzen. Es ist im Zweifel vererblich und veräußerlich. — Einer Eintragung in die Patentrolle be-

b. Relative Rechte entstehen durch Uebertragung erfinderrechtlicher Befugnisse ohne Mitübertragung eines gegen Jedermann wirksamen Untersagungsrechtes. Hinsichtlich der Benutzung der Erfindung sind aus dem ursprünglichen Erfinderrechte, da in diesem ein Untersagungsrecht gegen fremde Benutzung nicht enthalten ist, überhaupt nur relative Rechte ableitbar¹³. Aus dem Patentrechte abgeleitete relative Nutzungsrechte werden durch Lizenzerteilungen begründet¹⁴. Der Lizenzvertrag hat nicht einen bloß obligationenrechtlichen Inhalt¹⁵. Er bewirkt vielmehr zugleich einen Uebergang von Erfinderrecht auf den Lizenzträger¹⁶. Darum besteht das gehörig begründete Lizenzrecht auch gegenüber jedem späteren Patentinhaber, der das Patentrecht nur insoweit erwerben konnte, als es nicht schon auf Andere übertragen war¹⁷. Das Lizenzrecht entbehrt jedoch der

darf es nicht; Klostermann a. a. O. S. 329 Anm. 3, Robolski S. 195; a. M. Rosenthal S. 286.

¹³ Vgl. oben § 95 IV 1 b S. 873. Solche aus einem nicht patentirten Erfinderrechte abgeleiteten Nutzungsrechte bleiben, wenn die Erfindung patentirt wird, dem Patentrechte gegenüber nach Maßgabe ihres Rechtstitels in Kraft. Stammen sie dagegen aus einer anderen als der patentirten Erfindung, so verfestigen sie sich dem Patentrechte gegenüber nach Maßgabe eines vor dessen Anmeldung begründeten Nutzungsbesitzes zu selbständigen relativen Nutzungsrechten mit beschränkter Uebertragbarkeit (oben § 96 III 1), während sie insoweit, als sie noch nicht in Besitz genommen waren, erlöschen.

¹⁴ Die Lizenzerteilung kann entgeltlich oder unentgeltlich erfolgen; die Vergütung kann in einer einmaligen oder periodischen Zahlung bestehen; besonders häufig besteht sie in einer festen Lizenzgebühr, die für jedes mit dem patentirten Arbeitsmittel oder dem patentirten Verfahren hergestellte Stück oder für jedes verkaufte patentirte Erzeugniß zu zahlen ist. — Der Lizenzvertrag ist ein eigenthümlicher Vertrag, der weder nach Analogie der Servitutenbestellung (so Kohler, Patentr. S. 157 ff.) noch nach Analogie des Pachtvertrages (so Seligsohn S. 77 ff.) behandelt werden darf. Solche Analogien werden schon durch die Unerschöpflichkeit der Erfindung, an der beliebig viele Lizenzen ertheilt werden können, ausgeschlossen. Aus dem Wesen der Erfindung folgt, daß der Lizenzerteiler im Zweifel dem Lizenzträger zwar für das Dasein, nicht aber für die gewerbliche Verwerthbarkeit der patentirten Erfindung haftet, der Lizenzträger vielmehr das Risiko der praktischen Brauchbarkeit übernimmt; R.Ger. b. Seuff. XLIX Nr. 190. — Ueber Lizenzverträge auf Grund nichtiger Patente vgl. oben § 95 Anm. 100.

¹⁵ Die herrschende Meinung konstruirt die Lizenzerteilung als einen bloßen Verzicht auf das Untersagungsrecht und legt ihr daher nur obligationenrechtliche Wirkung bei; vgl. Klostermann b. Endemann II 329, Robolski S. 282 ff., R.O.H.G. XIV 403 ff., R.Ger. XVII Nr. 12, XXXI Nr. 11 S. 801, Seuff. XLII Nr. 246.

