

# Personengemeinschaften

und

## Vermögensbegriffe

in dem Entwurfe

eines

# Bürgerlichen Gesetzbuches

für das Deutsche Reich.

Von

**Dr. Otto Gierke,**

Geheimer Justizrath und Professor zu Berlin.

XI 1889

Berlin.

Verlag von J. Guttentag

(D. Colln).

1889.

## Inhalt.

---

	Seite
Kap. I. Einleitung . . . . .	1
Kap. II. Das Körperschaftsrecht des Entwurfes . . . . .	4
Kap. III. Das Anstaltsrecht des Entwurfes . . . . .	39
Kap. IV. Das Gemeinschaftsrecht des Entwurfes . . . . .	53
Kap. V. Das Gesellschaftsrecht des Entwurfes . . . . .	95
Kap. VI. Das Recht der Vermögensbegriffe im Entwurf. . . . .	106

---

## Kap. I. Einleitung.

In dieser Sammlung von Beiträgen zur Erläuterung und Beurtheilung des Entwurfes eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich habe ich die Besprechung seiner Stellung zu „Personengemeinschaften und Vermögensinbegriffen“ übernommen. Nach der Veröffentlichung des Entwurfes war ich nahe daran, die eingegangene Verbindlichkeit für erledigt zu halten. Denn dieser Entwurf kennt im Grunde weder Personengemeinschaften noch Vermögensinbegriffe. Bei genauerer Ueberlegung mußte ich mir freilich sagen, daß es immerhin erforderlich bleibe, dieses negative Verhalten festzustellen und zu würdigen; daß auch eine Beleuchtung und Prüfung der Surrogate, welche der Entwurf bietet, nicht zu umgehen sei; daß somit mein Beitrag wohl trotzdem geliefert werden müsse. Allein ich wurde mir alsbald bewußt, daß es sich hier für mich nicht um die Kritik dieser oder jener Bestimmung des uns angebotenen Gesetzbuches handle, sondern um die Abwehr einzelner Aeußerungen eines Geistes, den im Ganzen zu bekämpfen mich das Gewissen zwang. Solcher Gewissenspflicht zu genügen, habe ich zuvörderst an anderer Stelle die Gesamthaltung des Entwurfes offen darzulegen versucht und meinen Widerspruch gegen ein Gesetzeswerk, welches unser deutsches Recht zu veröden droht, durch eine zusammenfassende Betrachtung des gesammten Inhaltes seiner fünf Bücher begründet.<sup>1)</sup> Hier bleibt mir nur übrig, im Anschluß an das dort Gesagte die angestrebte Ordnung der in der Ueberschrift bezeichneten Gegenstände, bezüglich deren die eingeschlagene Grundrichtung sich besonders verhängnißvoll erweist, im Einzelnen zu beurtheilen.

<sup>1)</sup> In Schmoller's Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reich, Bd. XII und XIII; in veränderter und vermehrter Ausgabe als Buch erschienen: „Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches und das deutsche Recht“, Leipzig 1889. Im Folgenden nach der Buchausgabe citirt.

So bin ich nun freilich in der unerquicklichen Lage, daß meine Beurtheilung mit einer Verurtheilung beginnen muß. Denn gerade in der Behandlung der Personengemeinschaften und Vermögensbegriffe offenbart der Entwurf die individualistischen und atomistischen Grundgedanken, die mir das neue Privatrecht auch dann als unannehmbar erscheinen lassen würden, wenn dasselbe in einem erträglichen Formgewande aufträte. Der undeutsche, unvolksthümliche, unfruchtbare, unsoziale Geist des Entwurfes entfaltet gerade hier seine giftigsten Blüten. Wenn das deutsche Gesetzbuch in tiefster Seele römisch empfindet und römisch denkt; wenn es nach Form und Inhalt dem Muster eines Pandektenkompendiums nachstrebt; wenn es Juristenrecht und nichts als Juristenrecht giebt, ausschließlich aus dem seichten Wasser einer alternden Doktrin schöpfend, jeden frischen Trunk aus dem tiefen Jungbrunnen des Volksrechtes verschmähend, jeden vollsaftigen, jugendkräftigen Rechtsgedanken, der das abstrakte civilistische Begriffsschema sprengen könnte, weit von sich abweisend; wenn es mit ängstlicher Scheu vor allen jenen Gebieten zurückweicht, auf denen das Recht des Einzelnen sich mit dem Recht der Allgemeinheit berührt, Privatrecht und öffentliches Recht sich verknüpfen, Elemente der einen und der anderen Art sich zu einer lebendigen Fülle sozialer Rechtsgebilde zusammenfügen: dann ist ja in der That schwer erfindlich, woher dieses Gesetzbuch die Idee der Gemeinschaft oder auch nur der Vermögenseinheit nehmen soll. Ein gemeines deutsches Privatrecht aber, das mit dem auf sich gestellten Individuum und dessen vereinzeltten Machtbefugnissen über Personen und Sachen abschließt, würde nicht bloß unserm Rechtsleben unheilbare Wunden schlagen, sondern unermessliche Gefahren für die Zukunft unseres gesamten Volksthums und unserer geschichtlich erarbeiteten Kultur heraufbeschwören.<sup>2)</sup> Wohl handelt es sich hier zuletzt um Dinge, die einem streng wissenschaftlichen Beweise unzugänglich sind und je nach der allgemeinen Anschauung von dem Wesen und den Bedürfnissen unseres gesellschaftlichen Lebens ungleichen Eindruck hervorrufen. Mir aber will es scheinen, als müsse sich, wenn wirklich die deutsche Rechtsgeschichte in eine Kodifikation der Pandektenlehre ausmünden sollte, der Geburtstag der deutschen Rechtseinheit für künftige Geschlechter in einen nationalen Trauertag verkehren, an welchem die Flaggen auf unseren Justizpalästen auf Halbmast zu hissen wären.

Mit dem Geiste dieses Entwurfes vermag ich nicht zu paktiren. Soll ein bürgerliches Gesetzbuch geschaffen werden, so muß meines

<sup>2)</sup> Näher habe ich dies ausgeführt in einem Vortrag über „die soziale Aufgabe des Privatrechts“, Berlin 1889.

Erachtens, wenn unserem Volke Heil daraus erwachsen soll, der Versuch einer vollkommenen Umschmelzung des Entwurfes in einem neuen Geiste unternommen werden. Dieser Versuch böte freilich geringe Aussichten des Erfolges, wenn wieder eine rein fachmännische Juristenkommission mit der Umarbeitung betraut würde. Die Gefahr liegt nahe, daß sie die große Aufgabe wieder als ein Problem der juristischen Technik faßte und darüber dasjenige versäumte, worauf es wirklich ankommt. Vielleicht indeß gelingt das Werk, wenn Fühlung mit dem Volke und seinem Rechtsbewußtsein gesucht, wenn eine Anzahl gelehrter und ungelehrter Männer anderer Berufskreise zu ernster Mitwirkung berufen würde. Vielleicht! Aber vielleicht ist die Aufgabe so, wie sie gestellt ist, überhaupt zur Zeit nicht lösbar. Vielleicht entbehren wir der intuitiven Kraft und der schöpferischen Genialität, um ein systematisches Gesetzbuch hervorzubringen, welches den hohen Beruf einer centralen Beherrschung und einer begrifflichen Durchdringung des gesammten deutschen Privatrechts zu erfüllen vermöchte. Dann bliebe nur der eine ehrenvolle und glückverheißende Ausweg offen, daß wir unsere Unfähigkeit, die Macht und Fülle des deutschen Rechtsgebankens in Paragraphen zu fassen, offen eingestehen, den Plan des bürgerlichen Gesetzbuches vorläufig fallen lassen und uns bescheiden, die deutsche Rechtseinheit stückweise durch Kodifikation einzelner, hierzu reifer Materien zu verwirklichen. Ein deutsches Obligationenrecht, ein deutsches Gesetz über den Erwerb und Verlust des Grundeigentums und die dingliche Belastung der Grundstücke, eine deutsche Vormundschaftsordnung, ein Reichsgesetz über die privatrechtliche Stellung der Vereine und so manches Andere würden wir wohl unschwer zu Stande bringen.

Käme es zu einer Umschmelzung des Entwurfes in deutschem, volkstümlichem, sozialem Geist, so müßte vor Allem auch das Recht der „Personengemeinschaften und Vermögensinbegriffe“ ein völlig verändertes Antlitz zeigen. Hätten wir uns vorerst mit einer Reihe von Spezialgesetzen zu begnügen, so müßten auch sie gerade in Bezug auf diesen Gegenstand, den sie mannigfach berühren würden, eine dem Entwurfe verschlossene Gedankenwelt in sich aufnehmen. Was aber in dem einen oder anderen Falle im Einzelnen möglich oder angemessen wäre, ist zur Zeit nicht zu erörtern. Hier liegt mir nur die Aufgabe ob, den Standpunkt des Entwurfes klar zu legen und zu würdigen.

## Kap. II. Das Körperschaftsrecht des Entwurfes.

Vor Allem haben wir Umschau zu halten, wie der Entwurf sich mit den als Körperschaften ausgestalteten Personengemeinschaften abfindet.

Das Körperschaftsrecht des Entwurfes findet sich, da der Entwurf schon in der äußeren Anordnung durchaus dem üblichen System der Pandektenlehrbücher folgt, lediglich in dem von „juristischen Personen“ handelnden dritten Abschnitt des Allgemeinen Theiles. Später werden noch bei der Anspruchsverjährung (§ 166), dem Nießbrauch (§ 1041) und im Erbrecht (§§ 1759 und 2154 Abs. 4) Bestimmungen über juristische Personen getroffen. Auch ist von fiskalischen Stationen (§ 289) und dem fiskalischen Anrecht auf erblose Verlassenschaften (§ 1974) die Rede. Dagegen kommt der Entwurf auf das Körperschaftsrecht als solches nicht weiter zurück.

Daß diese Systematik unzureichend ist und der Bedeutung des Körperschaftsrechtes innerhalb des heutigen deutschen Privatrechtes nicht gerecht wird, liegt auf der Hand. Wie ganz anders hat das System des Preussischen Landrechtes das Wesen der Sache getroffen, wenn es das Körperschaftsrecht hinter das Familienrecht an den Schluß des Privatrechts und zugleich an die Eingangspforte des öffentlichen Rechtes stellt! In der That entspringt ja der Vereinigung von Menschen zu neuen Einheiten überall ein das Individualrecht überschreitendes Sozialrecht, welches die Einzelpersonen als Glieder von Ganzen setzt und ihnen in diesem Zusammenhange eigenartige Befugnisse und Pflichten zutheilt. Dieses Sozialrecht bildet jedenfalls insoweit, als es sich auf Privatrechtskörperschaften bezieht und folgeweise überhaupt nicht in das öffentliche Recht eintritt, einen Bestandtheil des Privatrechts. Darüber hinaus enthält auch das Sozialrecht öffentlich-rechtlicher Körperschaften privatrechtliche Stücke. Das privatrechtliche Sozialrecht aber mit der Fülle der in ihm wurzelnden besonderen Rechtsverhältnisse, welche auch da, wo sie Elemente des einfachen Personen- oder Vermögensrechts enthalten, zugleich aus einer neuen und eigenthümlichen Begriffswelt schöpfen, kann unmöglich in passender Weise unter dem Gesichtspunkt bloßer Voraussetzungen der Individualrechtsfähigkeit abgehandelt werden! Doch kommt auf die systematische Anordnung nicht allzuviel an. Mag immerhin der Entwurf das Körperschaftsrecht an ungeeigneter Stelle unterbringen, so wird er dasselbe hierdurch wenig schädigen, falls er nur durch den Inhalt seiner Bestimmungen dem Wesen des Körperschaftsrechtes gerecht wird. Allein die äußere Anlehnung an die Pandektenstrahlone erweist sich sofort als ein bloßes Symptom der inneren Knechtschaft, in welcher

der Geist dieses Entwurfes sich vor der Pandektendoktrin beugt. Der Entwurf hat für das Körperschaftsrecht keine Stätte, weil er überhaupt nur den Namen, nicht das Wesen der Körperschaft kennt. Im Grunde seiner Seele weiß er nur von unverbundenen, in sich abgeschlossenen, in mechanischem Stoß und Gegenstoß auf einander wirkenden Individuen. Von einer die Mitglieder zur lebendigen Gesamtperson zusammenschließenden Personengemeinschaft, von einem Verbandsganzen, von einem Gemeinwesen weiß er nichts.

Als „Körperschaft“ gilt dem Entwurfe ein „mit juristischer Persönlichkeit versehener Personenverein“ (§ 43).

Was aber ist die „juristische Person“ des Entwurfes? Sie löst das Räthsel ihres Daseins nicht mit ausdrücklichen Worten auf. Dem aufmerksamen Beschauer aber enthüllt sie schnell genug ihr Inneres. Sie ist nichts Anderes als die wohlbekannte persona ficta einer überlebten Doktrin, das oft todtgesagte künstliche Individuum, das am hellen Tage umgehende Gespenst, welches den Menschen von Fleisch und Blut nachsäfft und nun gleich ihnen Anspruch auf die Güter dieser Erde erhebt!

Die im Druck veröffentlichten Motive meinen freilich, daß der Entwurf, weil er über den Begriff der juristischen Person schweigt, die wissenschaftliche Konstruktion und Rechtfertigung dieses Begriffes unberührt lasse (I S. 78). Allein alle einzelnen Bestimmungen des Entwurfes setzen einen ganz bestimmten wissenschaftlichen Begriff der juristischen Person voraus. Und dieser vorausgesetzte Grundbegriff ist eben der längst in sich selbst zusammengebrochene Schulbegriff der romanistischen Doktrin. So operiren denn auch die Motive in unbesangener Weise mit diesem Begriff wie mit einer von selbst einleuchtenden Wahrheit. Daß es sich hier nur um eine „Rechtsfigur“ handelt, bei welcher die Verfestigung eines zweckbestimmten Vermögensbereiches durch dessen der Vorstellung des Lebens entsprechende und der Technik des Rechtes dienliche Personifizierung erreicht wird (S. 78); daß hier „die an sich nur den natürlichen Personen zustehende Vermögensfähigkeit kraft positiver Satzung einem Personenvereine oder einem Vermögensinbegriffe beigelegt ist“ (S. 78); daß es an einem „natürlichen Träger von Rechten“ dabei fehlt (S. 80); daß „die Körperschaft als künstlich geschaffene, willenlose Trägerin von Rechten“ eines gesetzlichen Vertreters bedarf (S. 94), welcher einem „Vormund“ ähnelt (S. 97): diese und verwandte Sätze werden ohne die leiseste Andeutung der Möglichkeit eines Zweifels an ihrer Weisheit vorgebracht. Nicht mit einer einzigen Silbe geschieht der von den verschiedensten Seiten gegen den Begriff der künstlichen Person geführten vernichtenden Schläge auch nur Erwähnung! Kein Wort der Abwehr

auch nur verschwendet man an die deutschrechtliche Genossenschaftstheorie, welche sich mindestens redlich bemüht hat, die Unvereinbarkeit jenes vom römischen Recht abstrahirten Gedankengebildes mit dem germanischen Körperschaftsbegriff aufzuzeigen! Völlig verborgen wird vor dem Leser dieser Motive die in den Augen der romanistisch-individualistischen Doktrin ja freilich ungeheuerliche Thatsache, daß es in Deutschland und anderswo Juristen giebt, welche den menschlichen Gemeinwesen eine reale Einheit und darum auch im Rechtsgebiet jedem als Körperschaft anerkannten Verbands eine reale Gesamtpersönlichkeit zuschreiben!<sup>3)</sup> Und in diesem ganzen Verhalten spiegeln die Motive nur allzu getreu den Geist des Textes wieder.<sup>4)</sup>

Daß die „juristische Person“ des Entwurfes keine echte Person ist, erfahren wir schon aus den Ueberschriften des zweiten und dritten Abschnitts und aus der damit übereinstimmenden Terminologie der Gesetzesbestimmungen. Statt des Gegensatzes der Einzel- und Verbandspersönlichkeit, der Persönlichkeit der Menschen in ihrem Fürsichsein und in ihren Zusammenhängen, des als Rechtsträger anerkannten Einzelwillens und des als Rechtsträger anerkannten Gemeinwillens erscheint überall nur der Gegensatz zwischen der mit dem Menschen identischen und seine ganze Realität einschließenden „Person“ und der nun schattengleich im Leeren nachziehenden „juristischen Person“. Was kann das Wort „juristisch“ in dieser Gegenüberstellung Anderes bedeuten sollen, als das Unwirkliche, Fiktive, nur durch ein juristisches Kunststück Vorhandene?

Demgemäß erschöpft sich der Inhalt der „juristischen Persönlichkeit“ nach der Legaldefinition (§ 41) in der möglichen Fähigkeit von Personenvereinen und Stiftungen, „als solche selbständig Vermögensrechte und Vermögenspflichten zu haben“. Die „juristische Person“ entbehrt der vollen „Rechtsfähigkeit“, welcher die „Person“ sich erfreut (§ 3). Sie ist ja, wie die Motive sagen (S. 78), nichts als die „Personifizierung“ eines „Vermögensbereiches“; ihr Wesen „besteht für das bürgerliche Recht darin, daß die an sich nur den natürlichen Personen zustehende Vermögensfähigkeit kraft positiver Satzung einem

<sup>3)</sup> Hinsichtlich des theoretischen Standes dieser Frage verweise ich auf die in meinem Werke „die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung“ (Berlin 1887) S. 5 ff. angeführte Litteratur.

<sup>4)</sup> Gegen die „juristische Person“ des Entwurfes erklärt sich, obwohl von ganz anderem Standpunkte aus, auch Klöppel in den Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts, Bd. 32, S. 632—636. Er erblickt darin kein eigenthümliches Rechtsinstitut, ja nicht einmal einen selbständigen Rechtsbegriff, sondern einen „leeren Namen“.



Personenvereine oder einem Vermögensinbegriffe beigelegt ist“; man kann sogar, indem man die der Vermögensfähigkeit ermangelnden Körperschaften des öffentlichen Rechtes ausschließt, „noch weiter gehen und aufstellen, die juristische Persönlichkeit sei überhaupt gleichbedeutend mit dieser Vermögensfähigkeit“. Nun ist es gewiß löblich, daß man einem todten Begriffsdinge, welches man da, wo eigentlich nichts außer einem Vermögen vorhanden ist, behufs Uebernahme der Trägerschaft dieses Vermögens hinzudenkt, nicht auch noch eine jenseits der Vermögenssphäre liegende Rechtsfähigkeit zumuthen will. Allein es entsteht doch sofort die Frage, wer denn nun das Subjekt der öffentlichen Rechte und Pflichten sein soll, welche unsere Rechtsordnung mit diesen selben einheitlichen Centren verknüpft? Jede Körperschaft tritt ja, wenn sie auch im Privatrecht heimisch ist, zugleich in das öffentliche Recht ein; und überdies will der Entwurf auch für die öffentlich-rechtlichen Körperschaften gelten (Motive I S. 82). Offenbar aber ist es doch dieselbe Gemeinde, welcher das Eigenthum am Gemeinlande und das Aufsichtsrecht über die Innungen zusteht, — dieselbe Aktiengesellschaft, welcher die Schuld aus einer Prioritätsanleihe und die Steuerpflicht aus ihrer Staatsangehörigkeit obliegt. Oder sollen wir vielleicht überall, wie dies die romanistische Doktrin beim Staate mit der Auseinanderreißung von Staat und Fiskus wirklich unternimmt, eine Spaltung der Verbandseinheit in ein publizistisches Rechtssubjekt und eine juristische Person vollziehen? Eine derartige Konstruktion läge wohl am meisten im Sinne des Entwurfes. Vermuthlich indeß wird derselbe unsere Frage von vornherein mit der Gegenfrage abweisen, was denn überhaupt den Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches das öffentliche Recht angehe? Denn dahin geht ja durchweg die Tendenz dieses Entwurfes, das Privatrecht als ein isolirtes, in sich vollkommen abgeschlossenes, allein von seinen selbst erzeugten Begriffen beherrschtes System zu behandeln. So dämmert ihm denn nicht die leiseste Ahnung davon auf, daß irgend eine zugleich unser nationales Rechtsbewußtsein und unser wissenschaftliches Gewissen befriedigende Lösung des Problems der Verbandspersönlichkeit schlechthin unfindbar ist, sobald das Privatrecht sich auf sich selbst beschränkt und in seinem Souveränitätsdünkel es verschmäht, auf die ihm und dem öffentlichen Recht gemeinsamen Grundlagen zurückzugreifen und von dort her das Gemeinleben der Menschen als eine vor und über ihm gegebene Wirklichkeit zu empfangen. — Sehen wir aber auch vom öffentlichen Recht ab, so kann doch schon innerhalb des Privatrechts die Persönlichkeit der Körperschaften sich nicht in der Vermögensfähigkeit erschöpfen. Der Entwurf scheint freilich anzunehmen, daß es keine anderen Privatrechte als Vermögensrechte und Familienrechte giebt.

Allein zunächst werden trotzdem die absoluten Persönlichkeitsrechte, mögen sie nun Rechte an der eigenen Person oder Zustandsrechte oder Individualrechte oder wie sonst genannt werden, aus unserem Privatrecht nicht verschwinden.<sup>5)</sup> Will nun der Entwurf durch seinen § 41 jede derartige rechtliche Beziehung den Körperschaften künftig verschließen, den etwaigen civilrechtlichen Schutz des Rechtes an Namen, Wappen, Zeichen u. s. w. bei ihnen für undenkbar erklären, mit dem Begriff der Körperschaftslehre endgültig aufräumen? Man wird ihn in der That so verstehen müssen!<sup>6)</sup> Die Motive ergeben in dieser Hinsicht nur, daß der juristischen Person, obwohl an sich auch dieser Begriff auf sie unanwendbar sei, auch fernerhin ein „Sitz“ zugeschrieben werden soll, eine besondere Bestimmung hierüber jedoch — aus übrigens unzureichenden Gründen — für überflüssig gehalten wurde. Sodann und vor Allem entsteht die Frage, wer denn, wenn die juristische Persönlichkeit nichts als Vermögensfähigkeit ist, in der Privatrechtskörperschaft als Subjekt der Körperschaftsgewalt und aller einzelnen aus ihr fließenden Befugnisse und Pflichten gedacht werden soll? Bloße „Vermögensrechte und Vermögenspflichten“ sind doch in diesen personenrechtlichen Verhältnissen zwischen einem Verbandsganzen und seinen Gliedern nicht zu finden. Andererseits handelt es sich dabei zweifellos um Privatrechte. Denn wenn das Privatrecht so lange, als lediglich öffentliche Körperschaften bestehen, alle solche gemeinheitlichen Rechte und Pflichten dem öffentlichen Recht überlassen kann, so wird es durch die Anerkennung des Begriffes der Privatrechtskörperschaft schlechthin genöthigt, die im Zusammenhange derartiger privatrechtlicher Gemeinwesen entspringenden Personenrechte genau wie die Familienrechte in sich aufzunehmen. Nach dem Entwurfe schwebt also das gesammte innere Körperschaftsrecht privatrechtlicher Verbände geradezu in der Luft!

Wozu nun diese Verstümmelung der Verbandspersönlichkeit durch eine Legaldefinition? Der Entwurf will ja doch der wissenschaftlichen Konstruktion nicht vorgreifen! Hier aber versäumt er es nicht nur, einer freieren Auffassung Bahn zu schaffen, sondern unternimmt den Versuch, durch einen Gesetzesparagraphen Theorie und Praxis bei einem längst zu eng gewordenen Dogma festzunageln. Vielleicht finden wir künftig trotzdem Mittel und Wege, den vollen Inhalt der Verbandspersönlichkeit zur Geltung zu bringen. Allein wir haben hierzu nicht

<sup>5)</sup> Vgl. meine Schrift über den Entwurf und das deutsche Recht S. 83 ff. und von Liszt in dieser Sammlung, Heft 5 S. 5 ff. — Einige dieser Persönlichkeitsrechte erkennt der Entwurf selbst in § 704 indirekt als Privatrechte an. Vgl. auch Motive I S. 271, III S. 110 und 257, IV S. 1005.

<sup>6)</sup> Hiergegen vgl. meine Genossenschaftstheorie S. 146 ff.

mehr bloß einen romanistischen Lehrsatz bei Seite zu schieben, sondern eine vom Gesetzgeber selbst errichtete Schranke zu durchbrechen. Bisher hat niemals ein deutsches Gesetz eine gleich engherzige Formel aufgestellt. Im Preuß. A.L.R. II, 6 § 82 und im österr. bürgerl. Gesetzb. § 26 wird vielmehr umgekehrt die prinzipielle Gleichstellung der Verbandspersonen mit den Einzelpersonen ausgesprochen. Die vom Entwurf mit Recht vermiedenen umschreibenden Formeln, welche in zahlreichen neueren Gesetzen den Ausdruck „juristische Persönlichkeit“ ersetzen, schneiden wenigstens nicht geradezu die Fähigkeit zu personenrechtlichen Befugnissen und Verbindlichkeiten ab. Selbst das sächsische Gesetzbuch, auf welches die Motive sich berufen, stellt in § 52 das „Recht der Persönlichkeit“ voran und läßt die Deutung offen, daß im zweiten Satz die Vermögensfähigkeit nur als dessen Hauptinhalt hervorgehoben werde. Das schweizerische Obligationenrecht begnügt sich in Art. 678 und 716, den Genossenschaften und Vereinen das „Recht der Persönlichkeit“ ohne nähere Erläuterung zuzuerkennen. Warum nun dieser unerhörte Vorschlag des Entwurfes, falls nicht etwa eine doktrinäre Gewaltthat in Gesetzesform verübt werden soll? Sicherlich wird auch das deutsche Gesetzbuch am weisesten verfahren, wenn es den dazu geeigneten Verbänden einfach und unverkürzt das Recht der Persönlichkeit zuspricht, die Begrenzung des Inhaltes dieser Persönlichkeit aber der Wissenschaft und der Praxis überläßt.

Im Bereiche des Vermögensrechtes führt der Entwurf im Einklange mit den modernen Rechtsanschauungen und durchaus zweckmäßiger Weise die Gleichstellung der juristischen Personen untereinander und mit den Einzelpersonen nach Möglichkeit durch. Daß er die Erbfähigkeit der juristischen Person noch besonders hervorzuheben für nöthig hält (§ 1759), beruht auf römisch-rechtlichen Reminiszenzen. Römischer Herkunft sind auch die einzelnen gemeinrechtlichen Ausnahmen, die der Entwurf von seinem Grundsatz machen will. So konservirt er bei der Verjährung und Erziehung in Konsequenz seiner Grundfassung einen durchaus entbehrlichen Rest der privilegia minorum von juristischen Personen (§§ 166 und 884.)<sup>7)</sup> Er will ferner das römische Fiskalprivileg des Ausschlusses der Aufrechnung zwischen Schulden und Forderungen an verschiedene Klassen nicht nur festhalten, sondern sogar auf Gemeinden ausdehnen (§ 289), während ein derartiges generelles Privileg weder dem Bedürfnis noch der Billigkeit entspricht, wohl aber eine allgemeine Bestimmung erforderlich wäre, welche die aus Staats-, Gemeinde- oder Körperschaftsmitgliedschaft entspringenden

<sup>7)</sup> Gegen § 166 spricht sich auch G. Lehmann in den Gutachten aus dem Anwaltsstande S. 104–105 aus.

Obligationen im Verhältniß zu den aus besonderen Privatrechtstiteln herrührenden Schuldverhältnissen wegen Ungleichartigkeit des Rechtsgrundes für nicht aufrechenbar erklärte. Andererseits reproduziert der Entwurf die römische Einschränkung des einer juristischen Person zuständigen Nießbrauches auf die Dauer von höchstens hundert Jahren (§ 1014) und stellt dem Nießbrauch hierin jede anderweite persönliche Dienstbarkeit insoweit gleich, als deren Inhalt über den zulässigen Inhalt einer Grunddienstbarkeit hinausgeht (§ 1049). Ein Bruch mit der im Preussischen Landrecht (I, 21 § 179) und österreichischen Gesetzbuch (§ 529) anerkannten gegentheiligen Regel des deutschen Rechtes, welcher wiederum lediglich durch doktrinaire Gründe gerechtfertigt werden kann und schwerlich irgendwo einem im Leben empfundenen Bedürfniß entgegenkommt, wohl aber geeignet ist, althergebrachte Rechte von Gemeinden und Genossenschaften, wie z. B. das Nutzungsrecht einer Realgemeinde oder sonstigen Agrargenossenschaft an einer im Eigenthum der politischen Gemeinde befindlichen Grundfläche, in Frage zu stellen. Im Uebrigen schneidet der Entwurf auch partikularrechtliche Privilegien wie Einschränkungen aller oder einzelner juristischen Personen für die Zukunft insoweit ab, als nicht besondere Vorbehalte gemacht sind. Solche Vorbehalte bringt der Entwurf des Einföhrungsgesetzes einerseits hinsichtlich der landesgesetzlichen Ausstattung juristischer Personen mit gesetzlichen Pfandtiteln an den Grundstücken ihrer Schuldner (Art. 74) und mit Erbrechten an dem Nachlaß verpflegter oder unterstützter Personen (Art. 81), andererseits hinsichtlich derjenigen landesgesetzlichen Vorschriften, „welche den Erwerb von Rechten durch juristische Personen beschränken oder von staatlicher Genehmigung abhängig machen“ (Art. 49 Abs. 2). Daß so der gesammte Inhalt der sogenannten Amortisationsgesetzgebung in die Partikularrechte verwiesen wird, ohne daß auch nur eine den Grundsatz aussprechende und begrenzende Norm im Gesetzbuch Platz findet, entspricht der durchgehenden Scheu des Entwurfes vor jeder Berührung des öffentlichen Rechts.

Mit derselben Scheu hängt eine viel bedenklichere Unterlassung zusammen. Der Entwurf läßt den Erwerb und Verlust der Körperschaftsrechte völlig unregelt, bestimmt vielmehr lediglich, daß über die juristische Persönlichkeit eines Personenvereines und deren Verlust in Ermangelung besonderer reichsgesetzlicher Vorschriften die Landesgesetze am Orte seines Sitzes entscheiden sollen (§ 42). Eine wahrhaft erstaunliche Enthaltensamkeit! Wenn irgendwo, so schien in dieser brennenden Frage das deutsche Gesetzbuch berufen zu sein, durch eine feste und klare einheitliche Ordnung dem fast unerträglichen Zustande des heutigen Rechts, der Buntschedigkeit der Gesetze, der Zerfahrenheit der Praxis, der Unsicherheit des Verkehrs ein Ende zu be-

reiten.<sup>9)</sup> Allein derselbe Entwurf, welcher um der Rechtseinheit willen vor keinem Eingriffe in heilige Ueberlieferungen des Volks- und Familienlebens zurückbebt, macht hier vor den Traditionen des Polizeistaates Halt. Er wagt es nicht, sich selbst die Grenzen seines Bereiches abzustecken und begnügt sich mit der formellen Einheit einer körperschaftsrechtlichen Schablone, der das Landesrecht die einzelnen Verbandsgebilde nach Belieben unterstellen oder entziehen kann. Vergeblich mühen sich die Motive ab, dieses Verfahren sachlich zu rechtfertigen (S. 82—93). Sie haben bisher kaum einen Gläubigen gefunden.<sup>9)</sup>

Würde freilich die Körperschaftsbildung in unserem künftigen Gesetzbuche auf Grund der den Entwurf beherrschenden Anschauungen geregelt, so wäre einem solchen einheitlichen Recht der Fortbestand der bisherigen Unordnung vorzuziehen! Denn dem System des fingierten Individuums entspricht das für uns nicht mehr brauchbare sogenannte Konzessionsystem. Wenn die Rechtsfähigkeit „an sich“ nur dem einzelnen Menschen gebührt und lediglich auf künstliche Weise durch eine „singuläre Rechtsschöpfung“ einem menschlichen Verbandszugehörigen zugänglich gemacht werden kann, so ist es durchaus folgerichtig, die körperschaftliche Existenz als solche aus einem staatlichen Gnadenakte herzuleiten und demgemäß vorbehaltlich der etwa durch Sondergesetze erteilten Generalprivilegien die „Verleihung“ der Persönlichkeit an den einzelnen Verein als Regel zu fordern. Die Motive ergeben, daß der Entwurf in der That, falls er eigene Bestimmungen über die Entstehung der Körperschaften getroffen hätte, einem solchen Systeme zugedrängt worden wäre. Sie lassen aber zugleich deutlich erkennen, wie er gerade deshalb auf jeden gesetzgebe-

<sup>9)</sup> Vgl. über den gegenwärtigen Rechtszustand meine Genossenschaftstheorie S. 15 ff. und die Uebersicht in meinem für den 19. deutschen Juristentag erstatteten Gutachten (Verhandlungen Bd. II S. 268—285).

