

Universitäts- und Landesbibliothek Tirol

Gutachten über den Entwurf eines Nachtragsgesetzes zum allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuche

Ehrenzweig, Armin

Wien, 1908

Gutachten

über den

Entwurf eines Nachtragsgesetzes zum
allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuche.

Dem österreichischen Advokatentag erstattet

von

Prof. Dr. Armin Ehrenzweig.



Wien.

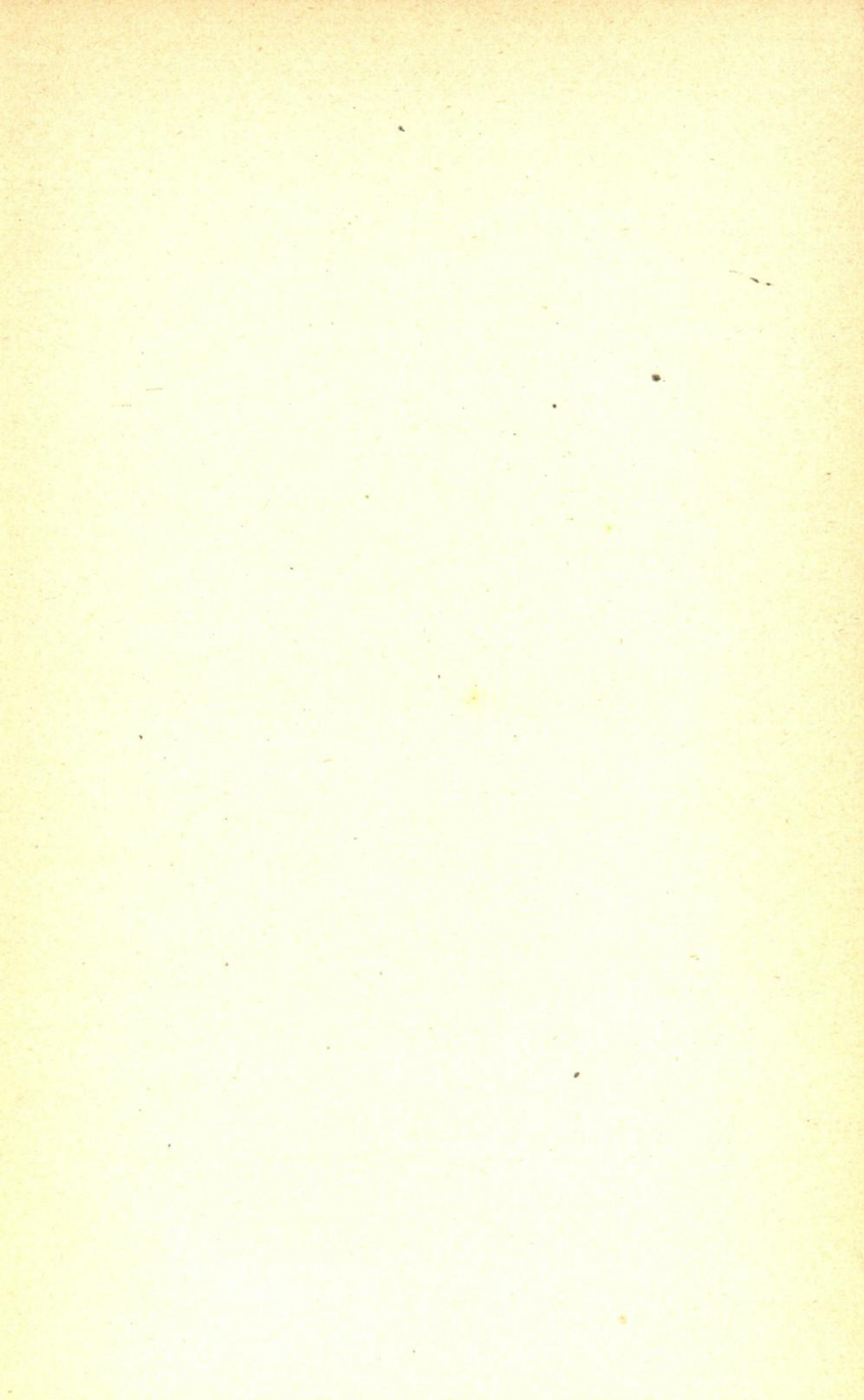
Im Verlage des XI. österreichischen Advokatentages.

1908.

UB INNSBRUCK



+C44886306



Gutachten

über den

Entwurf eines Nachtragsgesetzes zum
allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuche.

Dem österreichischen Advokatentag erstattet

von

Prof. Dr. Armin Ehrenzweig.



Wien.

Im Verlage des XI. österreichischen Advokatentages.

1908.

(138234)



1889. Legat Schyma

2/109

Gutachten

über den Entwurf eines Nachtragsgesetzes zum allgemeinen
bürgerlichen Gesetzbuche.

Dem österreichischen Advokatentag erstattet

von

Prof. Dr. Armin Ehrenzweig.

I. Die Technik des Entwurfes.

§ 1. Einleitung.

„Das Zivilrecht regelt die wichtigsten Seiten des Menschenlebens. Es bildet das Fundament der Sozialordnung, neben welchem andere Rechtsgebiete, z. B. die Verfassung des Staates, was ihre Bedeutung für das Menschenleben, für das Glück und Unglück der Menschen anbelangt, in den Schatten treten“ (Petrażycki). Jede wesentliche Änderung des bürgerlichen Rechtes zieht weitreichende Wirkungen nach sich, die nur zu leicht aller Erwartung widersprechen: dem Schwachen wird die wohlgemeinte Gunst zum Verhängnis; der Pfeil, der den Unredlichen treffen soll, irrt auf den Redlichen ab; die Lösung eines Zweifels zeugt ein Duzend neuer. Darum ruft die Zivilgesetzgebung aller Kulturstaaten die gesammelte Kraft und Erfahrung und Klugheit der ganzen Bevölkerung in die Schranken, sie vernimmt die Wünsche und Klagen aller Stände, aller Berufe, aller Vereinigungen und dankbar begrüßt sie auch den unerbetenen Vorschlag, der sie fördert.

Unsere Regierung war sich anfangs der Bedeutung des Unternehmens bewußt, sie wollte die Verbesserung des bürgerlichen Rechtes im Lichte der Öffentlichkeit und unter der Mitwirkung weiter Kreise durchführen — damals nämlich, als sie die „Revisionskommission“ einsetzte (Anfang Mai 1904). Was immer man gegen diesen Vorgang einwenden mochte¹⁾,

¹⁾ v. Mayr, Zur Frage der Revision, 1906 (Sonderabdruck aus der G. Z. 1906, Nr. 17 bis 20); Tüll, Revision oder Ergänzung, 1907 (S. N. aus der G. Z. 1907, Nr. 6).

Beunruhigung konnte er nicht hervorrufen, denn die Revisionskommission war nur zur Ausarbeitung eines Vorentwurfes berufen. Über ihn sollte eine größere Versammlung beraten und in dieser — das versprach der „halbamtliche Kommentar“ zur Einsetzung der Kommission ausdrücklich — in dieser also sollten die Vertreter der Industrie, des Gewerbes, der Handelswelt, der sonstigen erwerbstätigen Bevölkerungsgruppen, sowie Angehörige der juristischen Berufsstände zum Worte gelangen. Die wichtigsten Ergebnisse der Verhandlungen und Beratungen sollten „jeweils“ durch die Presse allgemein bekannt gemacht werden. Mit Recht durfte daher die Regierung die Hoffnung aussprechen, „daß die Änderungen durchwegs in Übereinstimmung mit den in der Öffentlichkeit vorherrschenden Anschauungen bleiben und deshalb auch das letzte Stück des Weges zur Erlangung der Gesetzeskraft, die parlamentarische Beratung, zur gegebenen Zeit rasch zurücklegen würden“.

Aber bei uns wird „jedes Ding mit mehr Trieb erzeugt als genossen“. Von allem, was angekündigt war, ist das Gegenteil geschehen. Die Aufgabe, die einer besonderen Kommission so feierlich übertragen war, wurde ihr in aller Stille wieder abgenommen, auf die Mitwirkung der Praktiker, der Vertreter der Industrie, des Handels uß. wurde vollständig verzichtet und in die Presse drang nicht die geringste Andeutung über die Ausarbeitung des Entwurfes. Unsere Bureaucratie erblickt nun einmal im Geheimnis die Bürgschaft des Erfolges. Während alle Welt noch die Revisionskommission an der Arbeit glaubte und nur über das Ausbleiben der versprochenen Nachrichten sich verwunderte, legte das Justizministerium dem Herrenhause als Frucht seiner geheimnisvollen Tätigkeit den Gesetzentwurf betreffend die Änderung und Ergänzung einiger Bestimmungen des a. b. G. B.¹⁾ vor.

Die Kritik ließ sich trotzdem nicht zum Schweigen bringen. Die Theoretiker berichteten so rasch als möglich über die Eindrücke, die sie beim ersten Lesen des Entwurfes gewonnen

¹⁾ XVIII. Session, 1907, Beilage Nr. 29.

hatten¹⁾. Bald ließen auch Stimmen aus dem Kreise der Praktiker sich vernehmen²⁾ und nun steht eine Äußerung des österreichischen Advokatentages bevor. Aber die Aufgabe der Kritik ist eine undankbare und unerfreuliche geworden. Denn nicht dazu ist die Kritik berufen, mitzuarbeiten an der Verbesserung unseres bürgerlichen Rechtes. Ist es doch nicht ein Vorentwurf, der geprüft werden soll, sondern eine Regierungsvorlage und diese Vorlage bildet schon jetzt den Gegenstand emsiger parlamentarischer Arbeit. Wer Verbesserungsvorschläge macht, muß fürchten, zu spät zu kommen. Und schließlich übersteigen die Mängel des Entwurfes doch wohl die Leistungsfähigkeit der Kritik. Jeder Jurist, der sich mit diesem Entwurfe längere Zeit befaßt hat, wird die Erfahrung gemacht haben, daß man bei wiederholtem Lesen, Durchdenken, Vergleichen immer neue Fehler findet. Darum wird sich die Kommission des Herrenhauses gewiß nicht darauf beschränken dürfen, die vielen Gebrechen zu heben, auf die, leichtthin aus dem Vollen schöpfend, eine zur Eile gebrängte Kritik doch nur beizspielsweise hinweisen will. Wenn die häßliche Raupe sich in den schönen Schmetterling verwandeln soll, so muß eben der Schmetterling der Raupe so unähnlich werden, als irgend möglich ist.

Dieses Gutachten unternimmt es nicht, die Mittel anzugeben, wie eine solche Verwandlung zu erreichen wäre; vielmehr läßt es die Frage ihrer Möglichkeit dahingestellt. Der Zweck des Gutachtens ist erreicht, wenn es gelungen ist, die Mitglieder des Advokatentages in eben der Überzeugung zu befestigen, die sie sich wohl schon bei der ersten Durchsicht des Entwurfes gebildet haben — in der Überzeugung nämlich, daß der Entwurf nicht mit jener Sorgfalt gearbeitet ist, auf die selbst bei minder wichtigen Gesetzentwürfen nicht ver-

¹⁾ Vgl. die Übersicht im Juristischen Literaturblatt 1908, Nr. 6.

²⁾ In der Sektion Wien des Notarenvereines bezeichnete der Richterstatler (v. Winterhalder) die neuesten Entwürfe als „durchwegs ungenügend vorbereitet, in salopper Sprache und mit mangelhafter Gesetztechnik gearbeitet“ (Ztschr. f. Notariat 1908, Nr. 30).

zichtet werden sollte. Darüber freilich gebe ich mich keiner Täuschung hin, daß hinsichtlich mancher von den im zweiten und im dritten Abschnitte dieses Gutachtens behandelten rechtspolitischen Fragen die Ansichten weit auseinander gehen. Das sind eben politische und darum Parteifragen.

§ 2. Zweck des Entwurfes.

Die „Erläuternden Bemerkungen“ glauben (S. 57) der Aufgabe enthoben zu sein, die Notwendigkeit einer Revision des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches zu begründen. Sie verweisen auf die Abhandlung Josef Ungers „Zur Revision des a. b. G. B.“, die in Grünhuts Zeitschrift 1904 (Band 31, S. 389 bis 406) erschienen ist. Diese Abhandlung scheint in der Tat die „occasio legis“ zu sein. Aber sie ist doch nur die occasio, der zufällige Anstoß, nicht mehr. Unger hat nicht etwa die Einsetzung einer Revisionskommission empfohlen. „Der Ruf nach Revision des bürgerlichen Gesetzbuches,“ schreibt er (S. 403), „fände sicherlich nicht so allgemeinen Widerhall wie der Ruf nach Reform des Strafgesetzbuches.“ Ferner S. 404: „Und wollte man selbst eine Kommission zur Umarbeitung des Gesetzbuches sofort einsetzen, so würden doch Jahrzehnte vergehen, bevor das schwierige Werk zustande käme.“ Die Einsetzung der Kommission erfolgte also nicht auf Vorschlag Ungers, sondern vielmehr gegen seinen Rat. Was Unger eigentlich anstrebte, können wir nicht wissen, weil die Regierung die nächste Absicht des kleinen Aufsatzes durchkreuzt hat. Dieser Aufsatz ist nämlich ausdrücklich bezeichnet als „Einleitung zu einer Abhandlung, zu deren Vollendung mir hoffentlich noch Zeit und Kraft gegönnt sein wird“ (S. 389, N. 1). Unger kündigt (S. 405) an, daß er in der folgenden Abhandlung einige Einzelreformen vorschlagen werde und bemerkt zur Rechtfertigung dieses Planes, „daß es vielleicht nicht ohne Interesse und nicht ganz ohne Wert ist, die Ansichten kennen zu lernen, die sich jemand, der den größten Teil seines Lebens dem Studium des Privatrechtes gewidmet hat, über einige wichtige Fragen der Gesetzgebung

gebildet hat“. Die Regierung hat gleichwohl das Erscheinen der angekündigten Abhandlung nicht abgewartet. Sie hat sofort die Revisionskommission eingesetzt und Unger um Übernahme des Vorsitzes ersucht. Dadurch wurde zunächst das Erscheinen der Abhandlung verhindert. Dann aber nahm die Regierung, wie bekannt, der Revisionskommission die Arbeit wieder ab und wählte einen Weg, der in der Mitte liegt¹⁾ zwischen der von Dfner — nicht von Unger — angeregten Revision des Gesetzbuches und der schon von Bratobevera²⁾ vorgeschlagenen und allem Anscheine nach auch von Unger in Aussicht genommenen „interimistischen Verbesserung“ durch Einzelgesetze: die Regierung entschloß sich zur „Revision in Abschlagszahlungen“. Also ein Ratengeschäft — da kann auf die Geltendmachung der Mängel bekanntlich nicht verzichtet werden!

Von einem gewöhnlichen Nachtragsgesetze unterscheidet sich die Abschlagszahlung durch Planlosigkeit: quasi per saturam collectum opus et utile cum inutilibus mixtum (Const. Omnem reip.). Allerdings kann sich die Weisheit des Gesetzgebers gerade darin zeigen, daß er scheinbar weit auseinander liegende Gegenstände gleichzeitig ordnet, weil er entdeckt hat, daß sie juristisch oder wirtschaftlich zusammenhängen, daß die Änderung an dem einen Punkte auch Änderungen an anderen, entlegenen Punkten erfordere.

Will man z. B. das Alter der Volljährigkeit von 24 auf 21 Jahre herabsetzen, so genügt es gewiß nicht, in den §§ 21 und 174 a. b. G. B. die eine Zahl durch die andere zu ersetzen. Vielmehr müßten nun auch die ohnehin zum Teile recht unbefriedigenden gesetzlichen Bestimmungen über die Entlassung aus der väterlichen Gewalt und über die Nachsicht des Alters umgearbeitet werden; auch manches andere, das mit den Alters-

¹⁾ „Die Mittelstraße, die durchaus nicht die goldene ist“ — sagt Touaillon in d. Ztschr. f. Notariat 1908, Nr. 26.

²⁾ Materialien, V, S. 341, von Unger, a. a. O., S. 405, Nr. 51, bezogen („S. 34 fg.“ ist offener Druckfehler).

stufen juristisch zusammenhängt¹⁾. Aber damit wäre der Gegenstand noch immer nicht erledigt. Auch die wirtschaftlichen Zusammenhänge fordern Beachtung. Soll ein erheblicher Teil der Bevölkerung, der bisher unter dem besonderen Schutze der Gesetze stand, fortan dieses Schutzes entbehren, und zwar derjenige Teil der Bevölkerung, den Unerfahrenheit und jugendlicher Leichtsinns am meisten der Gefahr der Ausbeutung preisgeben, dann erscheint die gleichzeitige Erlassung einer Schutzvorschrift nach Art des § 128, Z. 4, unseres Entwurfes wirklich dringend geboten. Und dabei dürfte man wohl nicht stehen bleiben. Gerade in jenem Alter werden häufig Dienstverträge unter Vermittlung von Agenten abgeschlossen; die Gefahr einer Bedrückung der jugendlichen Stellenjucher durch übermäßige Provisionsansprüche liegt so nahe, daß die Einführung des richterlichen Mäßigungsrechtes nach dem Muster des dtsh. B. G. B. (§ 655) wohl der Erwägung wert wäre uif.

Eine Novelle, die ihren Stoff nach solchen Gesichtspunkten wählte, wäre des Beifalles sicher; da würde eine Reform die andere rechtfertigen.

Und nun betrachten wir unseren Entwurf. Er gibt (§ 93) den unehelichen Kindern gegen die mütterlichen Verwandten und diesen gegen jene (§ 94) daselbe gesetzliche Erb- und Pflichtteilsrecht, das zwischen ehelichen Verwandten besteht. Gleichwohl bleibt es dabei, daß uneheliche Kinder von den Rechten der Familie und der Verwandtschaft überhaupt ausgeschlossen werden (§ 165 a. b. G. B.). Und doch hat das gesetzliche Erb- und Pflichtteilsrecht für sich allein keinen vernünftigen Sinn! Es kann nur den Schlupunkt einer Entwicklung bilden, die auf Beseitigung des Unterschiedes zwischen ehelicher und unehelicher Geburt hinzielt. Man kann es be-

¹⁾ Erst die Herabsetzung der Altersgrenze ermöglicht die wünschenswerte Einschränkung jener vollkommenen Handlungsfähigkeit, die das Gesetz dem Minderjährigen hinsichtlich gewisser Vermögensmassen einräumt. Vgl. Prauz, 4. Aufl., § 458, Note 29 d. Zustimmung Appaport in Grünhuts Ztschr. Bd. 35, S. 449. Vgl. dessen Vorschläge ebenda S. 461 ff.

greifen, daß das uneheliche Kind gegen den Vater den Unterhaltsanspruch, aber kein Erbrecht hat; verkehrt ist es dagegen, ihm gegen den mütterlichen Großvater sogar das Pflichtteilsrecht, aber keinen Unterhaltsanspruch zu gewähren. Und was soll man dazu sagen, daß derselbe Entwurf, der die Unzulänglichkeit der gerichtlichen Vormundschaft beklagt, darauf verzichtet, dem unehelichen Kinde in den nun erbberechtigten Verwandten gesetzliche Vormünder zur Seite zu stellen?

Andere Beispiele der Nichtbeachtung von Zusammenhängen werden im folgenden vorgeführt werden; auch die bisherigen Besprechungen des Entwurfes bieten deren eine Menge¹⁾. Krasnopolski²⁾ zeigt, daß der Entwurf „einzelne Bestimmungen der verschiedensten Rechtsinstitute ändert, ohne kaum eines derselben vollständig zu revidieren, beziehungsweise zum Abschlusse zu bringen“. „Wie mit einem Krampfen auf einer Hutweide wird herumgearbeitet; hier ein Stückel, dort ein Stückel“ — so Burckhard³⁾ und ähnlich Wellspacher⁴⁾ nur mit dem Unterschiede, daß er dem Verfasser des Entwurfes statt des Krampfens die Maurerkelle in die Hand gibt.

§ 3. Verhältnis des Entwurfes zum deutschen Gesetzbuche.

Daß heimische Recht von innen heraus fortzubilden, Gedanken zur Reife zu bringen, die in einzelnen Bestimmungen des bürgerlichen Gesetzbuches ihren „historischen Durchbruchspunkt“, aber noch nicht die folgerichtige Entwicklung gefunden haben, oder die Grundsätze klarzulegen, die hinter mancherlei Scheingründe versteckt die österreichische Spruchweisheit beherrschen — das ist nicht die Absicht des Entwurfes. Vielmehr sollen dem österreichischen Gesetzbuche wie einem Wildlinge die Äste

¹⁾ Ein besonders arges Versehen ist es, daß dem Ehegatten ein Pflichtteilsrecht gewährt wird, die §§ 776 ff. aber ungeändert bleiben. Schiffner, Erbrechtsreform, S. 48 f.

²⁾ Die Änderung und Ergänzung einiger Bestimmungen des a. b. G. B., S. 9.

³⁾ Neue Freie Presse vom 12. April 1908.

⁴⁾ Kritische Bemerkungen, S. 5.

gestützt werden, um Edelreißer vom deutschen Gesetzbuche oder neueren Entwürfen aufspießen zu können.

Die bei dieser Übertragung gemachten Fehler zerfallen in zwei Gruppen: bald wurde nicht geändert, was der Änderung bedurfte, bald geändert, was besser unberührt geblieben wäre.

A. Die Fehler durch Nichtändern sind wieder zweifacher Art. Entweder nämlich blieben Fehler unverbessert, die dem Urtexte von vorneherein anhafteten. Oder Fehler entstanden erst dadurch, daß der aus dem ursprünglichen Zusammenhange gelöste Paragraph ohne Anpassung in die neue Umgebung gebracht wurde. Hier nur drei Beispiele von der zweiten Art.

a) § 24 des Entwurfes ist aus § 1716 des deutschen Gesetzbuches wörtlich abgeschrieben: „Schon vor der Geburt des Kindes kann auf Antrag der Mutter durch einstweilige Verfügung angeordnet werden, daß der Vater den für die ersten drei Monate dem Kinde zu gewährenden Unterhalt alsbald nach der Geburt an die Mutter oder an den Vormund zu zahlen und den erforderlichen Betrag angemessene Zeit vor der Geburt bei Gericht zu erlegen hat. Zur Erlassung der einstweiligen Verfügung ist nicht erforderlich, daß eine Gefährdung des Anspruches glaubhaft gemacht wird“.

Nicht davon soll die Rede sein, daß die deutsche „einstweilige Verfügung“ in der Regel nach mündlicher Verhandlung durch Endurteil erlassen wird, während die österreichische „einstweilige Verfügung“ in der Regel ein plötzlicher Überfall ist, bei dem man von der Gefährdung des Anspruches nicht so leicht absehen sollte. Dem deutschen Rechte nähern wir uns erst, wenn wir sagen: „auf Antrag der Mutter kann nach Einvernehmung des Vaters durch einstweilige Verfügung angeordnet werden uß.“ Viel merkwürdiger ist die Herübernahme der drei Monate. Nach deutschem Rechte ist nämlich gemäß § 1710 B. G. B. auch späterhin der Unterhalt immer von drei zu drei Monaten vor auszuzahlen, bei uns dagegen ist die Pflicht der Vorauszahlung verständigerweise¹⁾ auf einen

¹⁾ Die große Mehrheit der Bevölkerung bezieht das Einkommen in kürzeren Terminen, täglich, wöchentlich, monatlich. Ihre Wirtschaft

Monat beschränkt (§ 1418 a. b. G. B.). Die Frist des § 1716 des deutschen Gesetzbuches entspricht also dort der Regel, die Frist des wörtlich gleichlautenden § 24 unseres Entwurfes erscheint für uns als wunderliche Ausnahme. Man begreift nicht, warum der Unterhalt gerade für die drei ersten Lebensmonate auf einmal zu entrichten ist und auch das — allem Anscheine nach — nur, wenn schon vor der Geburt des Kindes eine einstweilige Verfügung verlangt wird. Die einstweilige Verfügung gewährt also mehr als im ordentlichen Rechtswege gefordert werden kann!

b) An § 826 des dtsh. B. G. B. schließt sich § 152, Satz 1 des Entwurfes an:

„Wer in einer gegen die guten Sitten oder die öffentliche Ordnung verstoßenden Weise einem anderen absichtlich Schaden zufügt, ist diesem zum Schadenersatz verpflichtet“.