¹⁶ So bes. Kohler, Patentr. S. 159 ff., Seligsohn S. 77 ff., Bolze b. Gruchot XXXVIII 75 ff. u. XXXIX 1 ff.

¹⁷ Hierdurch wird indeß das Lizenzrecht noch nicht, wie Kohler, Seligsohn u. Bolze annehmen, zu einem „absoluten“ Rechte. Die Wirkung der erfolgten Veräußerung wider den Rechtsnachfolger des Veräußerers besteht auch bei relativen Rechten.

Wirksamkeit gegen Dritte; es ist mit keinerlei Untersagungsrecht gegen Benutzung der Erfindung durch Andere verknüpft¹⁸. Der Umfang des Lizenzrechtes richtet sich nach dem Vertrage; das Lizenzrecht kann örtlich oder zeitlich begrenzt oder auf eine bestimmte Art der Erfindungsbenutzung beschränkt sein¹⁹. In vielen Fällen ist eine stillschweigende Linzenzertheilung anzunehmen; insbesondere liegt regelmäßig in dem Verkaufe eines patentirten Gegenstandes die Gestattung sowohl des Gebrauches wie der Inverkehrsetzung²⁰. Das Lizenzrecht ist mangels anderer Abrede vererblich und veräußerlich²¹. Lizenzrechte können nicht nur vom Patentinhaber selbst, sondern auch von jedem Träger eines abgeleiteten absoluten Rechts im Bereiche seines Nutzungsrechtes und von jedem Lizenzträger nach Maßgabe der ihm ausdrücklich oder stillschweigend erteilten Ermächtigung begründet werden²².

III. Vererbung. Das Erfinderrecht ist in jedem Stadium seiner Entwicklung vererblich; es geht auf die Erben über und kann durch Verfügung von Todeswegen ganz oder theilweise auf Andere übertragen werden²³. Die beim litterarischen und künstlerischen Ur-

¹⁸ Auch wenn der Linzenzertheiler dem Lizenzträger vertragsmäßig verpflichtet ist, weitere Lizenzen nicht oder nur beschränkt zu erteilen, kann der Lizenzträger vertragswidrig erteilte Lizenzen nicht anfechten, sondern nur seinen Vertragsanspruch gegen den Linzenzertheiler geltend machen. Ebenso verhält es sich, wenn der Linzenzertheiler einer von ihm übernommenen Pflicht zur Verfolgung von Patentverletzungen nicht nachkommt.

¹⁹ Die Lizenz kann die Herstellung, das Inverkehrsetzen oder den Gebrauch betreffen; in der Gestattung der Herstellung wird aber regelmäßig auch die Gestattung der beiden anderen Benutzungsarten enthalten sein.

²⁰ Kohler, Patentr. S. 160 ff., Robolski S. 234, Seligsohn S. 76 ff. Dagegen entsteht an einer dem Berechtigten abhanden gekommenen Sache auch beim gutgläubigen Erwerber, selbst wenn er das Eigenthum erlangt, kein dem Patentrechte widerstreitendes Recht.

²¹ Kohler a. a. O. S. 158 ff., Robolski S. 233, Seligsohn S. 75 ff.; a. M. Klostermann, Komm. S. 163 u. b. Busch XXXV 85. Meist wird jedoch die Lizenz an ein bestimmtes Etablissement geknüpft und ist dann nur mit diesem übertragbar. — Ueber Verpfändung von Lizenzen Kohler S. 163 ff.

²² Ueber Linzenzertheilungen von Lizenzträgern vgl. Kohler a. a. O. S. 165 ff. Stillschweigende Ermächtigungen zu weiteren Linzenzertheilungen sind z. B. in den Lizenzen zum Verkaufe hinsichtlich des Gebrauches und des Weiterverkaufes enthalten.