<sup>9)</sup> Im Einklang mit den über die Frage: „an welche Voraussetzungen kann die freie Korporationsbildung geknüpft werden?“ von Rosin und mir erstatteten Gutachten (Verhandlungen Bd. II S. 137 ff. und 259 ff.) hat der 19. deutsche Juristentag einstimmig das Verhalten des Entwurfes mißbilligt und die Aufnahme von Bestimmungen über die Körperschaftsbildung in das deutsche Gesetzbuch gefordert (a. a. O. III S. 220 ff. und 320 ff.). Vgl. ferner Hölder im Archiv f. civ. Praxis Bd. 73 S. 41 ff.; H. Kaufen in den Gutachten aus dem Anwaltsstande S. 19 ff.; B. Schilling, Aphorismen zu dem Entwurf eines bürgerl. Gesetzb., Köln 1888, S. 28 ff.; Bródlowski, Kodifikationsfragen und Kritik des Entwurfes eines bürgerl. Gesetzb. für das Deutsche Reich, Prag 1888, S. 56—57. — Für die Enthaltbarkeit des Entwurfes und zugleich für das preussische Konzessionsystem erklärt sich nur Klöppel a. a. O. S. 633 u. 863.

riſchen Eingriff verzichtet hat, weil es ihm denn doch als nahezu unmöglich erſchien, dieſes ihm kongeniale System zur gemeinrechtlichen und ſei es auch nur ſubſidiären Norm zu erheben. Er wäre damit in einen allzu ſchroffen Widerſpruch zu der geſamten modernen Entwicklung und dem in ihr wiedergeborenen uralten germaniſchen Gedanken der Körperſchaftsfreiheit getreten! Die Motive ſelbſt führen aus, daß das Konzeſſionssystem für die meiſten Körperſchaften des öffentlichen Rechts und innerhalb des Kreiſes der Privatrechtskörperſchaften für wichtige Klaſſen wirthſchaftlicher Genoſſenſchaften ſeitens der Reichs- und Landesgeſetzgebung längſt preisgegeben iſt. Sie verſchweigen aber, daß es auch im Uebrigen ſelbſt da, wo es dem Namen nach noch herrſcht, längſt durchlöchert und in Wahrheit entthront iſt und vor Allem in der Praxis einem entgegengeſetzten Gerichtsgebrauch Plaß gemacht hat. Vergeblich ſucht man in den Motiven einen Hinweis auf das unausgeſetzte Ringen der Rechtsprechung mit dem überlebten Prinzip und auf die wachſende Fülle von Entſcheidungen, welche auf mancherlei mehr oder minder gewundenen Wegen zuletzt übereinstimmend dahin gelangen, unkonzeffionirte Vereine und Genoſſenſchaften ohne formelle Anerkennung ihrer juridiſchen Perſönlichkeit gleichwohl nach Körperſchaftsrecht zu behandeln.<sup>10)</sup> Und nicht einmal aufgeworfen wird die Frage, ob denn nicht unſer heutiges Rechtsbewußtſein gebieteriſch die grundsätzliche Anerkennung der freien Körperſchaftsbildung verlangt, ob nicht für uns aus der Rechtsidee ſelbſt ein Anſpruch der kraft der ſtaatsrechtlich verbürgten Vereinsfreiheit rechtmäßig gebildeten Sozialweſen auf eine entſprechende privatrechtliche Geltung ihrer Perſönlichkeit ſich ergibt, und ob nicht ein deutſches bürgerliches Geſetzbuch den Beruf und die Pflicht hat, dieſes Prinzip ausdrücklich zu formuliren und an die Spitze ſeiner Körperſchaftsordnung zu ſtellen? Immerhin war der Geiſt des modernen deutſchen Rechtes mächtig genug, um den Entwurf von der ausdrücklichen Sanktionirung eines Systemes abzuhalten, für welches die Verleihung der Körperſchaftsrechte ein beliebig verſagbares und entziehbares ſtaatsliches Gnadengeſchenk iſt. Dann aber durfte der Entwurf dieſes System auch nicht mittelbar als Grundlage der künftigen deutſchen

<sup>10)</sup> Vgl. die Ueberſicht in meiner Genoſſenſchaftstheorie S. 56 ff. und 97 ff.; ſeitdem hat ein Erkenntniß des D.-L.-G. Dresden vom 15. April 1887 (Scuff. Bd. 43 Nr. 19) ſogar für das ſächſiſche Recht aus dem Begriff der „korporativ organiſirten Geſellſchaft“ die Parteifähigkeit einer nicht eingetragenen Genoſſenſchaft hergeleitet, dagegen das Reichsgericht in einem Erkenntniß vom 3. Juni 1887 (C.-S. Bd. 18 Nr. 74 S. 349) für das rheiniſch-franzöſiſche Recht die freiere Auffaſſung des D.-L.-G. Karlsruhe, welches einen ungenehmigten Verein als Rechtsſubjekt behandelt hatte, verworfen.

Rechtsordnung anerkennen und befestigen! Eine dunkle Empfindung von der Ungehörigkeit dieses Verhaltens scheinen denn auch die Motive zu haben. Sie bemühen sich zunächst, die Tragweite der Entscheidung durch den Hinweis darauf abzuschwächen, daß es sich dabei „im Wesentlichen“ nur um die freien Vereine für ideale Zwecke handle. Denn die Regelung des Erwerbes der Körperschaftsrechte seitens öffentlich rechtlicher Verbände müsse ohnehin besonderen Reichs- und Landesgesetzen überlassen bleiben; für die handelsrechtlichen Vereinigungen und die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften sei bereits eine reichsrechtliche Ordnung vorhanden, deren Erstreckung auf die dem Versicherungsrecht angehörigen Assoziationen bei der Revision des Handelsgesetzbuches erfolgen werde; die Genossenschaften des Agrar-, Wasser-, Forst-, Berg-, Jagd- und Fischereirechts seien gleich dem übrigen Inhalt dieser Sonderrechtsgebiete dem Bereiche der Landesgesetzgebung vorbehalten. Damit ist nun freilich keineswegs dargethan, daß ein deutsches bürgerliches Gesetzbuch, welches einen auch für alle solche besonderen Gattungen von Körperschaften maßgebenden allgemeinen Rahmen herstellen soll, hierbei auf jede grundsätzliche Bestimmung über die Entstehung der körperschaftlichen Persönlichkeit zu verzichten hat. Auch ist nicht einzusehen, warum die immerhin vorhandenen und künftig vielleicht an Zahl und Mannigfaltigkeit wachsenden Genossenschaften, welche nicht zu den freien Vereinen für ideale Zwecke gehören und gleichwohl unter keine in einem Spezialgesetz geregelte Kategorie fallen, mit Stillschweigen übergangen werden. Allein die Motive glauben nun einmal auf Grund solcher Erwägungen berechtigt zu sein, bei der ferneren Erörterung lediglich die bezeichneten Vereine in's Auge zu fassen. Für diese aber suchen sie sodann das KonzeSSIONssystem weniger durch Darlegung seiner eigenen Vorzüge, als durch Bekämpfung der beiden sonst denkbaren Systeme zu rechtfertigen.

Zuvörderst erklären sie die Aufstellung eines allgemeinen Rechtsfaktes, kraft dessen jeder sich im Leben als eine selbständige Wesenheit bethätigende Verein auch rechtlich als Person anerkannt wird, für „selbstverständlich“ ausgeschlossen. Sie meinen, ein solches Vorgehen würde die „mißlichste Rechtsunsicherheit“ zur Folge haben. Kein Wort aber verlieren sie darüber, daß weder in Oesterreich noch in der deutschen Schweiz, wo dieses System gilt<sup>11)</sup>, über Rechtsunsicherheit geklagt wird, daß dagegen in Deutschland die „mißlichste Rechtsunsicherheit“ umgekehrt aus dem Widerspruch des überlieferten

<sup>11)</sup> Vgl. meine Genossenschaftstheorie S. 83—84 und für das schweizerische Recht jetzt E. Huber, System und Geschichte des schweizerischen Privatrechts I (Basel 1886) S. 158 und 163—164.

Konzeptionsystems mit den Thatsachen und Bedürfnissen des Lebens entsprungen und in demselben Maße geschwunden ist, in welchem die Praxis sich der Anerkennung jenes gefürchteten allgemeinen Rechtsatzes genähert hat. Auch machen sie keinen Versuch, die schädlichen Folgen eines solchen Rechtsatzes im Einzelnen darzulegen. Sie begnügen sich mit dem Hinweis auf die freilich unbestreitbare Thatsache, daß unter der Herrschaft desselben in einzelnen Fällen Zweifel entstehen können, ob eine Körperschaft vorhanden ist oder nicht. Was aber kann nicht einmal zweifelhaft werden? Im Ganzen pflegt, wie die Erfahrung lehrt, der Verkehr sehr genau zu wissen, wo er es mit Verbandseinheiten und wo nur mit verbundenen Einzelnen zu thun hat. Wenn Ausnahmen vorkommen, kann aus ihnen unmöglich ein Grund hergeleitet werden, der großen Masse der typischen Fälle ihr Recht zu verkümmern. An sich scheint nichts „selbstverständlicher,“ als daß ein als einheitlicher sozialer Willensträger bestehender und vom öffentlichen Recht als solcher zugelassener Verein, welcher sich offen und frei in den Vermögensverkehr begiebt, nun auch vom Privatrecht eine seinem Wesen entsprechende Behandlung verlangen kann. Vor Allem aber scheinen doch Dritte, denen ein derartiger Verein sich als selbständiges Rechtssubjekt giebt und von denen er als solches genommen wird, einen Anspruch darauf zu haben, daß das Privatrecht ihnen gegenüber den Verein beim Worte halte. Die Motive sprechen unbegreiflicher Weise stets nur von den Unbequemlichkeiten, welche aus der Verjagung der Körperschaftsrechte den Vereinen selbst erwachsen. In erster Linie jedoch schädigt diese Verjagung nicht die Vereine, sondern das Publikum, welches mit ihnen im Vertrauen auf ihren im Leben bewährten Bestand in Verkehr getreten ist. Eine folgerichtige Durchführung des Prinzips zwingt geradezu den Richter zu schändester Rechtsverweigerung.<sup>12)</sup> Der Vereinsgläubiger, welcher seinen Schuldner, der vielleicht sich der blühendsten Verhältnisse erfreut, vor Gericht nicht wiederfinden kann, mag sich dann mit der billigen Ausrede abspeisen lassen, daß er nur seine eigene Unvorsichtigkeit im Kreditiren anzuklagen habe. In Wahrheit ist der Mangel eines allgemeinen Rechtsatzes der vom Entwurf perhorreszirten Art nur dann erträglich, wenn die thatsächlich als Körperschaften bestehenden Vereine nicht bloß die Möglichkeit des Erwerbes der Persönlichkeit auf einem besonderen Wege empfangen, sondern für den Fall, daß sie überhaupt in den Privatrechtsverkehr eintreten wollen, zu diesem Erwerbe verpflichtet

<sup>12)</sup> Vgl. z. B. Erkenntniß des O. L. G. Darmstadt vom 21. Februar 1881 bei Scuff., Bd. 37 Nr. 207; Erkenntniß des Reichsgerichts vom 3. Juni 1887, C. S. Bd. 18 Nr. 71 S. 349.



werden. Dies ist freilich unter der Herrschaft des Konzessionsystems so lange undurchführbar, als nicht die Vereinsfreiheit wieder beseitigt ist. Möglich dagegen ist es unter der Herrschaft des Systems der Normativbestimmungen, falls damit ein Registerzwang verbunden wird. Dann muß ein Verein, welcher die für jeden legitimen Verein erfüllbaren Bedingungen nicht erfüllt oder die Eintragung nicht nachsucht, die Nachteile der Nichtanerkennung seines Bestandes im Privatrecht tragen. Zu Gunsten Dritter aber kann und muß dann die persönliche und solidarische Haftung eines Jeden ausgesprochen werden, welcher im Namen eines nicht eingetragenen Vereines handelt. Nach diesen Grundsätzen ist das Recht der Aktiengesellschaften, in Oesterreich auch das Recht der Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaften, in der Schweiz das Recht der wirthschaftlichen Vereine und in den welschen Kantonen auch das Recht der Vereine für ideale Zwecke geordnet. Doch ist ein so weitgehender Registerzwang keineswegs für alle Gattungen wirthschaftlicher Genossenschaften gerechtfertigt,<sup>13)</sup> für andere Vereine jedenfalls eine unbillige Härte.<sup>14)</sup> Bei einer bloß fakultativen Eintragung aber entfällt mit der Aufstellung von Normativbestimmungen, deren Erfüllung die Rechte und Pflichten einer besonderen Körperschaftsgattung verschafft, durchaus nicht das Bedürfniß eines allgemeinen Rechtsatzes, welcher auch die Persönlichkeit nicht eingetragener Verbände insoweit zur Geltung bringt, als sie thatsächlich besteht und im Leben Anerkennung findet. Unser bürgerliches Gesetzbuch müßte daher unter rückhaltloser Verwirklichung des Prinzips der freien Körperschaftsbildung einen Rechtsatz an die Spitze stellen, nach welchem ein rechtsbeständiger Verein mit körperschaftlicher Verfassung, insoweit er Dritten oder seinen Mitgliedern als selbständiges Ganze gegenübertritt, die Rechte und Pflichten einer Person hat. Doch könnte es zweckmäßiger Weise jedem Verein, der nicht entweder als Körperschaft des öffentlichen Rechts oder durch besondere Verleihung der Körperschaftsrechte staatlich anerkannt ist, oder aber unter Erfüllung der vorgeschriebenen Bedingungen für die öffentliche Konstatirung seines Bestandes durch Registereintrag gesorgt hat, die Fähigkeit versagen, im Grundbuch und in anderen öffentlichen Registern als Rechtssubjekt eingetragen zu werden. Diese Einschränkung wäre einerseits, da von einem Verein, der ein öffentliches Register benutzen will, auch der

<sup>13)</sup> Mit Recht hält auch das neue Reichsgesetz über Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaften, obwohl es neben den Genossenschaften mit unbeschränkter Haft solche mit bloßer unbeschränkter Nachschußpflicht und solche mit beschränkter Haft zur Eintragung zuläßt, an dem System der fakultativen Eintragung fest.

<sup>14)</sup> Vgl. meine Genossenschaftstheorie S. 96 Anm. 3.

Nachweis einer öffentlichen Anerkennung seiner Persönlichkeit gefordert werden kann, innerlich durchaus gerechtfertigt, und sie würde andererseits für Vereine von einiger geschäftlicher Bedeutung einen starken Antrieb zu der immerhin sehr wünschenswerthen Erwirkung ihrer Registrierung bilden. Im Uebrigen aber würde ein derartiger Rechtsatz, welcher selbstverständlich alle publizistischen Vereinsverbote unberührt läßt und einem rechtswidrigen Vereine niemals zu Gute kommt, nur der einfachen Anforderung entsprechen, daß die Rechtsordnung rechtmäßige Lebensgebilde als das zu behandeln hat, was sie sind, und nicht als etwas, was sie nicht sind.<sup>15)</sup>

Die Motive verwerfen jedoch nicht bloß das System der Anerkennung der Körperschaftspersönlichkeit auf Grund ihres thatsächlichen Bestandes, sondern auch, soweit freie Vereine für ideale Zwecke in Frage kommen, das System der Normativbestimmungen. Sie führen freilich die naheliegenden und scheinbar durchschlagenden „Gründe“ an, welche für dieses System sprechen, stellen aber denselben „Gegengründe“ gegenüber und erklären schließlich kategorisch, daß „die Gegengründe überwiegen.“ Prüfen wir diese Gegengründe, so kommen sie, da die vorgebliche „technische Schwierigkeit“ allgemeiner Bestimmungen für Vereine mit ungleichartigen Zwecken und Bedürfnissen wohl kaum ernsthaft zu nehmen ist, auf politische Bedenken hinaus. Eine Maßregel, welche „allen gegenwärtigen und künftigen Vereinen, die nicht offensichtlich unerlaubte Zwecke verfolgen, einen Freibrief auf eine selbständige Vermögenssphäre ausstellt,“ möge bei kaufmännischen und gewerblichen Assoziationen zulässig sein. Sie sei dagegen bei Vereinen, welche die Sphäre des Gemeinwohles berühren, höchst be-

---

<sup>15)</sup> Näher begründet habe ich diesen Vorschlag in meinem angeführten Gutachten für den Juristentag S. 285 ff., wo ich zugleich alle sonstigen gegen die Körperschaftsfreiheit erhobenen Einwendungen widerlegt habe. — Inzwischen sind andere Vorschläge ausgetauscht, welche nicht eingetragenen oder speziell konfessionirten Vereinen die Persönlichkeit versagen, jedoch auf anderem Wege eine Ordnung der inneren und äußeren Verhältnisse solcher Vereine begründen wollen. So Raujen a. a. O. S. 34—39, dessen Vorschläge indeß auf eine unklare und wenig haltbare Zwitterbildung zwischen Körperschaft und Gesellschaft hinauslaufen. Ferner Sohm, die deutsche Genossenschaft (aus der Festgabe der Leipziger Juristenfakultät für B. Windscheid, Leipzig 1889), der den unprivilegirten Verein als „Genossenschaft“ in dem von ihm entwickelten Sinne, d. h. als eine Vermögens- und Schulden-gemeinschaft der Mitglieder mit körperschaftlicher Organisation, ausgestattet wissen will (S. 38 ff.). Gegen Sohm's Vorschlag, der namentlich durch die unbeschränkte Haftbarmachung der einzelnen Mitglieder für die Vereinsschulden den Vereinen Unerträgliches aufbürdet, vgl. Heusler in den Göttinger gelehrten Anzeigen 1889 S. 326—328.

denklich. Zum Beweise wird dann ausgeführt, wie Vereine nicht bloß nützlich, sondern auch gemeinschädlich wirken können, wie die harmlosesten Vereine oft entarten und die gefährlichsten Vereine im unschuldigsten Gewande erscheinen, wie die Möglichkeit nachträglicher Repression und insbesondere der staatlichen Vereinsauflösung den vorbeugenden Schutz nicht zu ersetzen vermöge u. s. w. Alle diese Argumente wären offenbar am Platz, wenn es sich um einen Feldzug gegen die Vereinsfreiheit handelte. Sind sie schlüssig, so stelle man so bald wie möglich das Vereinsrecht des Polizeistaates wieder her! So lange dagegen das publizistische Prinzip der Vereinsfreiheit fortbesteht, kann es unmöglich die Aufgabe der Privatrechtsordnung sein, dasselbe von sich aus durch kleinliche Chikanen zu korrigiren. Die Privatrechtsnormen sind nicht berufen, der Polizei, wo sie selbst nicht einschreiten will oder kann, Handlangerdienste zu leisten. Ist dem rechtlichen Bestande eines Vereins vom öffentlichen Recht her nicht beizukommen, so ist auch kein legitimer Grund vorhanden, ihm durch Verfassung der Privatrechtsfähigkeit das Leben zu erschweren. Ohnehin werden die wirklich gefährlichen Vereine die Vermögensfähigkeit nicht vermissen und vielleicht wegen der damit verbundenen Deffentlichkeit gar nicht suchen. Die bisherigen Erfahrungen wenigstens liefern keinen Beweis dafür, daß agitatorische Vereine durch bloße Nichtanerkennung seitens des Civilrechts finanziell gelähmt werden könnten. Die Nachteile würden also vorzugsweise nur nützliche oder doch harmlose Vereine und das mit ihnen verkehrende Publikum treffen. Hält man jedoch die politischen Bedenken für unüberwindlich, so kann man ja nach dem Vorbilde des Sächsischen Gesetzes vom 15. Juni 1868 das Landesrecht ermächtigen, die Eintragung politischer Vereine von einer besonderen staatlichen Genehmigung abhängig zu machen. Wenn dann überdies nach dem auch reichsrechtlich schon verwirklichten Muster neben den selbstverständlich zugleich die privatrechtliche Existenz beendigenden Auflösungsgründen des publizistischen Vereinsrechts allgemein die Aufhebung durch Richterspruch angedroht wird, sobald eine eingetragene Körperschaft durch rechtswidrige Handlungen oder Unterlassungen das Gemeinwohl gefährdet oder ohne die landesrechtlich erforderliche Genehmigung politische Zwecke verfolgt, so scheint doch eine derartige Gestaltung des bürgerlichen Rechts die Gefahren der Vereinsfreiheit eher mindern als steigern zu müssen. Vielleicht bleiben noch Strupel wegen der religiösen Vereine zurück. In dieser Hinsicht würde aber ein Vorbehalt der auf Religionsgesellschaften und geistliche Genossenschaften bezüglichen Landesgesetze und im Uebrigen die Gleichstellung religiöser Vereine mit den politischen Vereinen jedenfalls ausreichen, um alle Bedenken zu zerstreuen. Oder fürchtet man vielleicht die Aner-

kennung der Gewerksvereine? Unmöglich aber wird man auf die Länge das Bedürfniß einer berufsständischen Organisation der Lohnarbeiter verkennen und die Anfänge einer solchen in Bahnen drängen dürfen, welche außerhalb unserer offiziellen Rechtsordnung liegen. Reicht das gemeine Recht nicht aus, so handelt es sich hier gerade um eine Aufgabe der sozialpolitischen Reichsgesetzgebung, in deren Zusammenhang ein besonderes Gesetz über Gewerksvereine das Erforderliche anordnen kann, um die Bewegung in das richtige Bett zu leiten und die öffentliche Einwirkung auf ihren Fortgang zu sichern. Doch scheinen ja schließlich die Bedenken gegen das verworfene System schon dadurch sich zu erledigen, daß dasselbe seit 1868 im Königreich Sachsen für alle nicht durch Spezialgesetz geregelten freien Genossenschaften und seit 1869 in Bayern für Vereine nicht wirthschaftlicher Art zu Recht besteht, ohne sich irgendwie als nachtheilig oder bedrohlich enthüllt zu haben. Die Motive selbst leugnen keineswegs, daß sich das System in diesen beiden Staaten bewährt hat, und führen sogar die Ermöglichung seines Fortbestandes als einen Rechtfertigungsgrund für den Verzicht auf die einheitliche Durchführung des Konzessionsystems an. Allein sie lehnen die naheliegende Schlussfolgerung, daß ein System, für welches sich die Sachsen und die Bayern als reif erwiesen haben, doch auch von den übrigen Deutschen ertragen werden würde, mit einer Verlegenheitsausrede ab. Unser bürgerliches Gesetzbuch müßte also die speziellen Reichs- und Landesgesetze, welche das System der Normativbestimmungen für einzelne Körperschaftsgattungen in eigenthümlicher Ausprägung durchführen, durch die Einrichtung eines bei den Gerichten anzulegenden allgemeinen Vereinsregisters ergänzen. An die Eintragung in dieses Register wäre zwar nicht die Entstehung der Vereinspersönlichkeit, wohl aber deren öffentliche Anerkennung und somit den obigen Ausführungen gemäß die Möglichkeit ihrer vollen Entfaltung zu knüpfen. Das Recht auf die Eintragung wäre vor Allem jedem Verein für ideale Zwecke zu gewähren, der die im Gesetzbuch näher angegebenen Voraussetzungen erfüllt. Diese Voraussetzungen wären (von der für politische und religiöse Vereine zugelassenen Ausnahme abgesehen) auf die Forderung eines gehörig beurkundeten Statuts zu beschränken, welches die wesentlichen Stücke einer voll entwickelten Körperschaftsverfassung enthält. Neben der Abtheilung für derartige „eingetragene Vereine“ müßte aber in dem allgemeinen Vereinsregister eine Abtheilung für „eingetragene wirthschaftliche Vereine“ (oder „eingetragene Genossenschaften des bürgerlichen Rechts“) gebildet werden, um denjenigen körperschaftlichen Wirthschaftsvereinigungen, welche nicht auf einen kaufmännischen oder gewerblichen Geschäftsbetrieb gerichtet sind, die Erlangung der öffent-

lichen Anerkennung ihres Bestandes zu ermöglichen.<sup>16)</sup> Daß die besondere reichs- oder landesgesetzliche Regelung einzelner Körperschaftsgattungen mit den für solche eingerichteten speziellen öffentlichen Registern unberührt bliebe, daß die Bildung der Körperschaften des öffentlichen Rechts den öffentlichrechtlichen Bestimmungen des Reichs- und Landesrechtes unterstände und daß endlich auch die staatliche Spezialverleihung von Körperschaftsrechten durch das Reich (wie bei Innungsverbänden und Kolonialgesellschaften) oder einen Einzelstaat nach Maßgabe von Reichs- und Landesgesetzen vorzubehalten wäre, braucht hier nur angedeutet zu werden.<sup>17)</sup>

Wie aber die Lösung der schwierigen Aufgabe im Einzelnen ausfallen möge: die Ablehnung jeder Lösung seitens des bürgerlichen Gesetzbuches wäre ein schlechthin unentschuldbarer Mißgriff. Ein Bild des Rechtszustandes, der durch § 42 des Entwurfes geschaffen werden würde, versuchen die Motive nicht zu zeichnen. Es ist aber in der That selbst nach der inzwischen erfolgten Veröffentlichung des Entwurfes eines Einführungsgesetzes schwer zu sagen, was denn eigentlich von den Sätzen des bisherigen Rechts über Körperschaftsbildung wegfallen oder in Kraft bleiben soll. Ist unter den zur Entscheidung berufenen „Landesgesetzen“ in den Ländern des gemeinen Rechts bis zum etwaigen Erlaß eines neuen Gesetzes auf Grund der Art. 2 und 3 das bisherige „gemeine“ römische und deutsche Privatrecht zu verstehen? Bleibt in diesem landesrechtlichen Bereiche trotz § 2 des Entwurfes nicht bloß der Fortbestand alten, sondern auch die Bildung neuen Gewohnheitsrechtes gesichert? Sollen im Gebiet des preussischen Landrechts neben den Sätzen über Erwerb der Korporationsrechte die Bestimmungen über erlaubte Privatgesellschaften mit ihrer halben juristischen Persönlichkeit fortgelten oder nach Art. 32 des Einführungsgesetzes außer Kraft treten? Eine Fülle neuer Streitfragen scheint sich hier zu öffnen! Im günstigsten Falle würde der

<sup>16)</sup> Näher begründet und genauer formulirt habe ich den Vorschlag der Anordnung eines allgemeinen Vereinsregisters durch das bürgerliche Gesetzbuch in meinem Gutachten a. a. O. S. 297 ff. und 309 ff. — Die Vorschläge von Rosin a. a. O. S. 145 ff., Schilling a. a. O. S. 29 und Kaujen a. a. O. S. 32 ff. weichen insofern ab, als sie den Registereintrag zur Bedingung des Erwerbes der juristischen Persönlichkeit machen wollen. Rosin und Schilling denken überdies nur an Vereine für ideale Zwecke. Hölder a. a. O. S. 41–44 spricht sich für das System der Normativbestimmungen aus, ohne näher auf die Frage der obligatorischen oder fakultativen Eintragung einzugehen.

<sup>17)</sup> Vgl. mein Gutachten a. a. O. S. 297, 301 ff., 308, 309–311. Auch Kaujen a. a. O. S. 25–26.

gegenwärtige Zustand mit seiner Unsicherheit, jedoch zugleich mit seiner den Bedürfnissen des Lebens einigermaßen sich anschmiegenden Praxis gewahrt. Je entschiedener aber der im § 1 des Entwurfes aufgerufene „Geist“ des neuen Gesetzbuches durchdränge und widerstreitendes Landesrecht bei Seite schöbe, desto unerträglicher würde die Ungewißheit, desto tiefer der Zwiespalt zwischen der Rechtsordnung und dem Volksrecht, desto offenkundiger der Rückschritt werden! Denn der Entwurf sucht ja wieder den römischen Gegensatz der „universitas“ und „societas“ in voller Reinheit durchzuführen und jedes Zwischengebilde unmöglich zu machen. Es wäre wider seinen „Geist“, wollte man sein Körperschaftsrecht auf unprivilegierte Vereine und Genossenschaften anwenden, nachdem denselben die „juristische Persönlichkeit“ abgesprochen ist. Andererseits paßt für solche Vereine und Genossenschaften, wie dies die Motive selbst richtig ausführen (S. 88), schlecht hin nur das Körperschaftsrecht und nicht das Gesellschaftsrecht. Am wenigsten eignet sich für sie das Gesellschaftsrecht dieses Entwurfes, das nicht nur durchaus individualistisch angelegt ist, sondern auch derartige „Modifikationen“, wie sie die weitherzige Praxis bisher im Interesse nicht anerkannter Körperschaften zuläßt, fortan unbedingt ausschließt (Motive II S. 592—593). Gewohnheitsrecht und Gerichtsgebrauch sind abgeschafft und können die Lücke nicht mehr ausfüllen. Es giebt also für und gegen alle diese Verbände überhaupt kein Recht! Während das öffentliche Recht dem deutschen Volke das alte Grundrecht der freien Assoziation verbürgt, stellt das Privatrecht eine Fülle von körperschaftlichem Leben, welches der immer wieder junge germanische Genossenschaftsgeist hervortrieb, außerhalb des Gesetzes! Das bürgerliche Gesetzbuch hat die romanistische Schuldoktrin zu Ehren gebracht, dem Rechtsbewußtsein der Nation aber und den Bedürfnissen der Gegenwart hat es ins Angesicht geschlagen!

Daß der Entwurf auch den Verlust der Körperschaftsrechte, soweit nicht besondere Reichsgesetze eingreifen, den Landesgesetzen unterstellt, bezeichnen die Motive zutreffend als eine Konsequenz des einmal gewählten Standpunktes. Mit der „Verleihung“ gehört natürlich die „Entziehung“ der juristischen Persönlichkeit zusammen, im Geiste des Konzeptionsystems aber erscheint, wie dies die Motive denn auch ungeschweht sagen (S. 92), jede Beendigungsart einer Körperschaft nur als eine Art solcher „Entziehung“. Wenn nun demgemäß der Entwurf auch über die Wirkungen des Wegfalles der Mitglieder, des Auflösungsbeschlusses, der Konkursöffnung, der Zweckerreichung u. s. w. schweigt, so offenbart sich freilich in diesem folgerichtigen Verhalten nur um so deutlicher die Unzulänglichkeit des leitenden Prinzips.

Vergeblich suchen die Motive das unbefriedigende Ergebnis durch allerlei Nebenerwägungen zu beschönigen.<sup>18)</sup>

Durch die Ablehnung einer eigenen Entscheidung über Erwerb und Verlust der Körperschaftspersönlichkeit hält sich der Entwurf überhaupt jeder auf die Entstehung der Körperschaften bezüglichen Vorschrift überhoben. Er enthält daher auch keinerlei Rechtsätze, welche einen Anhalt zur rechtlichen Beurtheilung der bei der Gründung gewillkürter Körperschaften in Frage kommenden Rechtshandlungen und Rechtsverhältnisse böten. Und doch handelt es sich hier um einen bei Privatrechtskörperschaften sich völlig im Rahmen des Privatrechts abspielenden, gleichwohl aber von jeder anderen privatrechtlichen Willensaktion spezifisch verschiedenen Vorgang und um eine Fülle eigenartiger rechtlicher Beziehungen, wie sie eben nur dem Werdestadium sozialer Lebewesen entspringen.<sup>19)</sup> Wird freilich im Sinne der Konzeptions- theorie das konstitutive Element der Körperschaftsbildung ausschließlich in einen staatlichen Schöpfungsakt verlegt, so bleibt für die gesammte vorangehende Gründungshandlung lediglich die Kategorie des obligationenrechtlichen Vertrages verwendbar und müssen alle einzelnen äußeren und inneren Rechtsverhältnisse der werdenden Körperschaft sich wohl oder übel mit der individualrechtlichen Schablone behelfen. Und fast scheint es, als wolle der Entwurf eben auch hier der überwundenen Doktrin treu bleiben. Denn gelegentlich spricht er von einem „Gründungsvertrage“.

Es geschieht dies in § 43 bei der Aufstellung eines allgemeinen Prinzips über die Grundlagen der körperschaftlichen Verfassung. Dieselbe soll, „soweit sie nicht auf Reichsgesetz oder Landesgesetz beruht, durch den Gründungsvertrag und in Ansehung späterer Abänderungen durch den Willen der Mitglieder der Körperschaft bestimmt“ werden. Die Motive meinen nun zwar bei der Erläuterung dieses Paragraphen (S. 93—94), daß der Entwurf keinen Anlaß gehabt habe, zu der Streitfrage Stellung zu nehmen, ob die innerhalb des vom Gesetz frei gelassenen Spielraumes auf Begründung oder Abänderung einer Körperschaftsverfassung gerichtete Willensbethätigung Rechtsgeschäft oder autonomischer Akt sei. Allein warum spricht er dann von „Vertrag“ und nicht von „Satzung“, vom „Willen der Mitglieder“ und nicht vom „Körperschaftsbeschluß“? Aus der Wahl dieser Worte leuchtet doch eine sehr entschiedene Parteinahme für die dem Gedankensystem der persona ficta durchaus kongeniale Auffassung hervor, daß überall, wo nicht die rechtsschöpferische Macht des Staates

<sup>18)</sup> Vgl. auch Bekker, Heft 2 dieser Beiträge S. 20—21.

<sup>19)</sup> Vgl. hierüber meine Genossenschaftstheorie S. 114 ff.

durchgreift, auch die Hervorbringung und Umgestaltung der Lebensordnung eines Gemeinwesens lediglich auf vertragmäßige Vereinbarung der Individuen zurückzuführen ist. Hiermit harmonirt die freilich nur in Ermangelung einer abweichenden Verfassungsbestimmung eintretende, jedoch auch als subsidiäre Regel weit über das Ziel hinauschießende Vorschrift des § 48 Abs. 5, welche jede Abänderung der Verfassung an die Zustimmung sämmtlicher vorhandener Mitglieder bindet. Wenn aber in Ansehung der Verfassung eine derartige Auffassung legalisirt wird, so bleibt für den Begriff der körperschaftlichen „Autonomie“ überhaupt kein Raum. Mit der Autonomie verschwindet zugleich die „Observanz“, die daher der Entwurf unerwähnt läßt. Die Motive suchen uns hierüber zunächst mit der Angesichts der wirklichen Lebensverhältnisse kaum begreiflichen Behauptung zu trösten, daß es sich dabei um eine praktisch wenig erhebliche Angelegenheit handle. Im Uebrigen scheint ihnen für das etwa vorhandene Bedürfniß die durch den Entwurf nicht abgeschnittene Möglichkeit einer „stillschweigenden Satzung“ auszureichen. Eine „stillschweigende Satzung“ jedoch ist ein gleicher Widersinn wie ein „stillschweigendes Gesetz“. Die echte Observanz ist Gewohnheitsrecht und als solches durch den Entwurf zum Tode verurtheilt. Soll aber die Observanz durch die schiefe Unterstellung unter den Begriff des stillschweigend geschlossenen Vertrages gerettet werden, so wird ein gewissenhafter Richter nur in den seltensten Fällen das Vorhandensein der erforderlichen stillschweigenden Willenserklärungen sämmtlicher einzelner Mitglieder bejahen dürfen.<sup>20)</sup>

In einigen Punkten stellt der Entwurf selbst theils zwingende theils abänderliche Normen über die Körperschaftsverfassung auf. Seine Bestimmungen sind ziemlich dürftig. Ueber Erwerb und Verlust, Inhalt und Umfang der Mitgliedschaft enthalten sie nichts. Sie regeln lediglich die Grundzüge einer körperschaftlichen Organisation, bei welcher ein Vorstand als Vertretungsorgan und die Mitgliederversammlung als Beschlufsorgan fungirt.