Auch hier bewährt sich der Satz: *Vérité en deçà, erreur au delà*. Eine Bestimmung, die im Rahmen des deutschen Rechtes unentbehrlich ist, kann für uns reiner Unsinn sein. Das deutsche Recht kennt nicht wie das österreichische oder das französische den allgemeinen Grundsatz, daß jede schuldhafte Beschädigung zum Schadenersatz verpflichtet. § 823 des dtsh. B. G. B. setzt voraus, daß ein fremdes Recht widerrechtlich verletzt oder ein Gesetz übertreten worden ist, das den Schutz eines anderen bezweckt — Voraussetzungen, von denen unser § 1295 nichts weiß. Der § 826 des dtsh. B. G. B. will nun den § 823 ergänzen: „Wer in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise einem anderen vorsätzlich Schaden zufügt, soll dem anderen zum Ersatz des Schadens verpflichtet sein, auch ohne daß ein Recht eines anderen verletzt oder gegen ein Schutzgesetz verstoßen ist“¹⁾.

verträgt die Belastung mit vierteljährigen Zahlungen nicht. Aber auch für das Kind sind weitreichende Vorauszahlungen gefährlich.

¹⁾ Pland, Kommentar zu § 826. Ebenso — den Unterschied zwischen deutschem und österreichischem Rechte übersehend — der Verfasser der erläuternden Bemerkungen, S. 140.

Für uns aber bedeutet der entsprechende § 152 nicht eine Erweiterung, sondern entweder gar nichts oder eine Einschränkung der Schadenersatzpflicht. Nach dem unveränderten § 1295 a. b. G. B. verpflichtet nämlich im allgemeinen jedes Verschulden — auch das Versehen (§ 1294) — zum Schadenersatz; hiervon scheint nun § 152 Entwurf den Verstoß gegen die guten Sitten oder die öffentliche Ordnung auszunehmen. Habe ich also z. B. eine Fenster Scheibe aus Versehen eingeschlagen, so muß ich sie ersetzen; kann ich aber nachweisen, daß ich dies in einer die öffentliche Ordnung verletzenden Weise, also etwa bei einem Aufruhr getan habe, so bin ich nur dann ersatzpflichtig, wenn mir böse Absicht nachgewiesen werden kann. — Das Schifaneverbot des zweiten Satzes wird die Schifane kräftig fördern; es wird — hoffentlich — selten angewendet, aber oft angerufen werden¹⁾.

c) Die dreißigjährige Verjährung dauert unserer raschlebigen Zeit zu lange. Man sollte meinen, daß um so gewisser die vierzigjährige Verjährung fallen müsse, eine sinnlose Begünstigung der „erlaubten Körper“, an die sich eine ganze Reihe von Streitfragen knüpft. Aber die §§ 1472 und 1485 a. b. G. B. bleiben. Dafür werden nach deutschem Muster zahlreiche Forderungen einer dreijährigen Verjährung unterworfen²⁾ u. zw. — selbstverständlich³⁾ — ohne Unterschied der Person. Allein was im Zusammenhange des deutschen

¹⁾ Wellspacher, Kritische Bemerkungen, S. 24, nennt das Schifaneverbot, dank seiner engen Formulierung ungefährlich, aber praktisch ziemlich wertlos. Dabei ist an die schifanöse Verteidigung in Schlepprozessen nicht gedacht.

²⁾ Unser Entwurf geht übrigens viel weiter als das dtsh. B. G. B. § 194, Z. 1 des Entwurfes umfaßt schon für sich allein „ziemlich den ganzen geschäftlichen Verkehr“ (Erl. Bem. S. 160). Um so merkwürdiger erscheint nun die ganze Aufzählung. Ist etwa die Transportanstalt der Z. 3 oder das Gasthaus der Z. 4 kein „geschäftliches Unternehmen“? Sind ihre Leistungen nicht „sonstige Leistungen“ im Sinne der Z. 1?

³⁾ Judikat Nr. 18. Daß § 196 Entwurf nicht nur überflüssig, sondern (vermöge des Schlusses auf das Gegenteil) geradezu schädlich ist, habe ich in der Not. Ztschr. 1908, Nr. 9, gezeigt.

Rechtes zulässig erscheinen mag, kann für uns ernste Gefahren heraufbeschwören. Gegenüber der kurzen Verjährung erlangen nämlich die Vorschriften über Hemmung und Unterbrechung die größte Bedeutung. Es kommt viel darauf an, diese Verjährung gegenüber einem saumseligen, abwesenden oder nur vorübergehend zahlungsunfähigen Schuldner auf sichere, schonende und billige Weise unterbrechen zu können. Quaedam nomina sagt Seneca, bona lentus ac sapiens creditor fecit, qui sustinuit ac mora fovit.

Eine unzweideutige schriftliche Anerkennung ist nicht immer rechtzeitig zu erlangen. Nach österreichischem Rechte ist daher der Gläubiger regelmäßig genötigt, nicht nur vor Ablauf der Verjährungszeit zu klagen, sondern auch „die Klage gehörig fortzusetzen“ und ein verurteilendes Erkenntnis zu erwirken. Dadurch wird ein Aufwand verursacht, den man bei einer zweifelhaften Forderung nicht gerne wagen wird. Davon abgesehen, werden Prozesse vorzeitig heraufbeschworen, die nicht immer erwünscht sind. Anders nach deutschem Rechte. Da genügt zur Unterbrechung der Verjährung die Klage für sich allein (dtich. B. G. B. § 211). Der deutsche Rechtsanwalt kann also dem säumigen Kunden, mit dem er es nicht ganz verderben will, im Dezember des dritten Jahres (§ 201) höflich anzeigen, daß er genötigt sei, zur Wahrung seines Anspruches Klage zu erheben, daß er aber nicht prozessieren wolle. Der Prozeß bleibt liegen und der Lauf der Verjährung fängt aufs neue an.

Dazu kommt noch eine zweite, nicht minder wichtige Verschiedenheit. Bei uns werden sogar hypothekarisch gesicherte Ansprüche der Kaufleute uff. in vollem Umfange der dreijährigen Verjährung unterliegen; der Schuldner kann nach Ablauf der drei Jahre Löschung der Hypothek verlangen. Während also die heutige Kreditpolitik bemüht ist, den Hypotheken den Charakter dauernder Kapitalsanlagen zu wahren, während unsere Agrarpolitik die Kündbarkeit der Hypothek geradezu ausschließen möchte, nötigen die neuen Verjährungsbestimmungen den Gläubiger, die Hypothek schon im dritten

Jahre ihres Bestehens zu kündigen¹⁾, um der Verjährung zu entgehen. Überdies wird die Verkehrsfähigkeit der Hypotheken gefährdet. Wer wird in Zukunft eine Hypothek erwerben wollen, die im Grundbuche für einen Kaufmann (§ 194, Z. 1), für einen Landwirt (§ 194, Z. 2) uff. eingetragen ist? Es ist immer mißlich, sich von vornherein auf den Schutz des guten Glaubens (§ 1500 a. b. G. B.) verlassen zu müssen, der — man sehe die Spruchpraxis — so oft versagt. Das deutsche Gesetzbuch schützt den Hypothekargläubiger nicht nur gegen die kurze, sondern gegen jede Verjährung durch eine unserem § 1483 entsprechende Vorschrift (§ 223).

Wir haben also nur die Wahl, aus dem deutschen Gesetzbuche zugleich mit der kurzen Verjährung auch die eben erwähnten Bestimmungen über die Unterbrechung der Verjährung und über die Unverjährbarkeit der Hypotheken zu übernehmen oder aber, uns mit einer längeren Verjährungsfrist — etwa mit einer Frist von zehn Jahren — zufrieden zu geben. Auf zehn Jahre hinaus wird niemand auf Verjährung spekulieren, aber drei Jahre lang kann bald einer den Bettler spielen, um sodann, geschützt durch die Verjährung, mit fremdem Gelde ein behagliches Dasein zu beginnen.

B. Fehler durch leichtfertige Änderungen des Vorbildes begegnen fast in jedem Paragraphen des Entwurfes. Beispiele haben die bisherigen Kritiken in Menge gebracht. Jeder Leser, der sich die Mühe nimmt, den Entwurf mit dem deutschen Gesetzbuche zu vergleichen, wird sie mit Leichtigkeit vermehren können. Gewöhnlich bedeutet jede Abweichung vom deutschen Vorbilde eine Verschlechterung. Ich greife, um dies zu zeigen, den § 190 Entwurf heraus und vergleiche ihn mit § 416 des dtsh. B. G. B.:

a) Die Regeln des deutschen Gesetzbuches gelten für jede Veräußerung, unser Entwurf spricht nur von der Übernahme der Hypotheken auf den Kaufpreis. Was ist also Rechtens,

¹⁾ Dtsch. B. G. B. § 199; Arainz, System, § 141 bei Note 38, § 153 bei Note 8; Hagenöhrl, Obligationenrecht, II. S. 613 ff.

wenn beim Tausche oder bei der Schenkung die Hypotheken vom Erwerber zur Selbstzahlung übernommen werden? Sollen da andere Regeln gelten? Und ist es beim Kaufe wesentlich, daß die Schulden „auf den Kaufpreis“ übernommen, also angerechnet werden? Wie dann, wenn bei entsprechend geringerem Kaufpreise Schuldübernahme ohne Anrechnung vereinbart wird?¹⁾

b) Nach dem deutschen Gesetzbuche ist die Übernahme genehmigt, wenn der Gläubiger die Mitteilung des Veräußerers nicht beantwortet. Nach unserem Entwürfe²⁾ gilt das gleiche, auch wenn der Gläubiger dem Erwerber, also einem Unbekannten, nicht antwortet. Nun fühlen wir uns im allgemeinen nicht verpflichtet, Leuten zu antworten, mit denen wir nicht in Verbindung stehen; auf dieser Erwägung beruht ja auch Art. 323 H. G. B. Ein rechtsunkundiger Gläubiger kann daher unangenehme Überraschungen erleben.

c) Dazu kommt noch, daß die Mitteilung der Schuldübernahme nur nach deutschem Rechte den „Hinweis“ enthalten muß, daß der Übernehmer an die Stelle des bisherigen Schuldners tritt, wenn nicht der Gläubiger die Verweigerung innerhalb der sechs Monate erklärt. Nach unserem Entwürfe aber wird der Gläubiger nicht mit dem Hinweise, sondern mit der „Wirkung“ aufgefordert, daß uff., d. h. unser Entwurf hält die Rechtsbelehrung für überflüssig. Wer Hypothekargläubiger sein will, soll Hypothekenrecht lernen!

d) Dafür verlangt unser Entwurf den Beisatz, daß der Schuldnerwechsel erst nach Einverleibung des Erwerbers eintrete. Nach dem deutschen Gesetzbuche entfällt dieser Beisatz, denn dort kann die Schuldübernahme dem Gläubiger erst nach der Eintragung mitgeteilt werden. Bei uns wird also der Gläubiger nach der Annahme des neuen Schuldners nicht mehr

¹⁾ Vgl. Hallbauer, Hypothekenübernahme in Anrechnung auf den Kaufpreis, im Sächf. Archiv für Rechtspflege, III. (1908), S. 97 ff. Dazu Sieckl, ebenda, S. 230 f. und Kreßschmar, ebenda, S. 281 ff.

²⁾ Vgl. Seuffert, Die allgemeinen Grundsätze des Obligationenrechtes in dem Entwurfe eines H. G. B. für das Deutsche Reich, S. 49.

wissen, wer eigentlich sein Schuldner ist. Denn von der bürgerlichen Übertragung wird er nicht verständigt. Er muß also, wenn er demnächst mahnen, Zinsen einkassieren, klagen will, zunächst das — vielleicht weit entfernte — Grundbuch einsehen. Und zu wie vielen Mißbräuchen wird dem Schuldner die Befugnis Gelegenheit geben, den Zeitpunkt des Schuldnerwechsels willkürlich zu bestimmen!

e) Das deutsche Gesetzbuch sagt: „Sobald die Erteilung oder Verweigerung der Genehmigung feststeht, hat der Veräußerer den Erwerber zu benachrichtigen.“ Da nach unserem Entwurfe auch der Erwerber den Gläubiger verständigen kann, heißt es hier: „Sobald die Erteilung oder Verweigerung der Zustimmung¹⁾ feststeht, hat der Auffordernde den anderen Teil hiervon zu benachrichtigen.“ Wie also, wenn der Hypothekargläubiger vom Erwerber die Aufforderung erhalten, aber zur größeren Sicherheit — oder weil er die Adresse des Erwerbers nicht kennt — dem Veräußerer geantwortet hat?

In dieser Weise hat der Entwurf das deutsche Gesetzbuch verbessert. Man wird uns drüben im Reiche den dadurch erlangten Vorsprung gerne vergönnen.

§ 4. Eigenart des Entwurfes.

Der Entwurf bietet bald zu wenig, bald zu viel; seine Bestimmungen stehen oft mit Bestimmungen des bürgerlichen Gesetzbuches, oft miteinander im Widerspruche; sie stören hier und da die Ordnung des Gesetzbuches; ihre Fassung ist oft unklar, zuweilen sprachwidrig; die Erläuterungen sind unzulänglich und widersprechen nicht selten dem Texte.

Alles das ausführlich darzulegen, darf ich mir ersparen. Mängel dieser Art sind jedem Leser des Entwurfes bekannt, die bisher erschienenen Besprechungen liefern zahlreiche Proben

¹⁾ Mit Recht ist das deutsche „Genehmigung“ beseitigt worden; dafür hätte aber wie im § 187 Entw. „Einwilligung“ gesagt werden sollen. Unser b. G. B. kennt die „Zustimmung“ nicht. Es unterscheidet zwischen „Einwilligung“ und „Genehmigung“ (vgl. besonders § 635 a. b. G. B.), aber anders als das dtsh. B. G. B. (§§ 183, 184).

davon. Andererseits wird die Herrenhauskommission gewiß dem Entwurfe jene technische Sauberkeit nachträglich verschaffen, deren Abgang einen so peinlichen Eindruck hervorgerufen hat. Also nur wenige Bemerkungen.

A. Der Entwurf füllt nicht nur nicht die Lücken des bürgerlichen Rechtes, er schafft deren neue. So werden z. B. ohne Ersatz gestrichen: § 905 letzter Satz, § 1313 letzter Satz¹⁾, § 1407 (vgl. Schweizer Entw., Art. 1206). Auch die Beseitigung des § 1408 halte ich nicht für eine Verbesserung²⁾. Fragen, die der gesetzlichen Lösung bedürfen, werden dem Verordnungswege vorbehalten, so daß man sich z. B. über den amtlichen Vormund (§ 49 Entw.) vorläufig noch gar kein Urteil bilden kann. Dafür bringt das Gesetz inhaltleere Sätze, die nicht einmal in einer Verordnung am Platze wären. Ich will von dem berückichtigten § 104 Entw. (Begründung des Heimfallsrechtes) schweigen, der nur in einem Lehrbuche — und zwar in einem schlechten — unterzubringen wäre. Aber was soll man zu dem weiterschweifigen § 33, Abs. 2, sagen?

„Der Vormundschaftsrat ist ferner berechtigt, dem Gerichte diejenigen Maßregeln und Einrichtungen aus eigenem Antriebe (!) zu bezeichnen, die nach seinen Wahrnehmungen oder Erfahrungen, sei es allgemein, sei es im einzelnen Sprengel einzuführen wären, um die Zwecke der staatlichen Vormundschaftspflege besser zu erfüllen und den Pflegebefohlenen, insbesondere auch in bezug auf ihre persönliche Ausbildung und Entwicklung, alle Vorteile des staatlichen Schutzes zuteil werden zu lassen.“ Worte, nichts als Worte! All das mochte vielleicht vor hundert Jahren rechtliche Bedeutung haben. Aber heutzutage darf sich jedermann — und jede gesetzlich anerkannte Körperschaft — erlauben, den Behörden „aus eigenem Antriebe“ Vorschläge zu machen (Petitionsrecht, Art. 11 des Staatsgrundgesetzes vom 21. De-

¹⁾ Krasnopolski, S. 21, v. Mahr in den Jur. Bl. 1908 Nr. 34.

²⁾ A. M. Wellspacher, S. 31. § 1408 schneidet mutwillige Einwendungen gegenüber dem Forderungsübernehmer ab, s. Krainz, 4. Aufl., § 331 a. G.

zember 1867, Nr. 142 R. G. Bl.). Etwas anderes wäre eine Aufforderung an den Waisenrat (nicht im Gesetze, sondern in einem Erlasse, etwa einem Dienstunterrichte), diejenigen Maßregeln und Einrichtungen zu bezeichnen, die uff.

B. Die Widersprüche innerhalb des Entwurfes erinnern an jenen Gesetzentwurf des Servilius Rullus, den Cicero so scharf als erfolgreich bekämpft hat: „Et is orbem terrarum constringit novis legibus, qui, quod in secundo capite scriptum est, non meminit in tertio?“ Hier einige Proben:

a) § 26 des Entwurfes gibt dem unehelichen Kinde, das im Hause des Vaters erzogen wird¹⁾, nach dessen Tode den Anspruch auf die gewohnte Verpflegung²⁾ und zugleich dem Erben nach deutschem Muster (§ 1712) das Recht, das uneheliche Kind mit einem Pflichttheile abzufinden. Vom Standpunkte des deutschen Rechtes ist das ganz in der Ordnung, weil auch unverförgte eheliche Kinder sich mit dem Pflichttheile begnügen müssen. Allein der Verfasser der erbrechtlichen Bestimmungen (§ 102 und Erläuternde Bemerkungen S. 111 f.) gibt dem Ehegatten einen Unterhaltsanspruch, der den ganzen Nachlaß verschlingen kann, und läßt beim Zusammentreffen mit unterhaltsberechtigten Eltern oder Kindern verhältnismäßige Minderung eintreten. Die unterhaltsberechtigten Kinder stehen also dem Ehegatten gleich, sie sind nicht auf den Betrag des gesetzlichen Erb- oder Pflichttheiles beschränkt³⁾. Danach erscheint nun das Abfindungsrecht des § 26 Entw. als eine Zurücksetzung der unehelichen Kinder. Das Wunderbarste aber ist, daß diese Zurücksetzung nur im Falle des

¹⁾ In völliger Verkennung der österreichischen Gepflogenheiten (§ 164 a. b. G. B., vgl. auch Ung. Entw. § 346) verlangt der Entwurf gerichtliche Anerkennung (oder Verurtheilung).

²⁾ „Die ihm bis zum Tode des Vaters gewährte Verpflegung und Erziehung“; vgl. den Anspruch der Witwe nach § 1243 a. b. G. B. Die erläuternden Bemerkungen haben hier wieder einmal den Entwurf gründlich mißverstanden. Sie verbreiten sich über einen Anspruch auf den anständigen Unterhalt uff., von welchem der Text schlechterdings nichts weiß.

³⁾ Vgl. § 2 des schwedischen Gesetzes vom 21. Dezember 1857.

§ 26 Entw. („in diesem Falle“) eintritt. Ist also das Kind nicht gerichtlich anerkannt worden, so kann es gemäß § 171 a. b. G. B. Verpflegung und Versorgung ohne Einschränkung fordern, ist es gerichtlich anerkannt worden, so muß es unter Umständen mit einer vielleicht sehr kleinen Abfindung¹⁾ vorlieb nehmen. Sollen also die Vormundschaftsbehörden auf die gerichtliche Anerkennung hinwirken (§ 22 Entw.) oder sie lieber zu verhüten suchen?

b) Auf den Widerspruch zwischen den §§ 99 und 105 Entw.²⁾ würde ich nicht zurückkommen, wenn nicht einer der hervorragendsten Zivilisten den Entwurf gegen meinen Vorwurf in Schutz genommen hätte. § 105 entzieht der Einrechnung in den Nachlaß „Geschenke an dritte, nicht pflichtteilsberechtigten Personen, wenn die Leistung mehr als fünf Jahre hinter dem Erbanfall zurückliegt“ und fügt sofort hinzu: „Bei Schenkungen an den Ehegatten beginnt die Frist nicht vor Auflösung der Ehe oder Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft.“ Nun ist der Ehegatte gemäß § 99 Entw. pflichtteilsberechtigt, das ist also wohl im § 105 übersehen worden. ~~Steintechner~~³⁾ meint jedoch, der Entwurf setze im § 105 voraus, daß der Ehegatte im gegebenen Falle nicht pflichtteilsberechtigt sei. Danach würde der Gesetzgeber den aus seinem Verschulden geschiedenen Ehegatten besser behandeln, als den schuldlos geschiedenen (§ 98 Entw.) — ut aut lusisse in tantis rebus aut profecto nescio quid spectasse videatur (Cicero). Den pflichtteilsberechtigten Kindern und Eltern des Erblassers würde dessen Unschuld schaden! Nur von dem schuldlos geschiedenen Ehegatten könnte wann

1) Rätselhaft ist die Einrechnung der vertragsmäßigen Abfindung. Diese Bestimmung ist vermutlich durch Pland zu § 1712 angeregt worden, paßt aber nicht in den § 26 unseres Entwurfes. Hier handelt es sich ja gar nicht um ein abgefundenes Kind.

2) Jur. Bl. 1908, Nr. 8. Zustimmung Wellspacher, S. 45 („die Entgleisung im § 105 Entw.“). Vgl. auch Touaillon in der Ztschr. f. Not. 1908, Nr. 30 („geradezu als Muster, wie Gesetze nicht gefaßt werden sollen“).

3) Erbrechtsreform, S. 69, N. 25.

immer, auch nach fünfzig Jahren, Herausgabe des Geschenkes gemäß § 108 Entw. verlangt werden! War er aber klug genug, rechtzeitig auf sein Pflichtteilsrecht zu verzichten, dann haben allerdings die übrigen Miterben das Nachsehen. Ich denke von den Verfassern des Entwurfes nicht so gering wie Schiffner: ich mute ihnen lieber ein Versehen als solchen Widersinn zu.

c) Eine ganze Reihe von Widersprüchen ist im Rechte des Dienstvertrages (§§ 155 bis 180) von Wellspacher¹⁾ und E. Adler²⁾ nachgewiesen worden: die einzelnen Bestimmungen stehen sowohl miteinander als mit dem bürgerlichen Gesetzbuche im Widerstreite. Man vergleiche etwa § 1155 a. b. G. B. mit § 145 und § 174 Entw.³⁾ — oder § 159 mit § 161 in Verbindung mit § 178 — oder § 172 (nach der freilich sonderbaren Auffassung der erl. Bem. zu § 178) mit §§ 164 bis 169.

Bei der Regelung der Vorrangseinräumung (7. Titel) ist die Eigentümerhypothek (5. Titel) vergessen worden⁴⁾, § 70 unseres Entwurfes stimmt nicht zu § 74 des Gesetzentwurfes über den Versicherungsvertrag⁵⁾ u. dgl.

C. Über die äußere Form des Entwurfes ist heute wohl alle Welt einig.

Sie vor allem kennzeichnet ihn als eine flüchtige, noch unfertige Arbeit — von mehreren Verfassern stückweise hergestellt, von niemandem überprüft und ausgeglichen. Wie viele Verstöße hätten bei aufmerksamer Druckkorrektur noch beseitigt werden können! Man betrachte etwa den § 140 des Entwurfes, der sich durch seine eingeschnürte Gestalt so auffällig von allen anderen Paragraphen unterscheidet; oder man entsinne sich der kleinen stilistischen Fehler, von denen ich an

1) S. 24 ff.

2) Der Arbeitsvertrag im Entwurfe einer Novelle zum a. b. G. B.

3) Wellspacher, S. 22. Die Sache wird noch verwickelter, wo Spezialgesetze (§ 180 Entw.) eingreifen. Adler, S. 6 ff.

4) Krasnopolski, Die Änderung und Ergänzung, S. 14 f.

5) Unten § 15.

anderem Orte bereits hinlängliche Proben gegeben habe¹⁾. Auch die oft gewaltsame Durchbrechung der Ordnung unseres B. G. B.²⁾ und die Nichtbeachtung der Rand- oder Überschriften³⁾ sind Beweise der Flüchtigkeit. Das Nebeneinanderarbeiten mehrerer Verfasser läßt sich — wie bei den Institutionen Justinians — am leichtesten an der wechselnden Sprache erkennen. Da erklingt bald das traute Deutsch des a. b. G. B., bald gefällt ein neueres Auktendutsch sich in seltsam gewundenen Perioden, bald endlich schnarrt die Sprache des dtsh. B. G. B. an das entfesselte Dhr.

a) Die Sprache des dtsh. B. G. B. bereitet nicht einmal den Lesern im Reiche Vergnügen; sie ist nicht schön⁴⁾. Dafür ist sie wenigstens genau. Sie prägt Kunstausdrücke und bildet daraus ihre Sätze. Darin liegt vielleicht ein Vorteil. Was aber haben wir davon, wenn der Entwurf sich dem dtsh. B. G. B. so enge anschließt, daß die übernommenen Bestimmungen im Gefüge unseres eigenen Gesetzbuches „wie Fremdkörper wirken?“⁵⁾ Was sollen uns Kunstausdrücke, die dem deutschen Gesetzbuche gehören, unserer Gesetzesprache aber fremd sind? Und doch spricht § 105 des Entwurfes von der „Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft“; gemeint ist vermut-

¹⁾ Zeitschrift für Notariat Nr. 9; vgl. auch Burckhard in der Neuen Freien Presse vom 12. April 1908 und v. Mayr in den Zur. Bl. 1908 Nr. 36.