²³ R.Ges. § 6. Neben dem „Recht aus dem Patent“ wird hier ausdrücklich nur der „Anspruch auf Ertheilung des Patents“ (vgl. oben Anm. 3) genannt; zweifellos gilt jedoch Gleiches für das ursprüngliche Erfinderrecht in allen seinen Lebensäußerungen. — Auch die aus dem Erfinderrecht abgeleiteten Rechte sind im Zweifel vererblich; vgl. oben Anm. 21. — Ueber die gesetzliche Einschränkung der Vererblichkeit des erfinderrechtlichen Vorbenutzungsrechtes vgl. oben § 96 Anm. 15.

heberrecht angeordnete Ausschließung des fiskalischen Heimfallsrechtes ist auf das Erfinderrecht nicht zu erstrecken²⁴.

IV. Ungewollter Uebergang. Dem ungewollten Uebergange unter Lebenden ist das Erfinderrecht nur unterworfen, wenn und insoweit es zum Vermögensrechte entfaltet ist. Während es daher nach seiner Erhebung zum Patentrechte in jeder Hinsicht den das Vermögen seines Subjektes treffenden Rechtsschicksalen folgt²⁵ und dem Zugriffe der Gläubiger offen steht²⁶, kann vor diesem Zeitpunkte dem Erfinder oder seinem Rechtsnachfolger die Entscheidung über das Ob und Wie der Veröffentlichung der Erfindung nicht ohne seinen Willen entwunden werden²⁷. Denn in diesem seinem ursprünglichen Kerne ist das Erfinderrecht kein Vermögensbestandtheil, sondern ein Bestandtheil der Persönlichkeitssphäre: Niemand kann den Erfinder hindern, seine Erfindung geheim zu halten oder auch zum Gemeingut zu machen, Niemand ihn zwingen, für sie ein Patent zu erwerben. Selbst nach erfolgter Anmeldung bleibt das Recht auf das Patent so lange der ungewollten Uebertragung auf Andere entzogen, bis durch die Bekanntmachung der Anmeldung der Entschluß des Berechtigten, das Erfinderrecht in ein Vermögensrecht überzuführen, für wie wider Dritte wirksam geworden ist²⁸.

§ 98. Schutz des Erfinderrechts.

I. Ueberhaupt. Das Erfinderrecht genießt als absolutes Privatrecht des allgemeinen Privatrechtsschutzes gegen Jedermann. Mithin kann im Wege einer civilrechtlichen Klage die Anerkennung seines Bestandes, die Beseitigung und künftige Unterlassung von Störungen und im Falle schuldhafter Verletzung auch die Wiederherstellung oder Ersatzleistung durchgesetzt werden. Dem ursprüng-

²⁴ Seligsohn S. 72 ff. A. M. Kohler S. 183 ff., Gareis S. 117 ff.

²⁵ Das Patentrecht fällt daher z. B. in die eheliche Gütergemeinschaft und unterliegt der vormundschaftlichen Verfügungsmacht über das Vermögen.

²⁶ Das Patentrecht unterliegt der Pfändung und der gerichtlichen Zwangsveräußerung und ist Bestandtheil der Konkursmasse; R.O.H.G. XXII Nr. 78; R.Ger. in Str. S. VII Nr. 121; Kohler S. 168 ff.; Bekker, Pand. I 83; Wach, Civilproz. I 420 ff.; Robolski, Theorie S. 231 ff.; Seligsohn S. 80 ff.; Schanze a. a. O. S. 197; Beck-Mannagetta S. 209 ff.

²⁷ A. M. Beck-Mannagetta a. a. O., der schon die fertig gestellte Erfindung der Zwangsvollstreckung unterwirft.