Hierbei kommt die Grundauffassung des Entwurfes vom Wesen der Verbandspersönlichkeit, wenschon sie nicht wörtlich ausgesprochen wird, zu besonders unzweideutigem Ausdruck. Ueberall liegt, wie dies zum Ueberflus in den Motiven mehrfach mit den üblichen Redewendungen der romanistischen Doktrin hervorgehoben wird, die Vorstellung zu Grunde, daß die Körperschaft selbst als künstlich geschaffenes In-

<sup>20)</sup> Vgl. hinsichtlich der Observanz wie der Autonomie meine Schrift über den Entwurf und das deutsche Recht S. 130—132; hinsichtlich der Observanz auch Bähr, krit. Vierteljahrschrift Bd. 30 S. 329 ff.



dividuum schlechthin willenlos ist und gleich dem infans vel furiosus erst durch die Einrichtung einer gesetzlichen Vertretung zur Theilnahme am Verkehr befähigt wird. Die Motive sprechen trotzdem mitunter von Organen der Körperschaft. Der Entwurf vermeidet dieses Wort in durchaus folgerichtiger Weise. Dasselbe ist als technischer Ausdruck für einen selbständigen Rechtsbegriff schlechthin unentbehrlich, sobald die Körperschaft als reale Gesamtperson anerkannt, der in ihr verkörperte Gemeinwille als lebendige Macht in das Privatrecht eingeführt und die im Wesen jedes sozialen Organismus begründete Darstellung der Einheit des Ganzen durch die verfassungsmäßig dazu berufenen Glieder und Gliederkomplexe rechtlich formuliert wird.<sup>21)</sup> Dagegen kann es vom Standpunkt des Entwurfes aus Organe im Rechtsinne nicht geben. Es giebt ja kein Gemeinwesen, keinen Gemeinwillen, kein Gemeinleben, es giebt nur Einzelwesen, Einzelwillen und Einzelleben. Alle Organschaft löst sich also begrifflich in Stellvertretung auf: sie ist die Vertretung willens- und handlungsunfähiger künstlicher Individuen durch willens- und handlungsfähige natürliche Individuen. Mithin müssen an sich, soweit wenigstens der Horizont des bürgerlichen Rechtes sich erstreckt, auch zur rechtlichen Beherrschung der gesammten körperschaftlichen Lebensbethätigung die Normen des Individualrechts über Stellvertretung hinreichen. Wenn dieselben gleichwohl einzelne Zusätze und Abänderungen erfahren, so erklärt sich dies daraus, daß es sich hier um ein gar so völlig und unheilbar sinnloses Wesen handelt. In prinzipieller Hinsicht liegt darin nichts Neues.

Solcher Grundanschauung gemäß weist der Entwurf zunächst einem Vorstande die Stellung eines nothwendigen „gesetzlichen Vertreters“ der Körperschaft in dem technischen Sinne der Civilprozeßordnung und anderer neuerer Gesetze gegen Dritte wie Mitglieder zu (§ 44 Abs. 1), während er die Rechte und Pflichten dieses Vorstandes gegen das vertretene Rechtssubjekt selbst im Zweifel nach den Regeln des Mandates beurtheilt wissen will (§ 44 Abs. 2). Die Motive heben ausdrücklich hervor, daß die letztgedachte Bestimmung nicht auf der Annahme eines wirklichen Auftragsverhältnisses beruhe (S. 95), der Vorstand vielmehr als Vertreter einer willenlosen (mithin doch auch zur Ertheilung eines Auftrages unfähigen) Person im Allgemeinen einem Vormunde gleichstehe (S. 94 und 97). Hierzu stimmen die Vorschriften des Entwurfes, welche die Sistirung des Ablaufes der Verjährungsfrist gegen Minderjährige und Geistesranke durch den Mangel eines Vormundes auf juristische Personen übertragen (§ 166 und 884), ob-

<sup>21)</sup> Vgl. meine Genossenschaftstheorie S. 614 ff. — Jetzt auch Laband im Archiv für civ. Praxis Bd. 73 S. 187—189.

wohl die Motive zugeben müssen, daß ein Bedürfniß hierzu kaum vorhanden ist, sondern eben nur eine Folgerung aus der „rechtlichen Natur“ der juristischen Personen gezogen wird (S. 321). Im Uebrigen ist es zu billigen, daß der Entwurf, eine sichtbare Tendenz der neueren Rechtsentwicklung zum Abschluß bringend, die Bestellung eines aus einer oder mehreren Einzelpersonen gebildeten ständigen Vorstandes obligatorisch machen will (§ 44 Abs. 1). Den bisher eines verfassungsmäßigen Vorstandes entbehrenden Körperschaften wird die Erfüllung dieser Anforderung um so eher zugemuthet werden können, als zur Vorsteherschaft Mitgliedschaft nicht erforderlich und statt der im Zweifel vorgeschriebenen Bestellung „durch Beschluß der Mitglieder“ jede andere verfassungsmäßige Ordnung der Bestellung zulässig sein soll (§ 44 Abs. 2 und 7). So kann also z. B. für Agrar Genossenschaften der jeweilige Gemeindevorstand zum Vorstande bestellt und nöthigenfalls auch in Ermangelung einer Fürsorge der Genossenschaft durch Landesgesetz zu dieser Stellung berufen werden.<sup>22)</sup>

Die Vertretungsmacht des Vorstandes wird im Entwurfe nicht ausdrücklich normirt. Es scheint vorausgesetzt zu werden, daß in Ermangelung abweichender Verfassungsbestimmungen dem Vorstande eine unbeschränkte Vertretungsmacht gebührt.<sup>23)</sup> Dagegen ist die Ausdehnung des für gewisse Körperschaften geltenden Grundsatzes der Unbeschränkbarkeit der Vertretungsmacht auf alle Körperschaften abgelehnt. Daß demgemäß gemeinrechtlich die Möglichkeit einer gegen Dritte wirksamen Einschränkung der Vorstandskompetenz durch die Verfassung gewahrt wird (§ 44 Abs. 4), verdient volle Billigung. Hiermit entfällt zugleich die Nothwendigkeit einer allgemeinen gesetzlichen Durchführung des Grundsatzes der jederzeitigen Widerruflichkeit der Vorstandsbestellung (Motive S. 96—97). Ueber die Form der Willenserklärungen des Vorstandes und über dessen Legitimation ist nichts vorgeesehen. Daß bei einem aus mehreren Personen bestehenden Vorstande die Vertretungsmacht der Regel nach nur allen Vorstandsmitgliedern in ihrer Gesamtheit zustehen soll (§ 44 Abs. 5 und 7), ent-

<sup>22)</sup> Auf die Schwierigkeit, welche daraus entstehen kann, daß die Landgemeinden in den östlichen Provinzen Preußens nach ihrer gegenwärtigen Verfassung einen „Vorstand“ im Sinne des Entwurfes nicht haben, macht Meisfelder, Heft 3 dieser Beiträge S. 8 aufmerksam.

<sup>23)</sup> Schloßmann, zur Lehre von den Stiftungen (Separatabdruck aus Jhering's Jahrb. für Dogm. Bd. 27 S. 56 ff.), rügt den Mangel einer positiven Abgrenzung der Vertretungsmacht des Vorstandes und weist darauf hin, wie mit dem Begriff des „gesetzlichen Vertreters“ an sich eine Kompetenzbestimmung noch nicht gegeben ist. Träte der Begriff des „Organes“ an die Stelle, so würde es überhaupt einer ganz neuen Fassung bedürfen.

spricht dem geltenden Recht.<sup>24)</sup> Auch die Ausnahme, welche von dem Prinzip der Kollektivvertretung in Ansehung jeder Willenserklärung eines Dritten, zu deren Entgegennahme die Körperschaft verpflichtet ist, dahin gemacht wird, daß hier die Mittheilung an ein Vorstandsmitglied genügt (§ 44 Abs. 6), ist zwar in ihrer absoluten Fassung nicht unbedenklich, erweitert aber nur einen schon in der Civilprozeßordnung durchgeführten Gedanken.<sup>25)</sup> Ebenso hat hier bereits die sich anschließende Bestimmung ihr Vorbild, welche bei Gefahr im Verzuge nöthigenfalls die gerichtliche Bestellung eines besonderen Vertreters zur Entgegennahme einer derartigen Willenserklärung ermöglicht. Unge- messen sind auch die Vorschriften des § 45, nach denen nicht bloß bei Rechtsstreitigkeiten, sondern trotz Anerkennung der Möglichkeit des Vertragsschlusses eines Vertreters mit sich selbst auch bei Rechtsgeschäften zwischen der Körperschaft und einem Vorstandsmitgliede dem betheiligten Vorstandsmitgliede die Vertretungsmacht entzogen, hiervon jedoch eine Ausnahme bei der bloßen Erfüllung einer Verbindlichkeit gemacht wird. Die etwa erforderliche Bestellung eines besonderen Vertreters soll in solchen Fällen nach der gesetzlichen oder verfassungsmäßigen Regel über die Bestellung des Vorstandes erfolgen.

Von hervorragender Wichtigkeit ist der Schritt, welchen der Entwurf in § 46 unter Durchbrechung der romanistischen Schuldoktrin wagt. Die Körperschaft soll auch für widerrechtliche, zum Schadenersatz verpflichtende Handlungen des Vorstandes oder eines Vorstandsmitgliedes haften, sofern nur dieselben in Ausübung der Vertretungsmacht begangen sind. Ist also die Deliktsfähigkeit der Körperschaft anerkannt? Keineswegs! Die Motive erklären es vielmehr für „zweifellos“, daß „die Körperschaft an sich als willenloses Wesen nicht fähig sein kann, eine unerlaubte Handlung zu begehen“ (S. 103, vgl. auch II S. 31 Anm. 1). Nur aus „Zweckmäßigkeitserwägungen“ also hat man zur Befriedigung eines schwer von der Hand zu weisenden Verkehrsbedürfnisses und entschuldigt durch gewisse Billigkeitserwägungen einen mit der ratio juris streng genommen unvereinbaren Satz aufgestellt, der deshalb auch einen durchaus singulären Charakter behält. Darum ist denn auch die Vorschrift des Entwurfes, so annehmbar sie in dem ist, was sie bietet, doch völlig unzulänglich ausgefallen.<sup>26)</sup> Ueberdies ist ihre Tragweite, da sie eben nicht auf einem

<sup>24)</sup> Dagegen erklärt sich Hölder a. a. O. S. 44.

<sup>25)</sup> Bedenken und Gegenvorschläge bei Schloßmann a. a. O. S. 60—61.

<sup>26)</sup> Unrichtig meint von Liszt a. a. O. S. 43, solange die Möglichkeit eines Körperschaftsdeliktes auf dem strafrechtlichen Gebiete gelcugnet werde, könne uns die Anerkennung dieser Möglichkeit auf privatrechtlichem Gebiete wenig helfen. Man mache nur erst einmal im Privatrecht den Anfang!

festen und klaren Prinzip beruht, völlig unsicher. Sollte etwa die Praxis bei ihrer Handhabung sich unter Berufung auf ihr singuläres Wesen zu dem Standpunkte restriktiver Auslegung bekennen, so würde sie vollends ihres Werthes entkleidet werden. Schon die Frage, ob und inwieweit die Körperschaft im Falle einer Zuständigkeitsüberschreitung des Vorstandes haftet, kann ihre angemessene Lösung nur bei einer Deutung des § 46 im Sinne einer dem Entwurfe fremden Gedankenreihe finden.<sup>27)</sup> Wenn ferner hier nur von einer Haftung der Körperschaft aus „widerrechtlichen“ Handlungen des Vorstandes die Rede ist und im Uebrigen lediglich aus der im Obligationenrecht auferlegten Verantwortlichkeit für das Verschulden des „gesetzlichen Vertreters“ und der Gehülfen (§ 224 Abs. 2) eine Haftung der Körperschaft aus dem bei Erfüllung einer Schuldverbindlichkeit von ihren Organen begangenen Verschulden folgt, so bedarf es wiederum einer Ueberschreitung der Gedankenwelt des Entwurfes, um die Folgerung abzulehnen, als solle es eine Haftung der Körperschaft aus sonstigen zum Schadenserfaz verpflichtenden Handlungen eines Organes nicht geben.<sup>28)</sup> Vor Allem aber ist die Einschränkung der Schadenserfazverbindlichkeit der Körperschaft auf Fälle, in denen der Vorstand, dem nur hier wie sonst die Liquidatoren gleichgestellt werden (§ 50 Abs. 4), gehandelt hat, durchaus unannehmbar. Soll die Körperschaft für Beschlüsse von Mitgliederversammlungen und Repräsentantenkollegien keine Verantwortlichkeit tragen? Braucht sie keinerlei Verschulden

<sup>27)</sup> Wie nahe die Gefahr einer Mißdeutung liegt, zeigen die Bemerkungen Hölder's a. a. O. S. 45, die von der immer wiederkehrenden irrigen Annahme ausgehen, daß eine „bewußt rechtswidrige Handlung“ niemals im Bereiche der „Vertretungsmacht“ des Vorstandes vorgenommen werden könne. Eine gesunde Auslegung des § 46 wird den Kreis der „in Ausübung der Vertretungsmacht“ begangenen Delikte richtig abgrenzen, sofern sie nur „Vertretungsmacht“ und „Vertretungsbefugniß“ gehörig unterscheidet, den möglichen ungleichen Umfang innerer und äußerer Zuständigkeit berücksichtigt und den Einfluß des guten Glaubens der mit der Körperschaft verkehrenden Dritten auf die äußere Zuständigkeit beachtet; vgl. meine Genossenschaftstheorie S. 762—768. Aber ohne einen selbständigen Begriff des korporativen „Organes“ ist dies Alles schwer durchführbar.

<sup>28)</sup> Sobald der Begriff des „Organes“, in dem die Körperschaft selbst handelt, zu Grunde gelegt wird, ergiebt sich die Lösung der Frage ohne Weiteres. Dagegen tauchen sofort Zweifel auf, wenn mit dem Begriff des „gesetzlichen Vertreters“ operirt und das Prinzip der individualrechtlichen „Stellvertretung“ dabei verwerthet wird. Deshalb findet Meißner a. a. O. S. 53 hier eine der Ausfüllung bedürftige Lücke (insbesondere hinsichtlich der sogenannten culpa in contrahendo). Aehnlich Hölder a. a. O. S. 45, der das Wort „widerrechtliche“ streichen will.

aller außer dem Vorstande sie darstellenden Behörden und Beamten sich anrechnen zu lassen? Der Entwurf kennt bedauerlicher Weise außerhalb der Vertragsverhältnisse keine Haftung für fremdes Verschulden.<sup>29)</sup> Um so unentbehrlicher wäre bei den Körperschaften eine gesetzliche Unterscheidung des Verschuldens von Organen, welches im Bereiche ihrer Wirkungssphäre genau wie das Verschulden des Vorstandes als eigenes Verschulden der Körperschaft behandelt werden muß, von dem Verschulden bloßer Beauftragter und Bediensteter. Eine solche Unterscheidung ist ja nun freilich im Sinne des Entwurfes, da ihm der Begriff des Organes eben fehlt, undenkbar. Allein das Ergebnis ist in der That unerträglich und zeugt von Neuem wider die Grundauffassung, der es entspringt. Die Motive nehmen scheinbar an, daß durch § 46 die Haftung der Gemeinden und anderer öffentlicher Körperschaften sowie des Staates selbst für ihre Beamten insoweit mit ausgesprochen sei, als sie in Ausübung privatrechtlicher Vertretungsmacht handeln (S. 103). Es ist jedoch unerfindlich, wie man es fertig bringen soll, Gemeindebeamte, die nicht zugleich Magistratsmitglieder sind, als „Mitglieder des Vorstandes“ zu charakterisieren. Und was nun gar den Staat betrifft, so bedarf es einer noch größeren Kühnheit, um die Beamten im monarchischen Staat dem Begriff der Vorstandsmitglieder zu unterstellen. Hier tritt das weitere Bedenken hinzu, daß nach dem Text des Entwurfes, wie wir unten sehen werden, der Staat weder Körperschaft noch Stiftung ist und somit auch die für Körperschaften und Stiftungen gegebenen Vorschriften nicht ohne Weiteres auf ihn übertragen werden können.<sup>30)</sup> Nicht minder willkürlich ist auf der anderen Seite die Versicherung der Motive, daß die Frage nach der Haftung des Staates und der öffentlich-rechtlichen Körperschaften für den durch ihre Organe bei der Ausübung anvertrauter öffentlicher Gewalt widerrechtlich zugefügten Schaden als „öffentlich-rechtliche“ Frage durch die Sätze des Entwurfes nicht berührt werde (S. 103 und II S. 826). Dem „Geiste“ des Entwurfes entspricht eine derartige Selbstbeschränkung sicherlich: aus seinem Wortlaut ist sie nicht ersichtlich.<sup>31)</sup> In Wahrheit handelt es sich übrigens hier um eine einfache Anwendung der Grundsätze des bürgerlichen Rechtes, indem der Ersatzanspruch gegen den Staat oder einen anderen öffentlich-rechtlichen Verband, sobald derselbe als durch sein Organ selbst handelnd aufgefaßt wird, keine andere rechtliche Natur

<sup>29)</sup> Vgl. meine Schrift über den Entwurf und das deutsche Recht S. 259 ff.

<sup>30)</sup> Vgl. auch Meißneider a. a. O. S. 10 und 52 und Schilling a. a. O. S. 31.

<sup>31)</sup> Vgl. Meißneider a. a. O. S. 53.

haben kann, als der vom Entwurfe selbst (§ 736) in das Privatrecht aufgenommene Ersatzanspruch gegen den das Hoheitsrecht mißbrauchenden Beamten. Der Entwurf hätte daher sich der Aufgabe nicht entziehen dürfen, eine gemeinrechtliche Antwort auf die vielumstrittene und überaus wichtige Frage zu ertheilen. Die Entscheidung aber hätte im Sinne der grundsätzlichen Haftbarkeit des Staates und aller öffentlichrechtlichen Körperschaften ausfallen müssen.<sup>32)</sup>

Hinsichtlich der civilrechtlichen Verantwortlichkeit der Vorstandsmitglieder für ihre Amtsführung enthält der Entwurf nur die Bestimmung, daß aus der Verletzung der dem Vorstande in § 47 auferlegten Pflicht, im Falle der Ueberschuldung der Körperschaft unverzüglich die Konkursöffnung zu beantragen, die Vorstandsmitglieder den Gläubigern der Körperschaft für den Ersatz des daraus entstandenen Schadens als Gesamtschuldner haften. Dagegen tritt der Körperschaft gegenüber nach der gesetzlichen Regel eine gesamtschuldnerische Haftung in keinem Falle ein (Motive S. 96 und 104—105).

Außer dem Vorstande erwähnt der Entwurf von Körperschaftsorganen nur noch die Mitgliederversammlung, für welche er einige allgemein anwendbare, jedoch durchweg nur subsidiäre Normen aufstellt (§ 48). Es entspricht dem bisherigen Rechtszustande, wenn die Mitgliederversammlung im Zweifel das oberste Organ der Körperschaft bilden und auch in Angelegenheiten der Geschäftsführung dem Vorstande übergeordnet sein soll.<sup>33)</sup> Ebenso bringt die Vorschrift, daß die Versammlung der Regel nach mit einfacher Stimmenmehrheit der erschienenen Mitglieder beschließt, daß jedoch zur Gültigkeit jedes Beschlusses die vorherige Bezeichnung des Gegenstandes bei der Einberufung der Versammlung erforderlich ist, nur ziemlich allgemein durchgedrungene Sätze zur Geltung. Ueber die Bedingungen des Stimmrechts, die Form seiner Ausübung und die Möglichkeit einer Vertretung bei der Abstimmung schweigt der Entwurf; er trifft nur die eine auf alle Körperschaften berechnete Bestimmung, daß bei der Beschlußfassung über eine Angelegenheit, in welcher ein Mitglied der Körperschaft zugleich als Partei gegenüber steht, das betheiligte Mitglied nicht stimmberechtigt ist. Mit der wichtigen Frage nach den Grenzen der Zuständigkeit der Mitgliederversammlung findet sich der

<sup>32)</sup> Vgl. meine Genossenschaftstheorie S. 794 ff.; auch Rede in den Gutachten aus dem Anwaltsstande S. 15.

<sup>33)</sup> Die Besorgniß Hölder's a. a. O. S. 46, daß durch die Fassung des § 48 Abs. 1 Satz 2 die verfassungsmäßige Selbständigkeit des Vorstandes in seinem Wirkungskreise gefährdet werde, ist doch wohl gegenüber dem Vorrang des Verfassungsrechtes vor der gesetzlichen Regel unbegründet.

Entwurf durch die oben schon erwähnte Regel ab, durch welche jede Abänderung der „Verfassung“ zwar formell der Beschlussfassung der Versammlung nicht entzogen, materiell aber an die Zustimmung aller und insbesondere auch der trotz gehöriger Berufung nicht erschienenen Mitglieder gebunden wird. Eine Regel, die theoretisch unbegründet und praktisch unbrauchbar und von vornherein darauf angelegt ist, durch die Verfassung jeder lebensfähigen Körperschaft außer Kraft gesetzt zu werden.<sup>34)</sup> Eine Regel aber, die freilich den Vorzug der Einfachheit hat und den Knoten durchhaut, den der Entwurf nicht zu lösen vermag, weil er einerseits die rechtliche Begrenzung der körperschaftlichen Lebenssphäre durch ihre Zweckgebundenheit als besonderes Prinzip herauszuheben versäumt, andererseits und vor Allem die schwierige Frage der Sonderrechte der Mitglieder nicht anzurühren wagt.<sup>35)</sup> Mit dieser Scheu vor den *jura singulorum* hängt es zusammen, daß er auch über das Recht zur Anfechtung ungültiger Versammlungsbeschlüsse schweigt (Motive S. 109).

Bedenklicher jedoch, als die große Dürftigkeit und Lückenhaftigkeit dieser Normen, ist das ihnen untergeschobene gedankliche und konstruktive Fundament! Die Mitgliederversammlung erscheint nach der deutlich kundgegebenen Auffassung des Entwurfes gar nicht als Organ der Körperschaft, sondern als Organ der Mitglieder oder vielmehr als Sammelapparat für die Willenserklärungen einer zur Interessentenschaft verbundenen Summe von Individuen! Statt mit der Bezeichnung der Versammlung als des einheitlichen Willensorgans der Körperschaft zu beginnen, stellt der § 48 im ersten Absatz folgende Worte voran: „In den inneren Angelegenheiten der Körperschaft ist der Wille der Mitglieder maßgebend. Nach dem Willen der Mitglieder hat der Vorstand sich auch bei der Geschäftsführung zu richten.“ Und nun heißt es im zweiten Absatz: „Der Wille der Mitglieder wird durch Beschluß in einer Versammlung derselben festgestellt.“ Hiermit stimmt die Verweisung auf den Willen der Mitglieder in § 43 und auf den Beschluß der Mitglieder in § 44 Abs. 3 überein. Ausdrücke wie „Körperschaftsbeschluß“ oder „Versammlungsbeschluß“ sind durchweg ängstlich vermieden. Und es bleibt nicht bei diesen doktrinären Äußerungen des individualistischen Prinzips. Vielmehr wird aus demselben in § 48 Abs. 3 die durchaus

<sup>34)</sup> Gegen dieselbe auch Hölder a. a. O. S. 47.

<sup>35)</sup> Ueber das Verhältnis dieser Grenzen der körperschaftlichen Zuständigkeit zu dem Begriff der Verfassungsänderung vgl. meine Genossenschaftstheorie S. 253—256 (bes. S. 253 R. 3), 640 und 814. Vgl. auch Hölder a. a. O. S. 46 und 47; Reischneider a. a. O. S. 7.

folgerichtige, jedoch in dieser allgemeinen Fassung den ersten Voraussetzungen alles echten Körperschaftslebens Hohn sprechende praktische Konsequenz gezogen, daß durch Zustimmung sämtlicher Mitglieder zu einem Beschluß jede Versammlung überflüssig wird. So ist die Vorstellung, daß es einen Gesamtwillen geben könne, bis in ihre letzten Schlupfwinkel hinein verfolgt und ohne irgend einen Rückstand aufgelöst. Höchstens das Mehrheitsprinzip macht noch Schwierigkeiten, läßt sich aber entweder nach Anleitung der Motive (S. 106) aus „Zweckmäßigkeitsrücksichten,“ weil sonst „zu Beschlüssen selten zu gelangen sein“ würde, oder aus einem fingirten Unterwerfungsvertrage herleiten. Neben dem willenlosen künstlichen Individuum stehen die sogenannten Mitglieder als eine Summe willensfähiger natürlicher Individuen, welche insofern, als die gesetzliche Vertretung durch den Vorstand hierzu Raum läßt, zu „Vertretern“ jenes unfähigen Rechtsträgers berufen sind und gewisser Rechtsbehelfe bedürfen, um die nothwendige Verständigung über die einheitliche Ausübung einer gleichzeitig so Vielen erteilten Vollmacht zu erzielen.

Daß der Entwurf über die Beendigung der Körperschaften keine eigenen Normen enthält, ist schon erwähnt. Auch hinsichtlich des Anfalles des Vermögens einer erloschenen Körperschaft verweist der Entwurf zunächst auf die Verfassung und mangels einer verfassungsmäßigen oder etwaigen reichsgesetzlichen Anordnung auf die Landesgesetze am Orte des Körperschaftssitzes (§ 49 Abs. 1). Er selbst stellt eine auch nur subsidiäre Vorschrift nicht auf. Somit befreit er hier, wennschon er den Muth zu einer eigenen schöpferischen That wiederum nicht findet, sich wenigstens von den Fesseln des romanistischen Dogmas, nach welchem der Regel nach das Vermögen als erblose Verlassenschaft an den Fiskus fällt. Immerhin bricht er nicht ganz mit den Reminiscenzen der Schuldoktrin. Denn bezüglich der Ueberleitung des Vermögens auf sein neues Subjekt erklärt er nach Voranstellung des Satzes, daß stets zunächst die Gläubiger der Körperschaft zu befriedigen sind, „die Vorschriften über die in Ermangelung anderer Erben dem Fiskus anfallenden Erbschaften“ für anwendbar. Diese erbrechtliche Analogie soll auch dann Platz greifen, wenn der Anfallberechtigte nicht der Fiskus ist: nur wenn das Vermögen unter die Mitglieder zu vertheilen ist, tritt ein eigenartiges Liquidationsverfahren an die Stelle (§ 49 Abs. 2). Aus den Motiven erhellt, daß man, um auch hier dem Gedanken der persona ficta treu zu bleiben, die ihm entsprechende Parallele zwischen der Erbfolge und der Succession in das Vermögen des künstlichen Individuums so lange wie möglich festgehalten und erst da aufgegeben hat, als man bei dem Falle der Mitgliedernachfolge auf die praktische Unmöglichkeit stieß,



diese Personenvielheit als eine Erbengemeinschaft und noch dazu als eine Erbengemeinschaft in der ihr vom Entwurf mit seiner Durchführung des römischen Antheilsprinzips verliehenen Gestalt zu behandeln (S. 113).

Die Vorschriften über Liquidation (§ 50—56) fallen nun allerdings aus dem Gedankenkreise des Entwurfes einigermaßen heraus. Sie lassen sich mit dem System der persona ficta nur dadurch nothdürftig vereinigen, daß die Bestimmung des § 51 Abs. 2, nach welcher während der Liquidation „die Körperschaft noch insoweit als fortbestehend anzusehen ist, als es der Zweck der Liquidation zuläßt und erfordert,“ im Sinne einer neuen Fiktion — der Fiktion des partiellen Fortbestandes eines eigentlich untergegangenen künstlichen Individuums — ausgedeutet wird. In Wahrheit gehören sie in den Zusammenhang einer dem Entwurf sonst fremden Begriffswelt, für welche mit dem Körperschaftsrecht ein der individualrechtlichen Schablone entrücktes Sozialrecht anhebt und darum auch nicht erbrechtliche Analogien, sondern eigenartige sozialrechtliche Kategorien und Rechtsätze geeignet scheinen, den Anfall und die Regulirung der Hinterlassenschaft einer erloschenen Körperschaft zu beherrschen.<sup>36)</sup> Gerade aus diesem Grunde aber bilden diese Vorschriften das brauchbarste Stück des ganzen Körperschaftsrechtes des Entwurfes. Schon dem äußeren Umfange nach überragen sie das dürftige Maß der übrigen Bestimmungen. Sie entsprechen einem zweifellos vorhandenen Bedürfniß und füllen eine empfindliche Lücke der bestehenden Gesetzgebung aus.<sup>37)</sup> Im Einzelnen sind sie in zweckmäßiger Weise aus den durch die Erfahrung bewährten Bestimmungen des Handelsgesetzbuches, des Reichsgenossenschaftsgesetzes, des Preussischen Wassergenossenschaftsgesetzes, des Sächsischen Gesetzes über juristische Personen und des Bayrischen Gesetzes über anerkannte Vereine kombinirt. Die Liquidation geschieht durch den Vorstand oder durch besonders bestellte Liquidatoren. Eine richterliche Mitwirkung tritt nur ein, falls und solange die berufenen Liquidatoren nicht oder nicht in der erforderlichen Zahl mehr vorhanden sind und die Körperschaft sich unthätig verhält; das Gericht hat dann auf Antrag für Ersatz zu sorgen. Die Liquidatoren haben innerhalb der durch den Zweck der Liquidation gegebenen Grenzen die rechtliche Stellung des Vorstandes; sie haben insbesondere die gleiche, aber auch nur die gleiche und folgeweise beschränkbare Vertretungsmacht nach außen und sind nach innen der Mitgliederversammlung untergeordnet und der Körperschaft, nicht aber den einzelnen Mitgliedern derselben

<sup>36)</sup> Vgl. meine Genossenschaftstheorie S. 857 ff. und über die Liquidation insbesondere S. 892 ff. Vgl. auch Bähr a. a. O. S. 331.

<sup>37)</sup> Vgl. meine Genossenschaftstheorie S. 900.

verantwortlich. Ihre Aufgabe besteht in der Beendigung der laufenden Geschäfte, zu deren Erledigung sie auch noch neue Geschäfte eingehen können, der Befriedigung der Gläubiger, der Einziehung der Forderungen, der Umsetzung des übrigen Vermögens in Geld und der Vertheilung des Ueberschusses. Für die Veräußerung unbeweglicher Sachen ist der Weg der öffentlichen Versteigerung nicht gesetzlich vorgeschrieben. Dagegen fordert das Gesetz eine öffentliche Bekanntmachung der Liquidation unter gleichzeitiger Aufforderung der Gläubiger zur Anmeldung ihrer Ansprüche und überdies eine besondere Mittheilung an die bekannten Gläubiger. Die Verteilung des Vermögens ist erst nach Ablauf des gesperrten Jahres zulässig. Auch soll vorher die öffentliche Hinterlegung der zur Befriedigung nicht angemeldeter Forderungen erforderlichen Beträge und die Sicherheitsleistung wegen schwebender oder streitiger Verbindlichkeiten stattfinden. Ergiebt sich Ueberschuldung des Vermögens, so haben die Liquidatoren sofort die Konkursöffnung zu beantragen. Aus der Verletzung derjenigen gesetzlichen Vorschriften, welche den Gläubigerschutz bezwecken, haften die Liquidatoren den Gläubigern als Gesamtschuldner für Schadensersatz.

In Ansehung des Konkurses über Körperschaften will der Entwurf die Vorschriften der Konkursordnung über das Vermögen einer Aktiengesellschaft verallgemeinern (§ 57). Doch hält das Einführungsgesetz (Art. 50) die landesgesetzlichen Vorschriften, welche die Zulässigkeit des Konkurses über das Vermögen der Gemeinden und sonstiger öffentlichrechtlicher Körperschaften betreffen, unter Begrenzung des Kreises dieser Körperschaften durch Bezugnahme auf § 15 Z. 3 des Einf.-Ges. zur C.P.D. aufrecht.

Auch bestimmt das Einführungsgesetz (Art. 49 Abs. 1), daß die landesgesetzlichen Vorschriften „über die Verwaltung und Beaufsichtigung“ der Körperschaften unberührt bleiben. Der Entwurf selbst enthält sich auch in dieser Hinsicht jeder Bestimmung über das Verhältniß der Körperschaften zum Staat.

Wir sind nun überhaupt zu Ende mit dem Körperschaftsrecht des Entwurfes!

Ueberblicken wir das Ergebnis, so ist dasselbe trostlos genug. Das bürgerliche Gesetzbuch bringt uns vor Allem eine dankenswerthe Erstreckung des im modernen deutschen Recht durchgedrungenen Institutes der Liquidation auf alle Körperschaften. Es macht in zweckmäßiger Weise die Bestellung eines Vorstandes obligatorisch und regelt sowohl dessen äußere Vertretungsmacht wie dessen Stellung zur Körperschaft durch eine Reihe sachlich angemessener Vorschriften. Auch fixirt es einige fast selbstverständliche Regeln über die Zuständigkeit der

Mitgliederversammlung und die Erfordernisse der Beschlussfassung. Ueberall jedoch sucht es selbst bei diesen praktisch brauchbaren Anordnungen dem künftigen deutschen Rechtsleben das doktrinaire Joch der schroffsten romanistischen Fiktionstheorie aufzuzwingen, nach welcher der privatrechtliche Gehalt des Körperschaftsrechtes sich in der That- sache erschöpft, daß zu einer Summe vertragsmäßig verbundener In- dividuen ein neues künstlich geschaffenes Individuum als ein auf die Vermögensfähigkeit beschränkter, wesen- und willenloser, gleich Kindern und Wahnsinnigen durch Andere vertretener Träger eines für gewisse Zwecke verselbständigten Vermögensbereiches hinzutritt. Diese durchaus undeutsche, unvollsthümliche, antisoziale Grundauffassung prägt sich aber nicht bloß in der Wortfassung und Begriffsbildung aus, sondern treibt auch eine Anzahl höchst bedenklicher Rechtsätze hervor. Und vor Allem verschuldet sie den über alle Beschreibung lüdenhaften Cha- rakter, die hoffnungslose Sterilität, die vollkommene Unzulänglichkeit des dargebotenen gemeinen Körperschaftsrechtes. Außer Stande, bei dem Widerspruch zwischen seiner Gedankenwelt und der körperchaft- lichen Lebensbewegung unserer Tage und bei der Abkehr seines indivi- dualistischen Geistes von den Grenzgebieten des öffentlichen Rechtes irgend eine Frage von tieferem Gehalt und konkreter Wirklichkeit selbst zu lösen, überträgt das deutsche Gesetzbuch ausdrücklich, soweit nicht besondere Reichsgesetze eingreifen, die Entscheidung über Begründung und Endigung der Körperschaft, über die Schranken ihrer Erwerbs- fähigkeit, über die Schicksale ihres Vermögens nach ihrem Erlöschen, über ihr Verhältniß zum Staat, ja abgesehen von seinen eigenen spärlichen und farblosen Sätzen über ihre gesammte Verfassung auch fernerhin lediglich den Partikularrechten. Mit beredtem Schweigen übergeht es die gesammten inneren Körperschaftsrechte, die Beziehungen zwischen den Verbandspersonen und ihren Gliedpersonen und vor Allem das große und schwierige, für die Praxis geradezu centrale Gebiet der mit der Gliedstellung in einer Gemeinschaft verfassungsmäßig ver- knüpften Sonderrechte und Sonderpflichten.<sup>35)</sup> Und wie sollte es auch an solche und ähnliche Probleme sich nur heranwagen? Hier müßte ja das gebrechliche Fahrzeug, das die Pandektenweisheit gezimmert hat, alsbald auf das Kläglichste scheitern. Denn hier handelt es sich ja um eine Fülle von lebendigem Recht, welches die Verbindung der einzelnen Menschen zu menschlichen Gemeinwesen und das partielle

<sup>35)</sup> Die praktische Bedeutung dieser Materie zeigt die Zusammenstellung in meiner Genossenschaftstheorie S. 181—338. Wie wenig die Bestimmungen des Entwurfes zum Schutz der Sonderrechte ausreichen, bemerkt auch Meißner a. a. O. S. 7.