²⁾ Steinlechner, S. 9, Note 1. Dazu etwa Wellspacher, S. 10 (oben) und die Abh. in den Zur. Bl. 1908, Nr. 5 (III) u. dgl.

³⁾ Wellspacher, S. 6; v. Mayr a. a. O. Nr. 34. — Entw. § 18 verwandelt eine notwendige Entschuldigung (§ 194 a. b. G. B.) in eine freiwillige, läßt sie aber unter der alten Überschrift stehen.

⁴⁾ Zu anspruchsvoll ist jedoch Jacobi, Die Sprache des B. G. B., in Gesetz und Recht 1908, S. 369 ff., 394 ff. Die „teilweise“ Unmöglichkeit und die „teilweise“ Erfüllung (vgl. auch Entwurf § 145) werden wir uns trotz Treitschke, Wustmann und Jacobi nicht mehr abgewöhnen. Unser altes a. b. G. B. weiß allerdings noch, daß „teilweise“ (§§ 210 und 1415) nur Umstandswort ist.

⁵⁾ Wellspacher, S. 5.

lich die Scheidung von Tisch und Bett¹⁾. § 72 übernimmt den Kunstausdruck „Einigung“²⁾, § 79 den Kunstausdruck „Beurkundung“³⁾. Ganz sonderbar berührt es uns, wenn die §§ 120 und 182 die Wendung „ohne Verzug“ in den entsprechenden Bestimmungen des H. G. B. (Art. 319) und des a. b. G. B. (§ 1405) nach deutschem Muster durch das Wörtchen „unverzüglich“⁴⁾ ersetzen, das im deutschen Gesetzbuche überall als Kunstausdruck gebraucht und im § 121 ein für allemal erklärt ist. Gewiß, diese Änderung betrifft eine lächerliche Kleinigkeit. Aber warum erstreckt sich denn die Nachahmung sogar auf solchen Tand!

b) Ist es Schwerfälligkeit oder gar besondere Vorliebe, die so gerne mit Begriffspaaren arbeitet, wie z. B. „Vormund oder Kurator“, „Vormundschaft oder Kuratel“? Unser a. b. G. B. hat diesen zweispännigen Stil durch einen bekannten Kunstgriff vermieden: es redet zunächst vom Vormunde und verweist dann bei der Pflegschaft auf das früher Gesagte. So schließt z. B. § 193 a. b. G. B. den Gläubiger des Mündels (unter Umständen) von der Vormundschaft aus und diese Ausschließung gilt kraft der allgemeinen Verweisung im § 281 a. b. G. B. auch für die Pflegschaft. Der Entwurf läßt diesen verweisenden Paragraphen ruhig stehen, spricht aber doch im § 17 vom „Vormund oder Kurator“ und von der „Vormundschaft oder Kuratel“. Von derselben Art ist im § 10: „Vater (Wahlvater)“; die Nennung des Wahlvaters ist dank dem § 183, Abs. 1 a. b. G. B. ganz überflüssig. Ferner § 72: „Einverleibung oder Vormerkung“, als ob es sich nicht von selbst verstünde, daß die Einverleibung durch eine gerechtfertigte Vormerkung ersetzt wird. Oder im § 194, Z. 8:

¹⁾ Dafür spricht § 13 von einer „gerichtlich geschiedenen Ehe“. Sollen wir das Wörtchen „gerichtlich“ unbeachtet lassen oder sollen wir dabei etwa an die Überschrift des § 1264 denken? Vgl. auch § 100 Ziv. Norm.

²⁾ Krasnopolski, S. 14 f.

³⁾ Schiffner, S. 3 f.

⁴⁾ Vgl. v. Mayr a. a. O. Nr. 35 bei Note 95.

„Ärzte (Zahnärzte u. a.)“; daß ein österreichischer Zahnarzt ein Arzt ist, kann gewiß nicht bezweifelt werden.

c) Solchen allzu deutlichen Bestimmungen stehen ganz undeutliche gegenüber; schon jetzt begegnen in der Kritik weit auseinandergehende Auslegungen, gelegentlich sogar der Verzicht auf eingehende Erörterungen, weil sich nicht einmal für grundlegende Fragen eine sichere Entscheidung gewinnen lasse¹⁾. Das Übel wird durch die Unzulänglichkeit der erläuternden Bemerkungen verschärft; zuweilen scheint es, daß dem Verfasser der Erläuterungen ein anderer (vielleicht älterer) Text als der veröffentlichte, vorgelegen ist, oder daß er den Text durchaus mißverstanden hat. Nach den erläuternden Bemerkungen (§. 155) verjährt der „Anspruch aus der Annahme der Anweisung“ in drei Jahren; das entspricht genau dem Wortlaute des deutschen Gesetzbuches § 786. Aber das ist ja im § 184 des Entwurfes geändert. Hier heißt es: „Die Ansprüche (Mehrzahl!) aus einer Anweisung (nicht: Annahme) verjähren in drei Jahren“. Was für Ansprüche sind gemeint? Andere Beispiele eines Widerspruches zwischen dem Texte und den erläuternden Bemerkungen bieten §§ 26²⁾, 53³⁾, 117⁴⁾, 139⁵⁾ und 178⁶⁾.

¹⁾ Wellspacher, S. 48; vgl. auch Kafka, Die sachenrechtlichen Bestimmungen im Entwurfe uff. Sonderabdruck aus Gellers J. Bl. 1908 S. 12.

²⁾ Oben S. 20 Note 2.

³⁾ Wellspacher, S. 35.

⁴⁾ Wellspacher, S. 8.

⁵⁾ Wellspacher, S. 16.

⁶⁾ Wellspacher, S. 27; Adler, S. 51.

II. Die Sozialpolitik des Entwurfes.

§ 5. Die Frauen.

Die Société de législation comparée hat sich am 26. Februar l. J. mit der vermögensrechtlichen Stellung der Ehefrau in Österreich sehr eingehend beschäftigt. Der Berichtserstatter Marcel Saubagnac¹⁾ bemerkt: „Le code autrichien crée à la femme la liberté la plus étendue et une capacité entière d'acquérir, d'administrer, de disposer de ses biens“. Professor Thaller²⁾ findet in unserem Güterrechte quelque chose de légèrement outrecaidant. Es ist freilich merkwürdig, daß bei uns der Mann den standesmäßigen Unterhalt einer reichen Frau aufbringen und allein die gemeinsamen Kinder erhalten und versorgen muß, während es der Frau freisteht, ihr Einkommen nach Gutdünken zu verwenden oder anzusammeln; nicht einmal die selbstverständliche Pflicht³⁾, den erwerbsunfähigen Mann zu erhalten, hat unser Gesetzbuch der Frau auferlegen wollen. Dennoch sind die Frauen bei uns nicht besser daran als anderwärts. Denn für die große Masse kommt das gesetzliche Güterrecht kaum in Betracht. Die Frau, weit entfernt, die gleichberechtigte Genossin des Mannes zu sein, ist nicht selten seine Sklavin. Was sie erwirbt, erwirbt sie ihm, zufrieden, wenn er ihr gestattet, das Erworbene für den gemeinsamen Haushalt zu verwenden.

¹⁾ Bulletin mensuel, p. 203 bis 232.

²⁾ Ebenda, S. 233.

³⁾ Krainz, System, 4. Aufl. § 440 bei Note 8. Saubagnac a. a. D., S. 206.

Das Kreisgericht Suczawa hat eine Frau von einem Verbrechen losgesprochen, daß sie auf Geheiß ihres Mannes begangen hatte¹⁾. „Für die Freisprechung war die Erwägung maßgebend, daß die bäuerliche Landbevölkerung der Bukowina die Herrschaft des Mannes in weit ausgeprägterer Form anerkennt als die städtische. Auf dem Lande gelte die patria potestas in ihrer potenziertesten Strenge und der Wille des Hausherrn dulde keinen Widerspruch, am wenigsten von Seite des ihm in sklavischer Ergebenheit unterwürfigen Weibes, das in den Händen des Ehemannes zum Werkzeuge wird, beraubt des letzten Restes eigenen Willens.“ Auch bei den Bauern der westlichen Länder unserer Monarchie ist nach der richtigen Bemerkung Wellspachers²⁾ der Mann „ein völlig autokratischer Herrscher“ und auch darin hat Wellspacher Recht, daß es nicht die Aufgabe des Gesetzes ist, den Bauern modern zu machen³⁾.

Die „paritätische Ehe“ läßt sich nicht durchsetzen. Aber gegenüber dem Mißbrauche der Gewalt darf die Gesetzgebung nicht gleichgiltig bleiben. Sie darf ihr Ohr nicht dem Jammer all der unglücklichen Weiber verschließen, die gezwungen sind, in harter Arbeit und unter Vernachlässigung ihrer Mutterpflichten arbeitschene Trunkenbolde zu erhalten.

Viel kann freilich das bürgerliche Recht zum Schutze der mißhandelten und ausgebeuteten Frauen nicht beitragen. Den ärgsten Mißbräuchen könnte immerhin eine Änderung des § 93 a. b. G. B. steuern. Das Gesetz sollte der Frau gestatten, die eheliche Gemeinschaft eigenmächtig aufzuheben, wenn der Mann ihre körperliche Sicherheit oder ihr wirtschaftliches Auskommen gefährdet. Vgl. schweizer. G. B., § 170, Abs. 1, dtsh. G. B., § 1353⁴⁾.

¹⁾ Entscheidungen des Kassationshofes, R. F., IX, Nr. 3377 (21. Oktober 1907!).

²⁾ Das Vertrauen auf äußere Tatbestände, S. 260.

³⁾ A. a. O., Note 7.

⁴⁾ Vgl. Wegel, Die Verweigerung der ehelichen Gemeinschaft, Archiv f. bürgerl. Recht, Bd. 26, S. 54 ff.

Der Entwurf weiß von dieser Not nichts. Dafür erfüllt er in reichem Maße die Wünsche der „Frauen“, d. h. der Vereinsdamen¹⁾; die Vereinsdame ist ihm zugleich das Musterbild heutiger Weiblichkeit. In den erläuternden Bemerkungen zu § 5 (Zeugnisfähigkeit der Frauen) wird uns die veränderte Stellung der Frau zu Gemüte geführt: „Frauen beteiligen sich am Vereinsleben und immer mehr tritt das Streben zutage, den jungen Mädchen eine umfassende und gründliche Ausbildung zu gewähren.“ Also die Mädchengymnasien und Lyzeen sind auch nicht vergessen! Vergessen ist nur das Volk, die große Masse.

Man wird gleichwohl die Zulassung der Frauen zum Formzeugnisse und zur Vormundschaft billigen können. Schon das b. G. B. hat sie — aus zwingenden Gründen — zu beidem, wenn auch nur ausnahmsweise, berufen. Will man nun, statt die Ausnahmen zu vermehren, gleich die ganze Regel umstoßen, so wird doch das Leben selbst diese Regel stillschweigend wieder herstellen. So ist es ja auch im Deutschen Reiche. Die Vormünderinnen haben sich dort bisher trefflich bewährt²⁾, sie sind aber auch nicht allzu häufig. Das verraten die preußischen Ministerialverfügungen von 1906³⁾, indem sie eine ausgedehntere Heranziehung der Frauen und zugleich die Belehrung der Waisenräte empfehlen, denen anscheinend die Möglichkeit, geeignete Frauen zur Vormundschaft heranzuziehen, vielfach noch nicht recht zum Bewußtsein gekommen sei.

Allerdings kann nach dem deutschen B. G. B. die uneheliche Mutter nicht gegen ihren Willen zur Vormünderin des Kindes bestellt werden, während unser Entwurf sie ebenso wie das französische Gesetz vom 2. Juli 1907 zur Übernahme der Vormundschaft zwingt. Es kann ihr also die erbetene Unter-

¹⁾ Die erläuternden Bemerkungen berufen sich auf Eingaben des Allgemeinen österr. Frauenvereines, des Bundes der österr. Frauenvereine und des Vereines Frauenbund in Brünn.

²⁾ Das ergibt sich aus literarischen Äußerungen; auch ist es mir auf Anfrage von deutschen Praktikern bestätigt worden.

³⁾ Bei Endemann, Lehrbuch, § 219, R. 6.

stützung durch einen Vormund ver sagt werden¹⁾. Damit wäre der Schwierigkeit, geeignete Vormünder aufzutreiben, gründlich abgeholfen — aber doch nur auf dem Papier²⁾. Selbst ein lässiger Vormund ist besser als gar keiner.

Der dritte Titel — Berufung von Frauen zur Vormundschaft — entspricht übrigens nicht einmal dem doktrinären Standpunkte der Frauenvereine. Er enthält nämlich Bestimmungen über die Mitvormundschaft (§ 15), die den Geschlechtsunterschied aus ganz unerfindlichen Gründen stark betonen. Nur einer Frau muß in gewissen Fällen ein Mitvormund beigegeben werden und der Mitvormund muß durchaus ein Mann sein. Einer Vormünderin wird also entweder ein männlicher Mitvormund zur Seite gestellt oder gar niemand. Das deutsche Gesetzbuch (§ 1792) ist an dieser Wunderlichkeit unschuldig.

Helle Willfür ist es, daß der Vater im letzten Willen zwar seiner Frau, dagegen nicht z. B. seiner Schwester einen Mitvormund beigegeben kann (§ 15, Z. 1). Und was sagen denn die einflußreichen Vereine dazu, daß im § 198 a. b. G. B. nur die Worte „männlichen Geschlechtes“ wegfallen sollen (Entw. § 12), daß die Vormundschaft also auch in Zukunft zuerst dem väterlichen Großvater und dann erst der Mutter anvertraut werden soll³⁾, obwohl die Sorge für Unterhalt und Erziehung des Mündels nach dem Vater, also noch vor dem Großvater der Mutter obliegt (§ 143 a. b. G. B.)?

§ 6. Die Kinder.

Über den Vormundschafsrat (8. Titel) und über den amtlichen Vormund (11. Titel) kann man sich vorläufig kein

¹⁾ Auf Beigegebung eines Mitvormundes hat sie — aber nur im Nothfalle — Anspruch nach § 15, Z. 4 Entwurf.

²⁾ Vgl. Schauer in den Schriften des Kinder-Schutzkongresses II, S. 55.

³⁾ Der Vorzug des Großvaters, der uns so sonderbar anmutet, hängt mit einer längst aufgehobenen Anordnung des Ehepatentes von 1783 (§ 3) und mittelbar mit römisch-rechtlicher Überlieferung zusammen. Vgl. v. Harraßowski, Entw. Hortens, S. 79, N. 9.

Urteil bilden. Der Entwurf verbreitet sich weitläufig über allerlei Nebensachen, die besser einem Dienstunterrichte hätten vorbehalten werden sollen, überweist aber die Lösung wichtigerer Fragen ausdrücklich dem Verordnungswege. Der Grund kann entweder darin liegen, daß die Regierung nicht recht weiß, was sie will, oder — wahrscheinlicher — darin, daß sie um gewisse autonomistische Bestrebungen herumzukommen sucht, die dem Lande und der Gemeinde einen angemessenen Einfluß auf den Kinderschutz wahren wollen¹⁾. So bleibt es der Verordnung vorbehalten (§ 43), die zur Ernennung des Vormundschaftsrates berufene Stelle (§ 40, letzter Abs.) zu bezeichnen. Eine Verordnung wird vielleicht dem Vormundschaftsrate die Zuweisung von Ziehkindern an Privatpersonen übertragen²⁾; es sind aber — merkwürdig genug³⁾ — „anderweitige gesetzliche Anordnungen“ ausdrücklich vorbehalten. Denn „allenfalls könnte auch ein anderes Organ (Gemeinde) mit der Erteilung der Konzession betraut werden“⁴⁾.

Von der „Bestellung eines amtlichen Vormundes“ erfahren wir im § 49 so gut wie nichts. Hier ist alles dem Verordnungswege vorbehalten. Vielleicht haben wir uns unter dem amtlichen Vormunde ein „besonderes staatliches Organ“ zu denken. Vielleicht wird ein „zur Führung der Vormundschaft geeignetes Organ der öffentlichen Verwaltung“ dazu berufen; unbestimmter kann man sich nicht mehr ausdrücken⁵⁾. Aber vielleicht wird die amtliche Vormundschaft einfach dem Vormundschaftsrate übertragen werden. Alles das ist nach § 49 möglich. Sicher ist nur, daß die Regierung die Entscheidung der Gesetzgebung nicht anvertrauen will.

¹⁾ Vgl. Schriften des Ersten österr. Kinderschutzkongresses, I, S. 5 (Miether), S. 75 (Weiskirchner).

²⁾ Entwurf § 40, vgl. Schriften des Kinderschutzkongresses, II, S. 13 (Miether), S. 136 (Schauer).

³⁾ Krasnopolski, S. 9

⁴⁾ Erl. Bem., S. 81.

⁵⁾ Im zweiten Abzuge des § 49 ist schlechtweg von „staatlichen oder öffentlichen Organen“ die Rede. Sind denn die staatlichen Organe nicht auch öffentliche Organe?

Besonderer Erörterung bedürfen die Verhältnisse der Pflegekinder. Auf die entgeltliche Pflege bezieht sich außer dem leeren § 34 noch die recht bedenkliche Verjährungsvorschrift des § 194, Z. 5. Die Motive zum dtsh. B. G. B. (I, S. 301) bezeichnen sie als einen heilsamen Schutz „vor unberechtigten, oft alles Maß übersteigenden Ansprüchen, mit denen Pfleger namentlich dann hervortreten mögen, wenn die hinsichtlich der Beerbung oder sonstiger besonderer Vergütungen gehegten Erwartungen sich nicht erfüllt haben“. Wie steht es aber mit berechtigten Ansprüchen? Übrigens läßt sich die Bestimmung leicht umgehen; die Verjährung beginnt ja erst mit der Fälligkeit und der Pfleger hat eben eine Entlohnung erst bei Beendigung der Pflege erwartet.

Auf die unentgeltliche Pflege bezieht sich § 11 des Entwurfes:

„Wenn eine dem Kinderschutz oder der Kinderfürsorge gewidmete Anstalt oder ein solcher Verein ohne Entgelt die Pflege und Erziehung eines vernachlässigten oder verwahrlosten oder eines Kindes übernommen hat, dem die Eltern die notwendige Aufsicht und Erziehung nicht gewähren können, kann das Vormundschaftsgericht auf Antrag der Leitung der Anstalt oder des Vereines nach Untersuchung des Falles und nach Anhörung der Eltern des Kindes aussprechen, daß das Kind vor Beendigung seiner Erziehung nur mit Zustimmung des Gerichtes der Anstalt oder dem Verein gegen ihren Willen abgenommen werden kann.“

Die erläuternden Bemerkungen (S. 68) berufen sich mit einer ihnen eigentümlichen Wendung¹⁾ auf die französische und englische Gesetzgebung. Tatsächlich liegt unserem § 11 der § 38 eines von Reichher dem Ersten österreichischen Kinderschutzkongresse vorgelegten Entwurfes²⁾ zugrunde, und Reichher ist es, der

¹⁾ „Dieses Begehren ist, wie das Vorbild der französischen und englischen Gesetzgebung zeigt, begründet.“ Als verstünde es sich bei einem ausländischen Gesetze von selbst, daß es allen Anforderungen entspreche!

²⁾ Schriften, II, S. 223 f.

in seinem „Motivenbericht“ auf das französische Gesetz vom 24. Juli 1889, Titel II, §§ 17 und 19 und auf die englische Custody of children Act 1891 verweist¹⁾. Hier wird es als Zweck des französischen Gesetzes bezeichnet, zu ermöglichen, „daß Eltern, welche unfähig sind, ihren Kindern ein Mindestmaß von Aufsicht und Erziehung zuteil werden zu lassen und welche insolgedessen im Interesse der Kinder deren Pflege und Erziehung der privaten Wohltätigkeit, also (!) Privatanstalten oder Vereinen übertragen haben, über Antrag der nunmehrigen Erzieher diesen vor Gericht auch die Ausübung ihrer Erzieherrechte bis zur Vollendung des Erziehungswerkes übertragen, so zwar, daß diese Erziehung gegen die Störung durch unzeitgemäße Rückforderung der Kinder durch die Eltern geschützt wird.“ „Den gleichen Zweck verfolgt die englische Custody of children Act 1891.“ Nun beschränkt sich aber weder das französische noch das englische Gesetz auf den Fall der unentgeltlichen Pflege durch Vereine oder Anstalten. Nach dem französischen Gesetze²⁾ können die Eltern auch einer Privatperson, die sich im Vollgenusse der bürgerlichen Rechte befindet, ihre Befugnisse übertragen. Und ganz ebenso verhält es sich auch — was Reicher übersieht — nach dem geltenden österreichischen Rechte. Es ist nicht wahr, daß die elterliche Gewalt unverzichtbar ist. Sie ist freilich „wie Recht so auch Pflicht“³⁾. Aber von der Pflicht können die Eltern durch das Gericht im Namen des Kindes entbunden werden, soferne dies zum Wohle des Kindes erforderlich ist⁴⁾. Dafür spricht auch § 186 a. b. G. B.: der Pflegevertrag kann die Rechte des Pflegekindes schmälern, nur bedarf er, wenn dies der Fall

¹⁾ Schriften II, S. 264, vgl. auch Reicher ebenda S. 101 f. und Fürsorge für die verwahrloste Jugend I, 2, S. 204, 3, S. 30, III, 1, S. 28.

²⁾ Nur dieses, nicht das wesentlich verschiedene englische Gesetz ist als Vorbild des Reicherschen Entwurfes und mittelbar unserer Regierungsvorlage anzusehen.

³⁾ Dernburg, Bürg. R. IV, § 81.

⁴⁾ Krainz, System, 4. Aufl., § 462 bei Note 22.

sein soll, der gerichtlichen Genehmigung. Dies ist denn auch der Standpunkt unserer Praxis. Entscheidung vom 7. Oktober 1903, Slg. VI, Nr. 2458 genehmigt den Verzicht des Vaters auf die väterliche Gewalt. Eine Entscheidung des Wiener Oberlandesgerichtes vom 24. April 1889, Z. 5831¹⁾ genehmigt einen Pflegschaftsvertrag, in welchem die Mutter auf die Rückforderung ihres Kindes verzichtet. Also was in Frankreich 1889 eingeführt worden ist, das ist bei uns schon lange rechtens und der Entwurf mit seiner sonderbaren Einschränkung des Rechtssatzes auf Anstalten und Vereine bedeutet nichts anderes als einen Rückschritt.

Eines aber hätte der Entwurf den Pflegekindern gewähren sollen: das gesetzliche Erbrecht — nicht neben, aber doch nach den ehelichen Kindern oder zum mindesten beim Abgange aller Verwandten und des Ehegatten. Die Pflegekinder gehören ja doch zu den nahen Angehörigen; nicht nur § 152 St. B. O. und § 20 Zur. N., auch § 53 unseres Entwurfes zählt sie zur Familie. Ist es nicht unerträglich, wenn der Nachlaß des verwandtenlosen Mannes, des Mannes, der keine andere Angehörigen als die geliebte, im Wohlstande erzogene Pflegetochter hinterlassen hat, ihr genommen und dem Fiskus zugewiesen wird, während sie selbst sich fortan als Diensthote fortbringen muß? Hinausgestoßen aus dem Hause, das ihr zum Vaterhause geworden ist, bloß weil der Unselige sich nicht rechtzeitig entschlossen hat zu testieren!²⁾

Und ist es gerecht, daß wir beim früheren Tode des verwandtenlosen Pflegekindes lieber dem Fiskus als dem Pflegevater ein Vermögen überlassen, das vom Pflegevater selbst geschenkt oder doch durch seine Opferwilligkeit geschont und zusammengehalten worden ist?³⁾ Je engherziger unsere Vor-

¹⁾ Mitgeteilt in der G. Z. 1892, Nr. 10.

²⁾ Ich habe einen solchen Fall erlebt. Vgl. meine Abh. über die „österreich. Erbfolgeordnung“ in der Ztschr. f. Notariat 1903. Zustimmung Douaillon, Die erbrechtlichen Bestimmungen des Entwurfes, ebenda 1908, Nr. 27.