²⁸ A. M. Kohler S. 79 u. Seligsohn a. a. O., die bereits durch die Anmeldung ein pfändbares Vermögensrecht entstehen lassen. Vgl. aber Bekker u. Schanze a. a. O.

lichen Erfinderrechte steht lediglich der allgemeine Privatrechtsschutz, dieser aber, soweit es eben überhaupt wirksam ist, unverkürzt zur Seite¹. Dem zum Patentrechte entwickelten Erfinderrechte wird überdies ein besonderer privatrechtlicher und strafrechtlicher Schutz gegen gewisse Eingriffe gewährt. Doch gebührt auch ihm vor und neben diesem besonderen Schutze der allgemeine Privatrechtsschutz². Nur innerhalb des von ihm geordneten Bereiches zehrt der besondere Schutz den hierdurch theilweise verkürzten allgemeinen Schutz auf³.

II. Besondere Patentverletzungen. Als Patentverletzungen sind durch besondere gesetzliche Bestimmung alle Handlungen verboten, die einen rechtswidrigen Eingriff in ein fremdes ausschließliches Benutzungsrecht an einer Erfindung enthalten. Eine Patentverletzung begeht daher, wer unbefugt den Gegenstand einer patentirten Erfindung gewerbsmäßig herstellt, in Verkehr bringt, feil hält oder gebraucht⁴. Die Patentverletzung wird dadurch nicht ausgeschlossen, daß nur ein wesentlicher Theil der fremden Erfindung in Benutzung genommen ist⁵.

Verletzter kann nicht nur der Patentinhaber, sondern auch jeder Träger eines aus dem Patentrechte abgeleiteten ausschließlichen Benutzungsrechtes, nicht dagegen ein bloßer Lizenzträger sein.

¹ Vgl. oben § 95 IV 1 a u. c; über den Schutz des Benutzungsrechtes aus Vorbenutzung Seligsohn S. 66.

² Der Patentinhaber hat daher bei Erfüllung der Voraussetzungen des § 231 der C.P.O. eine Feststellungsklage auf das Bestehen seines Rechts; R.Ger. in Jurist. Wochenschr. 1889 S. 367. Er hat ferner eine Klage auf Beseitigung und Unterlassung von Störungen seines Rechtes, mögen diese auch nicht unter die vom Patentgesetze verbotenen Handlungen fallen; R.Ger. III N. 47. Diese Klagen stehen ihm unabhängig vom guten oder bösen Glauben des Gegners zu. Vgl. Kohler, Patentr. S. 430 ff., Robolski, Theorie S. 235 ff., Seligsohn S. 59 ff. — Umgekehrt ist gegen Anmaßung eines Patentrechtes eine negative Feststellungsklage zulässig; Kohler b. Busch XLVII 335 ff., Seligsohn S. 62 ff. — Ähnliches gilt für die aus dem Patentrechte abgeleiteten Rechte.

³ Darum kann aus den im Patentgesetze behandelten Patentverletzungen ein Anspruch auf Schadensersatz, falls die dafür vom Patentgesetz aufgestellten Erfordernisse (vgl. unten Anm. 7) nicht erfüllt sind, überhaupt nicht geltend gemacht werden. Auch wegen verschuldeter Eingriffe solcher Art hat daher der Patentinhaber keinerlei Ersatzanspruch, wenn nicht grobe, sondern nur gewöhnliche Fahrlässigkeit vorliegt; ja, bis zur Novelle hatte er einen solchen Anspruch nicht einmal bei einem groben Verschulden des Gegners. Vgl. R.Ger. XXI Nr. 13; Kohler, Patentrecht. S. 456 ff., Seligsohn S. 252.

⁴ R.Ges. § 35 ff. mit § 4—5; dazu oben § 96 S. 882 ff. Ueber das österr. R. Beck-Mannagetta S. 319 ff.

⁵ Vgl. oben § 96 Anm. 4.

Aus jeder Patentverletzung erwächst dem Verletzten eine Klage auf Beseitigung der Störungen seines Rechtes und auf Unterlassung fernerer Eingriffe⁶.

Ist die Patentverletzung **wissentlich** oder aus grober Fahrlässigkeit begangen, so hat der Verletzte außerdem einen Anspruch auf Entschädigung⁷.