Aufgehen der Einzelpersönlichkeit in der Gesamtpersönlichkeit voraussetzt und darum in der auf den Verkehr getrennter Individuen berechneten Ordnung kein Vorbild hat; um einen reichen Schatz von körperschaftsrechtlichen Normen, welche sich auf die inneren Vorgänge und Zustände eines Gemeinlebens beziehen und welche auch insoweit, als sie im Bereiche des Privatrechts verharren, ein rein sozialrechtliches Gepräge tragen; um ein System zugleich von eigenartigen und im deutschen und modernen Recht besonders kräftig und mannichfach ausgestalteten Rechtsätzen, welche die Hineinwebung von Individualrecht in die gemeinheitliche Lebensordnung und hierdurch dessen sozialrechtliche Umbildung ermöglichen, so daß in diesem körperschaftlichen Zusammenhange personenrechtliche, sachenrechtliche und obligationenrechtliche Verhältnisse eine neue Gestalt empfangen und zuletzt die nur sich selbst gleichen genossenschaftlichen Gemeinschaftsformen, das genossenschaftliche Gesamteigenthum, die genossenschaftliche Schuldgemeinschaft u. s. w. empornachsen und ein ganz neues Prinzip von genossenschaftlicher Zerlegung und Verbindung des Inhaltes der Vermögensrechte durchführen. Dies Alles aber liegt in einer für die Theorie der persona ficta verschlossenen Welt, zu deren Eingangspforte schon ihr der Schlüssel fehlt. Giebt es nur natürliche und künstliche Individuen, so müssen auch alle Rechtsverhältnisse zwischen der Körperschaft und ihren Gliedern als Beziehungen zwischen einem künstlichen Individuum und bestimmten natürlichen Individuen sich mit dem gewöhnlichen individualrechtlichen Rüstzeug meistern lassen: sie sind trotz alles gegentheiligen Scheines in ihrem inneren Wesen den Rechtsverhältnissen zwischen zwei beliebigen Einzelmenschen vollkommen gleichartig und fordern zu Unrecht eine abweichende juristische Konstruktion. Das Leben freilich widerspricht einem so engherzigen Dogma. Allein das Leben ist eben irrationell und hat sich dem unfehlbaren Dogma zu beugen. Wie aber, wenn es trotz? Vielleicht reicht selbst ein Nachspruch des Gesetzgebers nicht aus, um den fluthenden Strom in das verlassene Bett der romanistischen Doktrin zurückzuzwingen! Ein solcher offener Bankerott muß dem deutschen Gesetzbuch erspart werden. Vorsichtiger mindestens handelt es also, wenn es schweigt!

Gerade diese vorsichtige Enthaltksamkeit des Entwurfes würde denn auch, falls sein Körperschaftsrecht gemeines deutsches Recht würde, einen gewissen Trost gewähren. Dieses gemeine Recht würde wenig schaffen, aber auch nicht allzuviel zerstören. Das wirklich lebendige deutsche Körperschaftsrecht wäre ja theils in den besonderen Reichs- und Landesgesetzen über einzelne Körperschaftsgattungen, theils in gewissen allgemeinen Bestimmungen der Landesgesetze zu finden. Hier aber würde auch der deutsche Rechtsgedanke das bisher von ihm zu-

rückeroberte Gebiet behaupten und neue Eroberungen machen. Nur das gemeine Recht wäre römisch, das Sonderrecht jeglicher Art wäre deutsch. Und schwerlich würde dieses gemeine Recht in seiner faden-scheinigen Dürftigkeit über den deutschen Geist triumphiren, der in einem Sonderrecht von solcher sprudelnden Kraft und Fülle lebensvoll waltet!

Allein immerhin wäre der so begründete Zustand beklagenswerth genug. In unzähligen Fällen muß ja bei der rechtlichen Beurtheilung der Erscheinungen des Körperschaftslebens auf die allgemeinen Begriffe und Sätze des Körperschaftsrechtes zurückgegangen werden. Dies gilt, wie jeder Blick auf die Praxis lehrt, auch für diejenigen öffentlich-rechtlichen wie privatrechtlichen Körperschaften, deren Recht in besonderen umfangreichen Gesetzen kodifizirt ist. Aus welcher Quelle nun ist da zu schöpfen? Gewohnheitsrecht und Gerichtsgebrauch, die bisher hier Hülfe brachten, sind neben dem bürgerlichen Gesetzbuch kraftlos. Allgemeine Körperschaftstheorien landesgesetzlicher Herkunft, wie die des preußischen Landrechts, sind doch auch ihrer Geltung beraubt und für die Zukunft ausgeschlossen. Ueberall daher, wo das bürgerliche Gesetzbuch schweigt, starrt die Leere, die nach § 1 des Entwurfes durch „die aus dem Geiste der Rechtsordnung sich ergebenden Grundsätze“ auszufüllen ist. Der „Geist“ des gemeinen Körperschaftsrechtes aber ist der römische Geist und befindet sich in unverföhnlichem Zwiespalt mit dem im besonderen Körperschaftsrecht vorherrschenden deutschen Geist. Zweierlei also nur ist möglich: entweder die doktrinaire Vergewaltigung des lebendigen Rechtes durch den Geist des Gesetzbuches oder die Verleugnung dieses Geistes im Angesicht des lebendigen Rechtes! Was von Beidem aber in jedem Falle geschehen mag: wenig gleicht es dem, was das deutsche Volk von der Verwirklichung seiner Rechtseinheit hoffen, von seinem Reiche fordern durfte.

Oder wäre etwa die Aufstellung eines allgemeinen Körperschaftsrechtes, welches die Grundlage alles besonderen Körperschaftsrechtes zu bilden berufen und befähigt wäre, eine dem deutschen bürgerlichen Gesetzbuch nicht zuzumuthende Aufgabe? Man sollte meinen, es handle sich hier um ein sehr wesentliches Stück seiner eigensten Mission. Freilich wird das Gesetzbuch, wenn es weise verfahren will, hier wie überall auf die geplante Alleinherrschaft seiner ausgesprochenen und unausgesprochenen Grundsätze verzichten und dem Gewohnheitsrecht den ihm gebührenden Spielraum wahren müssen. Den Versuch, alles gegenwärtige und künftige Körperschaftsleben in die starre Gesetzesregel zu bannen, wird es nicht unternehmen dürfen. Allein wohl scheint es berufen zu sein, das Facit aus der bisherigen Geschichte des deutschen Körperschaftsrechtes zu ziehen, die in der Mannigfaltigkeit seiner alten

und neuen Gebilde immer wieder durchbrechenden einheitlichen Gedanken in festen Rechtsfäßen zu verkörpern und so ein in sich geschlossenes gemeinrechtliches System grundlegender Normen aufzurichten. Es kann sich freilich für die Unterlassung jedes derartigen Versuches auf das Beispiel anderer Gesetzbücher berufen. Wenn aber am Schluß unseres großen Jahrhunderts das in verjüngter Herrlichkeit erstandene Deutsche Reich, die Vormacht der germanischen Welt, an die Ordnung seines bürgerlichen Rechtes geht, so schuldet es der Weltgeschichte denn doch ein wenig mehr, als das Königreich Sachsen in den sechziger Jahren. Noblesse oblige! Hier gilt kein Vorbild, und jeder von anderswoher entlehnte Maßstab ist hier zu klein. Nur der eigenen Aufgabe in aller ihrer Größe und Einzigkeit kann hier das Maß des Vollbringens entnommen werden. Nicht durch die Tragweite der romanistischen Schuldoctrin, sondern durch die Kraft und Fülle des deutschen Rechtsgebankens in unserer Gegenwart wird diesem Werke das Ziel gesteckt. Ist dem aber so, wie vermag dann vor dem Richterstuhl der Geschichte ein deutsches Gesetzbuch zu bestehen, welches für die ganze wunderbare und eigenartige Schöpfung des germanischen Assoziationsgeistes nichts als einige farblose und fast nur auf das Äußerliche gerichtete Sätze zu finden weiß? Freilich ist es hier vor eine schwierige, mit bloßer glatter Technik und gewissenhafter Formulierung nicht zu bewältigende Aufgabe gestellt. Allein das Preussische Landrecht hat ja doch vor einem Jahrhundert die gleiche Aufgabe muthig erfaßt und würdig gelöst. Sein allgemeines Körperschaftsrecht bringt im Ganzen den Inhalt des damaligen deutschen Rechtsbewußtseins zu angemessenem Ausdruck und hat den Bedürfnissen seines Zeitalters Genüge geleistet.<sup>39)</sup> Heute ist es vielfach veraltet und über-

<sup>39)</sup> Es ist hier nicht der Ort, auf die Körperschaftstheorie des preussischen Landrechtes näher einzugehen. Zur Vermeidung von Mißverständnissen sei indeß das Folgende bemerkt. Auch das landrechtliche Körperschaftsrecht folgt der romanistischen Doctrin, jedoch der romanistischen Doctrin seiner Zeit, in welcher zugleich unausgeschieden noch Alles steht, was es damals an germanistischer Doctrin gab. Es hat vor Allem durch Vermittelung der naturrechtlichen Gesellschaftslehre einen sehr starken deutschrechtlichen Gedankengehalt empfangen, den das römischrechtliche Kleid nur leicht verhüllt. Wenn insbesondere die Vorstellung der persona ficta auch dem Landrecht nicht fremd ist, so eignet ihm doch nicht die juristische Person des Entwurfes, sondern die „moralische Person“ des Naturrechts, welche eigentlich nur die einheitliche Zusammenfassung einer Personen-vielheit bedeutet, mehr das Produkt als den Träger des Gemeinlebens darstellt und wesentlich nur nach außen eine Rolle spielt (§ 28 II, 6; ebenso österreichisches Gesetzbuch § 26). Und trotz aller individualistischen Ausgangspunkte, die ihm nun einmal in der Zeit der unbedingten Herrschaft der naturrechtlichen Lehre vom Gesellschaftsvertrage unweigerlich gegeben waren, hat sich das Landrecht zu

holt; es ist schon seiner ganzen Anlage nach zu eng, um die Fülle genossenschaftlicher Gebilde zu umspannen, welche unser Jahrhundert entstehen oder sich neu beleben sah. Was aber dem preussischen Gesetzgeber für seine Zeit gelang, wird dem deutschen Gesetzgeber für unsere Zeit nicht unerreichbar sein. Die Schwierigkeiten sind gewachsen, aber gewachsen sind doch auch die Kräfte.<sup>40)</sup> Nur wird es ein freier, weitherziger Geist sein müssen, der diese Kräfte sammelt und braucht. Das allgemeine Körperschaftsrecht eines deutschen Gesetzbuches darf nicht Fesseln schmieden, um die Bewegung des körperschaftlichen Lebens zu hemmen, sondern muß der vordringenden Lebensbewegung Bahnen zugleich weisen und öffnen. Weiten Spielraum hat es der Mannigfaltigkeit zu gönnen; es muß außer dem reichsgesetzlichen Sonderrecht nicht nur das Partikularrecht, sondern auch die Autonomie schöpferisch walten lassen und hat daher vielfach nur subsidiäre Geltung in Anspruch zu nehmen. Gerade indem es die obersten Grundsätze zwingend normirt, bei ihrer Entfaltung und Ausfüllung aber nur einen gemeinrechtlichen Typus hinstellt, dessen Umbildung nach Maßgabe besonderer Bedürfnisse es vorbehält, vermag es eine organische Verbindung zwischen dem gemeinen Recht und den sachlich oder örtlich abgegrenzten Sonderrechten zu erzielen. Daß der gegenwärtige Entwurf vielmehr, indem er jede subsidiäre Regel ängstlich vermeidet (vgl. Motive S. 91) und folgeweise nur die Alternative zwischen starrer Einheit und gänzlicher Ausweisung kennt, auf eine mechanische Trennung der verschiedenen Stücke der Rechtsordnung ausgeht, gehört zu den Fehlgriffen, die nur seine doktrinaire Grundrichtung erklärt.

Ein allgemeines deutsches Körperschaftsrecht müßte aber auch in seinen eigenen Rahmen die Mannigfaltigkeit einführen und neben den auf alle Körperschaften berechneten Normen eine Reihe von Rechtsätzen für einzelne Körperschaftsgattungen aufstellen. Denn freilich ist es kaum möglich, über bloße Abstraktionen und unfruchtbare Formeln hinauszugelangen, wenn die großen, sich vielfach kreuzenden Gegensätze unbeachtet bleiben, welche die Unterscheidung der Körperschaftsgattungen nach durchgreifenden Gattungsmerkmalen bedingt.<sup>41)</sup>

dem Gedanken des Sozialrechts durchgerungen und wird der sozialrechtlichen Eigenart des Körperschaftsrechts im Erfolge gerecht.

<sup>40)</sup> Fast *naïv* klingt es, wenn die Motive das Schweigen des Entwurfes über die *jura singulorum* damit rechtfertigen, daß das preussische Landrecht die Aufstellung näherer Merkmale für die Sonderrechte unternommen hat, seine Bestimmungen aber „nicht allenthalben mit den Ergebnissen im Einklange stehen, zu welchen die heutige Wissenschaft gelangt ist“ (S. 109).

<sup>41)</sup> Die lebendigsten Sätze des Entwurfes selbst, die Vorschriften über Liquidation, beziehen sich ja auch nur auf bestimmte Körperschaftsgattungen.

Vor Allem läßt sich der Unterschied der öffentlichrechtlichen und der privatrechtlichen Körperschaften nicht ignoriren. Nach der schon erwähnten Erklärung der Motive (vgl. oben S. 7) sollen die Vorschriften des Entwurfes über Körperschaften auch auf die Körperschaften des öffentlichen Rechtes Anwendung finden. In Wahrheit ist für manche von ihnen kaum die an die Spitze gestellte Definition der Körperschaft als „Personenverein“ passend, die große Mehrzahl der nachfolgenden Rechtsätze jedenfalls ungeeignet. Offenbar hat ja auch die Privatrechtsordnung beiden Klassen gegenüber eine ganz verschiedene Aufgabe zu erfüllen: während sie bei den Privatrechtskörperschaften zugleich das ganze innere Körperschaftsrecht zu normiren hat, ergreift sie bei den öffentlichrechtlichen Körperschaften nur deren äußere individualrechtliche Beziehungen und berührt sich mit der inneren Daseinsordnung solcher Verbände lediglich insoweit, als derselben privatrechtliche Ansprüche und Verbindlichkeiten von Mitgliedern oder Organen entspringen. Somit kann ein Körperschaftsrecht, welches gleich dem des Entwurfes diesen Gegensatz völlig verschweigt, unmöglich zu einem brauchbaren Ergebnis gelangen.<sup>42)</sup> Das Schwankende und Flüchtige der gegenwärtigen Grenzziehung zwischen öffentlichrechtlichen und privatrechtlichen Verbänden darf kein Hinderniß bilden, Begriffe von fundamentaler rechtlicher Bedeutung, mit denen ja doch die vorbehaltenen Reichs- und Landesgesetze vielfach operiren, in das bürgerliche Gesetzbuch aufzunehmen; die Abgrenzung wird und muß auch festere Gestalt gewinnen, und das Gesetzbuch kann das Seinige hierzu beitragen. Es bedarf ferner, sobald Entstehung, Veränderung und Beendigung der körperschaftlichen Existenz in den Bereich der gemeinrechtlichen Gesetzgebung gezogen werden, besonderer Regeln für gewillkürte Körperschaften. Unter ihnen wieder fordern wirtschaftliche Genossenschaften und Vereine für ideale Zwecke ihr eigenes Recht. In beiden Klassen ist die Beschaffenheit des Zweckes nicht ohne Erheblichkeit. Zugleich aber muß für mancherlei Beziehungen und namentlich für die Rechtsverhältnisse der Mitgliedschaft und die mit ihr verknüpften Individualrechtsverhältnisse auf die ungleichartige Struktur der Grundlagen des Körperschaftslebens zurückgegangen werden. Die eigenartige und fest abgegrenzte Gruppe der Vermögensgenossenschaften, welche auf Antheile an einem Sondervermögen gebaut sind, tritt aus dem allen übrigen Körperschaften gemeinschaftlichen Rahmen

<sup>42)</sup> Vgl. auch Hölder a. a. D. S. 52 ff., Schilling a. a. D. S. 28, Klöppel a. a. D. S. 636. Doch ist der Vorschlag dieser Schriftsteller, die Rechtsverhältnisse öffentlichrechtlicher Verbandspersonen im Gesetzbuch überhaupt nicht zu berühren, nicht gerechtfertigt. Vgl. Kaufen a. a. D. S. 39.



vielfach heraus. Auch gehören die Versicherungsgenossenschaften auf Gegenseitigkeit nicht ins Handelsrecht.

Doch ein näheres Eingehen auf solche und andere Fragen wäre zur Zeit ein müßiges Unternehmen. Sie sind zum Theil verwickelt genug, und ihre glückliche Lösung ist keine leichte Arbeit. Beharrt man aber dabei, das Gesetzbuch von allem Körperschaftsrecht, welches diesen Namen verdient, zu entlasten, so streiche man lieber den ganzen Abschnitt über juristische Personen, stelle ein Privatrecht bloß für Individuen her und behalte im Einführungsgezet das Recht der menschlichen Verbände einschließlich seiner privatrechtlichen Bestandtheile den sonstigen Reichs- und Landesgesetzen vor. Was dieser Entwurf an brauchbarem gemeinem Recht uns bringen würde, das wäre wahrlich mit der Verleugnung des deutschen Gedankens des Gemeinwesens im gemeinen deutschen Körperschaftsrecht zu theuer erkauft.

### Kap. III. Das Anstaltsrecht des Entwurfes.

Neben den Körperschaften erkennt der Entwurf „Stiftungen“ als mögliche „juristische Personen“ an (§ 41) und stellt im Anschluß an das Körperschaftsrecht einige Sätze über die Errichtung und die Rechtsverhältnisse „einer mit juristischer Persönlichkeit versehenen Stiftung“ auf (§ 58—62).<sup>43)</sup>

Den Begriff der Stiftung sucht er nicht zu bestimmen. Doch liegt ihm, wie die Motive bestätigen (S. 78), die Auffassung zu Grunde, daß die Stiftung ein personifizirter „Vermögensbegriff“ ist. Sonach ist für seine Vorstellungsweise in Wirklichkeit nichts als ein für einen gewissen Zweck gewidmetes Vermögen vorhanden: kraft einer Fiktion aber wird, um die Verselbständigung dieses Vermögens zu erzielen, ein künstliches Individuum als Subjekt hinzugebacht. Die Stiftungspersönlichkeit ist ein Wesen gleicher Gattung wie die Körperschaftspersönlichkeit; auch sie ist im Grunde ein Nichts und besteht nur kraft der juristischen Phantasie, welche so gut zu einem Vermögen wie zu einem Personenverein einen begrifflichen Träger hinzudichten kann. Es ist zuzugeben, daß der Entwurf von seinen Grundgedanken aus nicht wohl zu einer anderen Konstruktion gelangen konnte. Dieselbe ist jedoch in sich verfehlt und verschuldet ein Reihe praktischer Mißgriffe, die der Entwurf begangen hat. In Wahrheit ist auch die

<sup>43)</sup> Eine eingehende Besprechung dieser Paragraphen hat Schloßmann in Zhering's Jahrb. f. Dogm. Bd. 27 N. F. Bd. 15 geliefert; im Sonderabdruck S. 1—69.

Stiftungspersönlichkeit eine von der Rechtsordnung anerkannte reale Verbandseinheit, in welcher sich eine von den jeweiligen Einzelwillen unabhängige soziale Willensmacht verkörpert. Ein zweckbestimmtes Vermögen ist an sich ein todttes Objekt und kann sich niemals in sein eigenes Subjekt verwandeln. Was ihm Leben verleiht, ist allein ein für seine Verwaltung und Verwendung gebildeter gesellschaftlicher Organismus, d. h. ein in rechtlich geordneter Verbindung dem Stiftungszweck dienstbar gemachter und mit der erforderlichen Macht ausgerüsteter Inbegriff von Menschen. Von einem körperchaftlichen Verbandsverbande unterscheidet sich dieser Verband dadurch, daß nicht ein ihm selbst entspringender Gemeinwille, sondern der ihm von außen eingepflanzte Wille des Stifters fort und fort die Einheit seines Lebens erzeugt und beherrscht. Die Stiftung ist daher eine Gattung der selbständigen Anstalten: sie ist die auf Privatwillen beruhende und deshalb dem Privatrecht angehörige Form des sozialrechtlichen Gebildes der anstaltlichen Verbandseinheit und ihre Persönlichkeit kann zutreffend als privatrechtliche Anstaltspersönlichkeit bezeichnet werden.<sup>43)</sup>

Aus diesem Wesen der Stiftung ergibt sich für ihre Errichtung das Erforderniß und die schöpferische Bedeutung einer individuellen Willensthat. Mit Recht fordert daher der Entwurf eine vom Stifter abgegebene Erklärung „des auf Errichtung der Stiftung gerichteten Willens“. Auch ist es durchaus zu billigen, daß er diese Willenserklärung sowohl unter Lebenden als von Todeswegen zuläßt und im ersten Falle an gerichtliche oder notarielle Form, im zweiten Falle an die Form einer Verfügung von Todeswegen bindet (§§ 58 und 59). Allein der Entwurf schießt über das Ziel hinaus, wenn er dem Einzelwillen die Macht verleiht, ohne jede Mitwirkung des allgemeinen Willens beliebige Stiftungspersonen ins Leben zu rufen. Derselbe Entwurf, der die Körperschaftsfreiheit verwirft, proklamiert die unbedingte Stiftungsfreiheit. Er gestattet freilich abweichendes Landesrecht, welches weitere Erfordernisse und somit insbesondere staatliche Genehmigung vorschreibt (§ 62 Abs. 1). Nach der gemeinrechtlichen Regel aber soll jeder Privatwille sich ohne Weiteres für alle Zukunft zum Herrn eines Vermögens aufwerfen können. Ein deraartiger Rechtsatz eignet sich, obschon er der richtigen Ansicht nach im gegenwärtigen gemeinen Recht gilt, nicht zur Aufnahme in das deutsche Gesetzbuch. In den meisten deutschen Partikularrechten ist er außer Kraft gesetzt. Er würde also eine Regel aufstellen, deren Nichtgeltung die Regel wäre. Doch ist in vielen Rechtsgebieten der gegenwärtige

<sup>43)</sup> Vgl. meine Genossenschaftstheorie S. 12—13.

Rechtszustand bestritten oder bestrittbar. Das Gesetzbuch würde daher eine bedenkliche Unsicherheit hervorrufen. Wäre die Stiftungsfreiheit gleich der Körperschaftsfreiheit ein Postulat unseres Rechtsbewußtseins, so müßte sie auch der Landesgesetzgebung gegenüber gesichert und dürfte nur etwa durch die Zulassung bestimmter einzelner Ausnahmen eingeschränkt werden. In Wahrheit ist jedoch das Erforderniß einer entscheidenden staatlichen Mitwirkung durchaus gerechtfertigt. Indem die Rechtsordnung dem Privatwillen die Möglichkeit eröffnet, sich in einem von ihm erschaffenen und mit Vermögen ausgerüsteten unsterblichen Rechtssubjekt zu verkörpern, erweitert sie die individuelle Willensmacht weit über die Grenzen des natürlichen Daseins. Dabei liegt freilich eine von ihr vorgefundene Lebensthatfache zu Grunde. Denn vermöge der Abhängigkeit der Gegenwart von der Vergangenheit und der im sittlichen Bewußtsein wurzelnden Pietät gegen Verstorbene ist der feierlich ausgesprochene Wille jedes Stifters eine reale Macht. Allein die juristische Festigkeit, die ihm das Stiftungsrecht verbürgt, erlangt er erst dadurch, daß sich ein unsterblicher Gemeinwille zu seinem Hüter aufwirft. Der stifterische Wille vollzieht ja nicht bloß eine einmalige Selbstentäußerung, sondern will in unbestimmte Zukunft hinaus andere Willen binden und zu seinen ausführenden Organen machen, er will als Kern einer Persönlichkeit fortleben und durch das Mittel eines sich stets erneuernden Anstaltsorganismus lange nach dem Verlöschen seiner Ordenwirksamkeit die Lebendigen in seinen Dienst zwingen. Woher sollte er die Kraft nehmen, sich immer wieder Organe zu schaffen und diese Organe in ordnungsmäßiger Funktion zu erhalten, wenn nicht ein beständig lebender höherer Wille ihn in fortdauernder positiver Bethätigung zu wahren und zu schützen bereit wäre? Der so den Stiftungswillen ergänzende Gemeinwille kann ein kirchlicher, ein kommunaler oder irgend ein anderer körperschaftlicher Wille sein. Zuletzt jedoch steht dahinter stets der im Rechtsgebiet souveräne Staatswille, und heute vor Allem läßt sich der Staat die allgemeine und durchgreifende Stiftungshoheit durch keine andere Macht mehr verkümmern. Liegt aber so in der Errichtung jeder Stiftung die Anforderung des allgemeinen Willens zu einer beständigen Wirksamkeit, so muß der allgemeine Wille sich auch frei darüber zu entschließen haben, ob er die ihm angemessene Aufgabe übernehmen will oder nicht. Es kann ihm nicht zugemuthet werden, für jede beliebige Zweckbestimmung, die er für nutzlos oder gar für schädlich erachtet, seine Kraft einzusetzen. Darum bedarf es in der That eines gemeinrechtlichen Satzes, welcher die Entstehung einer Stiftungsperson von entscheidender staatlicher Mitwirkung abhängig macht. Eine Ausnahme ist nach preussischem Muster bei Familienstiftungen angezeigt. Will man dem

Landesrecht die Zulassung weiterer Ausnahmen vorbehalten, so mag man dies thun. Auch versteht es sich von selbst, daß überdies, wenn eine Stiftung als kirchliche Stiftung mit einer Kirche, als kommunale Stiftung mit einer Gemeinde, als Universitätsstiftung mit einer Universität oder irgendwie sonst als korporative Stiftung mit einer Körperschaft in einen verfassungsmäßigen Zusammenhang gesetzt werden soll, die Zustimmung der betreffenden Gemeinheit gefordert werden muß. Das Erforderniß der staatlichen Genehmigung aber wird damit nicht hinfällig. Und diese staatliche Willenszuthat darf nicht etwa bloß als eine polizeiliche Konzession, sondern muß als ein wesentliches Element der Errichtung aufgefaßt werden, so daß von ihr die Entstehung der Stiftungspersönlichkeit abhängt.<sup>45)</sup>

Der Entwurf versäumt aber nicht bloß die erforderliche Einschränkung der Stiftungsfreiheit, sondern gelangt auf Grund seiner Ueberschätzung der Macht des Einzelwillens zu einer durchaus verfehlten juristischen Konstruktion des Stiftungsgeschäftes, indem er den Gedanken durchführt, daß mit der einfachen Willenserklärung, es solle eine Stiftung errichtet sein, die Stiftung vollendet und somit die Stiftungsperson vorhanden sei. Darum soll im Falle der Errichtung „durch Rechtsgeschäft unter Lebenden“ aus der gerichtlichen oder notariellen Willenserklärung des Stifters ohne Weiteres das neue Rechtssubjekt hervorspringen, welches nun sofort seinem eigenen Schöpfer gegenüber einen Anspruch auf Vollzug des Zugesagten erwirbt; der Stifter soll auch aus seiner einseitigen und von Niemandem angenommenen Erklärung gebunden sein; die durch bloßen Abtretungsvertrag übertragbaren Vermögensrechte sollen, sofern ein hierauf gerichteter Wille erhellt, unmittelbar auf die Stiftung übergehen; im Uebrigen soll alsbald ein Forderungsrecht der Stiftung auf Uebertragung des zugesicherten Vermögens zur Entstehung kommen (§ 58). Diese Grundsätze sollen nur insoweit, als das Landesrecht staatliche Genehmigung fordert, dahin abgeändert werden, daß hier die Gebundenheit des Stifters erst mit dem Gesuch um Genehmigung eintritt und mit der Versagung der Genehmigung aufhört (§ 62 Abs. 2). Ebenso läßt der Entwurf bei der Errichtung von Todeswegen die Stiftung durch bloße Willenserklärung entstehen (§ 59); bedarf es staatlicher Genehmigung, so soll durch deren Versagung die Verfügung von Todeswegen unwirksam werden, die erteilte Genehmigung aber „in Ansehung des Anfalles als schon vor dem Erballe erteilt“ gelten (§ 62 Abs. 3).

<sup>45)</sup> Für das Erforderniß der Staatsgenehmigung treten auch Hölder a. a. O. S. 47 ff. und Schloßmann a. a. O. S. 8 ff. ein; vgl. meine Genossenschaftstheorie S. 84 ff. und mein Genossenschaftsrecht II S. 968.

Vom Standpunkte der Fiktionstheorie aus besteht ja keine Schwierigkeit, in dieser Weise die Stiftungsperson aus der nackten Erklärung, daß sie vorhanden sein solle, fertig hervorspringen zu lassen. Auch den Einwand, es fehle doch zunächst noch an dem als Substrat der fingierten Persönlichkeit unentbehrlichen Vermögensbegriff, wissen die Motive mit dem Hinweis darauf zu entkräften, daß ja in dem gleichzeitig entstehenden „Auspruch“ der Stiftung gegen den Stifter sofort ein Stiftungsvermögen gegeben sei (S. 119—120). In Wahrheit jedoch ist die Stiftungsperson erst geboren, wenn die Verkörperung des stifterischen Willens in einem selbständigen Anstaltsorganismus stattgefunden hat. Bis dahin verharret sie im embryonalen Stadium. Da eine Verpflichtung zur Uebernahme der Vertretung und Verwaltung einer Stiftung nicht besteht, ist es zunächst überhaupt noch ungewiß, ob die Stiftung jemals ins Leben treten wird. Bevor sie Organe hat, existirt somit keine Stiftung und kann von Rechten oder Verbindlichkeiten einer solchen nicht die Rede sein.<sup>46)</sup> Dagegen ist der wirkliche Erwerb des zugesicherten Vermögens an sich keine Voraussetzung für die Entstehung des neuen Rechtssubjektes. Eine andere Frage ist es, ob nicht durch eine positive Gesetzesvorschrift aus Zweckmäßigkeitsgründen der reelle Vollzug der Dotation oder doch die Bestellung hinreichender Sicherheit für die künftige Auscheidung und Uebertragung des Stiftungsvermögens nach dem Vorbild des Aktiengesellschaftsrechts zur Entstehungsbedingung der Stiftungspersönlichkeit gemacht werden soll. Für eine derartige Vorschrift tritt Schloßmann (a. a. D. S. 13 ff.) nachdrücklich ein. Indes ist ein Bedürfnis dazu kaum nachweisbar und würde sich am wenigsten dann geltend machen, wenn die staatliche Genehmigung zum gemeinrechtlichen Errichtungserforderniß erhoben würde.

Faßt man die bei der Begründung einer Stiftung sich abspielenden Vorgänge näher ins Auge, so ergiebt sich ein zwiefacher rechtlicher Gehalt des „Stiftungsgeschäftes“. Dasselbe enthält einerseits eine auf die Erzeugung einer Person gerichtete Schöpfungsthat, welche in dem Kreationswillen des Stifters gründet, jedoch erst mit der Herstellung des Stiftungsorganismus zum Abschluß gelangt. Andererseits aber verknüpft sich hiermit eine rechtsgeschäftliche Vermögenszuwendung, durch welche das Grundvermögen der neuen

<sup>46)</sup> Vgl. Schilling a. a. D. S. 32: „Ganz und gar unmöglich aber ist es, daß, wie Pallas Athene aus dem Haupte des Zeus, so eine selbständige Stiftung gewappnet aus dem bloßen Willen des Stifters hervorspringe und sich ihm selbst sofort als forderungsberechtigtes Subjekt gegenüberstelle.“ Vgl. auch Hölder a. a. D. S. 49 ff. und Schloßmann a. a. D. S. 25.