³⁾ Vgl. dagegen den Vorschlag Zeillers bei Dfner, Prot. I, 170; v. Vittorelli in den Schriften des Kinderschutzkongresses, II, S. 27.

schriften über die Annahme an Kindesstatt sind¹⁾, je mehr sie dieses Geschäft auf gewisse seltene und nicht immer einwandfreie Fälle beschränken, desto notwendiger ist eine verständige, dem Volksempfinden entsprechende Behandlung des Pflegeverhältnisses.

§ 7. Die Arbeiter.

Den Arbeiterschutz hätte der Entwurf so weit als möglich den Sondergesetzen (der Gewerbeordnung uff.) anvertrauen sollen. Ein „Dienstvertrag“, der im schweren Panzer des zwingenden Rechtes einherhinkt, kann mit dem freien Werkvertrage nicht Schritt halten. Hier wird einmal der irdene Topf den eisernen zerbrechen. Die Grenze zwischen Dienstvertrag und Werkvertrag ist ja unsicher genug²⁾. Wird sich nun herausstellen, daß die zwingenden Sätze des Entwurfes auf dieses oder jenes Arbeitsverhältnis nicht passen, dann wird man sich deshalb allein schon für die Marke „Werkvertrag“ entscheiden. „Soll es nichtig sein“, fragt Wellspacher (S. 26) angesichts des § 158, „wenn ich mit meinem Hausarzte vereinbare, daß das Entgelt von 1000 Kronen am Schlusse des Jahres zu entrichten sei?“ und ein Praktiker antwortet darauf schon jetzt: das Pauschale fließe nicht aus „einem Dienstvertrag im Sinne der Novelle“³⁾. Zwingendes Recht fordert scharfe Abgrenzung!

Wie wunderbar doch dieser Panzer des Zwangsrechtes gearbeitet ist: an den Gelenken hemmt das Eisen jede Bewegung und dort, wo der Schutz am notwendigsten ist, hat der Panzer ein Loch! Gerade § 172 Entwurf soll nicht zwingen⁴⁾, während z. B. § 162 dem Dienstgeber zwingend vorschreibt, die zum Schutze des Dienstnehmers erforderlichen Gerätschaften auf eigene Kosten herzustellen. Der Bergsteiger

¹⁾ Vgl. Albert Chrenszweig, Das Verbot der Adoption des eigenen unehelichen Kindes, in der G. Z. 1908, Nr. 19. Zu bedauern ist auch, daß die Alterserfordernisse nicht nachgesehen werden können. Vgl. dagegen dtsh. B. G. B., § 1745 und schon A. L. R. II, 2, § 669.

²⁾ Vgl. Wellspacher, S. 24.

³⁾ Grünberg, Der Dienstvertrag, S. 36, Nr. 57.

⁴⁾ E. Adler, Der Arbeitsvertrag, S. 51; Wellspacher, S. 27.

muß also dem Führer Bergstock, Steigeisen, Rettungsseil, wohl auch die Nägel für das Schuhwerk, wenn nicht gar — bei Gletscherfahrten — warme Kleider auf eigene Kosten liefern. Aber nicht doch, wird man sagen, der Vertrag mit dem Bergführer ist ja ein Werkvertrag¹⁾, er ist zum mindesten kein „Dienstvertrag im Sinne der Novelle“!

Auch das Beispiel Wellspachers, der Vertrag mit dem Dachdecker (S. 26), betrifft einen Werkvertrag. Bleibt also nur die Frage, ob der zwingende § 162 wenigstens im Verhältnis zwischen dem Dachdeckermeister und seinem Gehilfen gelte; aber mit dieser Frage geraten wir in das tiefe Dunkel des § 180²⁾.

Sehr merkwürdig wird der Vertragsbruch des Dienstnehmers behandelt. Der Schauspieler, der den Bühnenleiter mitten in der Spielzeit im Stiche läßt, ersetzt nicht den vollen Schaden, zahlt auch nicht die bedungene Vertragsstrafe, sondern findet den Bühnenleiter mit dem Gehalte ab, den er selbst bis zum Ablaufe der Vertragsdauer hätte verdienen können (§ 173). Ist er also anderwärts mit erheblich höherem Gehalte angestellt worden, so wird er die Folgen des Vertragsbruches sehr leicht ertragen können. Allein dem Bühnenleiter bleibt ein Trost: neben dem übersozialen materiellen Rechte steht ja das barbarische Prozeßrecht, das im § 354 E. O. — von den sozialistischen Doktrinären übersehen — noch einen Rest der Sklaverei gerettet hat³⁾; dem Schauspieler droht Haft, er wird sich daher, um dieser zu entgehen, zu ausreichender Entschädigung verstehen. Und noch ein zweiter Trost: die Gerichte werden ja voraussichtlich auch den Schauspielervertrag nicht als „Dienstvertrag im Sinne der Novelle“ gelten lassen.

Weiter soll auf die von Wellspacher, Adler und Grünberg überzeugend nachgewiesenen Mißgriffe im Rechte

¹⁾ Dagegen — für das deutsche Recht — Martins, Der Bergführervertrag. 1906.

²⁾ Vgl. Adler, S. 10 f.

³⁾ Vgl. dagegen dtsh. Z. P. O. § 888, Abs. 2, Code civil, Art. 1142.

des Dienstvertrages nicht eingegangen werden. Nur einer Bestimmung sei gedacht, die in einem anderen — dem letzten — Abschnitte des Entwurfes vorkommt. Dienstesbezüge sollen nach § 194, Z. 7 des Entwurfes in drei Jahren verjähren. Das gilt — der Entwurf sagt es ausdrücklich — auch für den Lohn der Dienstboten. Gegenwärtig tritt nach drei Jahren nur die Vermutung der Zahlung ein. Kann der Dienstbote beweisen, daß er seinen Lohn nicht empfangen hat, so kann er bis zum Ablaufe der ordentlichen Verjährungszeit wann immer seine Forderung geltend machen (Hofkanzleidekret vom 10. April 1839, Nr. 355). In Zukunft wird er trotz dieses Nachweises mit seinem Ansprüche abgewiesen werden. Das ist das einzige Neue, das der Entwurf den Dienstboten beibringt.

§ 8. Die Agentenfrage.

Zur Ausbeutung der Massen dient das Massengeschäft. Hier ist der unmittelbare Verkehr zwischen Unternehmer und Kundschaft ausgeschlossen. Zwischen beide schiebt sich das provisionshungrige Heer der Agenten und deckt den Geschäftsherrn. Der Agent kann mit den unlautersten Mitteln arbeiten, durch verbrecherischen Betrug kann er die Unterschrift des Bestellscheines erschleichen — der Unternehmer weiß davon nichts, er will davon nichts wissen; das ist sein Vorteil. So ist „sein Wüten gleichwie das Wüten einer Schlange, wie eine taube Otter, die ihr Ohr zugstopft“.

Die Agentenfrage ist eine Frage von ungeheurer Bedeutung. Daß unserer Gesetzgebung, die so gerne das Modebeiwort „sozial“ für sich in Anspruch nimmt, das Verständnis für diese Frage noch immer nicht aufgegangen ist, gereicht ihr nicht zur Ehre. Nur gegenüber den Ratengeschäften hat sie sich einmal zu einer allerdings unklaren Bestimmung (§ 8, Ratengesetz) aufgerafft. Dafür bemüht sie sich jetzt im Entwurfe eines Gesetzes über den Versicherungsvertrag der bestehenden gerechten Praxis¹⁾ ein Ende zu machen, um die Versicherten dem Agentenbetrug schutzlos preiszugeben.

¹⁾ Entsch. Slg. Nr. 10402, 13188, I 109, III 870, VII 2652, VIII 3056. Übereinstimmend die englische Praxis; vgl. den lehrreichen

Gegen diese Neuerung und gegen die Verschlechterung unseres trefflichen Irrtumsrechtes überhaupt habe ich mich in einer besonderen Abhandlung¹⁾ ausgesprochen. Ich muß mich deshalb auf den Wunsch beschränken, das dort Gesagte möge das Gewissen unserer Gesetzgeber aufrütteln und wenigstens eine Verschlechterung des heutigen Rechtszustandes von uns abwenden.

Auch die neue Bestimmung über den Wucher (§ 128, Z. 4) wird an den Agenten scheitern. Der Vertrag ist nichtig, „wenn jemand den Leichtsinn oder die ihm bekannte Notlage, Verstandeschwäche, Unerfahrenheit oder Gemütsaufregung eines anderen dadurch ausbeutet, daß er sich oder einem Dritten für eine Leistung Gegenleistungen versprechen oder gewähren läßt, deren Vermögenswert zu dem Werte der Leistungen²⁾ in auffälligem Mißverhältnisse steht“.

Dem Agenten ist die Notlage bekannt, aber er läßt nicht „sich oder einem Dritten“ etwas versprechen, da er den Vertrag überhaupt nicht abschließt; er übernimmt nur den unterschriebenen Antrag (Bestellschein uif.) zur Beförderung. Der Geschäftsherr aber weiß zwar im allgemeinen, daß seine Agenten fremde Notlage, Unerfahrenheit uif. gerne ausnützen, daß dies aber im einzelnen Falle geschehen sei, weiß er nicht. Danach wäre also gerade dem mit Hilfe von Agenten im großen betriebenen Sachwucher nicht beizukommen.

Ich schlage vor, den Beisatz „ihm bekannte“ wegzulassen, der sich auf den Leichtsinn ohnehin nicht bezieht. Dann wird die Praxis in der Lage sein, das Wissen des Agenten dem Wissen des Geschäftsherrn gleichzustellen, wie dies ja auch im Deutschen Reiche, unbeirrt durch die Einsprache der Theoretiker, einsichtige Richter tun. In einem Urteile des Oberlandesgerichtes Hamburg vom 9. Dezember 1903³⁾ heißt Fall bei Anson-Prochownik, Grundzüge des englischen Vertragsrechtes, S. 406.

¹⁾ Grünhuts Ztschr. 1908. S. 613 ff., insbesondere über Irreführung durch Agenten: S. 627 ff.

²⁾ Zuerst „Leistung“, nun „Leistungen“!

³⁾ Mugdan und Falkmann, Rechtsprechung, VIII, 1, 422.

es: „Die Ansicht, daß der § 138² eine bewußte Ausbeutung der Unerfahrenheit u. des anderen voraussetze (Düringer-Hachenburg, 2, S. 43; Hachenburg, Vorträge, S. 16; Dernburg, 1, S. 382; Pland, § 138, N. 3), führt gerade auf dem regelmäßigen Anwendungsgebiet des § 138² zu befremdlichen Ergebnissen¹⁾. Die Bestimmung würde danach versagen, wenn eine Partei sich bei der Herbeiführung eines Geschäftsabchlusses eines Gehilfen bedient, dieser die Gegenpartei bewußt bewuchert, der Geschäftsherr hiervon nichts weiß und das Geschäft selbst abschließt. Diese Ansicht findet denn auch im Gesetze keine Stütze. Nach dem Wuchergesetze war die Ungültigkeit die Folge eines strafrechtlichen Verbotes. Der § 138² steht mit einem solchen in keinem Zusammenhang. Was für die Auslegung des Wuchergesetzes galt, kann daher nicht ohne weiteres für die Auslegung der geltenden Vorschrift verwertet werden. Diese besagt, daß jemand sich die näher bezeichneten Vermögensvorteile unter „Ausbeutung“ der Gegenpartei versprechen oder gewähren lassen müsse. Das trifft zu, sobald die eine Partei aus der Unerfahrenheit u. der anderen ihren — vom Gesetze mißbilligten — Nutzen zieht, ihre Beute gewinnt. Daß das bewußt, absichtlich oder vorsätzlich geschehen müßte, wird nicht angedeutet. Der § 59 Str. G. B.²⁾ gilt im Bereiche des B. G. B. nicht. Auch sonst ist im Zivilrecht keine Bestimmung zu finden, nach der Bewußtsein oder der Vorsatz zu erfordern wäre. Es erscheint auch richtig, daß das Strafrecht ein Rechtsgeschäft nur dann für strafbar erklärt, wenn

¹⁾ Dtsch. G. B. § 138, Abs. 2: „Nichtig ist insbesondere ein Rechtsgeschäft, durch das jemand unter Ausbeutung der Notlage, des Leichtsinns oder der Unerfahrenheit eines anderen sich oder einem Dritten für eine Leistung Vermögensvorteile versprechen oder gewähren läßt, welche den Wert der Leistung bergestalt übersteigen, daß den Umständen nach die Vermögensvorteile in auffälligem Mißverhältnisse zu der Leistung stehen.“

²⁾ „Wenn jemand bei Begehung einer strafbaren Handlung das Vorhandensein von Tat Umständen nicht kannte, welche zum gesetzlichen Tatbestande gehören oder die Strafbarkeit erhöhen, so sind ihm diese Umstände nicht zuzurechnen.“

der verbrecherische Voratz vorliegt, daß das Zivilrecht ihm aber die Wirksamkeit versagt, wenn der objektive Sachverhalt es des Rechtshutzes unwürdig erscheinen läßt."

So muß der § 138 des dtsh. B. G. B. ausgelegt werden, wenn er eine ernste Waffe gegen den Sachwucher, nicht ein bloßer Theaterdolch sein soll; wäre diese Auslegung wirklich „unrichtig“¹⁾, dann müßte eben das Gesetz entsprechend geändert werden. Die ärgste Verkehrtheit aber wäre eine Fassung (Entwurf § 128), die jene Auslegung und damit auch die Möglichkeit geradezu ausschloße, dem Massen-Wucher-geschäfte beizukommen.

Auch von diesem wichtigsten Punkte abgesehen, kann die Fassung des § 128, Z. 4 nicht befriedigen. Statt „Gegenleistungen versprechen oder gewähren“ sollte es etwa heißen: „Zugeständnisse machen“. Ferner wären neben Leichtsinns, Notlage ußf. auch Abhängigkeit und Zutrauen zu nennen. Dadurch würde die Aufzählung freilich noch länger, ohne doch alle erdenklichen Angriffspunkte des Wuchers mit Sicherheit zu umfassen. Vielleicht gelingt es, die ganze Aufzählung durch eine allgemeine Regel zu ersetzen, die den Grundgedanken ausspricht: Verbot der übermäßigen Ausbeutung persönlicher Verhältnisse, die dem einzelnen beim Vertragschlusse die Wahrung des eigenen Vorteiles unmöglich machen.

§ 9. Die Formvorschriften.

Zwei Feinde hat das Rechtsgeschäft: die Fiktion und den Formalismus. Jene behandelt das Schweigen, als ob es ein Reden wäre, und dieser das Reden, als ob es ein Schweigen wäre. Beide Feinde sehen wir im Entwurfe an der Arbeit.

1. Nach der ungeheuerlichen Vorschrift des § 119 soll in Zukunft das Stillschweigen als Annahme gelten, wenn der Antragsteller auf eine Annahmeerklärung verzichtet hat. Danach werden sich „geschäftsgierige Händler gewiß beeilen, die rechtsunkundige Bevölkerung mit Anträgen auf Lieferung unnützer Waren zu überschwemmen und den Abschluß durch aus-

¹⁾ Rohler, Bürger. Recht, II, S. 101.

drücklichen Verzicht auf die Annahmeerklärung zu erleichtern. Gilt infolge dieses Verzichtes das Schweigen als Annahme, so werden zweifellos mindestens neunzig Prozent der Überfallenen in der Schlinge hängen bleiben und die Ware beziehen und bezahlen müssen¹⁾. Wird man hier durch Stillschweigen zum Schuldner, so kann man nach §§ 143, 144 durch Stillschweigen aufhören Gläubiger zu sein²⁾ und nach § 190 wieder durch bloßes Stillschweigen statt des alten Schuldners einen neuen bekommen³⁾.

2. Derselbe Entwurf, der an das Schweigen so wichtige Wirkungen knüpft, hält es für unerlässlich, neue Formvorschriften und damit eine neue Gefahr für vertrauensselige oder rechtsunkundige Leute zu schaffen. Die schlimmste Neuerung ist die aus dem dtsh. B. G. B. (§ 766) herübergenommene Schriftlichkeit der Bürgschaft⁴⁾. Mit berebten Worten hat Dove in seinem Gutachten für den 22. Juristentag⁵⁾ vor dieser Formvorschrift gewarnt und die Erfahrung hat ihm Recht gegeben. Die Frage, ob die mündliche Gutsetzungserklärung, mit welcher der Gläubiger sich begnügt hat, als ungiltige Bürgschaft oder als eine andere — formfreie und darum gültige — Art der Interzession (Beitritt als Mitschuldner, Kreditauftrag) aufzufassen sei, birgt den Keim ärgerlicher Rechtsstreitigkeiten. „Kommt dann noch die Frage der Anwendbarkeit des Handelsrechtes dazu⁶⁾, so wird zum mindesten

¹⁾ Der Entwurf einer Novelle uff. in d. Ztschr. f. Handelsrecht, Bb. 62, S. 217. Vgl. auch v. Mayr in d. Jur. Bl. 1908, Nr. 35.

²⁾ Vgl. dagegen Wellspacher, S. 19 f.

³⁾ Es ist schon oben § 3 erwähnt worden, daß das dtsh. B. G. B. hier eine Rechtsbelehrung vorschreibt, auf die unser Entwurf verzichtet.

⁴⁾ Entwurf, § 130. Warum wird diese Formvorschrift nicht wie die anderen „im Gesetze bestimmten Fälle“ (§ 883 a. b. G. B.) an ihren Ort gestellt, etwa als Ersatz für den gegenstandslosen § 1354 a. b. G. B.? Zu dem ersten, verweisenden Absatz will der neue zweite Absatz des § 883 nicht recht passen.

⁵⁾ Verhandlungen, I, S. 326 ff.

⁶⁾ Die handelsrechtliche Bürgschaft bleibt gemäß Art. 317 H. G. B. formfrei.

der Laie — das kann getrost behauptet werden — niemals wissen, ob er sich mit der mündlichen Erklärung zufrieden geben könne oder nicht“¹⁾.

Dove geht allerdings in seiner Abneigung gegen die Schriftlichkeit zu weit. Ihm sind Tinte und Feder „die Werkzeuge der Bureaukratie und nicht des Volkes“²⁾. Das ist längst nicht mehr wahr. Tinte und Feder sind ein wahrer Segen für das Rechtsleben und die Gesetzgebung sollte darum die Schriftlichkeit nach Kräften fördern; vor allem also sollte der Staat nicht durch unverhältnismäßige Gebührensätze die Parteien von der Beurkundung ihrer Geschäfte abhalten. Sind doch die Gebühren gewöhnlich der einzige Grund, der die Beteiligten auch bei wichtigeren Geschäften veranlaßt, schweren Herzens auf die Beurkundung zu verzichten.

Auch das ist gewiß wünschenswert, daß an die Schriftlichkeit besondere Vorteile hinsichtlich der Sicherung und der Geltendmachung des Rechtes geknüpft werden. Nur zum äußersten Mittel sollte der Gesetzgeber nicht greifen ohne die äußerste Not: zur Richtigerklärung des formlosen Geschäftes. Ich kann daher auch dem Vorschlage Wellspachers³⁾ nicht beitreten, für die Veräußerung von Grundstücken — bei sonstiger Nichtigkeit — die Schriftform festzusetzen. Es ist wahr: „derartige Rechtsgeschäfte werden häufig von Bauern in angeheiteter Stimmung am Viertische abgeschlossen“. Aber wenn das mündlich verkaufte Grundstück wirklich übergeben und bezahlt wird, soll dann der Veräußerer noch nach Jahren — etwa gelegentlich des Auftrages zur Herstellung der Grundbuchsordnung — das Grundstück zurückverlangen dürfen? Auch wenn er nicht imstande ist, den Preis zurückzuzahlen? Viel

¹⁾ Der Entwurf uß. (oben S. 40 N. 1), S. 219. Vgl. auch Tüll, Der Entwurf einer österreichischen Zivilgesetznovelle, S. 30: Warum sollte „z. B. eine telephonische Erklärung nicht hinreichen, um die Haftung für einige Kronen zu begründen?“

²⁾ Verhandlungen, S. 347.

³⁾ Kritische Bemerkungen, S. 15.

eher dürfte der Gedanke Erwägung verdienen, bei mündlichen Grundstücksveräußerungen ein gesetzliches, unverzichtbares Neurecht, etwa für einen Zeitraum von 24 Stunden zu gewähren. Damit wäre das am Viertische geschlossene Geschäft seiner Gefahr entkleidet; 24 Stunden werden ja zur Ernüchterung genügen. Eine solche Vorschrift könnte volkstümlich werden; sie würde an altes Recht anknüpfen¹⁾, das noch heute nicht ganz abgestorben ist²⁾.

Die sonderbare Formvorschrift des § 50 — Urkundenübergabe vor zwei Zeugen — haben Tüll (S. 7) und Wellspacher (S. 34) nach Gebühr gewürdigt³⁾. Gegen die erbrechtlichen Formvorschriften habe ich mich in den Juristischen Blättern, 1908, Nr. 5 und 8 ausgesprochen⁴⁾. Wenn Krasonopolski (S. 23) hinsichtlich der mündlichen Testamente eine Übereinstimmung mit dem deutschen bürgerlichen Gesetzbuche herstellen, d. h. also wohl das ordentliche mündliche Privat testament beseitigen will und wenn Douaillon⁵⁾ das fremdhändige Privattestament bekämpft, so hoffe ich, daß diese Anregungen erfolglos bleiben werden. Das deutsche bürgerliche Gesetzbuch ist allerdings hinsichtlich der Testamentsformen strenger als das unsere; dafür verlangt z. B. das schwedische Recht noch weniger als das österreichische (nur zwei Zeugen). Und wenn zugunsten der Formstrenge geltend gemacht wird, daß der Erblasser der Verfälschung oder Mißdeutung seiner Erklärung nicht entgegentreten kann, so darf man anderseits nicht übersehen, daß er den Formmangel nicht mehr gut-

¹⁾ Siegel, Versprechen als Verpflichtungsgrund S. 26 ff., dazu Gradiš, Ingolstädter rechtshistorische Miscellen, S. 5 ff. Einen eigenen Weg hat das böhmische Stadtrecht G. 40 eingeschlagen (Ungültigkeit der zur Nachtzeit vorgenommenen Grundstücksveräußerung).

²⁾ Mauczka, Altes Recht im Volksbewußtsein, S. 4.

³⁾ Vgl. auch Raska, S. 6.

⁴⁾ Hinsichtlich des Erbschaftskaufes zustimmend Wellspacher, S. 15, Note 12 und Schiffner, Erbrechtsreform, S. 86.

⁵⁾ Ztschr. für Notariat, 1908, Nr. 27.

machen kann¹⁾. Das mündliche Testament ist unentbehrlich und wenn gelegentlich ein mißglücktes schriftliches Testament als mündliches aufrecht gehalten werden kann, so ist das ein Segen, auf den wir nicht verzichten wollen.

¹⁾ Vgl. auch Menger, Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen, S. 234.

III. Die Agrarpolitik des Entwurfes.

§ 10. Das bürgerliche Recht und der Bauernstand.

Den Bedürfnissen der ländlichen Bevölkerung ist unser bürgerliches Gesetzbuch nicht gerecht geworden. Die geschichtliche Erklärung dieser Tatsache mag auf sich beruhen. Es gilt ja nicht, den Verfassern des bürgerlichen Gesetzbuches Vorwürfe zu machen oder sie gegen Vorwürfe zu schützen. Aber die Tatsache selbst muß festgestellt werden.

Unser bürgerliches Gesetzbuch weiß nichts vom ländlichen Nachbarrechte; dafür kennt es eine ganze Reihe von Dienstbarkeiten, die nur in romanistischen Lehrbüchern, nicht in der Wirklichkeit vorkommen. Die bäuerlichen Ehepacten sind ihm fremd, dafür bietet es — zur Abwechslung — die „Morgengabe“ der germanistischen Lehrbücher. Die Teilpacht wird mit einer mißverstandenen Pandektenstelle abgefertigt, das Ausgedinge, die Gutsübergabe, die Vorwirtschaft fehlen vollständig. Das Familienrecht steht im schneidenden Gegensatz zu den Anschauungen des Bauernstandes¹⁾. Die unvordenkliche Verjährung ist bis auf einen kleinen Rest²⁾ beseitigt, so daß z. B. in Wäldern seit Jahrhunderten bestehende Wegeverbindungen jeden Augenblick abgeschnitten werden können. Im Grundbuchsrecht herrscht ein bureaukratischer Formalismus,

¹⁾ Vgl. z. B. den Antrag der Abgeordneten Hagenhofer, Huber und Genossen (XVIII. Session, Beil. Nr. 726) betreffend die Ausdehnung der väterlichen Gewalt.

²⁾ Der dreißigjährige ruhige Besitz des § 498 (und des aufgehobenen § 1142).

der das außerbücherlich erworbene Eigentum gefährdet und nicht einmal die offenkundige Dienstbarkeit vom Eintragungszwange befreit.