Die wissentliche Patentverletzung ist überdies mit Strafe (Geldstrafe bis zu fünftausend Mark oder Gefängniß bis zu einem Jahre) bedroht⁸. Doch tritt die Strafverfolgung nur auf Antrag ein. Wird auf Strafe erkannt, so ist zugleich dem Verletzten die Befugniss zuzusprechen, die Verurtheilung auf Kosten des Verurtheilten öffentlich bekannt zu machen. Auch kann in diesem Falle dem Beschädigten auf seinen Antrag statt der Entschädigung eine Buße bis zum Betrage von zehntausend Mark zuerkannt werden⁹.

III. Verfahren. Die Verfolgung der Patentverletzungen findet vor den ordentlichen Gerichten im Wege des Civilprozesses oder des Strafprozesses statt¹⁰. Handelt es sich um eine Erfindung, die ein Verfahren zur Herstellung eines neuen Stoffes zum Gegenstande hat, so wird der Verletzte, wenn er Entschädigung fordert, hinsichtlich der Beweisführung durch eine gesetzliche Vermuthung begünstigt, kraft welcher bis zum Beweise des Gegentheils jeder Stoff von gleicher Beschaffenheit als nach dem patentirten Verfahren hergestellt gilt¹¹.

IV. Verjährung. Die Klagen wegen Verletzung des Patent-

⁶ Oben Anm. 2. — Ein Privatrecht auf Einziehung zur Sicherung, wie beim Urheberrecht (oben § 89 III 1 c), ist hier nicht anerkannt; nur strafrechtliche Einziehung nach Str.G.B. § 40 ist möglich; Kohler, Patentr. S. 575 ff., Robolski, Theorie S. 252 ff.

⁷ R.Ges. § 35. Das R.Ges. v. 25. Mai 1877 § 34 liefs die civilrechtliche wie die strafrechtliche Haftung nur bei wissentlicher Patentverletzung eintreten.

⁸ R.Ges. § 36. Oeffentliche Strafen für Patentverletzungen kennt auch das österr., schweiz., französ. u. ital. Recht; unbekannt sind sie dem engl., belg. u. russ. Recht.

⁹ R.Ges. § 37. Für die Buße gelten gleiche Regeln wie bei Urheberrechtsverletzungen; oben § 89 Anm. 16 u. 31.

¹⁰ Der Civilrichter kann nur auf Entschädigung erkennen; Strafe und Buße kann nur der Strafrichter verhängen, der aber, wenn er eine Strafe ausspricht, auch Entschädigung zuerkennen kann. Die Entscheidung letzter Instanz gebührt in allen bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, in denen durch Klage oder Widerklage ein Anspruch auf Grund der Bestimmungen des Patentgesetzes geltend gemacht wird, dem Reichsgericht (§ 38). — Ueber das Verfahren im Eingriffsstreit nach österr. R. vgl. Beck-Mannagetta S. 360 ff.

¹¹ R.Ges. § 35 Abs. 2 u. dazu oben § 95 Anm. 28.

rechts verjähren rücksichtlich jeder einzelnen dieselbe begründenden Handlung in drei Jahren¹².

V. Patentberührung. Das Patentgesetz enthält eine Bestimmung, nach der mit Geldstrafe bis zu eintausend Mark bestraft wird, wer einen durch ein Reichspatent nicht geschützten Gegenstand mit einer Bezeichnung versieht oder öffentlich anpreist, die geeignet ist, den Irrthum zu erregen, als sei der Gegenstand durch ein Reichspatent geschützt. Mit dem Schutze des Erfinderrechts hat diese Strafandrohung nichts zu thun. Sie richtet sich vielmehr gegen eine besondere Form der Täuschung des Publikums¹³.

§ 99. Beendigung des Erfinderrechts.