Anstalt aus dem Vermögen des Stifters ausgefondert und auf die Stiftungsperson übertragen wird. Der Fehler des Entwurfes liegt darin, daß er den schöpferischen Akt seiner Eigenart entkleidet und zum Nebenbestandtheil eines gewöhnlichen Rechtsgeschäftes des Vermögensrechtes herabsetzt. In dieser Hinsicht bedarf es nothwendig einer Abänderung der vorgeschlagenen Sätze. Hierbei darf jedoch nicht der entgegengesetzte Fehler begangen werden, in welchen Schloßmann bei der Formulirung seiner Gegenvorschläge hinsichtlich der Stiftungserrichtung unter Lebenden verfällt, wenn er die Ausschcheidung und Uebertragung des Stiftungsvermögens als einen integrierenden Bestandtheil des „einseitigen Kreationssaktes“ behandeln und deshalb den allgemeinen Regeln über individualrechtliche Veräußerungsgeschäfte ganz entziehen will (a. a. O. S. 27—32). Die hier vollzogene Ueberleitung von Individualvermögen in Sozialvermögen steht freilich mit der Erschaffung des sozialen Vermögensträgers in engem Zusammenhange und empfängt hierdurch eigenthümliche Züge. Allein nach der ganzen Einrichtung der heutigen Rechtsordnung kommt sie durch Rechtsgeschäfte gleicher Gattung, wie solche den Vermögensverkehr zwischen Individuen vermitteln, zu Stande. Eine andere Ordnung wäre ja denkbar; sie müßte dann aber nicht auf den Fall der Stiftungserrichtung beschränkt sein, sondern nach dem Muster des älteren römischen Rechts alle Fälle der Verwandlung von Individualvermögen in Sozialvermögen umfassen. Solange die Bildung von Körperschaftsvermögen durch die Geschäfte des Individualrechts bewirkt wird, läge in einer grundsätzlich abweichenden Behandlung der Bildung von Stiftungsvermögen eine willkürliche Anomalie. Es ist ferner schlechthin nicht einzusehen, warum die mit der Stiftungserrichtung verknüpfte Vermögenszuwendung prinzipiell anders beurtheilt werden soll, als eine spätere Vermögenszuwendung an dieselbe Stiftung. Auch dürfte die Heraushebung des Widmungssaktes aus dem System der Individualrechtsgeschäfte nicht bei der Errichtung der Stiftung unter Lebenden stehen bleiben, sondern müßte sich auch bei der Errichtung der Stiftung durch Verfügung von Todeswegen gegen die Anwendung der Begriffe der Erbeinsetzung oder des Vermächtnisses kehren. Zu einer solchen Umwälzung unserer Rechtsordnung fehlt es an jedem Anlaß. Das bürgerliche Gesetzbuch wird daher zwar die Besonderheit des schöpferischen Aktes, der eine Stiftungsperson ins Leben ruft, voll auszuprägen, jedoch die Aussonderung und Uebertragung des Stiftungsvermögens bei dem allgemeinen Recht des Vermögensverkehrs festzuhalten haben.

Hieraus ergeben sich die hinsichtlich der Wirkungen der stifte-

rischen Vermögensdispositionen und namentlich hinsichtlich der Gebundenheit des Stifters aufzustellenden Regeln.

Bei der Errichtung unter Lebenden kann sich der Uebergang des Vermögens auf die Stiftung nicht eher vollziehen, als bis die Stiftung dem Stifter gegenüber zu selbständigem Dasein gelangt ist und eigene Organe für den Erwerb von Rechten und die Uebernahme von Pflichten gewonnen hat. Soweit es eines besonderen Uebertragungsaktes bedarf, muß derselbe, damit die Stiftung berechtigt werde, zu Händen der Stiftungsorgane vollzogen werden. Somit wird das Eigenthum an beweglichen Sachen erst durch Uebergabe, das Eigenthum an Liegenschaften erst durch Auflassung an ein Stiftungsorgan Bestandtheil des Stiftungsvermögens. Daß Grundbucheinträge auf den Namen der Stiftung erst zulässig sind, nachdem dieselbe konstituiert ist, versteht sich von selbst. Alle auf das künftige Stiftungsvermögen bezüglichen Willenserklärungen, welche der Stifter vor der wirklichen Entstehung der Stiftung abgegeben hat, sind nur vorbereitender Art; sie sinken für den Fall, daß die Stiftung nicht zu Stande kommt, in sich zusammen und erzeugen daher immer nur ein schwebendes Rechtsverhältniß. Soweit sie sich als „einseitige“ Willenserklärungen darstellen, haben sie die Natur bloßer Offerten zu Gunsten eines möglichen künftigen Rechtsobjektes. Ist eine derartige Offerte lediglich in einer gerichtlichen oder notariellen Urkunde abgegeben, ohne daß ein anderer Versprechensempfänger als die noch nicht existente Stiftung ersichtlich wäre, so kann ihr unmöglich bindende Kraft beigelegt werden. Die gegentheilige Bestimmung des Entwurfes, welche in der einseitigen Erklärung des Stifters die Kreation eines Schuldverhältnisses durch einseitiges Versprechen findet, entspricht weder der Parteiabsicht noch den Bedürfnissen des Lebens und ist in gleichem Maße theoretisch unbegründet und praktisch unbillig.<sup>47)</sup> Gleichwohl ist nicht unter allen Umständen jede Gebundenheit des Stifters vor der Vollendung des Stiftungsgeschäftes einfach zu verneinen. Vielmehr muß selbst die einseitige Willenserklärung des Stifters, falls sie einer bestimmten Person gegenüber abgegeben ist, diesem Versprechensempfänger gegenüber insoweit eine Gebundenheit an das Wort erzeugen, als eine solche nach den allgemeinen Regeln über die bindende Kraft des Antrages (vgl. Entwurf §§ 80—89) eintritt. In diesem Sinne ist, da das Gesuch um staatliche Genehmigung einen Antrag an den Staat als berufenen Vertreter künftiger Stiftungs-

<sup>47)</sup> Uebereinstimmend Hölder a. a. D. S. 49 ff., Schilling a. a. D. und Schloßmann a. a. D. S. 32 ff.; vgl. meine Genossenschaftstheorie S. 124 am Schluß der Anm. zu S. 123.

interessen enthält, die positive Vorschrift des § 62 Abs. 2 gerechtfertigt. Nur handelt es sich auch hier vorerst bloß um eine bindende Offerte. Darüber hinaus jedoch kann, sobald der Antrag des Stifters von dem Versprechensempfänger gehörig angenommen ist, nach den Regeln über Verträge zu Gunsten Dritter eine vertragsmäßige Gebundenheit des Stifters zu Gunsten des künftigen Rechtssubjektes entstehen. In dieser Weise können namentlich die im Verbestadium der Stiftung bereits vorläufig thätigen Organe die Willenserklärung des Stifters fest machen und im Einzelnen mit Wirksamkeit für und wider die künftige Stiftungsperson Rechte erwerben und Verbindlichkeiten übernehmen. Ebenso aber wird in der Ertheilung der Staatsgenehmigung eine Annahme des gestellten Antrags und damit die Herstellung einer vertragsmäßigen Gebundenheit des Stifters zu finden sein. Alle diese Verhältnisse kommen in analoger Weise auch bei der Gründung von Körperschaften vor.<sup>48)</sup> Es ist kein Grund ersichtlich, die Gebundenheit des Stifters durch eine Ausnahmesatzung abzuschwächen oder gar nach dem Vorschlage Schloßmann's (a. a. O. S. 32—55) bis zum thatsächlichen Vollzuge der Aussonderung und Hingabe des Stiftungsvermögens völlig zu streichen. Soweit der Stifter sich seines Willens wirklich entäußert und die Mitarbeit an seinem Werke in fremde Hände gelegt hat, muß er die Folgen tragen und kann nicht willkürlich zurücktreten. Freilich steht ihm regelmäßig ein bestimmtes individuelles Interesse nicht gegenüber. Allein das soziale Interesse, das er zwar selbst geschaffen, jedoch in demselben Umfange, in dem er es Anderen zur Wahrung anvertraut hat, bereits verselbständigt hat, ist nicht minder schutzwürdig. Von dieser Gebundenheit kann ihn auch der Liberalitätscharakter seiner Zusage nicht befreien. Denn auch das Schenkungsversprechen ist nach unserer Rechtsordnung bindend und klagbar und könnte nicht ohne Verstoß wider die Anschauungen und Bedürfnisse der Gegenwart in eine bloße Naturalobligation zurückverwandelt werden.<sup>49)</sup> Nur bedarf es allerdings hinsichtlich aller übernommenen Verpflichtungen einer Gleichstellung des Stifters mit dem Schenker. Der Entwurf bestimmt angemessen, daß auf die Gewährleistungspflicht des Stifters die Vor-

<sup>48)</sup> Vgl. meine Genossenschaftstheorie S. 123 ff.

<sup>49)</sup> Schloßmann a. a. O. S. 49—55 spricht sich grundsätzlich gegen die Klagbarkeit des Schenkungsversprechens aus und will daher, wenn er auch zur Zeit den Vorschlag der Versagung jeder Klage aus einem Schenkungsversprechen für aussichtslos hält, mindestens die Klagbarkeit nicht auf die Stiftung ausdehnen. — Seine sonstigen Argumente gegen die Gebundenheit des Stifters würden zum Theil dazu führen müssen, auch den Widerruf der schon vollzogenen Dotation zu gestatten.



schriften über die Gewährleistungspflicht des Schenkers entsprechende Anwendung finden sollen (§ 58). Die mit der Errichtung einer Stiftung unter Lebenden verbundene Vermögenszuwendung muß aber überhaupt dem Schenkungsrecht unterstellt werden. Hier wie bei jeder Schenkung darf die Rechtsordnung nicht in formalistischer Strenge die letzten Konsequenzen des Schuldbegriffes ziehen, muß vielmehr an die Verbindlichkeiten des Wohlthäters einen möglichst milden Maßstab anlegen, die erforderlichen Mittel zur Wiedergutmachung einer Ueber-eilung gewähren und den Schenker selbst und seine Angehörigen vor dem völligen Ruin durch übertriebene Freigiebigkeit schützen. Das Schenkungsrecht des Entwurfes wird freilich derartigen Anforderungen in keiner Weise gerecht. Allein dasselbe wird eben eine durchgreifende Umarbeitung erfahren müssen, die dann zugleich den Stiftern und ihren Familien zu gute kommen würde.<sup>50)</sup>

Wird eine Stiftung durch Verfügung von Todeswegen errichtet, so gelangt auch hier die Stiftungsperson erst durch die Herstellung einer Organisation und nicht schon durch den einfachen Ausspruch des Erblassers zur Entstehung. Allein im Einklange mit einem seit alter Zeit unter Heranziehung der Analogie des nasciturus entwickelten Gewohnheitsrechts muß nicht bloß die Erbeinsetzung und jede andere Art von Bedenkung des künftigen Rechtssubjektes als gültig anerkannt, sondern auch für den Fall des wirklichen Zustandekommens der Stiftung der Anfall der Erbschaft oder des Vermächtnisses auf den Augenblick des Todes des Stifters zurückbezogen werden. Der Entwurf trifft hier im Erfolge das Richtige.<sup>51)</sup> Allein er zwingt der Jurisprudenz eine ungesunde Konstruktion auf, indem er die Existenz der Stiftungspersönlichkeit zur Zeit des Erbfalles annimmt und zu diesem Behufe sogar eine Fiktion aufstellt, nach welcher die landesrechtlich erforderliche staatliche Genehmigung, falls sie erteilt wird, „in Ansehung des Anfalles als schon vor dem Erbfall erteilt“ gelten soll! Auch hält er eine besondere Bestimmung für nöthig, um auszusprechen, daß im Falle der Verfassung der staatlichen Genehmigung die Verfügung von Todeswegen unwirksam wird. Diese Bestimmung ist nicht bloß überflüssig, sondern irreführend. Denn die Verfügung von Todeswegen soll doch sicherlich auch „unwirksam werden,“ wenn die beabsichtigte Stiftung aus irgend einem anderen Grunde endgültig scheitert. Dies kann aber auch da, wo es staatlicher Genehmigung gar nicht bedarf, sich ereignen. So können die berufenen Organe ab-

<sup>50)</sup> Vgl. meine Schrift über den Entwurf und das deutsche Recht S. 223-225 und namentlich Neag in den Gutachten aus dem Anwaltstande S. 163 ff.

<sup>51)</sup> Eine Ergänzung bringt § 2154 Abs. 2.

lehnen, eine Universität oder Fakultät kann die ihr angemessene Verwaltung eines Stipendiums (z. B. für weibliche Studierende) verweigern u. s. w. Im Uebrigen ist die vorgeschlagene Regelung der Errichtung von Stiftungen durch Geschäft von Todeswegen in hohem Maße unvollständig und läßt die wichtigsten Fragen ungelöst.<sup>52)</sup>

Hinsichtlich der Verfassung der Stiftung stellt der Entwurf den allgemeinen Satz auf, daß dieselbe, soweit sie nicht auf Reichs- oder Landesgesetz beruht, durch den Willen des Stifters bestimmt wird (§ 60). Für unerlässlich erklärt er jedoch die Bestellung eines Vorstandes, auf welchen die Regeln über den Körperschaftsvorstand mit Ausschluß einiger einen Versammlungsbeschluß voraussetzenden Bestimmungen, dagegen mit Einschluß der vom Schadensersatz aus widerrechtlichen Handlungen sprechenden Vorschrift „entsprechende Anwendung“ finden sollen (§ 61).

Ueber die Beendigung einer Stiftung läßt der Entwurf ausschließlich die Landesgesetze entscheiden (§ 62 Abs. 1). Nicht einmal auf die vielumstrittene Frage, ob die Stiftung mit dem Verlust des Stiftungsvermögens erlischt, ertheilt er eine Antwort.<sup>53)</sup> Auch die Regelung der Schicksale des Vermögens einer erloschenen Stiftung überträgt er durch Verweisung auf das Körperschaftsrecht insoweit, als nicht die Stiftungsverfassung oder ein besonderes Reichsgesetz Anordnungen trifft, den Landesgesetzen (§ 61). Ebenso soll für den Konkurs über eine Stiftung gleiches Recht wie bei Körperschaften gelten (§ 61) und der oben erwähnte Vorbehalt zu Gunsten der Landesgesetze ebenfalls Platz greifen (E.G. Art. 50).

Daß auch hier die Einschränkung der Erwerbsfähigkeit und die Aufstellung von Vorschriften über Verwaltung und Aufsichtigung völlig dem Landesrecht überlassen bleibt, ergibt sich aus der Erstreckung des betreffenden Vorbehaltes auf alle „juristischen Personen“ (E.G. Art. 49).

So erhebt sich auch das Stiftungsrecht des Entwurfes nicht über eine formalistische Schablone von erschreckender Dürftigkeit. Indem jede noch so leise Berührung des öffentlichen Rechtes ängstlich vermieden wird, bleiben die bedeutungsvollsten Fragen ungelöst. Dieses

<sup>52)</sup> Vgl. Schloßmann a. a. D. S. 62 ff. — Schloßmann, der ebenfalls die Annahme der Entstehung der Stiftung durch die einfache Willenserklärung des Erblassers tadelt, weist zugleich darauf hin, wie wenig der Wortlaut des § 59 alles dasjenige ausdrückt, was die Motive ihm unterlegen. Indes läßt doch schon die in § 62 Abs. 3 aufgestellte Fiktion den beabsichtigten Sinn des § 59 deutlich erkennen. — Ueber die Fassung von § 62 Abs. 3 vgl. auch Bródlowski a. a. D. S. 58—59.

<sup>53)</sup> Ueber das Bedenkliche dieser Lücke vgl. Schloßmann a. a. D. S. 62—69.

Stiftungsrecht ist so, wie es dasteht, ein gänzlich unlebendiges und im Grunde unmögliches Recht, das seine Korrektur von der Landesgesetzgebung erwartet. Dabei stellt es aber seine gemeinrechtlichen Sätze mit Ausnahme der verfehlten juristischen Konstruktion des „Stiftungsgeschäftes“ und der Regeln über den Vorstand durchaus in die Willkür der Landesgesetzgebung. Die Landesgesetzgebung kann die Errichtung von Stiftungen beliebig erschweren und ihre Aufhebung beliebig erleichtern. Sie kann die Schicksale von ehemaligem Stiftungsvermögen nach Gutdünken ordnen. Ihrem souveränen Ermessen bleibt es überlassen, ob und wann sie eine Umwandlung von Stiftungen wegen veränderter Verhältnisse gestatten will. Vermuthlich würde sie in den meisten Staaten eine weise Mitte einhalten: sie würde weder die dem individuellen Willen der Stifter schuldige Hochachtung, ohne deren Sicherung der Antriebe zur Errichtung von Stiftungen eine erhebliche Schwächung erfahren müßte, noch die erforderliche Rücksicht auf die Einwirkung des allgemeinen Willens, ohne welche alles Stiftungswesen aus einer Wohlthat zur Plage wird, aus den Augen setzen; sie würde die schwierige Aufgabe einer Versöhnung der von der Pietät geforderten Aufrechthaltung des zum Selbstschutz unfähigen stifterischen Willens mit den Anforderungen der lebendigen Gegenwart, denen der erstarrte Wille des Stifters aus sich heraus sich nicht anzupassen vermag, angemessen lösen. Allein das „gemeine“ Stiftungsrecht hat nichts dagegen einzuwenden, wenn in diesem oder jenem Territorium vielmehr die eine oder die andere extreme Richtung durchdringt. Das Landesrecht mag es bei der schrankenlosen Stiftungsfreiheit und der starren Unabänderlichkeit jeder stifterischen Willenserklärung belassen. Es mag aber auch alle Stiftungen in öffentliche Fonds verwandeln, über welche irgend eine staatliche Behörde zu den jeweilig erwünschtesten Zwecken frei verfügt. Die abstrakten Sätze des bürgerlichen Gesetzbuches werden durch solche Verschiedenheiten nicht berührt und die deutsche „Rechtseinheit“ bleibt unversehrt!

Mit den beiden Kategorien der „Körperschaft“ und der „Stiftung“ glaubt der Entwurf, da die Persönlichkeit der ruhenden Erbschaft in Folge Aufnahme des Satzes „der Todte erbt den Lebendigen“ wegfällt, die möglichen Gattungen juristischer Persönlichkeit erschöpft zu haben (Motive S. 80). Nur bezüglich des Fiskus erklären die Motive es für zweifelhaft, ob er unter einen der beiden Begriffe fällt. Aus diesem Grunde bestimmt der Entwurf am Schlusse des Abschnittes über juristische Personen in § 63: „Die landesgesetzlichen Vorschriften, nach welchen dem Fiskus juristische Persönlichkeit zusteht, bleiben unberührt.“ Ob wohl wirklich ein deutsches Gericht zu finden wäre, welches, wie die Motive besorgen, ohne einen derartigen Vor-

behalt in Zukunft die Privatrechtsfähigkeit des Staates für abgeschafft erklären würde? Wir glauben kaum! Selbst bei der größten Buchstabentreue würde doch die Scheu vor dem Lächerlichen noch eine Macht bleiben. Uebrigens besteht ja keine unüberwindliche Schwierigkeit, den „Staat“ unter den Körperschaftsbegriff des Entwurfes zu subsumiren: der „Fiskus“ aber ist kein selbständiges Wesen, sondern nichts anderes als der Staat in Privatrechtsverhältnissen. Hat trotzdem die Furcht vor einer Mißdeutung des Schweigens den Entwurf zur Aufnahme des § 63 bewogen, so wirft dies ein eigenthümliches Licht auf die Erwartungen, die man bezüglich des Geistes der Zukunftsjurisprudenz hegt! Wie es sich indeß hiermit verhalten mag: die Bestimmung des Entwurfes ist jedenfalls höchst unzureichender Art. Schon ihre Form ist verfehlt, da sie die Vorstellung erweckt, als könne es auch Landesrechte geben, welche dem Fiskus die juristische Persönlichkeit versagen. Es ist ferner sachlich ungehörig, daß die Privatrechtsfähigkeit der deutschen Staaten nicht auf einem gemeinrechtlichen Satze, sondern auf einem zunächst doch nur den eigenen Staat betreffenden Satze des Partikularrechts beruhen soll. Kann nun etwa ein Landesrecht für sein Gebiet die Anerkennung der übrigen deutschen Fisci ausschließen? Noch unangemessener ist es, daß anscheinend auch der Reichsfiskus seine Persönlichkeit vom Landesrecht empfangen und in den verschiedenen Reichstheilen, soweit nicht spezielle Reichsgesetze durchgreifen (Motive S. 125), nach wie vor nach verschiedenem Rechte leben soll. Das deutsche Gesetzbuch müßte aber nicht bloß die Privatrechtsfähigkeit des Reiches wie der Einzelstaaten unmittelbar aussprechen, sondern auch ein gemeinsames Fiskalrecht aufstellen. In dieser Hinsicht ist die Tragweite des § 63 völlig unsicher. Denn da der Entwurf über „juristische Persönlichkeit“ im Allgemeinen außer der Legaldefinition des § 41 keine einzige Bestimmung bringt, sondern lediglich besondere Vorschriften für „Körperschaften“ und „Stiftungen“ giebt, so ist, wenn die landesgesetzliche Anerkennung der juristischen Persönlichkeit des Fiskus feststeht, hiermit noch kein einziger weiterer Rechtsatz gewonnen. Vielmehr hängt es nun von der Entscheidung der absichtlich offen gelassenen Frage nach der Zugehörigkeit des Fiskus zu den Körperschaften oder Stiftungen ab, ob etwa das gemeine Körperschafts- oder Stiftungsrecht auf den Fiskus anzuwenden oder ob jede derartige Uebertragung abzulehnen ist. Wir haben oben schon darauf hingewiesen, wie beispielsweise die Meinung der Motive, aus § 46 lasse sich eine Haftung des Staates für rechtswidrige Handlungen seiner Beamten ableiten und begrenzen, völlig in der Luft schwebt. Jedenfalls könnte das Landesrecht diese Haftung nach Gutdünken ausschließen oder einschränken. Das Landesrecht könnte auch dem Fiskus

beliebige Privilegien einräumen.<sup>54)</sup> Es könnte schließlich sogar ohne Verstoß wider das gemeine Recht mit dem Grundsatz selbst brechen, daß der Staat, insofern er sich in Privatrechtsverhältnisse begiebt, seine Hoheit ablegen und sich mit gleichem Maße wie der Einzelne messen lassen muß.<sup>55)</sup>

Sind denn nun aber, wenn neben „Körperschaften“ und „Stiftungen“ der „Fiskus“ als eine dritte Art von juristischen Personen aufgezählt wird und die Anerkennung anderer außer den einzelnen Menschen bestehenden Privatrechtssubjekte hiermit abgeschnitten sein soll, wirklich alle Fälle der privatrechtlichen Verbandspersönlichkeit erschöpft? Gewiß nicht! Denn es giebt zahlreiche zugleich mit Vermögensfähigkeit bekleidete öffentliche Anstalten, die dem Begriff der „Körperschaft“ schlechthin nicht unterstellt werden können, ebenso wenig aber in die Kategorie der „Stiftungen“ gehören.<sup>56)</sup> Mag man Universitäten und Domkapitel noch als Körperschaften auffassen, so ist dies doch bei den als juristische Personen anerkannten preussischen Gymnasien, bei der preussischen Seehandlung, bei Leihhäusern, bei Sparkassen,<sup>57)</sup> bei mancherlei mit eigener Rechtssubjektivität ausgerüsteten Hilfskassen, Rentenbanken u. s. w., bei vielen zweifellos selbständiger Vermögensfähigkeit genießenden kirchlichen Instituten, wie z. B. bei dem Bischofsstuhl oder der vom jedesmaligen Pfarrer repräsentirten Pfründe, vollkommen unmöglich. Man müßte denn überall den Thatsachen ins Gesicht schlagen, „Personenvereine,“ die nicht vorhanden sind, erdichten, das geltende Kirchenrecht durch die Verwandelung alles Kirchengutes in Eigenthum der Kirchengemeinde umwälzen und so fort! Enthält man sich solcher Gewaltmittel, so bleibt nichts

<sup>54)</sup> Ausdrücklich wird freilich im Entwurf des E.-G. den Landesgesetzen nur die Ausstattung des Fiskus mit gesetzlichen Pfandtiteln (Art. 74) und mit Erbrechten am Vermögen verpflegter oder unterstützter Personen (Art. 81) vorbehalten. Allein ein argumentum e contrario dürfte hier nicht schlußig sein.

<sup>55)</sup> Nur hinsichtlich des Rechtes auf erblose Verlassenschaften wird gemeinrechtlich die Anwendung der Regeln eines eigenthümlich modificirten gesetzlichen Erbrechtes auf den Fiskus verbürgt (§§ 1974 und 2067; dazu §§ 49 Abs. 2 und 61 über die gleiche Behandlung des Anfalles von Körperschafts- oder Stiftungsvermögen). Schon erwähnt ist der Ausschluß der Aufrechnung verschiedenen stationes fisci gegenüber (§ 289). Vgl. ferner §§ 280 und 926.

<sup>56)</sup> Vgl. hierüber namentlich auch Hölder a. a. O. S. 52 — 58 und Schilling a. a. O. S. 28.

<sup>57)</sup> Vgl. z. B. das badiſche Geſetz vom 9. April 1880, nach welchem eine mit Gemeindebürgerschaft eingerichtete und den geſetzlichen Vorſchriften entſprechende Sparkaſſe durch die ſtaatliche Genehmigung „als öffentliche Anſtalt“ das Recht der juristiſchen Perſönlichkeit erlangt (§ 1).

übrig, als solche und ähnliche öffentliche Anstalten in die Kategorie der „Stiftung“ zu zwingen. Fast scheint es, als sei gerade mit Rücksicht hierauf in § 62 Abs. 1 ein Satz aufgenommen, durch den die landesgesetzlichen Vorschriften aufrecht erhalten werden, „welche sich auf die Errichtung einer Stiftung mittels Staatsaktes beziehen.“ Die Motive geben hierüber freilich keinen Aufschluß. Sollte aber der Entwurf in diesem Sinne zu verstehen sein, so würde zunächst eine Lücke hinsichtlich derjenigen mit eigener Persönlichkeit versehenen öffentlichen Anstalten bleiben, welche ihr Dasein einem schöpferischen Akte der Kirche, einer Gemeinde oder eines anderen öffentlichrechtlichen Verbandes verdanken und vom Staate nur anerkannt, nicht „errichtet“ sind. Ueberdies jedoch ist der Begriff der „Stiftung“ für derartige Gebilde des öffentlichen Rechts durchaus unpassend. Am wenigsten eignet sich für sie der Stiftungsbegriff des Entwurfes. Denn da die öffentlichen Anstalten zum Theil ohne alles Vermögen bestehen können und jedenfalls regelmäßig nicht auf ein bestimmtes Vermögen gegründet sind, so leidet die Vorstellung des personifizirten Vermögensinbegriffes hier völligen Schiffbruch. Auch abgesehen hiervon aber widerspricht es dem Sprachgebrauch, die öffentliche Anstalt eine öffentliche „Stiftung“ zu nennen. Und vor Allem sind die für „Stiftungen“ geltenden Rechtsätze in ihrer Mehrzahl für öffentliche Anstalten gar nicht brauchbar. Auch hier bedarf es vielmehr einer scharfen Trennung der öffentlichrechtlichen Verbandspersonen, welche nur mit einer bestimmten Seite ihres Wesens in das Privatrecht eintreten, von den voll und ganz dem Privatrecht angehörigen Stiftungspersonen. Der Entwurf hätte somit neben den Körperschaften die Anstalten als geeignete Träger einer privatrechtlichen Persönlichkeit aufführen, sodann den öffentlichen Anstalten die Möglichkeit selbständiger Privatrechtssfähigkeit eröffnen und endlich das Recht der Stiftungen als privatrechtlicher Anstalten vollständig normiren sollen.

Die Unklarheiten, welche der Entwurf bezüglich der Begrenzung des Kreises der juristischen Personen bestehen läßt, werden dadurch nicht gemindert, daß gelegentlich an anderen Stellen in sehr unbestimmter Weise „Anstalten“ als Rechtssubjekte aufgeführt werden. So ist in § 156 Z. 4 von der Verjährung von „Ansprüchen“ „der öffentlichen und nichtöffentlichen Anstalten, welche dem Unterrichte, der Erziehung, der Verpflegung oder der Heilung dienen“, die Rede. Nach § 280 Abs. 3 können die Landesgesetze über öffentliche Hinterlegung vorschreiben, „daß der Fiskus oder eine als Hinterlegungsstelle bestimmte Anstalt Eigenthümer der hinterlegten Gelder oder Banknoten gegen die Verpflichtung wird, einen dem hinterlegten Betrage gleichkommenden Betrag zu zahlen“. Dagegen wird bei der Regelung des Fundrechtes

bezüglich der „in den Geschäftsräumen oder in den Transportmitteln einer öffentlichen Behörde oder einer öffentlichen Verkehrsanstalt“ gefundenen Sachen (§§ 924—927) vorausgesetzt, daß es sich entweder um eine unselbständige staatliche oder kommunale Behörde oder Anstalt oder aber um eine im Privateigenthum stehende Anstalt handelt. Darum wird je nach Unterschied des Falles dem „Reichsfiskus“, dem „Fiskus des Bundesstaates“, der „Gemeinde“ oder der „Privatperson“ das Eigenthum am Versteigerungserlöse zugesprochen (§ 926). Doch wird die „öffentliche Behörde“ als Inhaberin (§ 927), „die Behörde oder die Verkehrsanstalt“ als empfangend (§ 924) und versteigernd (§ 927) genannt. Dabei heißt es, derjenige, welcher die gefundene Sache an sich nimmt, habe dieselbe „unverzüglich an die Behörde oder die Verkehrsanstalt oder an einen Beamten derselben abzuliefern“ (§ 924 Abs. 2). Wie unterscheidet sich hier die Ablieferung an die „Anstalt“ und an einen „Beamten“ derselben? Eine Ablieferung an die Anstalt ist doch stets nur als Ablieferung an ein Organ der Anstalt vorstellbar! Einer so ungenauen und untechnischen Redeweise dürfte sich das Gesetzbuch nicht bedienen.

#### Kap. IV. Das Gemeinschaftsrecht des Entwurfes.

Kennt der Entwurf kein Gemeinwesen, so kennt er auch keine echte Gemeinschaft. Vielmehr zerfällt ihm jedes Gemeinschaftsverhältniß, soweit es nicht vermöge der Annahme einer „juristischen Person“ durch die Rechtssphäre eines künstlichen Individuums aufgezehrt wird, in gesonderte Rechtssphären isolirter Einzelpersonen.

Im deutschen Recht lebt und wirkt der Begriff der personenrechtlichen Gemeinschaft, welche das Fürsichsein der Individuen in einem bestimmten Bereiche überwindet und durch Verbundenheit ersetzt. Eine solche Gemeinschaft hebt sich freilich nicht gleich dem Gemeinwesen als selbständige Gesamtperson von der Personengesamtheit ab. Aber gleich dem Gemeinwesen ergreift sie die Persönlichkeit als solche und stellt den Einzelnen in einen rechtlich geordneten Zusammenhang. Hieraus ergibt sich die Möglichkeit einer einheitlichen Zusammenfassung nach außen, so daß die verbundenen Personen als Träger gemeinschaftlicher Rechte und Pflichten eine Personeneinheit darstellen. Es ergibt sich aber auch eine Verschmelzung der Willensgebiete nach innen, so daß in einer von den antheiligen Sondersphären der Einzelnen unterschiedenen Gemeinssphäre ausschließlich die verbun-

dene Gesamtheit herrscht. Das deutsche Gemeinschaftsrecht pflanzt im Individualrecht die Keime des Sozialrechts.

Dem Entwurfe ist der Gedanke einer personenrechtlichen Gemeinschaft fremd. Außerhalb des Familienrechts erschöpfen sich ihm überhaupt die Privatrechtsverhältnisse in Obligationen und dinglichen Rechten, bringen daher niemals eine personenrechtliche Verknüpfung hervor. Im Familienrecht tritt freilich die neue Gattung der Rechte an fremder Person auf. Allein eine Gemeinschaft, in welcher die Vereinigung durch das familienrechtliche Band die Personen zu einer Personeneinheit zusammenfügte, gelangt auch hier nicht zu rechtlicher Ausprägung. Selbst die eheliche Gemeinschaft bleibt, obschon sie natürlich in einzelnen Folgefällen sichtbar wird, grundsätzlich unentwickelt: die Ehegatten werden mit gegenseitigen Personenrechten ausgerüstet und insbesondere auch „unter einander zur ehelichen Lebensgemeinschaft berechtigt und verpflichtet“ (§ 1272), erscheinen aber in allen ihren gemeinschaftlichen Beziehungen als zwei getrennte Individuen und niemals als ein in subjektiver Einheit berechtigtes oder verpflichtetes Ehepaar.<sup>59)</sup> Die Hausgemeinschaft ist für den Entwurf überhaupt nicht vorhanden: er entzieht dem Bestande oder Nichtbestande des hausgenossenschaftlichen Bandes fast jeden Einfluß auf das Rechtsverhältniß zwischen Eltern und Kindern und hat daher keinen Anlaß, die deutschrechtliche Auffassung des Hauses als einer aus Haupt und Gliedern bestehenden Einheit auch nur von fern zu streifen.<sup>59)</sup> Wenn aber demgemäß das ganze Familienrecht in der individualistischen Schablone befangen bleibt, so kann um so weniger aus sonstigen privatrechtlichen Verknüpfungen eine die Persönlichkeit als solche ergreifende Gemeinschaft entspringen. In der That sieht der Entwurf sowohl bei der Gemeinschaft der Miterben wie bei jeder andern willkürlich oder unwillkürlich entstandenen Gemeinschaft von jeder Annahme eines personenrechtlichen Bandes ab. Daß er insbesondere auch dem „Gesellschaftsvertrage“ des bürgerlichen Rechtes keinerlei personenvereinigende Kraft beilegt, werden wir unten sehen. Nur angedeutet sei hier, wie völlig der Entwurf die aus der Eingliederung des Gesindes und der höheren Hausdienerschaft in fremdes Hauswesen und vor Allem aus der Einordnung von Angestellten und Arbeitern in das wirthschaftliche Unternehmen eines Geschäftsherrn erwachsenden

<sup>59)</sup> Näheres hierüber in meiner Schrift über den Entwurf und das deutsche Recht S. 430 ff.

<sup>59)</sup> Vgl. meine angeführte Schrift S. 393 ff., 441, 460 ff.; die Bestimmungen der §§ 1498 und 1499 ändern hieran nichts.