Aber auch die ungerechteste Gesetzesbestimmung findet allemal den Beifall desjenigen, dem sie gerade zum Vorteile gereicht. Daher die berüchtigte Prozeßsucht der Bauern, daher jene endlosen Streitigkeiten, die zuletzt Haus und Hof ver-
schlingen. Es ist der tragische Konflikt zwischen Gesetz und Recht, der da immer wieder ausgekämpft wird.

Das freilich darf man dem Gesetzgeber nicht zumuten, daß er sich in jeder Hinsicht den Anschauungen der Landbevölkerung unterordne. Denn diese Anschauungen hängen zum meist zäh am Alten und das Alte ist oft, aber nicht immer das Beste. Mit der vorsichtigen Schonung muß sich daher die kluge Erziehung des Rechtsgefühles verbinden.

Eine kräftig durchgreifende Agrarpolitik kann vor dem allgemeinen bürgerlichen Rechte nicht halt machen; sie muß vielmehr gerade hier ihr wichtigstes Arbeitsfeld suchen. Es gibt nun freilich Juristen, die meinen, daß das a. b. G. B. den Landwirt schon viel zu viel berücksichtigt habe. Bartsch behauptet in seiner Besprechung des Entwurfes (S. 9) geradezu, vor hundert Jahren habe als „Normaltypus des Bürgers, der der Konstruktion des ganzen Vermögensrechtes zugrunde gelegt wurde“, der Grundbesitzer, der Landwirt, der Hauseigentümer gegolten. Fortan soll nach Bartsch der Kaufmann zum Normaltypus werden. „Übergang vom Grundbesitzrecht zum Kaufmannsrecht“ — das sei die Idee des Entwurfes! Deshalb sollen die Grundsätze des Handelsrechtes nicht mehr auf die Kaufleute beschränkt werden, sondern allmählich aufs allgemeine Privatrecht übergreifen.

Wir wollen hoffen, daß die Gesetzgebung den entgegengesetzten Weg einschlagen und die Anwendung des Handelsrechtes so weit als möglich auf die Kaufleute einschränken wird. Vor allem muß die ungerechte Bestimmung des Art. 277 H. G. B. fallen, die bei einseitigen Handelsgeschäften beide Teile dem Handelsrechte unterwirft. Oder ist es gerecht, daß

wir dem Kaufmanne 6% Zinsen zahlen müssen, bloß weil der Kaufvertrag auf seiner Seite Handelsgeschäft ist? Ist es gerecht, daß wir uns aus demselben Grunde von ihm die Verletzung über die Hälfte gefallen lassen müssen? Soll vielleicht auch das richterliche Mäßigungsrecht bei Vertragsstrafen gegenüber dem einseitigen Handelsgeschäfte versagen?¹⁾

In der Tat scheint der Entwurf nicht auf dem Standpunkte zu stehen, den ihm Bartsch zumutet. Einzelne Bestimmungen zeigen den guten Willen, den Bedürfnissen des Bauernstandes Rechnung zu tragen. Allein diese Bestimmungen sind durchaus unzulänglich und ihnen stehen Bestimmungen gegenüber, die eine empfindliche Verschlechterung des heutigen Rechtszustandes bedeuten. Da die Lage des Bauernstandes ohnedies so ungünstig als möglich ist, wird vom agrarischen Standpunkte aus dem Entwurfe der entschiedenste Widerstand entgegengesetzt werden müssen.

§ 11. Das Überhangsrecht.

Im folgenden sollen diejenigen Bestimmungen des Entwurfes erörtert werden, die für den Grundbesitz besondere Bedeutung haben. Was im Entwurfe fehlt, mag gelegentlich im Vorbeigehen berührt werden. Nur das Überhangsrecht (§ 422 a. b. G. B.) soll ausführlicher besprochen werden, weil bereits ein Antrag der Abgeordneten Karl Tro und Genossen, „betreffend eine Abänderung, beziehungsweise Ergänzung des § 422 a. b. G. B.“²⁾ vorliegt und der Justizauschuß des Abgeordnetenhauses beschlossen hat, die Erledigung dieses Antrages mit der Erledigung unseres Entwurfes zu verbinden.

Auf den ersten Blick ist an der Bestimmung des § 422 a. b. G. B. nichts auszusetzen. Die Antragsteller nennen den Paragraphen „ein treffliches, klar und gerecht scheinendes Gesetz“ und Schuster³⁾ zieht ihn allen verglichenen Gesetzen

¹⁾ Vgl. Prainz, 4. Aufl., § 317, Note 12.

²⁾ Beilage Nr. 921 zu den stenogr. Protokollen des Abgeordnetenhauses, XVIII. Session, 1908.

³⁾ Der Überhang im österr. Rechte mit Berücksichtigung der wichtigsten anderen Gesetzgebungen. Gerichtszeitung, 1883, Nr. 18 bis 23.

des Auslandes vor als „eine Arbeit aus ganzem Holze, ein voll und unverkümmert entwickeltes Rechtsinstitut“.

Dennoch hat die Praxis zu Klagen nach zwei Richtungen hin Anlaß gegeben.

1. Sie spricht dem geschädigten Grundeigentümer die negatorische Klage ab, beschränkt ihn also auf den Weg der Selbsthilfe. Er hat nur das Recht, Äste und Wurzeln selbst zu entfernen¹⁾ und zwar auf eigene Kosten²⁾; er macht sich aber einer Besitzstörung schuldig, wenn er zu diesem Zwecke über seine Grenze hinausgreift, etwa eine Leiter an den Baum lehnt und hinauffsteigt³⁾! Er soll also wohl auf seinem Grunde ein Gerüst errichten, um die höheren Äste zu erreichen, oder gar die Feuerwehr mit ihren Schiebleitern zu Hilfe rufen?

Die meisten älteren⁴⁾ und neueren Gesetze geben dem geschädigten Grundbesitzer ausdrücklich das Recht, den Eigentümer des Baumes zur Beseitigung der Äste zu verhalten; manche, z. B. das französische Gesetz⁵⁾ beschränken ihn auf dieses Recht, andere lassen ihm zwischen Klage und Selbsthilfe die Wahl. So gibt ihm z. B. das sächsische Gesetzbuch (§ 362) das Recht, die überhängenden Zweige abzuschneiden „oder, wenn er die Zweige nicht selbst abschneiden kann oder will, den Eigentümer des Baumes oder der Hecke zum Abschneiden derselben anzuhalten“. Das gleiche Wahlrecht gewährt ausdrücklich — und zwar auch hinsichtlich der Wurzeln — der erste Entwurf des deutschen B. G. B.⁶⁾.

¹⁾ Entsch. Slg. Nr. 3549, IV Nr. 1262.

²⁾ Entsch. Slg., IV Nr. 1262.

³⁾ Entsch. Slg., VIII Nr. 3070.

⁴⁾ Vgl. die von Stobbe, Deutsches Privatrecht, II, § 101, Note 35 bezogenen deutschen und polnischen Quellen, dazu Böhmisches Stadtrecht K 23.

⁵⁾ Code civil, Art. 672 (alt). Ebenso die im übrigen unserem § 422 nachgebildeten Bestimmungen des B. G. B. für den Kanton Argau (§ 490) und für den Kanton Luzern (§ 284). Schuster, Der Überhang und Überfall nach der Rezeption des römischen Rechtes, Gerichtszeitung, 1883, Nr. 13 bis 16.

⁶⁾ § 861, dazu Motive, III, S. 287.

Hingegen spricht das deutsche B. G. B. ebenso wie das preußische Landrecht und unser a. b. G. B. nur von der Selbsthilfe und es ist daher für alle diese Gesetze zweifelhaft, ob dem Geschädigten daneben auf Grund der allgemeinen Regeln die negatorische Klage¹⁾ zur Verfügung stehe. Diese Frage wird z. B. für das preußische Recht von Dernburg²⁾, für das deutsche von Gierke³⁾ bejaht; die Praxis ist aber überall dagegen.

Und doch ist es bezüglich der Zweige gewiß keine unbillige Zumutung, daß der Baumbesitzer die Entfernung besorge; er kann das leichter tun als der Nachbar, der nicht einmal das Recht hat, die Leiter an den Baum zu lehnen, und er kann dabei alle Vorsicht nach eigenem Ermessen anwenden, während der Nachbar dem Vorwurfe ausgesetzt ist, den Baum nicht genügend geschont zu haben. Bezüglich der Zweige bedarf eher das Selbsthilfsrecht besonderer Rechtfertigung als der negatorische Anspruch.

Nicht ganz so steht es um die Wurzeln. Allein bei den Wurzeln ist die Mühe der Beseitigung größer und dazu kommt noch, daß das Aufgraben des Grundes einen empfindlichen Schaden herbeiführen kann. Die Antragsteller geben folgendes Beispiel:

„A. besitzt einen langen Streifen Grundes, den er rigolt, stark gedüngt und mit Luzerne angefüllt hat, welchen Futter-
schlag er durch 15 Jahre nicht mehr umzubrechen gedenkt. Zu gleicher Zeit besitzt B. einen gleich langen, angrenzenden Streifen Grund, den er mit Obstbäumen in einer Zeile bepflanzt hat, so nahe dem Raine, daß Wurzeln und Äste schon im achten Jahre klastenweit in das Luzernefeld des A. eindringen⁴⁾. Infolgedessen wird der Luzerneertrag an den ge-

1) Unser § 523 denkt freilich nur an die Annahmung von Dienstbarkeiten. Eine Verbesserung dieses Paragraphen ist zu wünschen; sie könnte auch zur Einschränkung des Besitzstörungsunwesens viel beitragen.

2) Lehrbuch des preußischen Privatrechts, I, § 220, bei Note 16.

3) Deutsches Privatrecht, II, § 126, Note 48 und 54.

4) Die Wurzeln von Rußbäumen können sich nach jeder Richtung drei Klafter weit ausbreiten. Vgl. die Angaben bei Hoyer, Handbuch über die Abraumungen, § 254.

schädigten Stellen sinken, dem A. daher ein sichtbarer Schaden zugefügt werden. Nach dem § 422 a. b. G. B. könnte ja Rat geschaffen werden, indem A. hingeht, die überhängenden Äste abschneidet und die Wurzeln abhackt; aber dies geht nur so leicht in der Theorie, in der praktischen Wirklichkeit müßte A., um den Wurzeln beizukommen, einen Streifen der Narbe seines Luzerneschlages vernichten."

Der Antrag Tro und Genossen will nun dem A. neben der Selbsthilfebefugnis auch das Recht geben, „den Baumbesitzer zu beauftragen, Wurzeln und Äste unverzüglich zu entfernen und, falls sich derselbe weigert, dies zu tun, die Schadenersatzklage einzureichen, sowie die Entfernung des Übels durch Gerichtsauftrag und -vollzug zu beantragen."

Es dürfte vollkommen genügen, wenn dem § 422 der Satz angefügt wird: „Er kann aber auch verlangen, daß die Wurzeln und Äste vom Nachbargrunde aus beseitigt werden" ¹⁾).

2. Wenn unsere Praxis die Ausübung des Überhangsrechtes gegenüber Waldbäumen nicht gestatten will ²⁾, so bezeichnen dies die Antragsteller mit Grund als ein schreiendes Unrecht ³⁾. Ob überhaupt das einseitige Abschneiden der Äste den Baum gefährde, ist eine Frage, die nach Schuster ⁴⁾ von einer „forsttechnischen Autorität" entschieden verneint worden ist, also zum mindesten noch der Prüfung bedarf. Gewiß aber wird jede Gefährdung des Waldes durch das Überhangsrecht dann abgewendet, wenn die Bäume in angemessener Entfernung von der Grenze angepflanzt werden. Nur weil bisher auf das Überhangsrecht nicht überall Rücksicht genommen worden ist, wird es sich empfehlen, zwar nicht den § 422 zu ändern, der ohne weiteres auch für Waldbäume gelten muß, wohl aber eine transitorische Bestimmung in den Entwurf aufzunehmen, die selbstverständlich ebenso wie die eigentlichen Übergangs-

¹⁾ Vgl. den deutschen Entwurf § 861.

²⁾ Entsch. Slg. Nr. 7180.

³⁾ Ebenso die Protokolle der zweiten Lesung des dtsh. B. G. B., III, S. 147.

⁴⁾ A. a. O. (oben S. 46 Note 3), Nr. 21.

bestimmungen des Entwurfes von der Aufnahme in das a. b. G. B. ausgeschlossen bleibt, etwa folgende:

„Gegenüber Waldbäumen, welche bei Beginn der Wirksamkeit dieses Gesetzes mehr als dreißig Jahre alt sind¹⁾, dürfen die im § 422 a. b. G. B. gewährten Rechte nicht ausgeübt werden. Dem Nachbarn gebührt nur das Überfallsrecht und der Anspruch auf angemessene Schadloshaltung.“

Danach versteht es sich von selbst, daß mit der nächsten Verjüngung des Waldes jede Beschränkung des Überhangsrechtes wegfällt²⁾. Sache der Forstpolizei wird es dann sein, auf Einhaltung eines angemessenen Abstandes von der Grenze im Interesse der Walderhaltung zu dringen³⁾.

§ 12. Das Veräußerungsverbot.

Nach der herrschenden Lehre und nach fester Praxis wirkt das rechtsgeschäftliche Veräußerungsverbot nicht gegen Dritte. Jedoch kann dem Erwerber die Befugnis zur Veräußerung einer Sache auf zweifache Weise entzogen werden. Einmal dadurch, daß einem Dritten ein dingliches Anwartschaftsrecht auf die Sache eingeräumt wird, und dann dadurch, daß die Nichtveräußerung zur Bedingung gemacht wird.

Der heutige Rechtszustand ist unbefriedigend. Man kann es nur billigen, wenn die Gesetzgebung ihre Aufmerksamkeit diesem schwierigen Gegenstande zuwendet. Was der Entwurf bietet (§ 53), ist allerdings schlimmer als nichts.

I. Die häufigsten und wichtigsten Veräußerungsverbote wollen Anwartschaftsrechte sichern, von denen das b. G. B. nichts weiß. Während bei der eigentlichen fideikommissarischen Substitution, d. h. bei der Nacherbenschaft und dem Nachvermächtnisse besondere Veräußerungs- und Belastungsverbote offenbar überflüssig sind (§ 613 a. b. G. B.), scheint das anders, wo gleichartige Verhältnisse durch Verträge unter

¹⁾ Vgl. Code forestier, Art. 150.

²⁾ Vgl. Deutsches Einführungsgesetz, Art. 183.

³⁾ Der Antrag Fro will eine Bestimmung über den Abstand (drei Meter) in das a. b. G. B. aufnehmen.

Lebenden begründet werden. So vor allem bei der bäuerlichen Vorwirtschaft, die ebensowohl durch letztwillige Verfügungen, wie durch Rechtsgeschäfte unter Lebenden angeordnet werden kann¹⁾. Häufig übernimmt die Witwe das Bauerngut, mit der Verpflichtung, dasselbe einem der Kinder — und zwar oft nach eigener Wahl²⁾ — zu übergeben. Die juristische Konstruktion ist verschieden. Bald werden die Kinder als Mit-eigentümer behandelt, während die Witwe ein dingliches „Bewirtschaftungsrecht“ erhält, bald erhält die Witwe — wie bei der alten „Interimswirtschaft“ — ein zeitliches Eigentumsrecht, dem die dinglichen „Anwartschaftsrechte“ der Kinder gegenüberstehen. Zur Sicherung dieser Anwartschaftsrechte dienen Veräußerungsverbote. So betrifft z. B. Entsch. Slg. VIII, Nr. 2928, einen Übergabevertrag, in welchem bestimmt war, daß die Übernehmerin „die erworbene Realität nicht veräußern dürfe und den mit dem Übergeber erzeugten Kindern hinterlassen müsse“³⁾. Der Oberste Gerichtshof entschied für die volle dingliche Wirkung des Veräußerungsverbotes (Unzulässigkeit der Zwangsversteigerung), indem er die Regeln der fideikommissarischen Substitution analog anwendete⁴⁾.

Es ist klar, daß eine gesetzliche Regelung der Anwartschaftsrechte diese Art Veräußerungsverbote entbehrlich macht, während mit der Bestimmung des § 53 Entwurf nicht geholfen ist. Diese Bestimmung ist in bezug auf Voraussetzung und Wirkung zu eng. Man nehme z. B. an, daß ein Bauerngut

¹⁾ Steinbach, Die Wirkungen vertragsmäßiger und letztwilliger Veräußerungs- und Belastungsverbote, G. Z. 1877, Nr. 39; Braun, Die Vorhauung, Not. Btschr., 1899, Nr. 4, 5; Krainz, 4. Aufl., § 479, II.

²⁾ Vgl. Entsch. Slg. Nr. 10630, I, Nr. 610; Steinbach a. a. O.; Krainz, § 479, II, 22.

³⁾ Auch dies ist eine Art der Vorwirtschaft (Steinbach a. a. O.) und zwar diejenige, die der Vorwirtin die größte Freiheit läßt, da sie zur Übergabe bei Lebzeiten nicht verpflichtet ist. Doch wird auch sonst der Zeitpunkt der Übergabe oft ausdrücklich dem Ermessen der Vorwirtin überlassen.

⁴⁾ Vgl. auch Entsch. Slg. VI, 2227; Steinbach, Nr. 44; Randa, Eigentum, S. 217 f.

im Miteigentume von Ehegatten stehe. Die Hälfte des Mannes geht in der Folge auf die Frau über, zugleich wird aber das ganze Gut, also auch der ursprüngliche Anteil der Erwerberin, mit dem Anwartschaftsrechte belastet¹⁾. Nach dem Entwurfe könnte in einem solchen Falle der Frau nur die Befugnis entzogen werden, die vom Manne erworbene Hälfte zu veräußern — gewiß eine unzweckmäßige, wirtschaftlich sinnlose Beschränkung der dinglichen Wirkung des Anwartschaftsrechtes. Dazu kommt noch, daß das Veräußerungsverbot des Entwurfes keinen Schutz gegen die Exekution bietet, also vollkommen wertlos ist.

II. Aber auch das selbständige Veräußerungsverbot — ohne Anwartschaft — darf nicht durchaus der dinglichen Wirkung beraubt bleiben. „Die Spruchpraxis“ sagt Randa²⁾ „hat wohl unbewußt der volkstümlichen Anschauung Rechnung getragen, wenn sie weit über die durch das Gesetz gesteckten Schranken die Verbücherung derartiger Verbote zuläßt. Es wäre wohl wünschenswert, die Zulässigkeit des Eintrages für alle Fälle gesetzlich auszusprechen, in welchen das Verbot auf einem verständigen Interesse beruht — allerdings unter gleichzeitiger Beschränkung der Wirksamkeit desselben“.

Das ist auch der Standpunkt der französischen Praxis. Sie verstößt offenbar gegen das Gesetz und ist eben darum die verlässlichste Zeugin eines unabweisbaren Bedürfnisses. Chéron³⁾ hat diese Praxis vortrefflich dargestellt und gewürdigt. Alle Entscheidungen lassen das Veräußerungsverbot unter zwei Voraussetzungen gelten. Es muß motiviert sein „par un intérêt sérieux et légitime“⁴⁾ und darf nicht stipuliert sein „pour une trop longue durée“⁵⁾.

1) Steinbach, Nr. 39 a. G.

2) Eigentum, S. 220.

3) La jurisprudence sur les clauses d'inaliénabilité, sa logique, ses limites in der Revue trimestrielle de droit civil 1906, S. 339 ff.

4) Chéron a. a. O., S. 351.

5) Chéron a. a. O., S. 353.

Nun betrachte man etwa den Fall der österreichischen Entscheidung Slg. V, Nr. 2070. Ein Onkel hat seinen Nissen zum Alleinerben eingesetzt und ihm verboten, den Nachlaß vor Ablauf von 30 Jahren zu veräußern. Vom Testamentsverfasser über den Grund dieses Verbotes befragt, hatte der Erblasser erklärt: „Mein Erbe ist jung und könnte auf Abwege geraten“¹⁾. Ungeachtet des Verbotes verkaufte der Erbe noch vor Ablauf der Frist einige Grundstücke und zederte verschiedene Nachlaßforderungen. Nunmehr verlangten die gesetzlichen Erben Herausgabe der ganzen Erbschaft.

Wie ist zu entscheiden? Einigkeit besteht gegenwärtig — und das ist merkwürdig genug — darüber, daß einem letztwilligen Veräußerungsverbote die geringere Wirkung, d. h. die einfache Vereitelung der vertragswidrigen Veräußerung nicht beigelegt werden kann, wohl aber die größere, nämlich Ungültigkeit der Veräußerung und zugleich Verwirkung des Gutes selbst. Diese doppelte Wirkung wird dem Veräußerungsverbote dadurch gesichert, daß die Zuwiderhandlung zur auflösenden Bedingung der Zuwendung gemacht wird²⁾. In manche schreiben dem letztwilligen Veräußerungsverbote als einer Auflage (Auftrag) gemäß § 709 a. b. G. B. ohne weiteres die Wirkung einer auflösenden Bedingung zu. Nun ist es zwar gewiß nicht richtig, wenn dagegen eingewendet wird, daß eine Auflage nicht in einer Unterlassung (Nichtveräußern) bestehen könne, um so gewisser ist aber, daß die Anwendung der Regel des § 709 a. b. G. B. bei den meisten Auflagen und ganz besonders bei Veräußerungsverboten weit über die Absicht des Erblassers hinausgeht, ja derselben geradezu zuwiderläuft.

¹⁾ „Inaliénabilité prescrite pour protéger le gratifié contre sa propre prodigalité“. Chéron, S. 362 ff.

²⁾ Vgl. dagegen — für das deutsche Recht — Schott, über Veräußerungsverbote und Resolutivbedingungen im bürgerlichen Rechte, in der Festschrift für Felix Dahn (1905), S. 303 ff. Die französische Praxis läßt beide Arten des Veräußerungsverbotes zu, entscheidet sich aber im Zweifel für die geringere Wirkung. Chéron, S. 361. Österreichisches Recht: Steinbach, Nr. 40, Randa, S. 208 f., S. 216, R. 45, S. 217, Krainz, § 201.

Deshalb hat der Oberste Gerichtshof in unserem Falle die Klage der gesetzlichen Erben mit Recht abgewiesen — „zumal man bei gegenteiliger Meinung zu dem geraden Gegenteile dessen gelangen würde, was der Testator vor Augen hatte, nämlich die Erhaltung des vermachten Vermögens zugunsten des Erben zu bewirken.“ Danach ist also das letztwillige Veräußerungsverbot regelmäßig „nicht bloß dritten gegenüber, sondern überhaupt ohne alle rechtliche Wirkung, ein nudum praeceptum ohne weitere rechtliche Konsequenzen“¹⁾.

Sollen nun in Zukunft dinglich wirksame Veräußerungsverbote zugelassen werden, so wird die Gesetzgebung regeln müssen:

1. Die Ausnahmefälle, in welchen die Veräußerung zulässig bleibt. Von letztwilligen Veräußerungsverboten sollte die Abhandlungsbehörde aus wichtigen Gründen Befreiung erteilen können, z. B. zum Zwecke einer wirtschaftlich gerechtfertigten Belastung oder eines vorteilhaften Tausches. Vgl. § 634 a. b. G. B.

2. Die Anfechtung des Veräußerungsverbotes wegen Fehlens des „*intérêt sérieux et légitime*“.

3. Die Aufhebung des Veräußerungsverbotes bei Veränderung der Umstände (Wegfall des Zweckes).

4. Die Erlöschung durch Ablauf der gesetzlichen Frist.

Der Entwurf (§ 53) läßt das dingliche Veräußerungsverbot nur bei Übertragung von Sachen²⁾ an die nächsten Angehörigen zu; seine Absichten wird in vielen Fällen § 774 a. b. G. B. teilweise vereiteln. Besonders schlimm ist es aber, daß das Verbot nur die vertragsmäßige Veräußerung oder Belastung ausschließen soll, obwohl über die Unbrauchbarkeit eines derart beschränkten Verbotes alle Welt einig ist³⁾.

¹⁾ Steinbach, Nr. 41. Vgl. auch Randa, S. 212.

²⁾ Der Entwurf sagt „Übertragung von Rechten“, denn er spricht die Sprache des östl. B. G. B. (§ 137, vgl. bezüglich der Sachen § 90).

³⁾ Nur als einstweilige Verfügung kann man sich diese halbe Maßregel gefallen lassen.