I. Zeitablauf. Das ursprüngliche Erfinderrecht ist unbefristet¹. Dagegen hat das Patentrecht eine begrenzte Lebensdauer, die nach deutschem Rechte fünfzehn Jahre, also ein halbes Menschenalter, beträgt². Der Lauf dieser Zeit beginnt nicht erst mit dem Eintritt des Patentschutzes, sondern schon mit dem auf die Anmeldung der Erfindung folgenden Tage³. Durch die Lebensgrenze eines Hauptpatents wird zugleich die Dauer jedes von ihm abhängigen Zusatzpatentes begrenzt⁴.

¹² R.Ges. § 39. Diese Verjährung bezieht sich nicht auf die Strafverfolgung; sie beginnt mit der Verletzung zu laufen und wird durch Antrag auf Busse im Strafverfahren nicht unterbrochen; R.Ger. XVI Nr. 3.

¹³ R.Ges. § 40; v. Liszt, Strafr. § 125 V 2; Kohler, Patentr. S. 681 ff.; Seligsohn S. 264 ff.

¹ Das Recht auf ein Patent geht, so lange die Erfindung nicht veröffentlicht ist, durch ihr noch so hohes Alter nicht unter. Auch der Schutz gegen unbefugte Veröffentlichung der Erfindung und gegen ihre Entwendung behufs Patenterschleichung ist unbefristet.

² R.Ges. § 7. Dieselbe Frist gilt nach vielen ausländischen Gesetzen; so nach österr., schweizer., ital. u. skandinav. R.; ebenso nach französ. R., das aber auch eine Patentirung auf 5 oder 10 Jahre kennt. In Rußland kann ein Patent auf 3, 5 oder 10 Jahre genommen werden. In England beträgt die Patentdauer 14 Jahre, in den Vereinigten Staaten 17 Jahre, in Belgien und Spanien 20 Jahre. — Eine Verlängerung des Patentes wäre in Deutschland nur durch Spezialgesetz möglich. In Oesterreich kann sie durch landesherrlichen Gnadenakt erfolgen; Privilegienges. § 9 litt. c, Beck-Mannagetta S. 200. Das Engl. Ges. v. 25. Aug. 1888 § 25 kennt eine Verlängerung um 7 und ausnahmsweise 14 Jahre im Verwaltungswege, wenn nachgewiesen wird, daß die Erfindung dem Publikum erheblich genützt, dem Erfinder aber bisher angemessenen Gewinn nicht gebracht hat.

³ R.Ges. § 7; dazu Kohler, Patentr. S. 192 ff., Seligsohn S. 83.

⁴ Vgl. oben § 95 Anm. 38. Ist daher das Zusatzpatent durch Nichtigkeits-

II. **Sonstige Beendigungsgründe.** Vorzeitig erlischt das Patentrecht durch Verzicht des Patentinhabers⁵. Außerdem geht es vorzeitig unter, wenn die Erfüllung der patentrechtlichen Pflichten unterbleibt. Dieser Untergang tritt im Falle nicht rechtzeitiger Gebührenzahlung von Rechtswegen ein⁶. Dagegen wird das Patentrecht wegen Verwirkung durch Nichtgebrauch oder durch Lizenzverweigerung nur verloren, wenn die in jedem dieser Fälle nach Ablauf von drei Jahren zulässige Zurücknahme des Patentbesitzes erfolgt⁷. Das Verfahren wegen Zurücknahme des Patentbesitzes findet beim Patentamt statt und folgt im Allgemeinen den für das Verfahren wegen Nichtigkeitsklärung geltenden Regeln⁸. Zur Erhebung der Klage auf Zurücknahme ist Jedermann befugt⁹. Soll die Zurücknahme wegen Lizenzverweigerung ausgesprochen werden, so muß ihr eine Androhung der Zurücknahme unter Angabe von Gründen und unter Festsetzung einer angemessenen Frist vorausgehen¹⁰. Gegen die Entscheidung des Patentamtes ist auch hier die Berufung an das Reichsgericht zulässig. Die Zurücknahme stellt sich als richterliche Aberkennung des verwirkten Patentrechtes dar¹¹. Das Patentrecht erlischt mit dem Ein-

klärung des Hauptpatentes zu einem selbständigen Patent geworden, so erlischt es gleichwohl fünfzehn Jahre nach dem auf die Anmeldung des Hauptpatentes folgenden Tage; R.Ges. § 7 Abs. 2.