Herrschaftsverbände ignorirt, obwohl dieselben im wirklichen Leben als machtvolle Personenvereinigungen auftreten.<sup>60)</sup>

Bei solchen Ausgangspunkten braucht der Entwurf irgend eine Bedeutung für die Rechtssubjekte selbst keinem in den Bereich des gemeinen Privatrechts fallenden Gemeinschaftsverhältniß zuzugestehen. Darum schweigt er in der Lehre von den Rechtssubjekten folgerichtig über die Rechtssubjektivität von Personenmehrheiten. Läßt jede Gemeinschaft das Fürsichsein der beteiligten Personen unberührt, so kann die Eigenthümlichkeit eines Gemeinschaftsverhältnisses niemals in der Art der Verknüpfung gemeinsamer Rechte oder Pflichten mit ihren Trägern liegen. Vielmehr wurzeln alle Unterschiede nur in der Beschaffenheit der Befugnisse und Verbindlichkeiten, in Bezug auf welche ein Zusammenstoß mehrerer Subjekte stattfindet und durch Sonderung der Einzelsphären beseitigt werden muß. In diesem Sinne behandelt der Entwurf die Gemeinschaftsverhältnisse lediglich zerstreut an verschiedenen Stellen des Systems der besonderen Individualrechte. Zugleich aber schrumpft ihm alles Gemeinschaftsrecht in seinem wahren juristischen Kern zu einem bloßen Sonderungsrecht zusammen. Die Sonderung kann, soweit sie nicht dadurch überflüssig wird, daß von vornherein das gemeinschaftliche Recht in getrennte Theilrechte oder die gemeinschaftliche Pflicht in getrennte Theilpflichten zerfällt, auf zwei verschiedenen Wegen erfolgen. Sie kann entweder durch die Zerlegung in gesonderte ideelle Antheile zu Stande kommen. Oder aber sie wird in der Weise bewirkt, daß jeder für sich auf das Ganze Recht oder Pflicht empfängt. Zwischen dem Antheilsprinzip und dem Solidarprinzip, wie sie beide das römische Recht in klassischen Typen verwirklicht hat, bleibt streng genommen nur die Wahl. Dagegen kann eine andere Gemeinschaftsform auf grundsätzliche Anerkennung nicht rechnen. Insbesondere ist in dem Gedankensystem des Entwurfes für das deutschrechtliche Gemeinschaftsprinzip der gesammten Hand, bei welchem eine Personenmehrheit in einer bestimmten rechtlichen Verbundenheit als Subjekt erscheint, an sich kein Raum.

Nicht völlig hat der Entwurf seinen Standpunkt zu wahren vermocht. Er hat es nicht ganz vermeiden können, Gemeinschaftsverhältnisse dergestalt zu ordnen, daß eben die Theilhaber nur insgesammt berechtigt oder verpflichtet sind. Allein er behandelt jedes so gestaltete

<sup>60)</sup> Ueber die Unbrauchbarkeit des im Entwurfe durchgeführten Grundsatzes, daß für das Privatrecht hier überall nur rein individualistische Schuldverhältnisse zwischen freien und gleichen Einzelpersonen vorhanden sind, vgl. meine angeführte Schrift S. 191—193 und meinen Vortrag über die soziale Aufgabe des Privatrechts S. 40—41.

Verhältniß als eine anomale Bildung, die nur in möglichst engen Grenzen zugelassen und keinesfalls der Begründung durch Parteiwillkür anheimgegeben werden darf.

Mit der „Gemeinschaft“ überhaupt beschäftigt sich ein eigener Titel (Buch II Abschn. 4 Tit. 3), der im letzten Abschnitt des Obligationenrechts unter den als „Einzelne Schuldverhältnisse aus anderen Gründen“ zusammengefaßten Forderungen zwischen den Ansprüchen aus „Geschäftsführung ohne Auftrag“ und auf „Vorlegung und Offenbarung“ untergebracht ist. Daß der Entwurf einen anderen Platz für diese Lehre nicht ausfindig zu machen mußte, ist bei seiner Abhängigkeit vom Pandektenssystem begreiflich. Folgerichtig hätte nun freilich die Ueberschrift des Titels „actio communi dividando“ oder im Deutsch des Entwurfes „Anspruch auf Auseinandersetzung einer Gemeinschaft“ lauten müssen. Denn die Bestimmungen über die Gemeinschaft selbst haben an dieser Stelle höchstens insoweit eine Daseinsberechtigung, als sie die Grundlage der Sonderungsansprüche beschaffen.

Der Entwurf spricht in diesem Titel nur von dem Falle, daß „ein Recht ungetheilt mehreren Personen gemeinschaftlich zusteht.“ Dann soll „Gemeinschaft nach Bruchtheilen“ angenommen werden, sofern nicht aus dem Gesetz ein Anderes sich ergibt (§ 762 Abs. 1). Für derartige Ausnahmeverhältnisse, die er nur bei der ehelichen Gütergemeinschaft und bei einer dem Recht der offenen Handelsgesellschaft unterstellten Erwerbsgesellschaft anerkennt, stellt der Entwurf allgemeine Regeln nicht auf, ordnet vielmehr ausschließlich die „Gemeinschaft nach Bruchtheilen“ (§ 762 Abs. 2).

Diese gestaltet er nach dem Vorbilde der römischen *communio*. Er spricht daher jedem Theilhaber einen gefonderten und zwar im Zweifel gleichen „Antheil an dem gemeinschaftlichen Gegenstande“ als frei verfügbares Individualrecht zu (§ 763 Satz 1 und § 764) und verknüpft mit diesem Antheil das Recht auf den Gebrauch des Gegenstandes innerhalb der durch das Mitgebrauchsrecht der übrigen Theilhaber gezogenen Schranken und einen Anspruch auf einen verhältnißmäßigen Bruchtheil von den Früchten (§ 765 Abs. 2). Dagegen gewährt er die Befugniß zu einer Verfügung über den gemeinschaftlichen Gegenstand im Ganzen und ebenso zu einer „thatsächlichen Veränderung“ desselben „nur allen Theilhabern gemeinschaftlich“ (§ 763 Satz 2 und 3). Auch die Verwaltung soll nur allen Theilhabern gemeinschaftlich zustehen (§ 765 Abs. 2); es soll jedoch mit Stimmenmehrheit nach Antheilen eine der „Sorgfalt eines ordentlichen Hausvaters“ entsprechende Verwaltung und Benutzung insoweit beschlossen werden können, als dadurch nicht der Anspruch eines Theilhabers auf den ihm gebührenden Antheil an den Nutzungen verletzt wird (§ 765

Abf. 3). Die auf dem gemeinschaftlichen Gegenstande ruhenden Lasten und die Kosten der Erhaltung, Verwaltung und Benutzung desselben soll jeder Theilhaber nach Verhältniß seines Antheils zu tragen und einem Theilhaber, der sie berichtigt hat, zu ersetzen verpflichtet sein; überdies wird ihm eine besondere Pflicht auferlegt, „zu einer behufs Erhaltung des Gegenstandes erforderlichen Maßregel im Voraus seine Einwilligung zu erteilen“ (§ 766). Eine Verwirkung des Antheiles durch Nichterfüllung der Beitragspflicht ist dem Entwurf unbekannt. Ebenowenig hat er die vom französischen Recht (Code civ. art. 656) gewährte Befugniß, sich durch Verzicht auf den Antheil von der Beitragspflicht zu befreien, aufgenommen. Die Bestimmungen des preussischen Landrechts (I, 17 § 66), nach denen die übrigen Theilhaber jede Veräußerung eines Antheils durch sofortigen Antrag auf Theilung verhindern und einer ihnen erweislich nachtheiligen Veräußerung widersprechen können, sind verworfen. Von einem gesetzlichen Näherrecht oder Vorkaufsrecht unter den Gemeinern ist nicht die Rede. Auch ein Anwachsungsrecht unter den Theilhabern besteht nicht.

Halten wir hier zunächst inne, so mögen diese Bestimmungen insoweit, als sie die innere Seite der Gemeinschaft betreffen, allenfalls ausreichen. Sie huldigen freilich in stärkerem Maße als die meisten modernen Gesetzbücher dem individualistischen Prinzip. Immerhin stellen sie durch die Einführung des Mehrheitsbeschlusses und des Zwanges zur Einwilligung in Erhaltungsmaßregeln das erforderliche Mindestmaß von einheitlicher Willensorganisation unter Gemeinern her, ohne das Sonderrecht des einzelnen Theilhabers zu gefährden. Bedarf es einer stärkeren Unterwerfung der Einzelnen unter den Gemeinwillen oder den Willen eines Gemeinschaftshauptes, so bleibt die vertragmäßige Abänderung der gesetzlichen Regeln offen. Auf demselben Wege kann umgekehrt eine bestimmte Verwaltungs- oder Benutzungsordnung gegen Mehrheitsbeschlüsse gesichert werden. Der Mangel jedes gesetzlichen Schutzes der übrigen Theilhaber gegen die Veräußerung eines Antheiles an Fremde ist höchst bedauerlich. Doch kann auch in dieser Richtung, soweit die Kraft des Vertrages reicht, Abhülfe geschaffen werden.

Ganz anders liegt die Sache nach außen. Zunächst entbehrt die Gemeinschaft Dritten gegenüber jeglicher Organisation: es sind immer nur hinsichtlich jedes Antheiles der einzelne Theilhaber für sich und hinsichtlich des Ganzen die Theilhaber als Summe von Individuen zu gerichtlichem oder außergerichtlichem Handeln berufen, während mindestens in Rechtsstreitigkeiten, welche nur die Sicherung, Feststellung oder Erhaltung des gemeinschaftlichen Rechtes betreffen, jeder Theilhaber zur gerichtlichen Vertretung der Gemeinschaft

ermächtigt werden müßte.<sup>61)</sup> Vor Allem jedoch werden die Bestimmungen des Entwurfes dadurch unerträglich, daß jede vertragsmäßige Abänderung derselben Dritten gegenüber unwirksam ist. Somit kann durch Vereinbarung keine Gemeinschaft begründet werden, die in irgend einem Punkte über die individualistische Schablone des Entwurfes hinausreicht. Die Gemeiner entbehren nicht nur jedes gesetzlichen Schutzes gegen Verfügungen eines Theilhabers über seinen Antheil, sondern sie haben auch kein Mittel, durch besondere Festsetzungen die Freiheit der Verfügungsmacht des Einzelnen einzuschränken. Jede derartige Abmachung entbehrt der dinglichen Wirkung. Der einzelne Theilhaber kann stets durch Rechtsgeschäft seinen bisherigen Genossen einen anderen Genossen aufzwingen. Er kann auch seinen Antheil beliebig zerplittern und eine entsprechende Anzahl neuer Theilhaber in die Gemeinschaft hineinsetzen. Der Gläubiger eines Theilhabers kann im Wege der Pfändung des Antheils in die Gemeinschaft eindringen. Alle solche Sondernachfolger sind dann durch die in der Gemeinschaft hergebrachte oder vereinbarte Ordnung in keiner Weise gebunden und brauchen sich auch um einen früher gültig gefaßten Mehrheitsbeschluß nicht zu kümmern! Auch die Ausbedingung gegenseitiger Vorkaufsrechte an den Antheilen gewährt hiergegen regelmäßig keinen Schutz. Nur bei dem Miteigenthum an einem Grundstücke können wenigstens in gewissem Umfange derartige Vorkaufsrechte, falls das Landesrecht nicht das Gegentheil bestimmt, durch Eintragung verdinglicht werden (Motive III S. 454).

Der Entwurf geht hierbei von dem Gedanken aus, daß in dem von ihm beherrschten Bereiche Jedermann, der mit einem Anderen in Verkehr tritt, ein glatt begrenztes und offen daliegendes Individualvermögen vorfinden muß. Besteht daher eine Gemeinschaft, so soll aus ihr nothwendig ein frei veräußerlicher und pfändbarer Antheil jedes Theilhabers herauspringen. Die obligationenrechtliche Bindung der Antheile läßt sich freilich nicht verhindern: für Dritte aber ist eine derartige Gebundenheit nicht vorhanden. Der Entwurf bleibt hier in Einklang mit seiner grundsätzlichen Auffassung, nach welcher Obligationenrecht und Sachenrecht zwei getrennte Welten sind, von denen jene den Tummelplatz des schöpferischen Parteiwillens bildet, diese nur in engen Grenzen für die Gestaltungsfreiheit der Betheiligten Raum läßt. Es ist indeß nicht einzusehen, warum der Dritte, der an ein Gemeinschaftsverhältniß herantritt, ein angeborenes Menschenrecht darauf haben soll, von einem Gemeiner unbekümmert um die innere

<sup>61)</sup> Dies verlangt auch Hartmann, Gutachten aus dem Anwaltstande S. 343—344.

Gestaltung der Gemeinschaft dessen Antheil rechtsgeschäftlich zu erwerben und hiermit sich in die Gemeinschaft hineinzusetzen. Auch die Verkehrssicherheit fordert keineswegs eine derartige Oeffnung aller Gemeinschaftsverhältnisse. Wer einen ideellen Antheil kaufen oder als Pfand nehmen will, ist durch die Natur der Sache darauf hingewiesen, sich nach der Beschaffenheit und etwaigen rechtlichen Gebundenheit dieses Antheiles zu erkundigen. Der Theilhaber kann ihm eben nicht mehr Recht übertragen, als er selbst hat. Auch der Pfändung eines Gläubigers unterliegt an sich das Antheilsrecht des Einzelnen nur insoweit, als es eben Sonderrecht ist. Erwirkt der Gläubiger die Zwangsvollstreckung in den Antheil seines Schuldners, so mag er bei der Geltendmachung des seinem Schuldner zustehenden Anspruches auf Auseinandersetzung von etwaigen Beschränkungen dieses Anspruches entbunden werden. Mehr kann er unter keinen Umständen verlangen! Mit dieser Maßgabe könnte daher die innere Ordnung einer Gemeinschaft zugleich mit Wirksamkeit nach außen bekleidet werden. Will man aber den Typus der römischen *communio* rein und unverfälscht bewahren, so stelle man ihm als ebenbürtiges Rechtsinstitut, das in den kraft Gesetz oder Gewohnheit dahin gehörigen Fällen von Rechtswegen und im Uebrigen kraft Vereinbarung eintritt, die deutschrechtliche Gemeinschaft zur gesammten Hand zur Seite.<sup>62)</sup> Ein Gesetzbuch, das deutsch sein will, darf den deutschen Gemeinschaftsgedanken nicht ausweisen: es muß ihn in seinen längst nicht abgestorbenen Resten pflegen und für seine Wiederbelebung freie Bahn schaffen. Wie die Grundzüge dieser Gemeinschaft im Einzelnen festzusetzen sind, ist hier nicht zu erörtern. Den Ausgangspunkt muß jedenfalls die Verneinung gesonderter und frei verfügbarer Antheile während des Bestandes der Gemeinschaft bilden.

Hiermit würde von selbst die in den „Allgemeinen Vorschriften über Rechte an Grundstücken“ enthaltene gewaltthätige Vorschrift des § 827 wegfallen, wonach stets, wenn ein Recht „als mehreren Personen gemeinschaftlich und ungetheilt zustehend“ in das Grundbuch eingetragen ist, mangels eines gegentheiligen Vermerkes eine Gemeinschaft nach Bruchtheilen sowie Gleichheit der Antheile als eingetragen angesehen werden soll. Die handgreifliche Ungehörigkeit dieser Fiktion habe ich schon an anderer Stelle dargethan.<sup>63)</sup>

Der Schwerpunkt des von der „Gemeinschaft“ handelnden Titels ruht in den Bestimmungen über Aufhebung der Gemeinschaft. Wie die Motive bestätigen, huldigt der Entwurf der Anschauung, daß „die

<sup>62)</sup> Vgl. auch Sohm, die deutsche Genossenschaft S. 42.

<sup>63)</sup> Der Entwurf und das deutsche Recht S. 312—313.

Theilung etwas in der Natur des Verhältnisses Gegebenes ist und im Entwicklungsgange der Gemeinschaft von selbst liegt“ (II S. 878). Hier wie überall steht er unter dem Banne des romanistischen Individualismus, der zur Rechtfertigung des auf Auflösung aller Gemeinschaften gerichteten Strebens das Sprüchwort „*communio materiarum*“ gebildet hat. Somit wird, von geringfügigen gesetzlichen Ausnahmen abgesehen, jedem Theilhaber ein in jedem Augenblick neu entstehender und deshalb unverjährender „Anspruch“ auf Aufhebung der Gemeinschaft zugesprochen (§ 767 Abs. 1 und § 768). Gewohnheit oder Herkommen scheinen hiergegen nichts ausrichten zu können. Dagegen kann durch Rechtsgeschäft der Theilungsanspruch freilich ausgeschlossen oder beschränkt werden. Allein jede derartige Vereinbarung unterliegt gesetzlichen Einengungen (§ 767 Abs. 2—3), welche bei erblasserischen Anordnungen entsprechende Anwendung finden (§ 2153). Zunächst soll mit Ablauf von 30 Jahren jede auf einen längeren Zeitraum getroffene Festsetzung außer Kraft treten. Sodann soll jedes Theilungsverbot, falls nicht das Gegentheil ausdrücklich bestimmt ist, mit dem Tode eines Theilhabers erlöschen. Weiter soll im Falle der Konkursöffnung über das Vermögen eines Theilhabers der Konkursverwalter an die Theilungsbeschränkung nicht gebunden sein. Endlich aber versteht es sich nach dem System des Entwurfes von selbst, daß jede rechtsgeschäftliche Erschwerung der Theilung nur obligationenrechtlich wirkt, dagegen den Sondernachfolger eines Theilhabers nicht bindet, so daß der Theilhaber, der sich des Anspruchs auf Theilung begeben hat oder vom Erblasser desselben beraubt ist, gleichwohl in jedem Augenblick durch die Veräußerung seines Antheils, die ja die übrigen Theilhaber nicht hindern können, die Aufhebung der Gemeinschaft herbeizuführen vermag. In letztgedachter Hinsicht ist wiederum nur bei dem Miteigenthum an einem Grundstück eine Abhülfe möglich, indem hier „der Antheil eines Miteigenthümers zu Gunsten des jeweiligen Eigenthümers eines anderen Antheiles in der Weise belastet werden kann, daß das Recht, die Aufhebung der Gemeinschaft zu verlangen, ausgeschlossen wird“; doch bleiben auch hier die in § 767 Abs. 2 und 3 gezogenen Schranken unüberschreitbar (§ 949).

Alle diese Bestimmungen unterliegen insoweit, als sie die Gebundenheit eines Antheiles Dritten gegenüber für nicht vorhanden erklären, den schon oben ausgeführten Bedenken. Was aber das Verhältniß unter den Theilhabern selbst betrifft, so ist die Beschränkung der Wirksamkeit jedes Theilungsverbotes auf den Zeitraum von 30 Jahren eine doktrinaire und unpraktische Maßregel. Will man den Einzelnen unbedingt vor dem Druck durch Gemeinschaftsfesseln schützen, so muß man die zeitliche Grenze viel enger abstecken, wie sie ja im

französischen Recht auf fünf Jahre bemessen ist. In Wahrheit aber liegt kein Grund vor, der Begründung immerwährender Gemeinschaften schlechthin entgegenzutreten. Es genügt, wenn dem einzelnen Theilhaber das Recht gewährt wird, stets aus wichtigen Gründen die Aufhebung vor der Zeit zu verlangen. Eine derartige Bestimmung wäre der mechanischen Regel des Entwurfes, die ein Menschenalter hindurch den Einzelnen und nach dessen Ablauf die Gemeinschaft schußlos läßt, weit vorzuziehen.

Hinsichtlich des Verfahrens behufs Aufhebung einer Gemeinschaft beseitigt der Entwurf die gemeinrechtliche Adjunktionsbefugniß des Richters und das konstitutive Theilungsurtheil. Kommt also kein Theilungsvertrag zu Stande,<sup>64)</sup> so muß der Theilungskläger zugleich die Theilungsart bezeichnen und der Richter hat nur über die Begründetheit oder Unbegründetheit der gestellten Parteianträge zu erkennen. Die Theilungsart ist durch das Gesetz selbst bestimmt. Doch hat natürlich diese Bestimmung nicht in der Weise getroffen werden können, daß sie jeden Zweifel im Einzelfalle ausschöpfe und somit den Theilungskläger der Gefahr überhöhe, wegen der Wahl einer nach der Ansicht des Richters ungesetlichen Theilungsart abgewiesen zu werden. Die Theilung soll in Natur erfolgen, „sofern der gemeinschaftliche Gegenstand sich ohne Verminderung seines Werthes in so viele gleichartige Theile zerlegen läßt, daß jeder Theilhaber einem seinem Antheile nach Größe und Werth entsprechenden Antheil erhalten kann“ (§ 769 Abs. 1).<sup>65)</sup> Ob hiernach die Naturaltheilung eines Grundstückes verlangt werden kann, wird in vielen Fällen zweifelhaft bleiben. Regelmäßig würde wohl gegen die Zerstückelung entschieden werden müssen. Wenn aber die Zerstückelung den Werth erhöht, so ist die Frage, ob trotzdem die Naturaltheilung ausgeschlossen ist, weil sich keine „gleichartigen“ Theile bilden lassen, kaum eindeutig zu lösen. Ist eine derartige Theilung in Natur nicht möglich, so soll die Aufhebung der Gemeinschaft durch öffentlichen Verkauf des gemeinschaftlichen Gegenstandes und Theilung des Erlöses erfolgen (§ 769 Abs. 2). Doch soll der Verkauf einer ungetheilten Forderung nur

<sup>64)</sup> Hartmann a. a. O. S. 347—349 vermißt Vorschriften über die Anfechtung von Theilungsverträgen und schlägt S. 352 einen Zusatzparagraphen vor.

<sup>65)</sup> Der von Hartmann a. a. O. S. 347 als überflüssig bezeichnete Zusatz, daß diese Bestimmung entsprechende Anwendung finden soll, „wenn mehrere gleichartige und gleichwerthige Gegenstände gemeinschaftlich sind“, ist bei der atomistischen Auffassung des Entwurfes unentbehrlich, weil ja ihr zufolge eigentlich so viele besondere „Gemeinschaften“ vorliegen, als „Gegenstände“ vorhanden sind.

stattfinden, wenn dieselbe noch nicht geltend gemacht werden kann; im Uebrigen ist die Forderung gemeinschaftlich einzuziehen und der Gegenstand der Leistung je nach seiner Beschaffenheit in Natur zu theilen oder behufs Theilung des Erlöses zu verkaufen (§ 769 Abs. 3). Wenn die Veräußerung eines in Natur nicht theilbaren Gegenstandes an Dritte unstatthaft ist, soll derselbe unter den Theilhabern versteigert werden (§ 769 Abs. 4). Somit wird der Verkauf an den Meistbietenden zur normalen und neben der Naturaltheilung allein gerichtlich durchsetzbaren Theilungsart erhoben. Dies entspricht dem kapitalistischen Geiste des Entwurfes. Dem wirklichen Bedürfniß aber wird damit in keiner Weise Genüge geleistet. Daß auf den Antrag eines Miterben das Familiengrundstück unweigerlich im Wege der Zwangsvollstreckung verkauft werden muß, ist ein mit einer wahrhaft sozialen Rechtsordnung unvereinbarer Rechtsatz. Noch unangemessener ist das Ergebnis bei gemeinschaftlichen Urheberrechten oder Erfinderrechten, bei denen die Auseinandersetzung im Wege der Zwangsveräußerung fast niemals den wirklichen Interessen der Beteiligten entsprechen wird. Gemeinschaftliche Gebrauchs- oder Nutzungsrechte lassen sich oft überhaupt nicht oder nur mit den größten Nachtheilen an Fremde verkaufen. Auch die Versteigerung unter den Theilhabern wird keineswegs in allen Fällen, in denen die Veräußerung an Dritte unthunlich ist, als billig erscheinen. Oft wird die Uebereignung an einen vorzugsweise dazu berufenen Theilhaber unter Entschädigung oder auch unter Vorbehalt von Anrechten der übrigen Theilhaber, oft vielleicht eine irgendwie geregelte Nutzungs- oder Gebrauchstheilung sich als beste Lösung darstellen. Handelt es sich um Gegenstände ohne Vermögenswerth, wie z. B. um Familienandenken oder um Antheilsrechte an gemeinnützigen Unternehmungen, so ist es unbillig, daß sie der Meistbietende davontragen, derjenige aber, der vielleicht allein ein berechtigtes Interesse an ihnen hat, nur gegen schwere Opfer erlangen soll. Auch ist es keineswegs angemessen, wenn der Entwurf jede Möglichkeit abschneidet, bei einer größeren Zahl von Theilhabern den eigensinnigen Widerstand eines einzelnen Theilhabers gegen den überwiegenden Mehrheitsbeschluß bezüglich der Theilungsart zu brechen. Eine schablonenhafte gesetzliche Regel, welche den Reichthum der vielgestaltigen Lebensverhältnisse niemals im Voraus erschöpfen kann, wird eben stets zur Gewaltthätigkeit führen. Somit ist gerade hier eine größere Freiheit des richterlichen Ermessens durchaus nothwendig. Was die Motive dagegen beibringen, das würde, wenn es begründet wäre, gegen jedes richterliche arbitrium sprechen. Die angeblichen „prozessualen“ Schwierigkeiten sind nichts als doktrinäre Ausflüsse selbstgeschaffener Dogmen. Ausschlaggebend scheint für den Entwurf



allein die Tendenz gewesen zu sein, die „Ansprüche“ aus der Gemeinschaft auch bezüglich der Geltendmachung auf das Niveau der gewöhnlichen Obligation herabzudrücken. Das Gesetz müßte aber vielmehr umgekehrt mit der Eigenart der Gemeinschaft rechnen und deshalb den Richter ernächtigen, statt der Naturaltheilung oder des Verkaufes irgend eine andere Theilungsart nach freiem Ermessen anzuordnen, falls dieselbe den Umständen des Falles besser entspricht.<sup>66)</sup>

Der in der bloßen Gemeinschaft wurzelnde Anspruch auf „Aufhebung“ soll nach dem Entwurf einen Anspruch auf vollständige Auseinandersetzung wegen der gegenseitigen Forderungen aus der Gemeinschaft nicht enthalten (Motive II S. 879). Doch wird jedem Theilhaber ein Anspruch auf Berichtigung einer aus der Gemeinschaft herrührenden Forderung aus dem Antheile des schuldenden Theilhabers bei Aufhebung der Gemeinschaft gewährt (§ 770). Wieder aber wird in folgerichtiger Durchführung der einmal angenommenen Grundanschauung dieser Anspruch als eine rein persönliche Forderung behandelt, so daß er gegen den Sondernachfolger des Theilhabers versagt und somit durch die Veräußerung des Antheils jederzeit zu vereiteln ist (Motive a. a. O. S. 886). Die Unbilligkeit einer solchen Ordnung liegt auf der Hand.<sup>67)</sup> Es ist geradezu erstaunlich, mit welchem doktrinären Radikalismus der Entwurf in derartigen Einzelheiten dem Rechtsgefühl ins Gesicht schlägt! Soweit der gemeinschaftliche Gegenstand oder ein Theil desselben einem Theilhaber zugetheilt wird, hat jeder der übrigen Theilhaber für seinen früheren Antheil nach Maßgabe der bei Veräußerungsverträgen geltenden Regeln Gewähr zu leisten (§ 771).

Statt des Anspruches auf Aufhebung der Gemeinschaft gewährt der Entwurf, solange dieser Anspruch rechtlich ausgeschlossen oder thatsächlich undurchführbar ist, jedem Theilhaber einen Anspruch, die richterliche Anordnung einer dem Interesse aller Theilhaber entsprechenden Art der Verwaltung herbeizuführen (§ 772). Dieser Anspruch soll auch begründet sein, wenn ein versuchter Verkauf erfolglos geblieben ist; doch kann in einem solchen Falle jeder Theilhaber stets die Wiederholung des Versuches verlangen und muß dann nur die Kosten neuer erfolgloser Versuche tragen. Das Interesse des Umsatzes in baare Münze geht also jedem anderen Interesse vor! Mögen die Chancen eines Verkaufes im Augenblick noch so ungünstig

<sup>66)</sup> So auch Hartmann S. 344—347 und 351 mit unanfechtbarer Begründung.

<sup>67)</sup> Vgl. auch Hartmann S. 349—350, der mit Recht darauf hinweist, daß nach gemeinem Recht der Umfang des *judicium communi dividundo*, nach

liegen: besteht ein Theilhaber auf der Verfilberung, so muß sie erfolgen, wenn sie nur überhaupt möglich ist. So kann denn auch ein eigennützigter Theilhaber, der über baare Mittel verfügt, seine mittellosen Genossen jederzeit auskaufen und beispielsweise in Kriegszeiten das augenblicklich entwerthete gemeinschaftliche Grundstück oder während einer industriellen Krisis das gemeinschaftliche Patentrecht um einen Spottpreis an sich bringen. Solche Möglichkeiten darf ein gerechtes Gesetzbuch nicht fördern. Es muß vielmehr den Richter ermächtigen, in derartigen Fällen den Anspruch auf Aufhebung der Gemeinschaft zur Zeit zurückzuweisen und eine bloße Verwaltungs- und Nutzungstheilung zu verfügen.<sup>64)</sup> Im Uebrigen ist es erfreulich, daß der Entwurf wenigstens an dieser Stelle dem „billigen Ermessen“ des Richters freieren Spielraum gewährt und hiermit zugleich eine Schutzwehr gegen den Mißbrauch der Mehrheitsbeschlüsse errichtet. Nur wird der günstige Erfolg auch hier durch den Mangel jeder richterlichen Festsetzungsmacht zum Theil wieder in Frage gestellt. Der Kläger kann nicht auf Herbeiführung einer angemessenen Verwaltungsordnung durch Urtheil klagen, sondern muß die angemessene Maßregel selbst vorschlagen und den Antrag dahin richten, die übrigen Theilhaber zur „Einwilligung“ in diese Maßregel zu verurtheilen (Motive a. a. O. S. 889). Dem beklagten Theilhaber steht es dann frei, im Wege der Widerklage eine andere Maßregel zu beantragen. Der Richter aber kann nur über die gestellten Anträge erkennen und niemals von sich aus dieselben ergänzen oder etwa vermittelnd durchgreifen. Entspricht kein Antrag seinem „billigen Ermessen“, so muß er abweisen. Die Motive trösten freilich mit der Befugniß und Pflicht des Richters, auf Verbesserung der Anträge hinzuwirken (C.P.D. § 130), und heben hervor, daß in der nachträglichen Bezeichnung einer anderen als der in der Klagschrift angegebenen Maßregel eine Klageänderung nicht zu finden sei (C.P.D. § 240). Allein wenn ganz verschiedenartige Maßregeln, wie z. B. räumliche Theilung, wechselweise Benutzung, Verpachtung oder Vermietung für gemeinschaftliche Rechnung, Ueberlassung der Nutzungen an einen Theilhaber gegen Abfindung der übrigen u. s. w., zur Auswahl stehen, so dürfte die Möglichkeit einer Abhülfe auf diesem Wege erheblichen Zweifeln unterliegen. Jedenfalls ist der Richter nicht im Stande, das Angemessene festzusetzen, sobald die Parteien auf Anträgen beharren, von denen keiner die rechte Mitte trifft. Und zuletzt sind es doch rein doktrinäre Gründe, aus denen dieser Formalismus durchgeführt wird!

preussischem Recht das Vorkaufsrecht der Gemeiner vor solchen Folgen schützt. Ferner Diez, zur Lehre vom Miteigenthum u. s. w. S. 58—59.

<sup>64)</sup> So auch Hartmann S. 350—351.

Am Schluß des Titels über „Gemeinschaft“ bestimmt der Entwurf, daß die Vorschriften desselben auf die aus einem Gesellschaftsverhältniß entspringende Gemeinschaft nur mit Vorbehalt der in dem Titel über „Gesellschaft“ getroffenen abweichenden Bestimmungen Anwendung finden (§ 773). Davon unten. —

Das so gestaltete allgemeine Gemeinschaftsrecht bildet die Grundlage, auf welcher die Rechtsätze des Entwurfes über besondere Fälle der Rechtsgemeinschaft beruhen. Doch treten in einigen Punkten Ergänzungen und Abänderungen hinzu.

Zunächst wird der gemeinschaftliche Besitz trotz der Zweifel, ob der Besitz als „Recht“ oder nur als „Thatfache“ zu gelten hat, den Vorschriften über „Gemeinschaft“, die gerade deshalb vorsichtigerweise immer nur von einem gemeinschaftlichen „Gegenstande“ reden (Motive II S. 874), mitunterworfen. Da der Entwurf als „Besitz“ nur den Eigenthumsbesitz an körperlichen Sachen anerkennt,<sup>69)</sup> erklärt er einen Mitbesitz nur insoweit für möglich, als er Miteigenthum zuläßt (§ 799). Regelmäßig soll es daher nur einen Mitbesitz nach Bruchtheilen geben können, bei welchem ein bestimmtes Antheilsvverhältniß objectiv feststeht, wenn es auch nicht immer in das Bewußtsein der Mitbesitzer getreten zu sein braucht (Motive III S. 85). Ausnahmsweise bleibt ein dem „anormalen Miteigenthum“ entsprechender Mitbesitz ohne gesonderte Besitzquoten denkbar. Dagegen wird eine Mitinhabung in weiterem Umfange zugelassen; sie kann sich in dem gemeinschaftlichen Gebrauch einer Sache ohne einen auf einen Bruchtheil gerichteten animus domini darstellen und ist, da es „Inhabung“ an Sachtheilen giebt (§ 816), auch an einem Sachtheil, einer Wohnung, einem Wirthschaftsraum u. s. w., möglich. Eine durchaus unangemessene Bestimmung trifft der Entwurf in § 817 hinsichtlich des possessoriischen Schutzes der Theilhaberschaft an einer gemeinschaftlichen Inhabung. Denn indem er hier „Handlungen eines Theilhabers, welche über die in § 775 bezeichnete Gebrauchsbesugniß hinausgehen oder einen anderen Theilhaber in dieser Gebrauchsbesugniß hindern“, für „verbotene Eigenmacht“ erklärt, trägt er das petitorium in das possessorium hinein.<sup>70)</sup> Offenbar kann doch nur der bisherige Besitzstand entscheiden. Wenn eine andere als die in § 765 vorgesehene Gebrauchsordnung seit Jahren beobachtet ist, so kann unmöglich der Theilhaber, welcher in der hergebrachten Gebrauchsart

<sup>69)</sup> Ueber die verfehlte Besitzlehre des Entwurfes vgl. meine Schrift über den Entwurf und das deutsche Recht S. 294 ff.