„Man denke nur daran,“ sagt Steinbach ¹⁾, „daß ein Gläubiger, welchem vom Schuldner freiwillig ein Pfandrecht eingeräumt wurde, dieses zwar auf die betreffende Realität nicht einverleiben lassen kann, daß ihm aber völlig freistehen soll, auf Grund derselben Forderung im Exekutionswege ein Pfandrecht an derselben Realität zu erlangen.“ Einen derartigen Fall bespricht Chéron (S. 356 ff.). Einem Vermächtnisnehmer war die Veräußerung des vermachten Gutes — und somit auch die Belastung — auf die Dauer von zehn Jahren verboten. Er nahm gleichwohl vor Ablauf der Frist eine Hypothek auf. Diese Hypothek (*hypothèque conventionnelle*) wurde wegen Verletzung des Veräußerungsverbotes für nichtig erklärt. Nunmehr klagte der Gläubiger seine Forderung ein, erwirkte ein Urteil und verlangte auf Grund desselben die Eintragung einer Zwangshypothek (*hypothèque judiciaire*). Aber der Gerichtshof von Rouen wies ihn ab und das Appellationsgericht bestätigte diese Entscheidung (5. April 1905). Chéron findet hierin nur „le développement logique d'une jurisprudence beaucoup plus soucieuse des intérêts pratiques que des textes et des principes légaux“.

Zwangsverkauf und Zwangshypothek werden das Veräußerungs- und Belastungsverbot des § 53 unseres Entwurfes vereiteln und dabei wird sich keineswegs immer eine Gesetzesumgehung behaupten oder gar nachweisen lassen. Wird der Realkredit gesperrt, so versteht es sich von selbst, daß der Personalkredit in Anspruch genommen werden muß und dieser führt im Wege der Zwangsvollstreckung zur Veräußerung oder Belastung. So wird § 53 nichts anderes bewirken, als eine Verteuerung des Kredites und Beförderung des Wuchers, zugleich aber auch eine kräftige Verlockung zur Gesetzesumgehung. Die neue Bestimmung wird also gewiß nicht dazu beitragen, das Ansehen der Gesetzgebung zu erhöhen.

¹⁾ G. Z. 1877, Nr. 43. Vgl. auch Randa, S. 211, N. 35 a. G., S. 212, N. 38.

§ 13. Die Grunddienstbarkeiten.

Der Entwurf befaßt sich nicht mit den nachbarrechtlichen Befugnissen, den sogenannten gesetzlichen Dienstbarkeiten; er schweigt von der Eigentümerdienstbarkeit, von der entgeltlichen Dienstbarkeit und von jenen gleichsam *rebus sic stantibus* eingeräumten Dienstbarkeiten, die ich gelegentlich als „bedingte Dienstbarkeiten“ bezeichnet habe¹⁾. Der Wegfall der Dienstbarkeit im Falle der Kulturänderung oder der Verbauung der dienenden Liegenschaft wird auch in Zukunft eine besondere Eigentümlichkeit des Notweges bleiben²⁾ und die Befreiung der erlassenen Wege- und Wasserleitungsdienstbarkeiten vom Eintragungszwange bleibt auch in Zukunft ein Vorrecht der Kronländer Tirol und Vorarlberg.

1. Dafür bringt der Entwurf als vermeintliche Neuerung die selbstverständliche Regel, daß Dienstbarkeiten nach der Teilung des herrschenden oder des dienenden Grundstückes hinsichtlich aller Teile fortbestehen, soferne sie nicht von vorneherein auf bestimmte Teile beschränkt waren. Zweifelhaft ist doch wohl nur, ob der Grundbuchsrichter auch ohne Zustimmung des Berechtigten mit der Löschung vorgehen kann, wenn die Einschränkung der Dienstbarkeit auf einzelne Grundteile aus dem öffentlichen Buche hervorgeht (§ 12 G. B. G.) oder urkundlich nachgewiesen wird, oder ob die Löschung ohne Einwilligung des Berechtigten nur im Prozeßwege durchgesetzt werden kann³⁾. Der Entwurf und die erläuternden Bemerkungen werfen beide Fragen zusammen: die materiellrechtliche (§ 57, Satz 2: „erlischt“) und die formellrechtliche (ebenda

¹⁾ Krainz, System, 4. Aufl., § 259, Nr. 10.

²⁾ „Der Eigentümer soll ein für allemal darauf verzichten, sein Grundstück gemäß der wirtschaftlichen Konjunktur auszunützen; zwischen ergiebigeren Äckern, zwischen den Häusern der erweiterten Stadt“ soll die Wiese (Entsch. Slg. Nr. 9078) „im ursprünglichen Zustande liegen bleiben, damit dem Nachbarn die Bahn frei bleibe für die einmal oder zweimal im Jahre unternommene Fahrt“. Vgl. meine Besprechung des Vorarlberger Servitutengesetzentwurfes in d. Jur. Bl. 1904, Nr. 19.

³⁾ Vgl. die Prozeßentscheidung Slg. Nr. 12537 und die Grundbuchsentscheidung Slg. III, Nr. 1228.

Satz 3: „ist zu löschen“). Die erläuternden Bemerkungen sprechen sogar von einer „Grundbuchsberichtigung von Amts wegen“, sie setzen aber voraus, daß die Beschränkung „aus dem Grundbuche zu ersehen oder sonst festgestellt ist“.

Bedeutet „sonst festgestellt“ die Feststellung im Prozeßwege? Oder nimmt der Grundbuchsrichter einen Lokalaugen-schein vor? Oder ist nur an den Urkundenbeweis gedacht? Nach dem schweizer. Gesetzbuche (§ 743) ist allerdings die Löschung auch ohne Urkunde und ohne Prozeß möglich. Der Grundbuchsrichter teilt dem Berechtigten das Lösungsbegehren mit und vollzieht die Löschung, wenn binnen Monatsfrist kein Einspruch erfolgt. Der Einspruch kann nur im Prozeßwege entkräftet werden. Wird bei uns der Berechtigte wenigstens angehört werden, bevor ihm die „Grundbuchsberichtigung von Amts wegen“ sein Recht abspricht?

2. Nach § 1482 a. b. G. B. wird derjenige, der ein Recht auf fremdem Grunde „durch noch so lange Zeit nur auf einem Teile des Grundes oder nur auf eine bestimmte Weise ausübte, in seinem Rechte nicht eingeschränkt“. Dagegen läßt der Entwurf (§§ 55 und 57) die Dienstbarkeit zum Teile erlöschen, wenn ihre Ausübung tatsächlich nur einem Teile des herrschenden Grundstückes zustatten kommt oder sich tatsächlich auf einen Teil des dienstbaren Grundstückes beschränkt. Das Richtige wäre: die Dienstbarkeit erlischt hinsichtlich des Restes, wenn sie rechtlich¹⁾ auf einen Teil beschränkt ist oder tatsächlich nicht in weiterem Umfange ausgeübt werden kann.

3. Für die Teilung eines Grundstückes haben wir bekanntlich kein anderes gerichtliches Verfahren als das streitige — nur dieses Verfahren ist zulässig, mögen auch die Beteiligten einig sein. Umgekehrt soll es in Zukunft bei der Aufteilung von Dienstbarkeiten, die den Anspruch auf Nutzungen gewähren, nur ein Verfahren außer Streitigkeiten geben, auch wenn die Beteiligten nicht einig sind. Infolgedessen ver-

¹⁾ B. durch Vertrag, durch Erfügung des Hinderungsrechtes (§ 1482).

doppelt sich das Teilungsverfahren, wenn zugleich ein Grundstück und die damit aktiv oder passiv verbundene Dienstbarkeit geteilt werden soll. Ein streitiges und ein außerstreitiges Verfahren laufen nebeneinander her.

„Über die streitig bleibenden Punkte hat das Gericht mit Ausschluß des ordentlichen Rechtsweges durch Beschluß zu entscheiden.“ Damit wird ein Grundsatz des Verfahrens außer Streitsachen (§ 2, Z. 7 kais. Pat. v. 9. August 1854) preisgegeben¹⁾, das Verfahren verdient diesen Namen nicht mehr, es ist nur noch ein verwilderter Prozeß. So weit geht nicht einmal die nicht eben billige²⁾ Bestimmung des § 22 Entw., da sie auf den Prozeßweg für den Fall verweist, daß die Mittel des Verfahrens außer Streitsachen zur Feststellung streitiger Tatsachen nicht ausreichen. Bei der Aufteilung der Dienstbarkeiten wird aber der Richter mit diesen Mitteln unter allen Umständen das Auslangen finden müssen, mögen sie zur Feststellung der entscheidenden Tatsache ausreichen oder nicht³⁾.

Für die Aufteilung ist in erster Linie das Einverständnis der „Beteiligten“ maßgebend; kommt ein Einverständnis nicht zustande, so entscheidet der Richter „wie es allen Interessen billigerweise am besten entspricht“. Sehr schön! Aber wer gehört zu den Beteiligten und auf wessen Interessen ist Rücksicht zu nehmen?

Es scheint mir (schon wegen § 57) nicht zweifelhaft, daß an dem Verfahren sowohl die Eigentümer des geteilten Grundstückes als auch der Eigentümer des (dienenden oder herrschenden) Nachbargrundstückes teilnehmen. Die Aufteilung soll nicht bloß das innere Verhältnis zwischen den Teilhabern regeln, sondern

¹⁾ Ott, Rechtsfürsorgeverfahren, S. 73.

²⁾ Der Vormundschaftsrichter, der die Verfolgung des Erzeugers veranlaßt und die Interessen des Kindes wahrzunehmen hat, ist dazu berufen, im Verfahren außer Streitsachen — also als Vormundschaftsrichter — die dem Vater obliegenden Leistungen festzustellen.

³⁾ Man denke z. B., es handle sich um einen außergerichtlichen Verzicht, der abgeleugnet wird.

die Dienstbarkeit selbst zerlegen. Deshalb wird ja auch § 847 a. b. G. B., soweit er sich auf Dienstbarkeiten bezieht, außer Kraft gesetzt (Entw. § 58). Es handelt sich also um eine Servitutenregulierung und da zu den Dienstbarkeiten, die einen Anspruch auf Nutzungen gewähren (§§ 56, 57) auch — und gewiß in erster Linie — Forstdienstbarkeiten und Weiderechte gehören, so gerät der Entwurf hier in einen Gegensatz zur Landesgesetzgebung, die zur Regulierung dieser Rechte die politischen Behörden beruft. Zum mindesten sollte die Mitwirkung der politischen Behörden im Sinne des § 43 des Servitutenpatentes von 1853 vorgesehen werden; nur sie können darüber entscheiden, ob die vom Gerichte beurkundete oder verfügte Teilung „mit den Landeskulturrücksichten“ vereinbar sei.

§ 14. Die Grenzstreitigkeiten.

Unzulänglich und unklar ist das Grenzrecht des a. b. G. B. Die Absicht des Entwurfes, hier Abhilfe zu schaffen, muß dankbar begrüßt werden. Leider sind die neuen Bestimmungen noch unzulänglicher und nicht weniger unklar. Schon erregt die Fassung des § 60 Entw. neue Zweifel über das Verfahren¹⁾ und noch klingt im selben Paragraphen die unverständliche oder unverständige Weisung des § 853 a. b. G. B. nach, die streitige Fläche „nach Verhältnis des Besitzes, von welchem der Anspruch ausgeht“, zu verteilen²⁾.

Die erläuternden Bemerkungen lassen erkennen, daß sich der Entwurf hinsichtlich des Verfahrens der neuesten Praxis anschließen will. Der Oberste Gerichtshof hat mit Spruch Nr. 179³⁾ nicht nur die Grenzerneuerung (§ 850), sondern

¹⁾ Krassnopolski, S. 33; Wellspacher S. 35; Kafka S. 21.

²⁾ Wellspacher, S. 36. Daß die Verfasser des Entwurfes meine Ausführungen bei Krainz, 4. Aufl., II, S. 387, nicht beachtet haben, fällt nicht auf, wohl aber, daß auch die Zurückweisung dieses Teilungsmassstabes in den deutschen Motiven, III, S. 272 f., auf sie keinen Eindruck gemacht hat.

³⁾ Sammlung VIII, Nr. 2967. Ebenso schon Burckhard, System II, § 127, Nr. 12.

auch den Schutz des letzten Besitzstandes (§ 851) dem Verfahren außer Streitfachen zugewiesen. In den Gründen heißt es: „Selbstverständlich liegt keiner der Fälle der §§ 850 und 851 a. b. G. B. vor, wenn jemand behauptet, daß sein Eigentum bis zu einer bestimmten Grenze reicht. In diesem Falle ist die Eigentumsklage (§§ 366, beziehungsweise 372 a. b. G. B.) einzubringen“¹⁾.

Wie steht es nun mit den §§ 852 und 853? Offenbar haben diese Paragraphen nichts mit der Grenzerneuerung nach § 850, aber auch nichts mit dem Besitzesschuze nach § 851 zu tun. Denn die Ausmessung, von der § 852 spricht, kann zur Ermittlung des Besitzstandes nichts beitragen und die Verteilung nach § 853 setzt voraus, daß „keine Partei ein ausschließendes Besitz- oder Eigentumsrecht“²⁾ bewiesen hat. Beide Paragraphen beziehen sich auf das petitorische, nicht auf das possessorische Verfahren. Die Eigentumsklage, die § 851 vorbehält, hat also ihre Besonderheiten und man wird darum vorläufig noch an dem besonderen Namen „Grenzscheidungsklage“ festhalten dürfen.

Erst der Entwurf zieht beide Paragraphen in das außerstreitige Grenzbesitzverfahren hinein, so daß sie für den Grenzscheidungsprozeß fortan nicht mehr in Betracht kommen. Die Teilung der streitigen Fläche findet nach dem Entwurfe nicht im petitorischen, sondern schon vorher im possessorischen Verfahren statt. Unter der „streitigen Fläche“ ist daher die Fläche zu verstehen, deren Besitz, nicht die Fläche, deren Eigentum streitig ist. Das possessorische Verfahren des Entwurfes soll unter allen Umständen, auch wenn der letzte Besitzstand ungewiß ist, zur Festsetzung einer Grenze führen und diese Grenze — also die Besitzgrenze — wird sogar sofort vermarktet (§ 61 Entw.), obwohl ja die Grundmarken Eigentums-

¹⁾ Dessenungeachtet weisen manche Gerichte jede „vorzeitig“ überreichte Eigentumsklage dieser Art wegen Unzulässigkeit des Rechtsweges zurück. Dabei dient Entsch. Slg. III, Nr. 969, als Vorbild.

²⁾ Daß das Besitzrecht mit dem letzten Besitzstande nichts zu schaffen hat, ergibt ein Blick auf § 851.

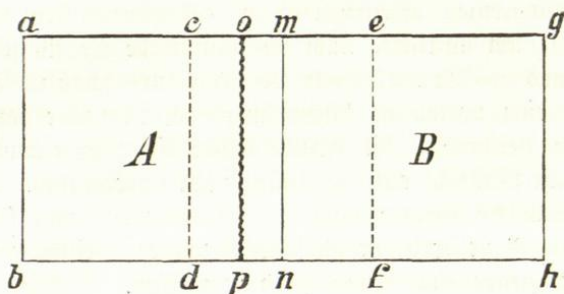
nicht Besitzgrenzen bezeichnen sollen. Indessen ist ein solcher Vorgang nicht unerhört. Auch die französische Praxis gestattet auf Grund des Art. 27 Code de procédure schon im Besitzprozesse eine vorläufige Abmarkung nach Maßgabe des festgestellten Besitzes¹⁾. Die Herübernahme dieser Einrichtung ist jedoch mit Rücksicht auf die Kosten nicht unbedenklich. Denn die abgemarkte Grenze muß ja möglicherweise nach Durchführung des petitorischen Verfahrens wieder beseitigt werden, um einer neuen Abmarkung Platz zu machen.

Aber das ist noch nicht das Schlimmste. Unerträglich ist der Ausschluß der Teilungsbefugnis aus dem Rahmen des petitorischen Verfahrens. Dieses Verfahren kann ja nicht erspart bleiben, wo der augenblickliche Besitzstand dem wirklichen oder vermeintlichen Rechte nicht entspricht. Der Anrainer, der sich verkürzt glaubt, wird in solchen Fällen ohne weiteres die Eigentumsklage anbringen; mit dem Schutze des letzten Besitzstandes ist ihm ja nicht gedient. Wenn sich nun aber der Verlauf der richtigen Grenze nicht vollkommen genau nachweisen läßt, so kann um eines schmalen Streifens, um irgend einer fragwürdigen Ecke willen nun doch noch das außerstreitige Verfahren nötig erscheinen, denn nicht von jedem Grundbesitzer — am wenigsten von dem, der auf ererbtem Grunde sitzt — kann man verlangen, daß er auf ein Stückchen Grund der Einfachheit halber verzichte. Schließlich soll doch Recht Recht bleiben!

Allein selbst wenn beide Verfahrensarten in der vom Entwurfe gewünschten Reihenfolge angewendet werden, wird das Ergebnis nicht immer befriedigen.

Die Grenze zwischen den Grundstücken des A und des B ist streitig. Der Besitz des A reicht jedenfalls von ab bis cd, der des B von ef bis gh, hinsichtlich der Fläche cdef läßt sich der letzte Besitzstand nicht feststellen. Diese Fläche wird geteilt, man ist die gemäß §§ 60, 61 des Entwurfes im Ver-

¹⁾ Zachariä-Crome, Handbuch, I, S. 480, N. 9; Höniger, Grenzstreitigkeiten, S. 39.



fahren außer Streitfachen festgesetzte und vermarktete Grenze. Das petitorische Verfahren, insbesondere die Vermessung ergibt, daß das Eigentum des A weiter reicht, allein der Verlauf der Grenze bleibt zweifelhaft. Die vom Kläger A behauptete Grenze ef läßt sich nicht erweisen, sicher ist nur, daß das Eigentum des A mindestens bis op reicht, der Beklagte beweist gar nichts. Es ergibt sich also eine streitige Fläche opef, hinsichtlich welcher kein Teil ein „ausschließendes Besitz- oder Eigentumsrecht“ erwiesen hat. Nach § 853 a. b. G. B. müßte nun der Prozeßrichter diese Fläche teilen. Nach dem Entwurfe aber bleibt es in unserem Falle bei der Grenze mn, also bei der Verteilung des ganzen Raumes, hinsichtlich dessen der Besitz streitig war — obwohl nun feststeht, daß in die Teilung eine Fläche einbezogen worden ist, die zweifellos Eigentum des Klägers ist. Dabei mache man sich nur recht klar, daß es sich hier nicht etwa um nachträglich aufgefundene Beweismittel handeln muß, der Kläger wird ja zum Beweise seines Rechtes im Besitzverfahren nicht zugelassen und auch von der Redlichkeit des Besitzes ist dort nicht die Frage. Selbst wenn die richtige Grenze sofort nachweisbar ist, muß der Richter im künftigen Grenzbesitzverfahren die Grenze des (redlichen oder unredlichen) Besitzes festsetzen und vermarken und der Kläger muß mit verschränkten Armen einem Verfahren zusehen, dessen Folgen — wie unser Beispiel zeigt — gar nicht mehr gutzumachen sind.

Den Grenzstreit schiebt eben der Entwurf ganz auf das Geleise unserer berüchtigten Besitzstörungsstreitigkeiten hinüber.

Ob aber derartige Streitigkeiten in der hierfür bestimmten Form des Besitzprozesses oder im außerstreitigen Verfahren erledigt werden, das tut fürwahr wenig zur Sache. Die Kosten bleiben dieselben und es bleibt dabei, daß die Rechtsfrage, auf die es ankommt, nicht gelöst wird. Auf das erste Verfahren muß also ein zweites folgen, wieder Lokalaugenschein, wieder Sachverständige ußf.

Wenn dann nicht einmal dieses zweite Verfahren zum Ziele führt, weil eben schon das erste ohne alle Rücksicht auf den Rechtsstandpunkt Sonne und Wind ungünstig verteilt hat, dann kann schließlich dieser ganze Zweig der Rechtspflege nur dazu dienen, das Vertrauen in die staatliche Rechtspflege zu zerstören und den Bauern, der mit schweren Opfern um sein gutes Recht kämpft, der Verzweiflung und dem Querulantenwahnsinne preiszugeben. Quid, inquam, prodest fundum habere, si, quae diligentissime descripta a maioribus iura finium, possessionum, aquarum itinerumque sunt, haec perturbari aliqua ratione commutarique possunt? (Cicero pro Caecina).

§ 15. Der Realkredit.

Unter der Aufschrift „Verfügung des Eigentümers über die Hypothek“ behandelt der Entwurf die Eigentümerhypothek¹⁾, die entweder durch Vereinigung (§ 63) oder durch Übertragung einer materiell erloschenen Hypothek auf den Eigentümer (§ 64) entsteht, ferner das damit verwandte Recht des Eigentümers, materiell erloschene Hypotheken auf Dritte zu übertragen (§ 64) und das Recht, formell gelöschte Hypotheken durch neue zu ersetzen (§§ 68, 69)²⁾.

¹⁾ Steinlechner, über die Regierungsvorlage, S. 21, will wegen Entw. § 65 nicht von einer „Eigentümerhypothek“ sprechen, Rakfa, die sachenrechtlichen Bestimmungen, S. 28, nicht von einer „eigentlichen Eigentümerhypothek in der wahren Bedeutung dieses Wortes“. Vgl. Sächf. B. G. B., § 444; v. Meibom, Mecklenburgisches Hypothekenrecht, S. 224 ff.; Stobbe-Lehmann, III, § 148, bei Note 93.

²⁾ Im § 69 ist das schöne „für den Fall, als“ zu beachten. Vgl. Entw. § 7: „In dem Falle, als“.

Das a. b. G. B. läßt die Frage offen, ob der Eigentümer über erloschene Hypotheken verfügen könne. Einige Schriftsteller haben schon für das geltende Recht die Eigentümerhypothek verteidigt¹⁾, während andere ein Verfügungsrecht des Eigentümers entweder nur in gewissen Ausnahmefällen oder gar nicht zulassen wollen²⁾. Die ältere Praxis ließ in der Regel die Erneuerung der erloschenen Hypotheken zwischen denselben Parteien, oft auch — ganz abgesehen von Fällen des gutgläubigen Erwerbes — die Abtretung an dritte Personen zu.

Eine vernünftige Entwicklung der Praxis wurde jedoch durch ein Gesetz unmöglich gemacht, das dem Realkredite Erleichterungen bringen wollte — das Konvertierungsgesetz vom 14. Juni 1888³⁾. Wie dieses Gesetz, so hält auch das überkünstliche Konvertierungsgesetz vom 22. Februar 1907 ängstlich an dem Grundsatz fest, daß eine durch Zahlung erloschene Hypothek nicht mehr auflieben darf, stellt ihn aber durch wunderliche Beschränkungen des Aufsetzungsrechtes (§ 11) doch wieder in Frage. Schon bei der Beratung des neuen Konvertierungsgesetzes kündigte der Justizminister an, daß er sich bei der Revision des a. b. G. B. auf den entgegengesetzten Standpunkt stellen wolle⁴⁾ und wirklich beeilte er sich, mit dem vorliegenden Entwurfe noch in demselben Jahre, in dem das Konvertierungsgesetz die Sanktion erlangt hatte, dessen Abschaffung in Angriff zu nehmen. Warum also eigentlich das neue Konvertierungsgesetz geschaffen werden mußte, das wird stets ein Rätsel bleiben.

Der Entwurf stellt die erloschene Hypothek wieder in den Dienst des Kreditbedürfnisses, der Eigentümer kann ihren Rang

¹⁾ Strohal, Die Eigentümerhypothek, 1883; Steinlechner in der Krit. Vierteljahresschr., 26, S. 406 ff. und in seinem Vortrage über die Regierungsvorlage, S. 20.

²⁾ Vgl. die Angaben bei Krainz, System, § 292, Note 19a, und bei Schiff, Die Konvertierung der Hypothekarschulden (Sonderabdruck a. d. Ztschr. f. Volkswirtschaft, 1893), S. 62 ff.

³⁾ Krainz, System, § 288, Note 13a.

⁴⁾ Till, Der Entwurf, S. 18 f.

ausnützen, um — ohne Rücksicht auf die nachfolgenden Satzgläubiger — unter günstigen Bedingungen Kredit zu erlangen.

Leider verzichtet auch der Entwurf nicht auf willkürliche Beschränkungen dieses Verfügungsrechtes¹⁾.