⁵ R.Ges. § 9. Der Verzicht ist formlos und einer Erklärung an eine bestimmte Person oder einer Annahme nicht bedürftig. Vgl. Kohler, Patentr. S. 224 ff., Robolski S. 199 ff. Der Verzichtende muß verfügungsfähig und verfügungsbefugt sein. Steht die Patentinhaberschaft einer Mehrheit von Personen zu, so erlischt das Patentrecht nur durch Verzicht Aller, während im Uebrigen Anwachsung eintritt. Vgl. Kohler S. 225 ff. Ein Verzicht auf einen Theil des Patentbesitzes ist nicht zulässig. Vgl. Robolski S. 200. A. M. Kohler, Aus dem Patent- und Industrierecht II 22.

⁶ R.Ges. § 9; dazu oben § 96 Anm. 20. Die Mehrzahl der Patente erlischt auf diesem Wege. Da die Nichtzahlung der Gebühren das einfachste Mittel ist, ein nicht lohnendes Patent fallen zu lassen, sind Verzichte selten.

⁷ R.Ges. § 11; dazu oben § 96 Anm. 21—22, wo auch bereits erwähnt ist, daß der von ausländischen Gesetzen angedrohte Verlust des Patentrechtes durch Einfuhr ausländischer Erzeugnisse dem deutschen Recht unbekannt ist.

⁸ R.Ges. § 28—31; dazu oben § 95 S. 880 ff. Vgl. Kohler, Patentr. S. 206 ff., Robolski S. 189 ff.

⁹ Seligsohn S. 208. Der Antragsteller braucht daher ein eignes Interesse an der Zurücknahme nicht nachzuweisen; wohl aber muß er im Falle der Lizenzverweigerung das spezielle öffentliche Interesse darthun, das eine Lizenzerteilung gebietet; R.Ger. IX Nr. 29.

¹⁰ R.Ges. § 30 Abs. 3.

¹¹ Sie darf nur ausgesprochen werden, wenn einerseits ein öffentliches Interesse an der Zurücknahme besteht, andererseits ein Verschulden des Patentinhabers

tritte der Rechtskraft des Urtheils¹².

III. Rechtsfolgen der Beendigung. Die Beendigung des Patentrechtes wird in die Patentrolle eingetragen und veröffentlicht, ohne daß jedoch hiervon ihre Wirksamkeit abhänge¹³. Soweit eine Erfindung Gegenstand eines Patentrechtes gewesen ist, wird sie durch dessen Beendigung zum Gemeingut. Mit dem Patentrechte erlöschen daher zugleich alle aus ihm abgeleiteten Rechte.

vorliegt. Mit Rücksicht auf die besonderen Umstände des Falles kann auch dann, wenn eine Zurücknahme zulässig wäre, die Zurücknahme unterbleiben, während die Nichtigkeitserklärung, sobald ihre Voraussetzungen verwirklicht sind, erfolgen muß. Vgl. R.Ges. § 11 mit § 10 u. dazu Seligsohn S. 107.

¹² Kohler, Patentr. S. 222 u. 410 ff. — Die Zurücknahme beendet also mit konstitutiver Kraft ein bestehendes Recht, während die Nichtigkeitserklärung nur das Nichtdasein eines Rechtes deklariert und somit überhaupt nicht zu den Beendigungsgründen gehört.

¹³ R.Ges. § 19.