<sup>70)</sup> Vgl. auch Wendt, Archiv für civ. Praxis Bd. 74 S. 167—168, Meas., Gutachten aus dem Anwaltsstande S. 807—809.

fortfährt, eines Tages von den übrigen Theilhabern als Besitzstörer behandelt werden dürfen.

Einen eigenen Titel (B. III Abschn. 4 Tit. 5) widmet der Entwurf dem Miteigenthum. Von den gesetzlichen Ausnahmefällen abgesehen, erkennt er nur ein Miteigenthum „nach Bruchtheilen“ als möglich an, für welches neben den Regeln über „Gemeinschaft“ einige besondere sachenrechtliche Sätze gelten sollen (§ 946). Seinem individualistischen Grundprinzip bleibt er hier durchweg treu. Er geht daher von der Vorstellung aus, daß jeder Miteigenthumsantheil ein selbständiges und volles „Eigenthum“ ist und an sich genau wie das Alleineigenthum an einer körperlichen Sache behandelt werden kann und muß.<sup>71)</sup> Ausdrücklich läßt er die Begründung eines begrenzten dinglichen Rechtes an der ganzen Sache für einen Miteigenthümer zu (§ 947); daß auch im Falle nachträglicher Vereinigung eines begrenzten Rechtes an der Sache mit einem Miteigenthumsantheil das erstere fortbestehen soll, ergiebt sich für Rechte an Grundstücken aus der allgemeinen Vorschrift des § 835 und insbesondere für Hypotheken und Grundschulden aus den Sätzen über die Eigenthümerhypothek (§§ 1097—1100); für den Nießbrauch und das Pfandrecht an beweglichen Sachen scheint aus den §§ 1016 Abs. 1 und 1093 das Gegentheil zu folgen, die Motive meinen aber, es werde trotzdem „der Fortbestand des begrenzten Rechtes des nunmehrigen Miteigenthümers an den Quoten der Genossen nicht bestritten werden können“ (III S. 439).<sup>72)</sup> Die Uebertragung und Belastung des Eigenthumsantheiles soll sich nach den für das Eigenthum an der ganzen Sache

<sup>71)</sup> Eine scharfe und in der Hauptsache berechtigte Kritik an der auf diesen Gedanken gebauten Miteigenthumslehre des Entwurfes übt G. Diez, zur Lehre vom Miteigenthum nach römischem Recht und nach dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches u. s. w., Leipzig 1888, S. 52—66. Diez zeigt namentlich die Widersprüche auf, in die der Entwurf sich bei der Undurchführbarkeit seiner Grundauffassung verwickelt. Wenn aber Diez dafür eine Konstruktion verlangt, nach welcher dem einzelnen Miteigenthümer überhaupt kein dingliches Recht, sondern nur ein „persönlicher vermögensrechtlicher Anspruch“ gegen die zur Personeneinheit zusammengefaßte Summe der Miteigenthümer zusteht, während das eine und untheilbare Eigenthum mit jener Personeneinheit verknüpft ist, so verfällt er in das entgegengesetzte Extrem. Am wenigsten ist ihm der S. 1—52 versuchte Nachweis gelungen, daß dieses angeblich allein mögliche Prinzip das Prinzip des römischen Rechtes sei. Näher steht einer derartigen Auffassung die „gesamte Hand“ des deutschen Rechts, welche indeß den dinglichen Charakter der Sonderrechte keinesweges ausrätigt.

<sup>72)</sup> Auffällig ist der Mangel scharfer Unterscheidung zwischen besonderen dinglichen Rechten des Miteigenthümers an der ganzen Sache und an den Theilen der Genossen; vgl. Diez a. a. O. S. 64—65.

geltenden Vorschriften richten (§ 948).<sup>73)</sup> Doch wird hinsichtlich der Belastung dieser Satz durch besondere Vorschriften bei den einzelnen dinglichen Rechten wesentlich eingeschränkt. Denn ausdrücklich wird die Belastung irgend eines Sachbruchtheils und somit auch des Miteigenthumsantheiles mit einem Erbbaurecht (§ 961 Abs. 2), einer Grunddienstbarkeit (§ 968), einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit (§ 1045) oder einer Reallast (§ 1053) ausgeschlossen. Somit kann auch ein Miteigenthumsantheil nicht mit einer dinglichen Rente beschwert werden, — ein Verbot, für das ein vernünftiger Grund nicht ersichtlich ist. Zulässig bleibt die Belastung eines Eigenthumsantheils mit einem Nießbrauch (§ 981), mit einer Hypothek oder Grundschuld (§ 1063), mit einem Faustpfandrecht (§ 1146) und bei Grundstücken auch mit einem Vorkaufsrecht (§ 953). Durch die letztgedachte Bestimmung wird, wie schon erwähnt ist, bei einem Miteigenthum an einem Grundstück auch die Verdinglichung eines gewillfürten gegenseitigen Vorkaufsrechtes unter den Theilhabern ermöglicht. Jedes gesetzliche Näherrecht oder Vorkaufsrecht unter Miteigenthümern wird dagegen verworfen. Dem Antheilsrecht entspringt mit Rechtsnothwendigkeit ein dinglicher Theilungsanspruch, der in jedem Augenblick neu entsteht und von dem Einzelnachfolger eines Miteigenthümers ohne Rücksicht auf entgegenstehende Abreden geltend gemacht werden kann. Die rechtsgeschäftliche Einschränkung des Theilungsanspruches ist auch hier nur innerhalb der bei jeder Gemeinschaft gezogenen Schranken statthaft und entbehrt der dinglichen Wirksamkeit. Daß ausnahmsweise bei dem Miteigenthum an Grundstücken eine Verdinglichung des Theilungsauschnittes zugelassen wird, haben wir schon erwähnt. Doch muß zur Kennzeichnung des Geistes dieses Gesetzbuches noch auf die verkünstelte Konstruktion hingewiesen werden, welche in § 949 erzwungen wird, um dieses Zugeständniß an den Gemeinschaftsgedanken mit dem Dogma der getrennten und vollen Eigenthume in Einklang zu halten. Damit nur ja nicht die Vorstellung eines durch Gemeinschaftsrecht gebundenen Sonderantheiles auskomme, müssen die Eigenthumsantheile als solche voll entfaltet und dann erst hinterher durch selbständige, servitutenähnliche Rechte beschränkt werden. Es muß also „der Antheil eines Miteigenthümers zu Gunsten des jeweiligen Eigenthümers eines anderen Antheils in der Weise belastet werden, daß das Recht, die Aufhebung der Gemeinschaft zu verlangen, ausgeschlossen wird“. Eine noch doktrinärere Blüthe treibt der Individualismus des Entwurfes in § 950, der die Vorschriften der §§ 872

<sup>73)</sup> Vgl. über diesen Satz, mit dem der Entwurf selbst nicht Ernst machen kann, Diez a. a. O. S. 54 ff.

bis 873 über „Zueignung und Aufgebot“ von Grundstücken und der §§ 903—904 über „Zueignung“ herrenloser beweglicher Sachen<sup>74)</sup> auch auf den Antheil eines Miteigenthümers anzuwenden bezieht. Somit soll das Anwachsungsrecht unter Miteigenthümern wegfallen. Verzichtet ein Miteigenthümer auf seinen Antheil, so wird derselbe herrenlos und bildet einen Gegenstand der Okkupation. Die Motive (III S. 442—443) führen zutreffend aus, daß sich mit der Auffassung jedes Miteigenthumsantheils als eines selbständigen und vollen Eigenthums das Anwachsungsrecht nicht verträgt. Folglich muß es der Rechtslogik zum Opfer fallen. Es scheint freilich unbillig, daß nun jede Zusammensetzung einer Gemeinschaft nur in der Form eines steuerpflichtigen Erwerbes von fremdem Eigenthum stattfinden kann. Die Freigabe der Okkupation „herrenloser“ Miteigenthumsantheile an zugreifende Dritte macht nahezu einen absurden Eindruck. Allein zum Mindesten ist die Gefahr abgewandt, daß mit dem Anwachsungsrecht in die Gemeinschaft des Entwurfes der unsägbar Gedanke einer wirklichen Gemeinschaft eindringe!<sup>75)</sup> Schließlich wird auch hinsichtlich des Eigenthumschutzes jeder Miteigenthumsantheil als gesondertes Eigenthum behandelt und deshalb die „entsprechende Anwendung“ sämtlicher Bestimmungen über den „Eigenthumsanspruch“ auf den „Eigenthumsanspruch des Miteigenthümers“ mit der Maßgabe angeordnet, „daß der Miteigenthümer gegen jeden Mitbesitzer sowie gegen den Besitzer und gegen den Inhaber der Sache den Anspruch auf Einräumung des Mitbesitzes hat“;<sup>76)</sup> daneben soll der einzelne Miteigenthümer nach den Regeln über die Geltendmachung einer Gesamtforderung auf eine untheilbare Leistung berechtigt sein, von einem Dritten die Herausgabe der gemeinschaftlichen Sache an alle Miteigenthümer zu fordern (§ 951).

Die Vorschriften des Entwurfes über Miteigenthum sind, da sie dem Sachenrecht angehören, dem im Sachenrecht überall durchgeführten Grundprinzip gemäß schlechthin zwingender Natur und schneiden somit jede Möglichkeit einer Abänderung durch gewillkürtes Recht ab (Motive III S. 435). Auch bei einem Miteigenthum an einem Grundstück ist jede Eintragung anderer Beschränkungen der Antheile als des Theilungsausschusses unstatthaft, so daß auch hier ein dem Typus der deutschrechtlichen Eigenthumsgemeinschaft sich annäherndes Verhältniß

<sup>74)</sup> Vgl. über diese Bestimmungen meine Schrift über den Entwurf und das deutsche Recht S. 333 ff. und 345.

<sup>75)</sup> Für das Anwachsungsrecht vgl. auch Diez a. a. O. S. 21 ff., 55 u. 62 ff.

<sup>76)</sup> Ueber die ohnehin höchst verwickelte und unglückliche Regelung des „Eigenthumsanspruches“ vgl. meine angeführte Schrift S. 348—349.

nicht mehr begründet werden kann. Doch wird durch das Einführungsgeſetz Art. 73 die Landesgeſetzgebung ermächtigt, hiervon zu Gunſten der Rettung des Geſchoßeigenthums, das in manchen deutſchen Landſchaften feſt eingebürgert iſt und ſegensreich wirkt, eine Ausnahme zu geſtatten. Das Geſchoßeigenthum iſt als das, was es wirklich iſt, mit dem künftigen deutſchen Recht unvereinbar, da ein horizontal getheiltes Eigenthum den oberſten Grundſätzen des Entwurfes widerſpricht (vgl. §§ 782—783, auch § 849). Ein Erbbaurecht an einem Stockwerk oder einzelner Belafß iſt ebenfalls verpönt (§ 961 Abſ. 2). Benutzungsrechte, welche auf einzelne Theile eines Gebäudes ſich beziehen, können in Zukunft nur als Grunddienſtbarkeiten oder beſchränkte perſönliche Dienſtbarkeiten, dagegen niemals als vererbliche und veräußerliche Berechtigungen begründet werden. Soll alſo ein „Einbruch“ in die Vorſchriften des gemeinen Rechtes vermieden und gleichwohl dem deutſchrechtlichen Inſtitut ein partikuläres Daſein geſtiftet werden, ſo muß der Vorbehalt für das Landesrecht zugleich die „Bindung an eine gewiſſe Konſtruktion“ ausſprechen, die ſich mit dem romanſtiſchen Dogma einigermaßen verträgt (Motive zum E. G. S. 198). Als eine ſolche Konſtruktion betrachtet der Entwurf die Annahme eines Miteigenthums, bei welchem die Antheile der Miteigenthümer dergeltalt belastet ſind, daß einem jeden der jeweiligen Miteigenthümer das Recht zuſteht, beſtimmte Theile des gemeinſchaftlichen Gebäudes excluſiv zu benutzen. Demgemäß ermächtigt er die Landesgeſetze, bei einem Miteigenthum an einem mit einem Gebäude verſehenen Grundſtück eine derartige Belastung der Antheile zuzulaſſen und zugleich für den Fall einer ſolchen Belastung die den Theilungsausſchluß beſchränkenden Vorſchriften des § 767 Abſ. 2—3 für unanwendbar zu erklären und das Gemeinschaftsverhältniß der Miteigenthümer näher zu beſtimmen. So zwingt er durch eine doktrinäre Gewaltthat das naturwüchſige einheimiſche Gebilde in ein fremdes Kunſtgewand, in dem es an Volksthümlichkeit einbüßen und im Wachſthum verkümmern muß.<sup>17)</sup> Vergeblich aber fragt man ſich, warum denn eine ſolche Erweiterung der ſachenrechtlichen Geſtaltungsfreiheit, wenn ſie überhaupt als zuläſſig erſcheint, auf einzelne deutſche Gaue beſchränkt bleiben ſoll. Wo Bedürfniß und Neigung fehlen, wird ja ohnehin von der Geſtattung kein Gebrauch gemacht werden. Nicht der mindeſte Grund jedoch liegt vor, die Verbreitung eines bewährten Inſtitutes über ſeinen urſprünglichen Bereich hinaus von vornherein zu verbieten. Freilich müßte nicht bloß in dieſem

<sup>17)</sup> Vgl. Kunze, Koſengenoffenſchaften und Geſchoßeigenthum S. 73 ff.; meine Schrift über den Entwurf und das deutſche Recht S. 102 und 351.

einen Ausnahmefalle, sondern im weitesten Umfange die Ausgestaltung eigenartiger sachenrechtlicher Gemeinschaften freigegeben werden! Das undeutsche Dogma des Entwurfes, daß in der Welt des Sachenrechts für schöpferische Thaten der betheiligten Volkskreise kein Raum ist, muß fallen! Es unterbindet die Lebensadern der künftigen Rechtsentwicklung und bedroht uns mit Verkücherung und Erstarrung!

Ein Miteigenthum läßt der Entwurf aus der Verbindung oder Vermischung beweglicher Sachen entstehen (§§ 891—892). Bei der Verbindung tritt das Miteigenthum ein, falls die verbundenen Sachen wesentliche Bestandtheile der durch die Verbindung entstandenen Sache geworden sind und nicht eine der verbundenen Sachen als Hauptsache erscheint. Die Vermischung erzeugt Miteigenthum, wenn eine Auscheidung der vermischten oder vermengten Sachen überhaupt nicht oder doch nur mit unverhältnißmäßigen Kosten ausführbar ist. In beiden Fällen bestimmen sich die Antheile nach Verhältniß des Werthes der einzelnen Sachen zur Zeit des Unterganges ihrer Selbständigkeit. Dingliche Rechte an den einzelnen Sachen bestehen an dem an Stelle derselben getretenen Miteigenthumsantheile fort (§ 895 Abs. 3). Vereinen sich mehrere ausgezogene Bienenschwärme verschiedener Eigenthümer zu einem Gesamtschwarme, so wird an dem eingefangenen Gesamtschwarme ein Miteigenthum nur von denjenigen Eigenthümern, welche ihre Schwärme verfolgt haben, erworben; die Antheile bestimmen sich hier nach der Zahl der verfolgten Schwärme (§ 908).

Dagegen sucht der Entwurf bei der Grenzgemeinschaft im Gegensatz zu allen bisherigen Gesetzbüchern die Annahme eines Miteigenthums nach Möglichkeit auszutilgen (Motive III S. 268, 272, 274, 277 ff.). Er hat die Entdeckung gemacht, daß die seit Jahrtausenden hergebrachte Vorstellung einer Eigenthumsgemeinschaft an Grenzstücken mit einer geläuterten Rechtslogik unvereinbar ist. So säumt er denn nicht, diese irrationellen Gemeinschaftsobjekte, welche sich als „dritte Grundstücke“ zwischen das Sondereigenthum schieben, endlich aufzuthelen. In Zukunft giebt es stets eine objektiv sichere und nur vielleicht subjektiv ungewisse Grenzlinie, welche die Grundstücke nebst allen ihren Bestandtheilen haarscharf durchschneidet und sondert. Um dieses Dogma mit dem Leben zu versöhnen, wird zunächst im Falle der Grenzverwirrung, sofern die richtige Grenze nicht erwiesen wird, eine Fiktion aufgestellt, nach welcher eine dem Besitzstand entsprechende Linie und bei Unerweislichkeit eines Besitzstandes eine den streitigen Flächenabschnitt in gleich große Stücke theilende Linie als „die richtige Grenze“ gilt (§ 852). Sodann soll bei Grenz-einrichtungen (Mainen, Grenzgestellen im Walde, Winkeln, Zwischen-



räumen, Mauern, Gräben, Hecken, Planken, Zäunen u. s. w.) eine Vermuthung Platz greifen, daß die dem Eigenthum nach körperlich getheilte Einrichtung „in Ansehung der Benutzung zu beiden Grundstücken gehöre“; jeder Nachbar soll daher eine solche Einrichtung ohne Beeinträchtigung der Mitbenutzung des anderen Nachbarn zweckentsprechend benutzen dürfen, jedoch auch die Hälfte der Unterhaltungskosten tragen; die Beseitigung oder Aenderung der Einrichtung soll, so lange ein Nachbar ein Interesse am Fortbestande hat, nur mit dessen Zustimmung erfolgen; im Uebrigen sollen die Vorschriften über „Gemeinschaft“ Anwendung finden (§ 854). Endlich sollen von einem Grenzbaume, obwohl das Eigenthum an demselben körperlich getheilt ist, doch die Früchte den Nachbarn „gemeinschaftlich zu gleichen Theilen“ gebühren; auch soll der Baum nach der Trennung vom Boden in das Miteigenthum der Nachbarn zu gleichen Theilen fallen. Um dieses Miteigenthum herzustellen, kann der eine Nachbar vom anderen die Beseitigung des Baumes auf gemeinschaftliche Kosten verlangen; doch kann der Nachbar, gegen welchen der „Anspruch“ auf Beseitigung geltend gemacht wird, durch Verzicht auf sein Miteigenthum sich dem Kostenbeitrage entziehen; in diesem Falle entsteht mit der Trennung Alleineigenthum des anderen Nachbarn am Baume, so daß also nicht, wie dies dem System des Entwurfes entsprechen würde, die ideelle Hälfte des Baumes herrenlos wird, sondern Anwachsung eintritt (§ 855). Mit solcher Gewissenhaftigkeit führt der Entwurf die Tendenz, den Gemeinschaftsgedanken auf ein möglichst geringes Feld einzuengen, bis ins Kleinste durch! Wir aber meinen, daß diese verknüpfsten und verwickelsten Konstruktionen einfacher Verhältnisse Ausgebirten einer dem Leben abgewandten Begriffsjurisprudenz sind, aus welcher nimmermehr ein gesundes und volksthümlisches Recht entspringen kann.<sup>78)</sup>

Nach der Analogie des Miteigenthums gestalten sich Gemeinschaftsverhältnisse in Ansehung begrenzter dinglicher Rechte, so daß auch hier die Mitberechtigung nach Bruchtheilen als Regel gilt. Für die Rechte an Grundstücken wird dies durch die schon besprochene Vorschrift des § 827, die bei jedem für mehrere Personen eingetragenen Recht eine Vermuthung für Bruchtheile aufstellt, außer Zweifel gesetzt. Hiernach ist ein gemeinschaftliches Vorkaufsrecht an einem Grundstück als ein Vorkaufsrecht nach Bruchtheilen aufzufassen; da es aber ein Vorkaufsrecht an dem Bruchtheil eines nicht in Miteigenthum stehenden Grundstücks oder an dem

<sup>78)</sup> Gebilligt wird das Verfahren des Entwurfes von Arch, Heft 14 dieser Beiträge S. 67 – 68.

Bruchtheil eines Miteigenthumsantheils nicht geben soll (§ 953), so wird die Ausübung des gemeinschaftlichen Vorkaufsrechtes doch nur gemeinschaftlich nach den für Gesamtforderungen auf untheilbare Leistungen geltenden Vorschriften (§ 339) erfolgen können. Bei einem gemeinschaftlichen Erbbaurecht schreibt der Entwurf die entsprechende Anwendung der Bestimmungen über den Eigenthumsanspruch des Miteigenthümers vor (§ 964 mit der Verweisung auf § 951).<sup>79)</sup> Gleiches geschieht bei einem gemeinschaftlichen Nießbrauch (§ 1017). Hier wird überdies angeordnet, daß die Veräußerung eines Antheils sich nach den für die Veräußerung des ganzen Nießbrauches geltenden Vorschriften richtet, von keinem Mitberechtigten aber der Verkauf des Nießbrauches als Theilungsmaßregel verlangt werden kann (§ 1012). Die besonderen Vorschriften des § 1012 sollen auch auf gemeinschaftliche beschränkte persönliche Dienstbarkeiten Anwendung finden (§ 1048). Bei gemeinschaftlichen Realkast- und Grundschuldberechtigungen kommt nach den Motiven (III S. 434) zunächst die für Forderungsrechte gegebene Regel der Theilbarkeit und nur im Uebrigen das Recht der „Gemeinschaft“ zur Anwendung. Dagegen scheidet nach der gleichzeitigen Darlegung der Motive der Fall des gemeinschaftlichen Pfandrechts aus, „dahier die mehreren Forderungsberechtigten so stehen, als wenn für einen jeden ein Pfandrecht gleichen Inhaltes zu gleichem Range begründet wäre.“ Trozdem sollen bei einem gemeinschaftlichen Faustpfandrecht die Vorschriften des § 951 über den Eigenthumsanspruch des Miteigenthümers „entsprechende Anwendung“ finden (§ 1155). Insofern ein begrenztes dingliches Recht dem jeweiligen Eigenthümer eines Grundstücks zusteht, bildet dasselbe natürlich im Falle eines Eigenthums mehrerer Personen als „Bestandtheil“ des Grundstücks (§ 788) zugleich einen Gegenstand der Eigenthumsgemeinschaft am herrschenden Grundstück. Wird durch Theilung des herrschenden Grundstücks in Natur eine Eigenthütermehrheit begründet, so muß das subjektiv dingliche Recht nunmehr als gemeinschaftliches Recht der Eigenthümer aller Theile gelten. Hiervon macht jedoch der Entwurf bei Grunddienstbarkeiten eine angemessene Ausnahme, wenn die Grunddienstbarkeit ausschließlich zum Vortheil eines bestimmten Theiles des herrschenden Grundstücks gereicht und zu einem der neu gebildeten

<sup>79)</sup> Die Bemerkung der Motive III S. 470, daß die Begründung oder Aufhebung eines Erbbaurechtes „nach Bruchtheilen“ ebenso wie bei Grunddienstbarkeiten als ausgeschlossen erscheine, beruht wohl auf einem Versehen. Sie würde nach dem System des Entwurfes jedes Miterbbaurecht abschneiden. Vgl. Arch., Heft 14 dieser Beiträge S. 62—63.

Grundstücke kein Stück dieses Theiles gehört (§ 976). Eine ähnliche Ausnahme statuirt er bei subjektiv dinglichen Reallasten (§ 1058 Abs. 2). Hier soll aber überhaupt zunächst die Bestimmung des theilenden Eigenthümers über die fernere Zugehörigkeit der Reallast zu dem einen oder anderen Theile entscheiden und in Ermangelung einer solchen Bestimmung die Reallast mit dem im Eigenthum des Theilenden verbleibenden Restgrundstück verknüpft bleiben, während nur im Falle der Unanwendbarkeit der einen wie der anderen Regel die Reallast mit allen Theilen in der Weise verbunden bleiben soll, „daß gemeinschaftliche Berechtigung nach Maßgabe der Größe der einzelnen Theile eintritt“ (§ 1058 Abs. 1).

Eigenartige gemischte sachenrechtliche Gemeinschaftsverhältnisse entstehen aus dem Zusammentreffen des Eigenthums mit begrenzten dinglichen Rechten an Bruchtheilen der Sache. Da der Entwurf zunächst an Miteigenthumsantheilen Vorkaufsrecht, Nießbrauch, Pfandrecht und Grundschuld zuläßt, so kann zu einer Eigenthumsgemeinschaft ein an einer Eigenthumsquote dinglich Berechtigter hinzutreten. Hierbei erscheint nach der Auffassung des Entwurfes nicht bloß ein Recht des Miteigenthümers, sondern die Sache selbst als Gegenstand des eingreifenden begrenzten Rechts. Nähere Bestimmungen über das so begründete Verhältniß trifft der Entwurf nur für den Antheilsnießbrauch und das Antheilsfaustpfandrecht.<sup>80)</sup> Der Antheilsnießbraucher wird zur Ausübung derjenigen in der Gemeinschaft sich gründenden Rechte des Miteigenthümers berufen, welche auf die Verwaltung und Benutzung der Sache sich beziehen; dagegen kann der Anspruch auf Aufhebung der Gemeinschaft nur von dem Miteigenthümer und dem Nießbraucher gemeinschaftlich geltend gemacht werden. Erfolgt die Aufhebung, so geht der Nießbrauch auf die an Stelle des belasteten Eigenthumsantheiles tretenden Gegenstände über (§ 985 Abs. 1). In ähnlicher Weise hat der Antheilsfaustpfandgläubiger die Gemeinschaftsrechte des Miteigenthümers hinsichtlich der Verwaltung und Benutzung der Sache auszuüben, kann dagegen bis zu dem Augenblick, in welchem der Pfandverkauf zulässig ist, den Anspruch auf Aufhebung der Gemeinschaft nur gemeinschaftlich mit dem Miteigenthümer geltend machen. Ist der Pfandverkauf zulässig, so kann der

<sup>80)</sup> Sie wären auch für die übrigen Fälle erforderlich; auch beim Antheilsvorkaufsrecht und bei der Antheilshypothek oder Antheilsgrundschuld muß der Berechtigte in ein Verhältniß zu der Gemeinschaft gesetzt werden; man denke z. B. nur an die dem Hypothekengläubiger durch die §§ 1072–1074 bei einer Verschlechterung des Grundstücks verliehenen Rechte in der Richtung gegen die Miteigenthümer.

Antheilspfandgläubiger nach seiner Wahl entweder den Verkauf des belasteten Antheils oder die Aufhebung der Gemeinschaft bewirken, ohne in letzterer Hinsicht an die Zustimmung des Miteigenthümers oder an die aus dem Gemeinschaftsverhältniß herrührenden persönlichen Beschränkungen desselben gebunden zu sein. Im Falle der Aufhebung der Gemeinschaft gebührt ihm auch hier das Pfandrecht an den an Stelle des verhafteten Antheils getretenen Gegenständen (§ 1184). Nießbrauch und Faustpfandrecht können nach dem Entwurf auch an einem lediglich hierfür ausgeschiedenen Bruchtheil einer im Alleineigenthum stehenden Sache und ebenso an einem Bruchtheil eines Miteigenthumsantheilens begründet werden. Hieraus entsteht dann ein Gemeinschaftsverhältniß zwischen dem Eigenthümer und dem Antheilsberechtigten, welches unter den technischen Begriff der „Gemeinschaft“ nicht fällt. Der Entwurf ermöglicht jedoch durch Fiktionen die Anwendung des Gemeinschaftsrechtes. Im Falle des Nießbrauches soll das Verhältniß des Antheilsnießbrauchers zum Eigenthümer in Ansehung der Nutzungsgemeinschaft so beurtheilt werden, „wie wenn Beiden der Nießbrauch an der ganzen Sache gemeinschaftlich zustände“ (§ 985 Abf. 2). Der Antheilsfaustpfandgläubiger empfängt bei einem derartigen Verhältniß neben dem Verkaufsrecht den Anspruch auf „Aufhebung der Gemeinschaft“, „wie wenn ein Miteigenthum bestände“, und wird auch hinsichtlich der Theilnahme an der Verwaltung und Benutzung der Sache und hinsichtlich der Erstreckung des Pfandrechts auf die bei Aufhebung der Gemeinschaft an Stelle des verpfändeten Bruchtheils tretenden Gegenstände dem Faustpfandgläubiger an einem Miteigenthumsantheil gleichgestellt (§ 1185). Daß der Entwurf Vorkaufsrechte, Hypotheken und Grundschulden an Bruchtheilen, die sich nicht mit einem Miteigenthumsantheil decken, nicht zuläßt, Erbbaurechte aber, beschränkte persönliche Dienstbarkeiten und Reallasten an Sachbruchtheilen schlechthin ausschließt, ist eine ungehörige Einengung der sachenrechtlichen Gestaltungsfreiheit.<sup>81)</sup>

Soweit im Uebrigen Eigenthum und begrenzte Rechte oder mehrere begrenzte Rechte an derselben Sache zusammen-

<sup>81)</sup> Für die Möglichkeit einer Begründung von Antheilsvorkaufsrechten und Antheilshypotheken durch den Alleineigenthümer spricht sich auch Diez a. a. D. S. 61 — 62 aus. Die Zulassung eines vom Eigenthümer für sich selbst und einen Andern gemeinschaftlich begründeten Erbbaurechts verlangt auch Kreh a. a. D. S. 63. Bei beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten liegt die Sache ebenso. Die Belastung eines Antheils mit einer dinglichen Rente muß in demselben Umfange zulässig sein, wie die Belastung mit einer Grundschulde; vgl. meine Schrift über den Entwurf und das deutsche Recht S. 307.

stoßen, verwendet der Entwurf niemals den Gemeinschaftsgedanken, um eine gegenseitige Bindung und Ausgleichung der Rechte herzustellen. Immerhin sucht er hinsichtlich zusammentreffender Gebrauchs- und Nutzungsbefugnisse durch einige beschränkende Bestimmungen eine Ausübung im Interesse aller Beteiligten und eine gegenseitige Rücksichtnahme zu sichern.<sup>82)</sup> Dagegen verwirft er für den Fall des Zusammentreffens mehrerer auf Verwerthung derselben Sache gerichteten Rechte jede Einschränkung der Ausübung des besseren Rechtes zu Gunsten der nachstehenden Berechtigten. Deshalb führt er namentlich bei der Korrealhypothek und Korrealgrundschuld den Satz, daß der Gläubiger nach seiner Wahl jedes der mithaftenden Grundstücke auf das Ganze in Anspruch nehmen darf, rücksichtslos durch, ohne durch eine Beschränkung dieses Wahlrechts oder durch eine Ausgleichung zwischen den verschiedenen Beteiligten die unbillige Schärfe des Prinzips gegen nachstehende Realinteressenten des herausgegriffenen Grundstückes abzustumpfen (§ 1078). Die Motive, die insbesondere die Vorstellung einer Gemeinschaft unter den Beteiligten weit abweisen, vermögen mit ihrer Darlegung der logischen Nothwendigkeit eines derartigen Ergebnisses und der praktischen Schwierigkeiten einer Ausgleichung das beleidigte Rechtsgefühl nicht zu versöhnen (III S. 682 bis 687).

Als sachenrechtliche Gemeinschaftsverhältnisse müssen nach dem Entwurf auch Gemeinschaften des Nießbrauches oder des Pfandrechtes an Rechten behandelt werden (§ 1021 Abs. 2 und § 1206 Abs. 2.)<sup>83)</sup> Nur wird insoweit, als eine Forderung den Gegenstand des Nießbrauches oder Pfandrechtes bildet, die abweichende Struktur der Forderungsgemeinschaft einwirken.

Ähnlich wie beim Miteigenthum wird aber auch bei solchen Rechten, welche keinerlei sachenrechtlichen Inhalt haben, die Rechtsgemeinschaft sich gestalten. So muß insbesondere in den Fällen, in denen eine personenrechtliche Befugniß, wie z. B. ein Urheberrecht, Erfinderrech, Markenrecht, Firmenrecht, Jagd- oder Fischereirecht, Gewerberecht u. s. w., einer Mehrheit von Personen ungetheilt zusteht, die Anwendung der allgemeinen Sätze über die Gemeinschaft nach

<sup>82)</sup> Vgl. z. B. §§ 971, 972, 973, 986, 1048. — Auch die Bestimmungen des Nachbarrechtes (§§ 850 — 867) enthalten ja thatsächliche Zugeständnisse an den Gedanken einer natürlichen Gemeinschaft der Nachbarn. Die Ausgestaltung des Gedankens der natürlichen Gemeinschaft im Wasserrecht, Bergrecht, Forstrecht, Jagdrecht u. s. w. tritt nicht in den Gesichtskreis des Entwurfes.

<sup>83)</sup> Bei gemeinschaftlichem Nießbrauch kann auch mit den Nießbrauchquoten ein Recht an einer Nießbrauchquote zusammentreffen; vgl. Motive III S. 435.

Bruchtheilen ein dem Miteigenthum des Entwurfes analoges Verhältniß ergeben. Freilich wird gerade bei derartigen Rechten, die in dem System des Entwurfes überhaupt eigentlich nicht Platz haben, das individualistische Prinzip der vollkommen gesonderten ideellen Antheile vielfach zu unerträglichen Folgefällen führen.