1. Entwurf § 64 bestimmt: „Ist die pfandrechtlich sicher gestellte Forderung in Annuitäten rückzahlbar, so erwirbt der Eigentümer erst nach Erlöschung der ganzen Forderung dieses Verfügungsrecht.“ Den Grund erblicken die erläuternden Bemerkungen (S. 29) darin, daß „eine rationelle Aktion zur Entschuldung des Grundes und Bodens die tunlichste Förderung der Annuitätendarlehen verlangt“. „Auch wird die wünschenswerte Ordnung im hypothekarischen Lastenstande des Grundbesitzes dadurch angebahnt, daß die Möglichkeit versagt bleibt, ein Annuitätendarlehen zu erneuern, so lange es nicht vollständig abbezahlt ist.“ Das ist graue Theorie. In Wirklichkeit kann die Ausnahmsbestimmung des Entwurfes die Amortisationshypothek nur schädigen, nicht fördern, den Lastenstand nur erhöhen, nicht in „die wünschenswerte Ordnung“ bringen.

Das Kreditbedürfnis können eben gesetzliche Vorschriften nicht aus der Welt schaffen, sie können es nur vom nächsten und zweckmäßigsten Wege abdrängen. Ein Fall aus der Praxis²⁾ soll uns zunächst die gegenwärtige Rechtsprechung in Erinnerung bringen. Der Spar- und Vorschußverein in P. hatte als Inhaber einer ersten Hypothek von K 760 dem Schuldner nach Abstattung von K 418 neuerlich K 412 kreditiert. Bei der Meistbotsverteilung wurde von den nachfolgenden Satzgläubigern gegen die Zuweisung dieses Teilbetrages Widerspruch erhoben und alle Instanzen haben diesem Widerspruche Folge gegeben. Ganz ebenso wird der Fall nach dem Entwurfe entschieden werden müssen. Handelt es sich um ein Annuitätendarlehen, so ist eine Krediterneuerung nach § 64, Abs. 2, ausgeschlossen. Dem Grundbesitzer, der neuerlich Kredit braucht, stehen nur zwei Wege offen:

¹⁾ Vgl. Weispacher, S. 36 ff. Rakfa, S. 23 ff.

²⁾ Entsch. Slg. VIII, Nr. 3224. Juristische Blätter, 1906, Nr. 19.

a) Er räumt dem Kreditgeber eine Hypothek schlechtesten Ranges ein. Dafür wird er hohe Zinsen zahlen müssen. Außerdem hat er bei unpünktlicher Zahlung alsbald die Realexecution zu erwarten. Der nachfolgende Gläubiger hat nämlich ein großes Interesse daran, noch vor gänzlicher Abzahlung der Amortisationshypothek die Zwangsverwaltung oder — noch besser — die Zwangsversteigerung zu erwirken, um die nach § 65 in Verbindung mit § 64, Abs. 2, unvermeidliche Vorrückung rechtzeitig ausnützen zu können.

b) Der Eigentümer kann sich aber auch durch eine neuartige Konvertierung helfen. Er nimmt ein Darlehen in der Höhe der ursprünglichen Forderung (760 Kronen) auf, zahlt die restlichen Annuitäten nebst der etwa verlangten Prämie¹⁾ auf einmal zurück und macht zugleich von dem hiermit gewonnenen Verfügungsrechte zugunsten des neuen Darlehens Gebrauch. Daß auch dieser Weg kostspielig ist, liegt auf der Hand. Dafür aber lernt der Eigentümer etwas dabei: er wird sich in Zukunft auf Annuitätendarlehen nicht mehr einlassen.

So sieht bei uns die „tunlichste Förderung“ der Annuitätendarlehen aus. Im Deutschen Reiche macht man das anders. Da erhält der Schuldner in der Höhe der gezahlten Annuitäten neuen Kredit, es wird ihm „durch die Abtragung für den Notfall eine Reserve bereit gehalten“²⁾. Damit hängt es, beiläufig bemerkt, zusammen, daß die Statuten mancher Kreditanstalten (Einführungsgesetz Art. 167) dem Eigentümer die Befugnis entziehen, über den abgetragenen Teil des Kapitals zu verfügen, insbesondere denselben löschen zu lassen³⁾. Auch die Klauseln, die der letzte Absatz unseres § 64 wahrscheinlich im Auge hat⁴⁾, gehören hierher.

1) Mullh von Dypenried, Der Hypothekarkreditverkehr, S. 31.

2) Oberneck, Die Eigentümerhypothek im Lichte der Praxis (Gruchots Beitr. 47), S. 333; Brinck, Die Bezahlung der Hypothekenforderung und der Grundschuld (1907), S. 18.

3) Oberneck, S. 337.

4) Vgl. erl. Bem., S. 98, mit den Protokollen der zweiten Lesung des dtsh. B. G. B., III, S. 147. Dazu Brinck, S. 5 f. Auf die Not-

2. Nun wollen wir annehmen, die Hypothek des Spar- und Vorschußvereines in P. sei nicht in Annuitäten, sondern etwa in gleichbleibenden Teilbeträgen rückzahlbar gewesen¹⁾. Dann steht der Kreditneuerung § 64, Abs. 2, nicht im Wege²⁾. Man sollte nun meinen, daß eine außerbücherlich erloschene Hypothek außerbücherlich wiederhergestellt werden könne. Ein Vorrückungsrecht der nachfolgenden Gläubiger gibt es nicht mehr, warum sollte also diese bequemste und wohlfeilste Form des Realkredites dem Schuldner verschlossen bleiben?

Dagegen spricht jedoch § 67 des Entwurfes. Danach ist es eine besondere Begünstigung der Pfandbriefanstalten, daß sie die teilweise erloschene Forderung durch Ausgabe neuer, niedriger verzinslicher Pfandbriefe wieder auf die ursprüngliche Höhe bringen können³⁾. Die Beseitigung dieses Paragraphen wäre dringend zu wünschen⁴⁾.

3. Nach § 64 ist der Eigentümer berechtigt, die Hypothek auf Grund einer Lösungsquittung einem Dritten für eine neue Forderung einzuräumen. Es wäre nun gewiß zweckmäßig, dem Eigentümer neben dem Ansprüche auf die Lösungsquittung (§ 1369 a. b. G. B.) wahlweise den Anspruch auf unmittelbare Abtretung der erloschenen Hypothek an einen von ihm bestimmten Dritten zu gewähren⁵⁾. Gegenwärtig hilft man sich im Deutschen Reiche durch Aufnahme folgender Klausel in die Schuldscheine:

„Bei Fälligkeit der Forderung ist auf Verlangen des Eigentümers der Gläubiger verpflichtet, gegen Empfang des Beweiskopie einer dem § 1179 des dtsh. G. B. (§ 814 des Schweizer G. B.) entsprechenden Bestimmung habe ich bereits an anderer Stelle hingewiesen.

¹⁾ Vgl. die Nebeneinanderstellung im § 120, Z. 5 G. D.

²⁾ Vgl. erläuternde Bemerkungen zu § 64 (Abs. 2, letzter Satz) mit erl. Bem. zu §§ 67 bis 69 (Abs. 2, Satz 3, auch als Stilblüte zu beachten).

³⁾ Die Konvertierung ist nach § 67, Abs. 2, anzumerken (also nicht einzuverleiben). Vgl. Schiff a. a. O., S. 35 ff.

⁴⁾ Dafür auch Wellspacher, S. 38.

⁵⁾ Preuß. Eigentumserwerbsgesetz vom 5. Mai 1872, § 63. Dernburg, Hypothekenrecht, S. 292.

trages, für welchen das Grundstück haftet, die Hypothekenforderung ohne Gewährleistung und auf Kosten des Eigentümers an einen von diesem zu benennenden Dritten abzutreten“¹⁾).

Weiter soll auf die Bestimmungen des fünften Titels nicht eingegangen werden. Viele und schwierige Fragen fordern zur eingehenden Prüfung auf. Wie steht es z. B. mit dem Verfügungsrechte, wenn das verpfändete Grundstück im Miteigentume steht? Wie sind materiell erloschene Simultanhypotheken zu behandeln? Wie verhalten sich die neuen Vorschriften zu den Rechten des Drittzahlers nach §§ 1358, 1422, 1423 a. b. G. B.? Die Erörterung dieser und ähnlicher Fragen würde eine besondere Monographie erfordern.

Auch die sonstigen hypothekenrechtlichen Bestimmungen des Entwurfes geben zu mancherlei Bedenken Anlaß. Von der Übernahme der Hypotheken auf den Kauffchilling war bereits die Rede (oben § 3). § 70 des Entwurfes (pfandrechtliche Haftung der Forderung aus dem Versicherungsvertrage) zeigt, daß die linke Hand des Gesetzgebers nicht weiß, was die rechte tut. Mit derselben Frage befaßt sich nämlich auch der Entwurf eines Gesetzes über den Versicherungsvertrag (§ 74). Selbst wenn beide Entwürfe übereinstimmten, müßte die Geminatio auffallen. Sie stimmen aber nicht überein. Nach dem Versicherungsentwurfe erstrecken sich das Pfandrecht, der Fruchtgenuß, die Reallast und das Befriedigungsrecht des betreibenden Gläubigers²⁾ auf die Forderung aus der Feuerversicherung, aber nur bei Gebäuden. Der Zivilentwurf spricht nur vom Pfandrechte, statt des Kunstausdruckes „Feuerversicherung“ gebraucht er die (engere) Bezeichnung „Versicherung gegen Brandschaden“ und setzt für „Gebäude“ „unbewegliche Sachen“. Werden beide Bestimmungen Gesetz, so wird sich das Pfandrecht auf die Entschädigung für verbranntes Gutsinventar erstrecken, während der Reallastberechtigte auf den Wert des

¹⁾ Vgl. hierüber — insbesondere auch über die Frage der Verbücherung dieser Klausel — Oberneck a. a. O., S. 320 ff.

²⁾ v. Ohmeyer, Grünhuts Ztschr., Bd. 32, S. 416, Reichsgesetz über die Zwangsversteigerung, § 20, Abf. 2.

Gebäudes beschränkt bleibt. Diesen aber erhält er auch im Falle eines bloßen Explosionschadens (ohne Brand). Man sollte es nicht für möglich halten, daß beide Entwürfe vom selben Ministerium ausgearbeitet und dem Reichsrate am selben Tage vorgelegt worden sind und doch ist es so!

Die §§ 110 bis 113 (Aufhebung des § 822 a. b. G. B.) versperren dem Erben während der ganzen Dauer der Abhandlung den Realkredit. Sie zeigen, wie wenig die Verfasser unseres Entwurfes es verstanden haben, die in Betracht kommenden Interessen gehörig abzuwägen. Denn sie wollen dringenden Bedürfnissen des Kredites nur zu dem Zwecke die Befriedigung versagen, um die Erbteilung so glatt als möglich abwickeln zu können¹⁾. Wollte man in den Bahnen dieser bureaukratischen Gesetzgebungspolitik weiterschreiten, so könnte man sich z. B. alle Schwierigkeiten des Inventarrechtes dadurch ersparen, daß man die Unvererblichkeit der Schulden dekretiert.

§ 16. Die Gutsabtretung.

Die gesetzliche Regelung der Übergabsverträge ist ein dringendes Bedürfnis²⁾. Sie sollte mit der Regelung der Ausgedinge³⁾, der Gütergemeinschaft, der Vorwirtschaft und des bäuerlichen Erbrechtes in Zusammenhang gebracht werden. Als Muster könnte etwa das bahnbrechende Schaumburg-Lippesche Gesetz vom 11. April 1870, Nr. 100 dienen. Daß

¹⁾ Vgl. Jur. Bl. 1908, Nr. 8. Tüll, Der Entwurf, S. 26 f. Schiffner, S. 83, meint, daß die Regierungsvorlage den § 822 zwar beseitigen wolle, ihn aber in einer verzerrten Gestalt wieder zurückbringe. Das kann ich nicht finden. Wenn statt der sicherstellungsweisen Exekution bloß eine einstweilige Verfügung gewährt wird, so ist das eine tief einschneidende Veränderung des Inhaltes, nicht eine Verzerrung der Gestalt.

²⁾ In diesem Sinne hat sich neuestens (5. Juli 1908) gemäß einem Antrage des Notars Dr. Wagner die Sektion Wien des Österr. Notarenvereines ausgesprochen. Ztschr. f. Not. 1908, Nr. 30.

³⁾ Es gibt Ausgedinge ohne Gutsübergabe und Gutsübergaben ohne Ausgedinge. Rößler, Das Ausgedinge, § 11. Krainz, 4. Aufl., § 388 I.

es sich dabei zunächst nur um ein Rahmengesetz handeln könnte, versteht sich aus staatsrechtlichen Gründen von selbst.

1. Der Entwurf beschäftigt sich (§ 139) nur mit einer einzigen die Gutsabtretung betreffenden Frage, da seine Vorlage (dtsh. B. G. B. § 330) nicht mehr bietet:

„Das Recht auf die bei einer Gutsabtretung vom Übernehmer zugunsten eines Dritten versprochenen Leistungen gilt mangels anderer Vereinbarung dem Dritten als mit der Übergabe des Gutes erworben.“

Das Recht des Dritten entsteht also schon mit der Übergabe. Unter „Übergabe“¹⁾ möchte ich sowohl die Besitzüberlassung als auch die bürgerliche Übertragung verstehen; jede von beiden muß genügen. Jede von beiden sollte aber auch die Benachrichtigung des Dritten erzeugen, d. h. das einmal erworbene Recht sollte unwiderruflich sein. Davon will aber der Entwurf nichts wissen. Nach § 139, Abs. 3, kann das bereits erworbene Recht des Dritten doch noch so lange ohne seine Zustimmung aufgehoben werden, bis er vom Vertrage benachrichtigt worden ist und zwar genügt nicht jede wie immer (z. B. aus dem Grundbuche) erlangte Nachricht, sondern die Benachrichtigung muß von einer der Vertragsparteien ausgegangen sein²⁾. Das kann zu argen Streitigkeiten führen. A hat zwei Söhne B und C. Er übergibt das Gut dem B, für C wird ein bestimmtes Erbgeld bedungen. C ist abwesend, sein Aufenthalt unbekannt, er wird also nicht verständigt. Erst nach dem Tode des A erscheint er und verlangt sein Erbgeld. B kann nun den Mangel der Benachrichtigung geltend machen und, wenn er Alleinerbe des A ist, das Recht des C ohne weiteres aufheben.

Vielleicht dürfte — im Interesse der Entlastung des Übernehmers — auch folgender Zusatz der Erwägung wert sein:

¹⁾ Die Zweideutigkeit dieses Ausdruckes macht sich im § 1120 a. b. G. B. unangenehm fühlbar. Vgl. Spruch-Repertorium Nr. 199 und dazu Prager in d. Jur. Bl. 1903, Nr. 24.

²⁾ Wellspacher, Krit. Bem., S. 16 f.

„Ist das Recht auf eine Abfindung aufschiebend bedingt oder befristet, so erlischt es mit dem früheren Tode des Berechtigten, wenn er weder Leibeserben noch einen Ehegatten hinterlassen hat.“ Man denke an die häufigen Fälle, in denen die Abfindung erst bei erreichter Großjährigkeit oder bei der Verheiratung zu entrichten ist¹⁾.

2. Das deutsche Einführungsgezet (Art. 96) überläßt die Regelung der Altenteilsverträge der Landesgesetzgebung. Auf Grund dieser Bestimmung bietet z. B. das preußische Ausföhrungsgezet (Art. 15) eine — allerdings unzulängliche — Regelung des „Leibgedingsvertrages“. Art. 15, § 7 des Ausföhrungsgezetes schließt bei diesem Vertrage das Recht aus, wegen Nichterfüllung oder wegen Verzuges nach § 325, Abs. 2, oder § 326 des B. G. B. zurückzutreten. Da wir nun die Regel des deutschen Rechtes übernommen haben (Entw. §§ 143, 145), die Ausnahme aber fehlt, wird bei uns der Übergeber, der die Ausgedingsleistung nicht pünktlich erhält, den Rücktritt „ankündigen“ können und der angekündigte Rücktritt wird mit Ablauf der Nachfrist ohne weiteres wirksam werden (Entw. § 143, Abs. 1). Der Übernehmer, der geheiratet und das Vermögen seiner Frau zur Verbesserung des Gutes und zur Abstoßung der Schulden verwendet hat, wird einfach zugrunde gerichtet und kann zusehen, wie das Gut einem anderen Kinde übergeben wird.

3. Am gefährlichsten aber sind für die Gutsabtretung die in jeder Hinsicht mißratenen Bestimmungen über „Berücksichtigung von Schenkungen bei Berechnung des Pflichtteiles“²⁾. In der Praxis wird die Gutsabtretung regelmäÙig als ge-

¹⁾ Entsch. Slg. Nr. 13493, IV, Nr. 1636. Anders entscheidet allerdings das Schaumburg-Lippe'sche Gesetz (§ 85). Aber vgl. Runde, Interimswirtschaft, S. 146, R. d; Scholz, der Dritte, über Abfindungen von deutschen Bauerngütern, § 53; Stobbe, Deutsches Privatrecht, § 324.

²⁾ Entw. §§ 105 bis 109, Zur. Bl. 1908, Nr. 8; Wellspacher, Kritische Bemerkungen, S. 44 ff.; Schiffner, Erbrechtsreform, S. 65 ff.

mißte Schenkung behandelt¹⁾. Übersteigt nun der Betrag der reinen Schenkung, d. h. der Vorteil, der dem Übernehmer nach Abrechnung des Wertes der Gegenleistungen verbleibt, nicht den halben Vermögenswert, so müssen sich nach heutigem Rechte die Geschwister mit den ihnen zugewiesenen Abfindungen zufrieden geben. Nach dem Tode des Ausgedingers ist gewöhnlich kein erheblicher Nachlaß vorhanden, die Abhandlung wird armuts halber abgetan. Das wird hoffentlich auch in Zukunft geschehen, aber für den Zweck der Pflichtteilsberechnung wird immer ein Nachlaß vorhanden sein. Nach § 105 Entw. muß nämlich auf Verlangen eines Pflichtteilsberechtigten zum wirklichen Nachlasse, der vielleicht nur in Leibeskleidung besteht, der Betrag der unter Lebenden gemachten Schenkungen hinzugerechnet werden, also der Vorteil des Übernehmers und die Erb gelder der übrigen Kinder; danach wird sodann der Pflichtteil des Unzufriedenen berechnet. Auf diese Weise kann auch die Witwe des Ausgedingers, wenn sie sich mit dem ihr zugewiesenen Ausgedinge allein nicht begnügen will, nachträglich die Auszahlung eines Pflichtteils in barem Gelde durchsetzen und zwar selbst dann, wenn sie erst nach der Gutsabtretung — also einen Ausgedinger! — geheiratet hat; denn der Erblasser hatte ja zur Zeit der Gutsabtretung mindestens einen Noterben, nämlich den Übernehmer, und das genügt nach der tiefsinnigen Vorschrift des § 105, Abs. 2, um den Anspruch des erst nachträglich durch Heirat oder Geburt erlangten Noterben zu rechtfertigen²⁾.

Wo es darauf ankommt, derartigen Ansprüchen vorzubeugen, stehen jedoch zwei Wege offen.

a) Das Ausgedinge wird so hoch als möglich angesetzt, am besten so, daß es den Reinertrag des Gutes übersteigt³⁾.

¹⁾ Spruchrepertorium, Nr. 6 (Slg. Nr. 4659). Finanzrechtliche Entsch. des B. G. G. vom 25. September 1901, Nr. 461.

²⁾ Vgl. Jur. Bl. 1908, Nr. 8.

³⁾ Das Ausgedinge muß ja nicht in vollem Umfange ausgeübt werden! Der Ausgedinger kann sogar nachträglich einen Teil der Ausgedingsleistungen erlassen. Schenkungen „aus den Einkünften des Geschenkgabers“ sind nämlich nicht anrechenbar (Entw. 105, Abs. 2).

Dann liegt keine Schenkung mehr vor, sondern ein Leibrentenvertrag, den sich die Miterben nach § 1286 a. b. G. B. gefallen lassen müssen. Wie wenig dieser Ausweg dem Interesse der Landwirtschaft entspricht, das muß nicht erst gesagt werden.

b) Das Gut wird nicht dem Sohne, sondern der Schwiegertochter übergeben. Dann kommt es nur darauf an, daß der Ausgedinger noch fünf Jahre lebt und das ist ja gewöhnlich der Fall¹⁾. In dem sehr häufigen Falle der Zuwendung an Sohn und Schwiegertochter je zur Hälfte ergibt sich die merkwürdige Erscheinung, daß — wenn der Übergeber nach mehr als fünf Jahren stirbt — zwar die Hälfte des Sohnes angerechnet und nötigenfalls (§ 108) zum Teile herausgegeben werden muß, nicht aber die Hälfte der Schwiegertochter. Denn die Schwiegertochter ist, weil sie kein Pflichtteilsrecht besitzt, durch den Fristablauf geschützt. Auch diese Erscheinung wird schwerlich dazu beitragen, die Bauern von der Weisheit und Gerechtigkeit des neuen Gesetzes zu überzeugen.

§ 17. Das Erbrecht.

Das Erbrecht des Entwurfes hat vielfältige Zustimmung gefunden, zwar nicht hinsichtlich der technischen Durchführung im einzelnen, aber doch hinsichtlich der Grundsätze und Absichten. Gleichwohl muß ich — auf die Gefahr hin, der Rückständigkeit geziehen zu werden — gerade gegen das hochmoderne Erbrecht des Entwurfes den entschiedensten Widerspruch einlegen²⁾.

Die Verfasser des Entwurfes scheinen gar nicht daran gedacht zu haben, daß das Erbrecht die wichtigste Quelle des

¹⁾ Die durchschnittliche Dauer des Ausgedinges beträgt 15 bis 25 Jahre. Vgl. die statistischen Angaben bei Horáček, Das Ausgedinge, S. 30 ff.

²⁾ Ich habe dies alsbald nach dem Erscheinen des Entwurfes in meinen Beiträgen zu den erbrechtlichen Bestimmungen der Zivilrechtsnovelle (Jur. Bl. 1908, Nr. 5 und 8) getan. Wiederholung des einmal Gesagten soll im folgenden möglichst vermieden werden.

unfruchtbaren Besitzkredites ist und die einzige, auf die der Gesetzgeber nachhaltigen Einfluß gewinnen kann. Nach den Erhebungen des statistischen Landesamtes in Steiermark über die Ursachen der grundbücherlichen Schulden bäuerlicher Besitzer waren auf den Erbgang im Oberlande durchschnittlich 23·67%, im Mittellande 27·39% und im Unterlande gar 39·41% der Verschuldung zurückzuführen¹⁾.

Allein der Entwurf ist, unbekümmert um die Interessen des Grundbesitzes, einzig und allein bemüht, den sozialistischen Forderungen so weit als möglich entgegenzukommen. So hat denn die Stimme Anton Mengers wenigstens in seinem Vaterlande volle Beachtung gefunden.

Menger²⁾ weist den „freundlichen Gedanken“ zurück, das Erbrecht noch vor dem Privateigentum abzuschaffen, dafür will er vorläufig „die Grenzen der gesetzlichen Erbfolge etwas enger ziehen“ (§. 229), er will die gesetzliche Erbfolge nur der zweiten oder höchstens noch der dritten Linie zustehen (§. 231); unser Entwurf entspricht dieser Forderung fast vollkommen, da er aus der vierten Linie nur die Urgroßeltern beruft (§§ 88 bis 91). Menger will die erblosen Nachlässe den arbeitenden Klassen zuwenden, „aus deren Arbeitsertrag das Nachlaßvermögen angesammelt worden ist“ (§. 233); er will zu diesem Behufe das Heimfallsrecht den Arbeiterversicherungsanstalten überweisen (§. 140 f.). Der Entwurf anerkennt im § 104 — freilich nur theoretisch — die Berechtigung dieser Forderung; er gedenkt hier sogar ausdrücklich der „Sozialversicherung“. Menger empfiehlt das System der „zwangsweisen Erbteilung“ als das „eigentlich volkstümliche Erbsystem“ (§. 216, 227) — der Entwurf sorgt durch eine ganze Reihe von Bestimmungen dafür, daß sich der Nachlaß unter möglichst viele Erben verteile.

¹⁾ v. Gittingberg, Zur Frage der Bodenentschuldung. Verhandlungen des 27. Juristentages, II, S. 211.

²⁾ Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen, 3. Aufl., S. 214 ff.

Ein konservatives, oder wie Menger sich ausdrückt, ein „aristokratisches“ Erbrecht müßte von alledem das Gegenteil tun¹⁾. Die Zahl der nacheinander berufenen Erben könnte noch über den Kreis der Blutsverwandten hinaus erweitert werden, dabei müßte aber die Zahl der nebeneinander berufenen, also miteinander teilenden Erben so klein als möglich bleiben; insbesondere sollte dem Ehegatten auch in Zukunft neben Kindern nur ein Fruchtgenußrecht zugebilligt werden. Durch Einschränkung des Pflichtteilsrechtes sollte die ausgiebige Bevorzugung eines Kindes ermöglicht werden. Der Erbverzicht sollte nicht erschwert, sondern auf jede Weise erleichtert werden.

I. Die Herabrückung der Erbrechtsgrenze hat gewiß keine große praktische Bedeutung. Sie muß gleichwohl auf Widerstand stoßen als erster Schritt auf abschüssiger Bahn. Nicht zerstören sondern befestigen soll die Gesetzgebung das Verwandtschaftsbewußtsein. Der entfernte Verwandte wird ja zur Erbschaft nur berufen, wenn nähere nicht vorhanden sind. Er ist im einzelnen Falle immerhin der nächste, wenn nicht der einzige Verwandte. Daß aber das Fehlen der Zwischenglieder der entfernten Verwandtschaft höhere Bedeutung verleiht, daß hier das an sich lose Band sich enger zusammenzieht, das ist einfach eine Tatsache der täglichen Erfahrung²⁾. Man erinnere sich nur, wie sehr die Innigkeit des Verhältnisses des Onkels

¹⁾ Das gibt Menger, S. 222 f., ohne weiteres zu.

²⁾ Die erläuternden Bemerkungen (S. 108) sind anderer Meinung. Hier finden sich verblüffende Betrachtungen über die verwandtschaftlichen Beziehungen: „Die Urgroßeltern sind schon deshalb, weil derlei Fälle immerhin selten sind, ihren Nachkommen bekannt (das steinalte Mütterchen erregt also gewissermaßen als Kuriosität unser Interesse, es hat einen Seltenheitswert!) . . . Die Zahl der in der Seitenlinie durch gemeinschaftliche Urgroßeltern mit dem Erblasser verwandten Personen ist schon eine sehr große und ein Verwandtschaftsbewußtsein besteht nicht mehr (gegenüber dem Großonkel und der Großtante!), besonders dann nicht(!), wenn . . . keiner der Verwandten der früheren Linie vorhanden ist und auch die Urgroßeltern selbst nicht mehr am Leben sind.“

oder der Tante zu den Nissen und Nichten davon abhängt, ob sie eigene Kinder haben oder nicht. So liebt auch der Großonkel, den unser Entwurf (zugunsten des Fiskus!) von der Erbschaft ausschließt, die Nachkommen seines Bruders vielleicht wie eigene Kinder, wenn er selbst keine Nachkommen besitzt.

Dem nächsten Verwandten — der Abstand der Linien und der Grade sei so groß er wolle — gönnt jeder seinen Nachlaß eher als dem Fiskus. Denn zieht man schon den weinenden Erben dem lachenden vor, so hat der lachende doch immer noch den Vorzug vor dem Erben, der nicht einmal lachen kann, vor dem Erben, für den der Erblasser nur einen Akt, nur eine Nummer bedeutet. Qui donne au commun, ne donne à pas un. Das ist die Volksauffassung. Sie ist nicht „antisozial“. Sie gönnt dem Staate die Erbsteuer, aber nicht das Erbe.

Das Heimfallsrecht des Fiskus ist nur ein Überrest längst veralteter Finanzpolitik; neben der Erbsteuer hat es keine Berechtigung. Auch der Gedanke des Aufsteigens vom engeren zum umschließenden weiteren Kreise kann den Anspruch des Fiskus nicht begründen. Denn hinter der Familie steht die Gemeinde; je kleiner sie ist, um so inniger verbindet sie ihre Angehörigen, um so offenkundiger stellt sie sich als die erweiterte Familie dar. Hinter der Gemeinde steht das Land und dann erst folgt die Gesamtheit der im Reichsrath vertretenen Königreiche und Länder.

Mag nun aber das Heimfallsrecht der Gemeinde, dem Lande oder dem Staate zustehen, immer wird es wünschenswert bleiben, die Erblosigkeit — „das Hinausfallen aus der Eigentumsordnung“ (Menger) — nach Möglichkeit zu vermeiden. Wenn es der österreichischen Gesetzgebung erlaubt ist, unbekümmert um das römische und um das deutsche Recht ihren eigenen Weg zu gehen, warum sollte sie sich dann in der gesetzlichen Erbfolgeordnung durchaus auf Blutsverwandte, Wahlkinder und Ehegatten beschränken? Der Entwurf rechnet ja selbst (im § 53) zur engeren Familie auch die Pflegekinder¹⁾

¹⁾ Oben § 6.

und die Ehegatten der leiblichen, der Wahl- und der Pflegekinder¹⁾. Warum zieht er ihnen bei der Regelung des gesetzlichen Erbrechtes den Fiskus vor?

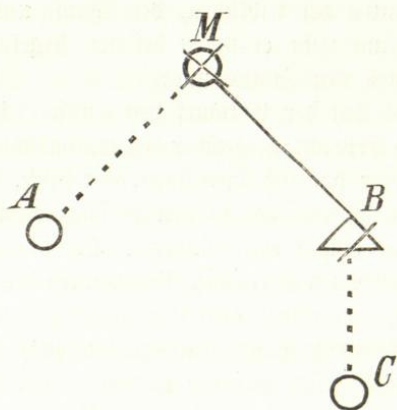
Allerdings hat der Entwurf den unehelichen Kindern ein gesetzliches Erbrecht gegenüber den mütterlichen Verwandten gegeben. Aber er hat sich hier ganz dem dtsh. B. G. B. angeschlossen, das selbst wieder in den Erbfolgeordnungen gewisser Indianerstämme ein Vorbild findet²⁾. Die unehelichen Kinder stehen gegenüber den mütterlichen Verwandten den ehelichen vollkommen gleich, gegenüber dem Vater und seinen Verwandten sind sie vom Erbrechte gänzlich ausgeschlossen³⁾. Auf der einen Seite erhalten sie alles, auf der andern nichts. Dort wird die Bedeutung der Ehe, hier die der Blutsverwandtschaft ignoriert. Volkstümlich kann ein Recht nicht werden, das sich in so schroffen Gegensätzen gefällt. Man betrachte etwa folgenden Fall: (S. Seite 78.)

M hat einen unehelichen Sohn A und von einer vorverstorbenen ehelichen Tochter B einen unehelichen Enkel C hinterlassen. Nach heutigem Rechte fällt der Nachlaß an die zweite Linie; nach dem Entwurfe erhält der uneheliche Enkel C alles, der uneheliche Sohn A nichts! Wäre A ehelich, so würde ihm nach heutigem Rechte der ganze Nachlaß zufallen, in Zukunft muß der eheliche Sohn mit dem unehelichen Enkel gleich teilen. Man erkennt leicht, daß die Besserstellung der

¹⁾ Bei der zweiten Lesung des deutschen Gesetzbuches wurde — freilich ohne Erfolg — die Einbeziehung der Schwiegertochter in die gesetzliche Erbfolgeordnung angeregt. Martini (pos. 799) wollte nach den Blutsverwandten und dem Ehegatten die Verschwägerten schlechthin zur Erbschaft berufen. Vgl. meine Erörterungen über „die österreichische Erbfolgeordnung“ in der Ztschr. f. Notariat 1903.

²⁾ Gierke, Der Entwurf des B. G. B. und das deutsche Recht, S. 480: „ein Stück Mutterrecht“.

³⁾ Daß die Gesetzgebung das uneheliche Kind zum väterlichen Nachlasse nicht einmal an letzter Stelle — vor dem Fiskus — beruft, wird von der Kritik einmütig getadelt. Endemann, Lehrbuch III, § 15, Nr. 10. Nur unserem Entwurfe erscheint das deutsche System mustergiltig. Vgl. dagegen Krasnopolski, S. 10.



unehelichen Kinder im Sinne des von Menger empfohlenen Systemes der Nachlaßzersplitterung liegt und die Verschuldung des Grundbesitzes durch Erbabsindungen vermehren muß¹⁾.

II. Unvergleichlich größeren Schaden wird in dieser Hinsicht das gesetzliche Erb- und Pflichtteilsrecht anrichten, das der 7. Titel des Entwurfes dem Ehegatten bekehrt. Das a. b. G. B. gewährt dem Ehegatten bei der gesetzlichen Erbfolge neben Kindern nur den Fruchtgenuß an einem Teile des Nachlasses²⁾. Dieses Recht kann also nicht zu einer dauernden Belastung des Grundbesitzes führen. Dank der Einrechnungsvorschrift des § 758 ist es in vielen Fällen — nämlich wenn für den überlebenden Ehegatten in den Ehepacten hinlänglich gesorgt ist — gegenstandslos. Zu der ungeheuren Schuldenlast des Grundbesitzes hat der gesetzliche Anspruch des überlebenden Ehegatten bisher nichts beigetragen.

Das soll nun anders werden. Das vom Entwurfe angenommene System der Nachlaßzersplitterung fordert die Ge-

¹⁾ In Spanien (G. B., Art. 939) sind die unehelichen Kinder nach, aber nicht neben ehelichen Kindern zur Erbschaft berufen. In Portugal (Art. 1990) erhalten sie neben ehelichen Kindern einen kleineren Erbteil. Vgl. auch schweizer. B. G. B., Art. 461, Abs. 2.

²⁾ Ebenso das französische, italienische, spanische Recht! Das schwedische Recht schließt den Ehegatten von der gesetzlichen Erbfolge aus.

währung eines wirklichen Miterbrechtes statt des bloßen Fruchtgenußrechtes. Damit stimmen die Wünsche eines einflußreichen Vereines — des allgemeinen österreichischen Frauenvereines — überein¹⁾. Der überlebende Ehegatte soll also in Zukunft neben Kindern des Erblassers — und zwar ohne Rücksicht auf deren Anzahl — ein Viertel des Nachlasses als freies Eigentum erhalten²⁾. Der eigene Erbteil des Übernehmers, die einzige Hoffnung und Grundlage künftiger Entlastung, wird kleiner. Eine einfache Rechnung läßt die Tragweite der Änderung erkennen.

Der Übernehmer hat an Abfindungen an die Miterben, von einem Nachlasse von 1000 im ganzen folgende Beträge zu entrichten, wenn außer dem überlebenden Elternteil (Stiefelenternteil) beteiligt sind:

Geschwister	nach dem a. b. G. B.	nach dem Entwurfe
0	0	250
1	500	625
2	667	750
3	750	812 $\frac{1}{2}$
4	800	850

uff.

Überdies muß der Übernehmer dem Ehegatten des Erblassers den Hausrat überlassen (Entw. § 97) und das in den Ehepacten etwa bedungene Ausgedinge entrichten.

Die verhängnisvollen Wirkungen dieser Überlastung werden nicht sofort in vollem Umfange hervortreten; vieler Jahre bedarf es, bis der Segen oder Fluch einer geänderten Erbfolgeordnung zur Geltung kommt. Bis dahin aber kann das neue Erbrecht im Rechtsbewußtsein des Volkes sich so tief einwurzeln, daß seine Beseitigung unmöglich wird. So ist es ja auch mit der Teilbarkeit der Bauerngüter, so mit der Gleichberechtigung der Kinder gegangen. Es ist darum wichtig, die heute noch bestehenden Schutzwehren des Grundbesitzes zu

¹⁾ Erl. Bem., S. 110.

²⁾ Vgl. gegen diese Neuerung Wellspacher, S. 43 f. und Schiffner, S. 30 ff.

erhalten — nicht einzureißen, was vielleicht nie wieder aufgebaut werden kann.

Aber sehen wir nicht zu schwarz? Kommt wirklich so viel darauf an, ob der überlebende Ehegatte Fruchtnießer oder Eigentümer wird? „Nach dem natürlichen Gange der Dinge,“ so lassen sich die erläuternden Bemerkungen (S. 111) vernehmen, „werden die Kinder dadurch, daß dem überlebenden Ehegatten ein Teil der Erbschaft als Eigentum zufällt, nicht dauernd davon ausgeschlossen, da sie in der Regel ohnehin die Erben des überlebenden Ehegatten sind.“

Dagegen ist zweierlei einzuwenden. Zunächst muß mit Schiffner (S. 31) gefragt werden: Wie, wenn die Kinder des Erblassers nicht des überlebenden Ehegatten eigene Kinder sind, wenn sie von ihm auf den Pflichtteil gesetzt werden, wenn er das Vermögen verbringt oder endlich, wenn er eine neue Ehe schließt¹⁾, aus welcher vielleicht gleichfalls Kinder entspringen? Dann aber ist folgendes zu erwägen. Begnügt sich der überlebende Ehegatte mit einem Fruchtgenusse, so ist regelmäßig bei seinem Ableben kein Nachlaß vorhanden; die Abhandlung wird „armuthshalber abgetan“. Erhält er aber statt eines Fruchtgenusses oder Ausgedinges oder gar neben demselben (die Einrechnung fällt ja weg!) den vierten Teil des Nachlasses als Eigentum, so erlangen die Kinder diesen Teil im günstigsten Fall — also wenn das Vermögen nicht verbraucht wird uß. — erst vermittels einer zweiten Verlassenschaftsabhandlung, also mit doppelten Kosten und Gebühren. Die Reform bedeutet daher unter allen Umständen einen Nachteil für den Grundbesitz²⁾.

Vielleicht werden die Freunde des Entwurfes die Rücksichtnahme auf den Grundbesitz kurzweg ablehnen. Vielleicht

¹⁾ Die Kapitalsabfindung erleichtert die Wiederverhehlidung, der Fruchtgenuß (Ausgedinge) erschwert sie.

²⁾ Anders nur in dem — freilich häufigen Falle — des Miteigentums der Ehegatten. Da erleichtert die Vesserstellung des überlebenden Teiles den Aufgriff und ist vom volkswirtschaftlichen Standpunkte geradezu nützlich.

werden sie sagen: für die Bauern möge das besondere bauerliche Erbrecht sorgen, der Adel habe seine Fideikommiſſe und der übrigen Bevölkerung dürfe man ein fortschrittliches Erbrecht gönnen.

Indeſſen handelt es ſich nicht bloß um den bauerlichen Beſitz, ſondern um alle Arten des feſten, von Geſchlecht zu Geſchlecht forterbenden Grundbeſitzes — ebenſo um den kleinen Beſitz des Tagelöhners, wie um den größeren des Fabrikanten. Überall droht vom Erbrechte her die Gefahr der Zersplitterung oder die der Verſchuldung. Und was für den Grundbeſitz gilt, das gilt genau ſo auch für jedes Unternehmen, das zu ſeinem Gedeihen der Vereinigung beweglicher Güter in einer Hand bedarf. Jedenfalls aber trifft die Erhöhung der Vermögensübertragungsgebühren und Abhandlungskosten ohne Unterſchied die ganze Bevölkerung. Und ſchließlich wäre doch der Bauernſtand auch für ſich allein wichtig genug, um bei einer Reform des allgemeinen Zivilrechtes die Schonung ſeiner Interereſſen fordern zu können.

Ein beſonderes bauerliches Erbrecht beſitzen wir ja gar nicht, wir haben nur — und auch das biſher erſt in zwei Kronländern — beſondere Erbteilungsvorſchriften¹⁾. Das geſetzliche Erbrecht des Ehegatten wird alſo auch hier die Abfindungen und ſomit die Verſchuldung erhöhen. Übrigens werden ſogar die Beſtimmungen über die Berufung zur Hofübernahme durch den Entwurf auf den Kopf geſtellt. Das Geſetz vom 1. April 1889 (§ 5) und die Landesgeſetze binden ſich nämlich ausdrücklich „an das Recht und die Ordnung der geſetzlichen Erbfolge“, ſie ſetzen aber dabei auf das Beſtimmteſte voraus (vgl. nur § 5, Satz 2 des Geſ. v. 1889), daß der Ehegatte erſt nach den Kindern, alſo in der zweiten Linie berufen iſt. In Zukunft wird in Kärnten ganz gegen die Abſicht des Landesgeſetzes (§ 15) der Witwer (als älteſter männlicher Erbe der erſten Linie) den Vorzug vor allen Kindern und die Witwe

¹⁾ Das böhmische Landesgeſetz iſt (zur Zeit der Korrektur dieſes Gutachtens) noch nicht kundgemacht.

wenigstens den Vorzug vor den Töchtern haben (§ 7); zu demselben Ergebnisse wird unbefangene Auslegung wohl auch für Tirol führen.

III. Die nachteiligen Folgen, die sich an die gesetzliche Berufung zahlreicher Miterben knüpfen, können auf zweifache Art ganz oder teilweise abgewendet werden: entweder vom Erblasser durch Testament oder vom künftig Berufenen durch Erbverzicht. Das von Menger empfohlene System der „zwangsweißen Erbteilung“ muß also die Testierfreiheit einschränken und den Erbverzicht erschweren. Beiden Forderungen entspricht unser Entwurf. Die Anwendung des neuen Rechtes auf hergebrachte Geschäfte wird der Bevölkerung merkwürdige Überraschungen bringen. Man nehme die gewöhnlichste Art der wechselseitigen Testamente: die Ehegatten setzen einander wechselseitig zu Erben ein, nach dem Tode des Überlebenden soll der Nachlaß gewissen Verwandten zufallen. Dieses Testament verletzt das Pflichtteilsrecht des Überlebenden (§ 100 Entw.), die Substitution ist also teilweise ungültig (§ 774 a. b. G. B.). Allerdings ist ja das Testament im beiderseitigen Einverständnisse errichtet worden, es liegt also ein stillschweigender Pflichtteilsverzicht vor. Einen solchen Verzicht läßt aber § 79 Entw. nicht gelten¹⁾.

Das Pflichtteilsrecht wird im Entwurfe nicht abgeschwächt, sondern verschärft. Dem Ehegatten wird ein Pflichtteilsrecht zugestanden, das angesichts der Möglichkeit von Ehepacten und neben dem Unterhaltsanspruche des § 796 a. b. G. B. (§ 102 Entw.) durchaus entbehrlich ist. Ferner werden bei Berechnung des Pflichttheiles die Schenkungen des Erblassers zum Nachlasse gerechnet, so daß der Pflichtteil den

¹⁾ Man kann freilich sagen, daß schon gegenwärtig der „als Ehepact beabsichtigte Erbverzicht“ der Form des Notariatsaktes bedürfe (Schiffner, S. 1). Aber diese Absicht ist in unserem Falle ausgeschlossen. Das östsch. G. B. gewährt für den Erbverzicht zwischen Ehegatten und Brautleuten eine — allerdings nicht die Form betreffende — Erleichterung im § 2347.

ganzen wirklichen Nachlaß verschlingen kann¹⁾. Gerade auf dem Gebiete des Pflichtteilsrechtes sind jedoch Erleichterungen dringend geboten. Allerdings sind die Pflichtteilsberechtigten in der Regel bereit, ihre Ansprüche den Verhältnissen anzupassen, aber das ist nicht immer der Fall. Sind sie minderjährig, so wird jede noch so vernünftige Anordnung und nach der Praxis²⁾ auch jedes Übereinkommen schonungslos vereitelt, so lange der Pflichtteil nicht „ganz frei“ (§ 774 a. b. G. B.) und so gut als möglich sichergestellt ist. Denn der Staat interessiert sich nur für die Minderjährigen; erst nach erreichter Großjährigkeit überläßt er seine Schützlinge ihrem Schicksal, um sie später wieder zugunsten eines jüngeren Geschlechtes zu bedrängen. Leben wir doch im Jahrhundert des Kindes!

Der gänzlichen Beseitigung des Pflichtteilsrechtes — nach englischem Vorbilde — wage ich nicht das Wort zu reden. Denn das Pflichtteilsrecht der Kinder ist ein durchaus volkstümliches Recht, es beruht — anders als das Pflichtteilsrecht der Eltern — auf ältester Überlieferung, es entspricht dem natürlichen Gefühle. Aber vielleicht können wir dieses Recht einschränken, wenn wir es zugleich erweitern, vielleicht können wir der Testierfreiheit — nach dem Vorbilde des spanischen Rechtes³⁾ — größeren Raum schaffen, wenn es gilt, ein Kind zu begünstigen, sie in engere Grenzen schließen, wenn das Testament Fremde den Kindern vorziehen will?

Das spanische Gesetz (Art. 808) zerlegt den Nachlaß in drei Teile. Ein Drittel, die eigentliche Pflichtteilsmasse, gebührt allen Kindern gleichmäßig, ein Drittel, die Mejora, kann unter die Kinder ungleich verteilt, auch ganz einem einzigen Kinde

¹⁾ Über die Gefährdung der Gutsübergabe durch diese Neuerung oben § 16.

²⁾ Vgl. die juristisch unfaßbare Verordnung des Justizministeriums vom 12. Dezember 1896, Nr. 42 B. Bl. und dazu Krainz, 4. Aufl., § 471, R. 11a und § 527, R. 1.

³⁾ Ähnlich das Recht einiger Schweizer Kantone, siehe Erläuterungen zum Schweizerischen Borentwurf II, S. 22.

zugewendet werden und nur über das letzte Drittel kann der Erblasser nach Willkür auch zugunsten Fremder verfügen. Will nun etwa der Vater sein Bauerngut einem der Kinder zuwenden und es so wenig als möglich mit den Erbteilsabfindungen der anderen beschweren, so wendet er diesem Kinde zu:

1. Den Pflichtteil, also wenn z. B. im ganzen vier Kinder vorhanden sind, ein Zwölftel des Nachlasses,

2. die ganze Meiora, das ist ein Drittel des Nachlasses und überdies

3. den frei verfügbaren Nachlaß, also wieder ein Drittel.

Das sind zusammen drei Viertel des ganzen Vermögens, während die weichenenden Miterben mit je einem Zwölftel abgefunden werden.

Das, meine ich, ist das Muster eines konservativen, den Besitz sichernden Pflichtteilsrechtes¹⁾. Kann man sich nicht entschließen, es schon jetzt in unser allgemeines bürgerliches Recht aufzunehmen, so möge wenigstens der Landesgesetzgebung anheimgestellt werden, dieses Pflichtteilsrecht für die Vererbung landwirtschaftlicher Güter einzuführen.

Außerdem bedarf die harte, unnachgiebige Regel des § 774 a. b. G. B. der Abschwächung. Hier hat das Gesetz vom 1. April 1889 (§ 13) vernünftiger Reform die Bahn gebrochen.

Soll sich aber die österreichische Gesetzgebung durchaus darauf beschränken, eine „eigenartige Privatrechtsgemeinschaft mit dem Deutschen Reiche anzubahnen“²⁾, etwa in der Weise, wie das Fürstentum Liechtenstein die Rechtsgemeinschaft mit unserem Vaterlande glücklich durchgesetzt hat, dann ist nicht einzusehen, warum das deutsche Erbrecht nur so weit herübergenommen wird, als es dem Grundbesitze schaden kann, warum

¹⁾ In Frankreich ist ihm die Stimmung günstig. Hat dieses Pflichtteilsrecht erst einmal in den künftigen Code civil Eingang gefunden, dann wird es wahrscheinlich den Siegeszug durch die europäischen Gesetzgebungen antreten und wir werden zuletzt auch mittun.

²⁾ Schiffrer, S. 89.

nicht auch förderliche Bestimmungen nachgeahmt werden. Warum soll § 2306 des dtsh. B. G. B. nicht auch uns die sozinische Kautel ersparen? Warum sollen die wichtigen Bestimmungen der §§ 2049 und 2312 des dtsh. B. G. B. nicht auch bei uns die Übernahme von Landgütern zum Ertragswerte und die Pflichtteilsberechnung nach diesem Werte ermöglichen? War es wieder die Stimme Anton Mengers¹⁾, die unseren Gesetzgeber geleitet hat? Menger freilich wittert in den §§ 2049 und 2312 „verhüllte aristokratische Tendenzen“. Denn der Zweck dieser „Ausnahmsbestimmungen“ ist, wie Menger mit scharfem Tadel hervorhebt, die Erhaltung eines gesunden und kräftigen Bauernstandes.

¹⁾ Das bürgerliche Recht und die heigungslosen Volksklassen, S. 228 f.

Inhaltsverzeichnis.

	Seite
I. Die Technik des Entwurfes.	
§ 1. Einleitung	5
§ 2. Zweck des Entwurfes	8
§ 3. Verhältnis des Entwurfes zum deutschen Gesetzbuche	11
§ 4. Eigenart des Entwurfes	18
II. Die Sozialpolitik des Entwurfes.	
§ 5. Die Frauen	26
§ 6. Die Kinder	29
§ 7. Die Arbeiter	34
§ 8. Die Agentenfrage	36
§ 9. Die Formvorschriften	39
III. Die Agrarpolitik des Entwurfes.	
§ 10. Das bürgerliche Recht und der Bauernstand	44
§ 11. Das Überhangsrecht	46
§ 12. Das Veräußerungsverbot	50
§ 13. Die Grunddienstbarkeiten	56
§ 14. Die Grenzstreitigkeiten	59
§ 15. Der Realkredit	63
§ 16. Die Gutsabtretung	69
§ 17. Das Erbrecht	73