Grundsätzlich abweichend dagegen behandelt der Entwurf gemeinschaftliche Forderungsrechte. Denn hier soll zunächst der Regel nach eine Gemeinschaft überhaupt nicht eintreten. Vielmehr soll in Ermangelung einer anderen gesetzlichen oder rechtsgeschäftlichen Bestimmung jede einer Mehrheit von Gläubigern zustehende Forderung von selbst in so viele und zwar im Zweifel gleiche Theile zerfallen, als Gläubiger vorhanden sind (§ 320). Uns scheint diesem römischen Satz gegenüber die im preussischen Landrecht (I, 5 § 450) aufgestellte Regel der Gemeinschaftlichkeit den Vorzug zu verdienen. Denn was Mehreren geschuldet wird, können eben, falls nicht eine Theilung besonders begründet ist, nur Alle gemeinschaftlich in einheitlicher Weise fordern. Das Verhältniß liegt an sich nicht anders wie bei der Eigenthumsgemeinschaft und jeder Rechtsgemeinschaft. Allerdings bedarf es eines Schutzes der Sonderrechte des einzelnen Mitgläubigers. Insbesondere muß derselbe gegen Lässigkeit oder bösen Willen der Genossen gesichert werden. Das preussische Landrecht hat in dieser Hinsicht unzureichend vorgesorgt.<sup>84)</sup> Allein schon die preussische Praxis hat zum Theil Abhülfe geschaffen. Jedenfalls verschwinden alle Bedenken, sobald dem einzelnen Mitgläubiger in Vertretung der Gemeinschaft nicht bloß auch hier, wie wir dies bei jeder Gemeinschaft gefordert haben, die zur Feststellung, Sicherung oder Erhaltung des gemeinschaftlichen Rechtes erforderliche Machtvollkommenheit, sondern zugleich die Befugniß, die Leistung an Alle zu fordern, gewährt wird. Ist die Leistung an Alle nicht ausführbar, so mag die Form der Hinterlegung für Alle gewählt und demnächst die Auseinandersetzung unter den Mitgläubigern betrieben werden. Für den einzelnen Mitgläubiger ist es freilich bequemer, wenn er unbekümmert um die Genossen den auf ihn fallenden Theil gleich vom Schuldner verlangen kann. Aber wie kann man dem Schuldner, der doch nur einmal zu leisten versprochen hat, zumuthen, je nach Laune der Mitgläubiger heute an diesen und morgen an jenen theilweise zu leisten, beliebige Spaltungen seiner Schuld durch Vermehrung der Gläubigerzahl über sich ergehen zu lassen und die Größe der Antheile aller ihm gegenüberstehenden Mitgläubiger seinerseits zu prüfen? In Einem Falle

<sup>84)</sup> Unter Berufung hierauf verwirft L. Seuffert, Heft 11 dieser Beiträge S. 51, den Satz des preussischen Rechtes.

sieht auch der Entwurf sich genöthigt, das Prinzip der gesammten Hand durchzuführen. Geht die Forderung auf eine untheilbare Leistung, so ist natürlich die Zerlegung in Theilforderungen ausgeschlossen. Hier soll daher die Leistung nur an alle Gläubiger gemeinschaftlich bewirkt, diese Leistung an Alle aber von jedem Gläubiger gefordert werden können (§ 339). Diese Bestimmung ist durchaus zu billigen.<sup>85)</sup> Ueberflüssig jedoch ist der Zusatz, daß jeder Gläubiger dann die ganze Leistung fordern kann, wenn durch die Leistung an einen Gläubiger zugleich die anderen Gläubiger befriedigt werden. Denn in einem solchen Falle ist die Leistung an einen Gläubiger eben eine Leistung an Alle. Das Vorhandensein einer Gläubigergemeinschaft sucht der Entwurf auch hier zu verbergen; er bestimmt nur negativ, daß „eine Thatsache, welche sich nur in der Person eines der Gläubiger ereignet, insbesondere dessen Thun oder Unterlassen, nicht für und nicht gegen die übrigen Gläubiger wirkt.“ Und sobald an die Stelle der untheilbaren Leistung eine theilbare Leistung tritt, soll sofort wieder die Forderung als getheilt gelten (§ 341). Im Uebrigen kennt der Entwurf eine gesetzliche oder rechtsgeschäftliche Forderungsgemeinschaft nur in der Gestalt des aktiven „Gesamtschuldverhältnisses,“ bei welchem von mehreren Gläubigern ein jeder die ganze Leistung zu fordern berechtigt ist, während die Leistung nur einmal zu geschehen hat (§ 321).<sup>86)</sup> Für dieses Verhältniß stellt er ausführliche Regeln auf, die nicht nur in der Form, sondern zum Theil auch inhaltlich dadurch geschädigt werden, daß sie in schwerfälliger und schablonenhafter Weise das aktive und das passive Gesamtschuldverhältniß zusammenwerfen (§§ 322 — 338).<sup>87)</sup> Der Grundgedanke dieser Ordnung ist wiederum streng individualistisch. Wir kommen hierauf bei der Besprechung des passiven Gesamtschuldverhältnisses zurück und bemerken nur, daß der Entwurf unter schroffer Ablehnung der deutschrechtlichen Vorstellung, nach welcher die Gläubiger in ihrer Verbindung zur Gläubigergemeinschaft berechtigt sind, die Berechtigungen der einzelnen Gesamtgläubiger als vollkommen getrennte Forderungen unverbundener Subjekte behandelt. Das Recht

<sup>85)</sup> A. M. Gehhart, Gutachten aus dem Anwaltsstande S. 293.

<sup>86)</sup> Ein Gesamtschuldverhältniß soll als gewollt besonders angenommen werden, wenn die Ausdrücke „Alle für Einen und Einer für Alle“ oder „zu ungetheilter Hand“ oder „samt oder sonderß“ oder „solidarisch“ oder „korreal“ gebraucht sind. Der Ausdruck „zu ungetheilter Hand“ bedeutet offenbar vielmehr, daß nur Alle zusammen fordern können. — Einen Fall gesetzlicher Gesamtgläubigerschaft enthält § 1769 Abs. 2.

<sup>87)</sup> Gegen diese Anordnung vgl. auch G. Hartmann, Archiv für civ. Pragis Bd. 73 S. 394, Westrum, Gutachten aus dem Anwaltsstande S. 247.

jedes Gesammtgläubigers kann für sich bedingt oder befristet sein und besteht unabhängig von der Gültigkeit oder Ungültigkeit der Mitberechtigungen (§ 322). Es ist für sich übertragbar (§ 328). Auch nachdem ein Gläubiger die Forderung gerichtlich geltend gemacht oder ein Erfüllungsversprechen empfangen hat, kann ein anderer Gläubiger noch die Leistung empfangen und fordern (§ 323), so daß der Schuldner wegen derselben Forderung gleichzeitig in mehrere Prozesse verwickelt werden kann.<sup>88)</sup> Kein Gläubiger haftet für das Verschulden des Mitgläubigers (§ 325). Die Kündigung oder Mahnung eines Gesammtgläubigers wirkt nur für ihn, das Anbieten der Leistung an einen Gesammtgläubiger oder der Annahmeverzug eines Gesammtgläubigers nur gegen ihn (§ 326 Abs. 1). Hat also einer der Gläubiger die angebotene Leistung grundlos zurückgewiesen und hierdurch etwa den Verlust des vom Schuldner wieder mitgenommenen Geldes verschuldet, so kann ein anderer Gläubiger trotzdem Zahlung verlangen!<sup>89)</sup> Das zwischen einem Gesammtgläubiger und dem Schuldner ergangene Urtheil entbehrt der Rechtskraft für und wider die Mitgläubiger (§ 327).<sup>90)</sup> Durchaus unbilliger Weise wird dem Schuldner gegen einen Gesammtgläubiger die Aufrechnung mit der Forderung gegen einen Mitgläubiger versagt (§ 330).<sup>91)</sup> Nicht minder unangemessen ist die Bestimmung, daß die Vereinigung von Forderung und Verbindlichkeit bei einem Gesammtgläubiger nicht gegen die Mitgläubiger wirken soll (§ 333).<sup>92)</sup> Auch dem Eintritt der Unmöglichkeit der Leistung in der Person eines Gesammtgläubigers (§ 334 Abs. 1), der Unterbrechung und Hemmung der Verjährung (§ 335) und der Vollendung der Verjährung (§ 336) legt der Entwurf nur subjektive Wirkung bei. Somit entscheidet er alle Streitfragen des geltenden Rechtes im Sinne der Getrenntheit der Gläubigerrechte und in sonderbarem Widerspruch mit dem von ihm erwähnten deutschen Ausdruck „Einer für Alle und Alle für Einen“. Dagegen läßt er natürlich die an einen Gesammtgläubiger geschehene Erfüllung gegen Alle wirken (§ 329 Abs. 1) und stellt der Erfüllung nicht nur die öffentliche Hinterlegung und die Leistung an Erfüllungsstatt (§ 329 Abs. 2), sondern auch eine wirklich erfolgte Aufrechnung (§ 337) und einen in der Absicht der Aufhebung des ganzen Schuldverhältnisses

<sup>88)</sup> Hiergegen vgl. L. Seuffert a. a. D. S. 52—53, der aber schließlich dennoch dem § 323 zustimmt; Gehhart a. a. D. S. 290.

<sup>89)</sup> Gegen diese Unbilligkeit vgl. G. Hartmann a. a. D. S. 393 ff.

<sup>90)</sup> Auch dies widerspricht bei wahrer Gesammtgläubigerschaft der Gerechtigkeit; vgl. G. Hartmann a. a. D. S. 398.

<sup>91)</sup> Hiergegen vgl. Westrum a. a. D. S. 247—248.

<sup>92)</sup> Hiergegen Westrum a. a. D. S. 248—250.



bewilligten Erlaß (§ 332) gleich. Schließlich bestimmt er, daß im Verhältniß zu einander die Gesammtgläubiger im Zweifel als zu gleichen Antheilen berechtigt gelten sollen (§ 337 Abs. 1). Die Motive (II S. 169) heben die „theoretischen“ Bedenken gegen diese vom Standpunkte des Entwurfes aus in der That inkonsequente Vorschrift hervor. Vom deutschen Recht, aus dessen Auffassung sich eine innere Gemeinschaft der Gläubiger von selbst ergibt, ist auch hier nicht die Rede. Hätte man freilich irgendwie sich an das deutsche Recht gewandt, so hätte man auch dem Schuldner gegenüber die Verbundenheit der Gläubiger nicht einfach austreichen dürfen. Unter allen Umständen kann dieses enge Schema getrennter Solidarberechtigungen unmöglich die mannichfachen Ausgestaltungen der Forderungsgemeinschaft in unserem Rechtsleben erschöpfen. An den römischen Unterschied forrealer und bloß solidarischer Berechtigung brauchen wir nicht wieder anzuknüpfen. Wohl aber besitzen wir auch hier in dem deutschen Typus der gesammten Hand einen fruchtbaren und elastischen Rechtsgedanken, von dem aus sich eine Ordnung gewinnen läßt, in welcher losere und engere Gläubigergemeinschaften Raum finden. —

Am vollständigsten lehrt der Entwurf bei der Behandlung gemeinschaftlicher Verbindlichkeiten dem Gedanken einer wirklichen Gemeinschaft den Rücken. Auf Verbindlichkeiten findet sein Begriff der „Gemeinschaft“, der ausdrücklich auf Rechte beschränkt wird (§ 762), überhaupt keine Anwendung. Vielmehr gilt für Verbindlichkeiten in erster Linie die Regel der Getheiltheit (§ 320). Ist aber die Leistung untheilbar (§ 340) oder ist durch Gesetz oder Rechtsgeschäft eine Gesamtverbindlichkeit begründet (§ 321), so tritt ein dem aktiven Gesamtschuldverhältniß entsprechendes passives „Gesamtschuldverhältniß“ ein, bei welchem wieder dem Gläubiger vollkommen getrennte Verbindlichkeiten mehrerer unverbundener Schuldner gegenüberstehen. Auch hier ist die Verpflichtung jedes Gesamtschuldners von der Gültigkeit oder Ungültigkeit der Verpflichtung der Mitschuldner unabhängig und besonderer Bedingung oder Befristung zugänglich (§ 322). Der Gläubiger kann nach seiner Wahl von jedem Gesamtschuldner die ganze Leistung oder einen Theil fordern und diese Wahl bis zur Befriedigung ändern (§ 324). Das Verschulden eines Gesamtschuldners (§ 325), der Verzug desselben und die an ihn erfolgte Kündigung oder Mahnung (§ 326 Abs. 2) wirken nicht gegen die Mitschuldner, so daß auch die von einem Gesamtschuldner verschuldete Unmöglichkeit der Leistung für die Mitschuldner als zufällige Unmöglichkeit gilt (§ 334); das Anbieten der Leistung seitens eines Gesamtschuldners kommt umgekehrt den Mitschuldnern nicht zu gute (§ 326 Abs. 2); das zwischen dem Gläubiger

und einem Gesamtschuldner ergangene rechtskräftige Urtheil wirkt weder für noch gegen die Mitschuldner (§ 327).<sup>93)</sup> Kein Gesamtschuldner kann mit der Forderung eines Mitschuldners aufrechnen (§ 330). Vereinigung (§ 333), Unmöglichkeit in der Person eines Gesamtschuldners (§ 334 Abs. 1), Unterbrechung, Hemmung und Eintritt der Verjährung (§§ 335—336) haben auch hier nur subjektive Wirkung. Lediglich die Erfüllung (§ 329) einschließlich der erfolgten Aufrechnung (§ 331) und der auf das ganze Schuldverhältniß gerichtete Erlass (§ 332) wirken für alle Gesamtschuldner. So ist dem Gläubiger gegenüber von irgend einer Schuldnergemeinschaft nicht die Rede. Dagegen besteht auch hier im Zweifel eine innere Gemeinschaft, kraft welcher die Gesamtschuldner zu gleichen Antheilen verpflichtet sind und unter einander Ersatzansprüche behufs Ausgleichung haben (§ 337). Das so gestaltete Gesamtschuldverhältniß tritt kraft rechtsgeschäftlicher Begründung ein und gilt insbesondere als gewollt, wenn sich Mehrere „Alle für Einen und Einer für Alle“ oder „zu ungetheilter Hand“ oder „samt und sonders“ oder „solidarisch“ oder „korreal“ verpflichtet haben (§ 321). Kraft Gesetzes gelten Mitbürgen als Gesamtschuldner (§ 673). Ebenso sollen die Eigenthümer von Theilen eines mit einer Reallast beschwerten Grundstücks für die in der Zeit ihres Eigenthums fällig gewordenen Leistungen persönlich als Gesamtschuldner haften (§ 1056), sofern nicht das Landesrecht eine Theilung der Reallast ermöglicht (C.G. Art. 76). Insbesondere aber entsteht kraft Gesetzes eine Gesamtschuld, sobald mehrere Personen gleichzeitig aus einer widerrechtlichen Schadenszufügung haften (§§ 713 bis 714, 731, 736). Dies wird auch bei der Verantwortlichkeit von Vorstandsmitgliedern (§ 47), Liquidatoren (§ 56) und Vormündern (§ 1696) durchgeführt. Doch wird hier im Verhältniß der Gesamtschuldner zu einander einerseits der eigentliche Schadensstifter dem aus bloßer Vernachlässigung der Aufsichtspflicht oder aus culpa in eligendo haftenden Mitschuldner gegenüber mit der ganzen Schuld belastet (§§ 713, 736, 1696 Abs. 3), andererseits demjenigen, welcher vorsätzlich gehandelt hat, jeder Ersatzanspruch gegen Mitschuldige abgesprochen (§ 338). Die letztgedachte Bestimmung ist ungerecht! Es giebt Fälle, in denen eine vorsätzliche Schadenszufügung fittlich gerechtfertigt ist oder doch ein nur geringfügiges Verschulden darstellt. Und auch im Uebrigen liegt kein Grund vor, warum der vom Gläubiger zufällig herausgegriffene Mitthäter endgültig allein den Schaden tragen soll.<sup>94)</sup>

<sup>93)</sup> Wie wenig diese Rechtsätze da, wo „Alle für Einen und Einer für Alle“ stehen sollen, der Sachlage entsprechen, zeigt G. Hartmann a. a. O. S. 394 ff. — A. M. L. Seuffert a. a. O. S. 53.

<sup>94)</sup> Weiser verfährt das Schweiz. Obl.-R. Art. 60. Vgl. meine Schrift über

So ist in Ansehung gemeinschaftlicher Verbindlichkeiten das individualistische Ziel erreicht. Es giebt nur getrennte Theilschulden oder gesonderte Verpflichtungen auf das Ganze einer Schuld. Für eine Verbindlichkeit zur gesammten Hand ist im System des Entwurfes keine Stätte. Und doch vermag allein die deutschrechtliche Vorstellung, nach welcher bei einer Gesamtverbindlichkeit mehrere Personen in ihrer Verbundenheit den eigentlichen Schuldner darstellen, zugleich aber daneben oder dahinter ein jeder insonderheit auf einen Theil oder das Ganze verpflichtet sein kann, der Vielgestaltigkeit des Lebens gerecht zu werden. Zunächst widerspricht schon die Regel der Getheiltheit einer gemeinsam übernommenen oder überkommenen Schuld unseren Anschauungen und unserem Verkehrsleben. Mit dem preussischen Landrecht und dem Handelsgesetzbuch muß vielmehr für eine Gesamtschuld vermuthet werden. Was Mehrere zusammen schulden, das schulden sie eben „insgesammt“ in einheitlicher Weise und nicht ein jeder für sich zum Theil. Allerdings jedoch braucht hiermit nicht sofort die prinzipiale Haftung der Einzelnen auf das Ganze einzutreten. Vielmehr ergibt sich zunächst nur ein Anspruch gegen die Gesamtheit, während die Haftung des einzelnen Mitträgers der Gesamtheit verschieden ausgestaltet sein kann. Das ältere deutsche Recht hat namentlich zwei Typen der einfachen Verbindlichkeit zur gesammten Hand ausgebildet, indem es die in die Schuldgemeinschaft verstrickten Einzelnen entweder zunächst antheilig und erst dahinter in Höhe des Ausfalles auf das Ganze oder vorbehaltlich gegenseitiger Ausgleichungsansprüche von vornherein auf das Ganze haften ließ. Es wäre das Richtige, die schwächere dieser Haftungsformen zu der in Ermangelung anderer Abrede eintretenden Regel zu erheben.<sup>56)</sup> Jedenfalls muß sie Platz greifen, sobald sie ausdrücklich vereinbart oder ersichtlich gewollt ist. Völlig willkürlich ist es, wenn der Entwurf Mitbürgen strenger als andere Mitschuldner behandelt, indem er von der Regel der Getheiltheit zur Annahme strengster Solidarhaft überspringt. Hier ist vielmehr dieselbe Regel wie für mehrere Hauptschuldner angezeigt. Endlich aber dürfte auch abgesehen von der Zulassung oder Versagung der Einrede der Theilung bei der Ausgestaltung des Gesamtschuldverhältnisses die Verbundenheit der Schuldner nicht völlig ignorirt und jedenfalls nicht durch eine einförmige Scha-

---

den Entwurf und das deutsche Recht S. 212, auch L. Seuffert a. a. D. S. 53—54. K. M. Gehart a. a. D. S. 202.

<sup>55)</sup> Vgl. auch L. Seuffert a. a. D. S. 51—52.

<sup>56)</sup> Dies that das Zürcher Gesetzbuch § 936 vgl. mit § 935 und § 948; für Mitbürgen hält daran das Schweiz. Obl.-R. Art. 496 fest.

blone die Anerkennung einer für und gegen die Genossen wirkenden Schuldgemeinschaft im einzelnen Fall ganz abgeschnitten werden. Für eine Anknüpfung an den römischen Gegensatz korrealer und bloß solidarischer Verpflichtung können wir uns auch hier nicht erwärmen. Wir erblicken auch kein besonderes Verdienst in der Behutsamkeit, mit welcher der Entwurf seine Ausdrücke wählt, um dem unfruchtbaren Streit über Einheit oder Mehrheit der Obligation das Dasein zu fristen. Allein die sachliche Nivelirung aller Gesamtschuldverhältnisse im Sinne getrennter Verbindlichkeiten auf das Ganze halten wir für eine gesetzgeberische Vergewaltigung des Lebens. Der Gesetzgeber soll den bildnerischen Rechtstrieb nicht ersticken, sondern zu freier Entfaltung anregen. So müßte er auch hier einen Rahmen schaffen, in welchem die mannigfachen Formen deutscher Schuldgemeinschaft sich ungehindert entwickeln und ausleben können.<sup>97)</sup>

Das Prinzip der Korrealität führt der Entwurf auch hinsichtlich gemeinschaftlicher dinglicher Lasten durch. Sofern daher mehrere Sachen mit derselben Last beschwert sind, wird jede Sache von der ganzen Last ergriffen. Ebenso bleibt im Falle der Theilung einer belasteten Sache jeder Theil mit der ganzen Last beschwert. Doch soll eine Grunddienstbarkeit, deren Ausübung auf einen bestimmten Theil des dienenden Grundstückes beschränkt ist, mit der Theilung des Grundstückes in Ansehung eines kein Stück jenes Theiles enthaltenden neu gebildeten Grundstückes wegfallen (§ 975). Im Uebrigen wird dem Landesrecht die Befugniß gewahrt, auf Grund eines Unschädlichkeitszeugnisses die lastenfreie Aberäußerung von Theilen eines Grundstückes und bei der Theilung eines mit einer Reallast belasteten Grundstückes auch die Vertheilung der Reallast auf die einzelnen Theile zu gestatten (E.G. Art. 76 Abs. 1). Ist ein Grundstück mit einer Reallast für den Fiskus belastet, so kann das Landesrecht auch vorschreiben, daß im Falle der Theilung „nur ein Theil des Grundstückes mit der Reallast belastet bleibt und die übrigen Theile des Grundstückes mit Reallasten für den jeweiligen Eigenthümer des ersteren Theiles belastet werden“ (E.G. Art. 76 Abs. 2). Die letztgedachte Bestimmung soll, wie die Motive ergeben (E.G. S. 202), die Vorschriften des sächsischen Rechtes retten, nach welchen bei der Zerstückelung eines landrenten- oder landeskulturrentenpflichtigen Grundstückes die Entrichtung der vollen Rente an den Staat nach wie vor dem Eigenthümer des Hauptgrundstückes obliegt, von den Eigenthümern der übrigen Trenn-

<sup>97)</sup> Sachlich stimmen wir hier mit G. Hartmann a. a. O. S. 397 — 399 überein, der namentlich auch auf das freiere und minder ängstliche Verfahren des schweiz. Obl.-R. Art. 166 hinweist.

stücke aber die auf sie fallenden Rentenanteile dem Eigenthümer des Hauptgrundstücks zu entrichten sind. Es bedarf also eines besonderen Vorbehaltes, um den Fortbestand eines derartigen Abbildes der alten Einzinserei mit einheitlicher Zinsträgerschaft zu ermöglichen. Die Ausnahme ist aber nur zulässig, wenn der Berechtigte der Fiskus ist. Und immer darf nur die Form einer Mehrheit vollkommen getrennter Real-lasten gewählt werden, so daß auch hier niemals eine Gemeinschaft eintritt, obwohl das der Sachlage eigentlich entsprechende Verhältniß eine gemeinschaftliche Reallast mit einheitlicher Trägerschaft wäre. Eine solche Einschränkung der lebendigen Rechtsentwicklung ist nicht zu billigen. Auch in Ansehung dinglicher Lasten muß neben Korrealität und Trennung die Gemeinschaft zur gesammten Hand mindestens offen gehalten werden. — Die Bestimmungen des Entwurfes über die Korrealhypothek (§ 1071) und das Korrealkaufpfandrecht (§ 1150) ziehen nur Folgerungen aus seinem Grundprinzip. Bei der Korrealhypothek schränkt er nicht nur, wie schon erwähnt wurde, das Wahlrecht des Gläubigers in keiner Weise ein, sondern unterläßt es auch, irgendwie eine Ausgleichung unter mehreren belasteten Eigenthümern anzuordnen oder die vorhandenen Rückgriffsrechte durch entsprechenden Uebergang des dinglichen Rechtes auf den befriedigenden Eigenthümer zu sichern (§ 1078).<sup>98)</sup>

Ist ein Vermögen als solches gemeinschaftlich, so entstehen, da der Entwurf objektive Vermögenseinheiten nicht kennt, so viele getrennte und besonders geartete Gemeinschaftsverhältnisse, als einzelne Rechte und Pflichten vorhanden sind. Durch Vertrag läßt sich hieran nichts ändern.<sup>99)</sup>

In diesem Sinne gestaltet der Entwurf insbesondere das Rechtsverhältniß der Miterben in voller Abkehr von den Grundätzen der deutschen Erbengemeinschaft rein romanistisch aus. „Sind mehrere Erben vorhanden, so gehen die einzelnen Rechte und Verbindlichkeiten kraft Gesetzes auf die Erben nach Verhältniß der Erbtheile über“ (§ 2051). Somit entsteht an den einzelnen Erbschafts-sachen Miteigenthum nach Bruchtheilen und ebenso hinsichtlich der sonst zum Nachlaß gehörigen Rechte mit Ausnahme der Forderungen Mitberechtigung nach Bruchtheilen, während die Forderungen und Schulden von selbst getheilt sind und nur im Falle der Untheilbarkeit der

<sup>98)</sup> Vgl. hierzu die Bemerkungen und Gegenvorschläge von Bähr, Archiv für bürgerl. Recht Bd. II S. 158—162.

<sup>99)</sup> Unmöglich wäre also z. B. die Begründung einer „Gemeinderschaft“, wie sie in der Schweiz zulässig und durch einige Kantonalrechte geregelt ist; vgl. Huber, System und Geschichte des schweiz. Privatr. III S. 758—765.

Leistung die oben besprochenen Abweichungen eintreten. Die Motive (V S. 527—530) gestehen ziemlich unverhüllt zu, daß dieser sofortige Zerfall der Erbschaft in vollkommen getrennte Herrschafts- und Pflichtenphären eigentlich unerträglich ist. Das römische Prinzip würde schwerlich bei uns sich durchgesetzt und in einem Theil Deutschlands die Herrschaft behauptet haben, wenn es nicht thatsächlich vor der in den deutschen Rechtsanschauungen wurzelnden Uebung zurückträte. Daß der einzelne Miterbe frei über einen Bruchtheil von jedem Nachlassgegenstande verfügen kann; daß der Miterbe, welcher eine Nachlassschuld voll bezahlt, Auslagen für die Erbschaft bestritten oder Ersatzensprüche anderer Art erlangt hat, sich nicht an den Nachlaß zu halten vermag; daß der Gläubiger des Erblassers plötzlich seine einheitliche Forderung in eine Summe von Theilforderungen zersplittert sieht; daß der Erbschaftsschuldner von jedem Miterben wegen eines verhältnißmäßigen Schuldsplitters belangt werden kann: dies alles sind Folgesätze des römischen Prinzips, welche da, wo sie gelten, in der weit überwiegenden Mehrzahl der Fälle gar nicht zur praktischen Anwendung gelangen. Die Miterben pflegen vielmehr die Nachlassregulierung einem unter ihnen oder einem Dritten zu übertragen oder in anderer Weise die vom Gesetz verordnete Gemeinschaftlichkeit herzustellen; es fällt keinem Miterben ein, ideelle Fünftel oder Sechstel von einzelnen Nachlassgegenständen zu veräußern; Gläubiger und Schuldner wenden sich, statt nach Antheilen zu fordern oder zu zahlen, an den ihnen bezeichneten oder sonst bekannten Vertreter der Erbgemeinschaft; bei der schließlichen Auseinandersetzung werden ohne Weiteres die Ersatzensprüche eines Miterben als Ansprüche an den Nachlaß behandelt. Wenn demgegenüber das Gesetzbuch eine unseren Anschauungen und Bedürfnissen widersprechende, in sich ungerechte und praktisch unbrauchbare Ordnung aufstellt, so mag zugegeben werden, daß sich auch mit einer solchen Ordnung allenfals leben läßt. Allein die Sache verhält sich hier ähnlich wie bei der Aufnahme des Satzes „Kauf bricht Miethe“. Auch dieser Satz würde, obschon er dem deutschen Rechtsbewußtsein und unseren sozialen und wirtschaftlichen Verhältnissen schöne Gewalt anthut, in der Mehrzahl der Fälle nicht seinen ganzen kulturfeindlichen Inhalt entfalten, weil ihn die Macht der Sitte und des Lebens abstumphen würde. Dennoch würde der Gesetzgeber, der ihn guthieße, eine schwere Schuld auf sich laden und in unberechenbarer Weise die Rechtsentwicklung der Zukunft schädigen. So darf auch hier nicht eine gesetzliche Regel durchgeführt werden, die nur insoweit erträglich ist, als das Leben sich über sie hinwegsetzt. Freilich gewinnt der Entwurf, indem er das Band zwischen den Miterben zerreißt und die Erbschaft pulverisirt, eine „einfache“ und „klare“

Regel, welche vortrefflich mit seinem individualistischen und atomistischen Gedankenschema übereinstimmt. Allein hier wie so oft vergißt er über der Freude an der durchsichtigen Logik romanistischer Begriffsevolutionen die wirkliche Aufgabe eines deutschen Gesetzbuches. Das Preussische Landrecht hat auch hier mit gesundem Gefühl sich für den niemals erstorbenen nationalen Rechtsgedanken entschieden. Seine Ordnung der Erbengemeinschaft ist von Hause aus unvollkommen und hat überdies darunter zu leiden gehabt, daß ihre angemessene Fortbildung durch die Hineintragung romanistischer Mißverständnisse gehemmt wurde. Aber an den Grundlagen dieser Ordnung müssen wir festhalten. Die Erbengemeinschaft muß als eine deutschrechtliche Gemeinschaft zur gesammten Hand ausgestaltet werden, bei welcher als Gegenstand des gemeinschaftlichen Rechts ein Vermögensganzes als solches erscheint und somit Antheile an den einzelnen Vermögensbestandtheilen überhaupt nicht bestehen. Auch die Antheile am Ganzen dürfen nicht nach Art frei verfügbarer Individualrechte aus allem Gemeinschaftsrecht herausgerissen, sie müssen, wenn sie durchaus veräußerlich sein sollen, mindestens einem dinglichen Vorkaufsrecht der Miterben unterworfen werden. Hinsichtlich der einzelnen körperlichen und unkörperlichen Sachen aber gebührt dem Miterben, solange die Gemeinschaft besteht, schlechthin keinerlei Verfügungsmacht. Demgemäß darf auch die Geltendmachung von Nachlaßforderungen nur in einheitlicher Weise für die Gesamtheit der Miterben zulässig sein. Und für Nachlaßverbindlichkeiten kann zunächst nur eine einfache Gesamthaft mit dem Nachlaß eintreten, mit welcher sich erst in Folge einer Theilung vor Berichtigung der Schulden eine Sonderhaft verbindet. Inwieweit durch eine gesetzliche Organisation der Erbengemeinschaft für eine einheitliche Vertretung derselben nach außen, für eine richtige Grenzziehung zwischen Gesamtrecht und Sonderrecht und für eine gehörige Sicherstellung der bei der Liquidation des Nachlasses beteiligten Dritten zu sorgen ist, bedarf dann weiterer Erwägung. Die befriedigende Lösung aber des hier gestellten Problems ist erst zu finden, wenn der Entwurf überhaupt auf eine ganz andere gedankliche Grundlage gestellt wird. Denn auf der einen Seite muß das Gemeinschaftsrecht schon in seinem allgemeinen Bau weit genug angelegt werden, um den deutschrechtlichen Gemeinschaftsformen Einlaß zu gewähren. Auf der anderen Seite ist es erforderlich, den Begriff des Sondervermögens aufzunehmen und insbesondere die Erbschaft durchweg als eine nach dem Tode des Erblassers fortbestehende Vermögenseinheit anzuerkennen, woraus dann namentlich eine völlige Umgestaltung der verfehlten Regeln des Entwurfes über die Schuldenhaftung des Erben folgt. An dieser Stelle müssen wir uns mit dem Widerspruch gegen

die grundsätzliche Auflösung der Erbgemeinschaft begnügen. In der Verwerfung der vom Entwurfe vorgeschlagenen Ordnung stimmen auch die für den zwanzigsten Juristentag über die Behandlung des Miterbenverhältnisses erstatteten Gutachten von Strüßki und Cosack und das dieselbe Frage gelegentlich berührende Gutachten von Munk vollständig überein.<sup>100)</sup> Strüßki und Munk wollen gleich uns das Prinzip der gesammten Hand zu Grunde legen und daher an das geltende preussische Recht anknüpfen.<sup>101)</sup> Dagegen will Cosack ein ähnliches Ergebniß dadurch erreichen, daß er zwar hinsichtlich der Verbindlichkeiten eine ungetheilte Haftung des Nachlasses (und zwar bis zur Theilung einfache Sammt- und nach der Theilung eine zeitlich begrenzte Sammt- und Sonderhaft der Miterben) eintreten läßt, dagegen hinsichtlich der Rechte ideelle Antheile der einzelnen Miterben annimmt und nur die Bindung dieser Antheile durch ein eigenartiges Erbenpfandreht herstellt. Die „gesammte Hand“ ist ihm für die oft zufällig zusammengekoppelten Miterben „zu gut“, weil sie auf ein inniges Verhältniß berechnet sei, und führt nach seiner Meinung zu einer Reihe praktischer Schwierigkeiten. Doch scheint mir Cosack's Vorschlag schon an seiner Künstlichkeit zu scheitern. Das Rechtsprinzip der gesammten Hand, welches zweifellos der Lebensanschauung weit besser entspricht, ist elastisch genug, um engere und losere Verbindungen zu beherrschen. Ueberdies aber ist das Vorhandensein eines persönlichen Zusammenhanges unter Miterben doch durchaus der Normalfall. Wenn Kinder, Geschwister oder sonstige nahe Verwandte succediren, so kommt in ihrer gemeinschaftlichen Berufung zur Erbschaft nur eine längst gegebene natürliche Gemeinschaft zum Ausdruck. Die Rechtsordnung aber muß von dem regelmäßigen Verhältniß ausgehen. Setzt einmal ein Erblasser eine Anzahl wildfremder Menschen zu Erben ein, so kann dem Wunsche solcher Miterben, möglichst wenig mit einander gemein zu haben, nicht das in der Natur der Dinge begründete Erbenband zum Opfer fallen. Die angeblichen praktischen Mißstände endlich sind entweder überhaupt nicht als solche anzuerkennen oder durch eine angemessene Organisation der Erbgemeinschaft zu heben.<sup>102)</sup>

<sup>100)</sup> Vgl. Verhandlungen des 20. Juristentages Bd. I S. 132—138, S. 199—217 und S. 80—83.

<sup>101)</sup> Die von Strüßki S. 180 ff. formulirten Gegenvorschläge beruhen auf der hoffentlich nicht in Erfüllung gehenden Voraussetzung, daß im Uebrigen das System des Entwurfes unverändert bleibt. Munk S. 85 §§ 18—19 macht nur Gegenvorschläge hinsichtlich der Schuldenhaftung der Miterben.

<sup>102)</sup> Daß der Privatgläubiger eines Erben nicht wirksam Antheile desselben an einem Nachlassgegenstände pfänden kann, wird von Cosack a. a. O. S. 216



In folgerichtiger Durchführung seiner Grundauffassung kennt der Entwurf keinen einheitlichen Konkurs über einen an mehrere Erben gelangten Nachlaß; vielmehr soll „in Ansehung des Erbtheiles eines jeden Erben der Konkurs besonders stattfinden“ und nur, falls nicht besondere Gründe entgegenstehen, die Verbindung der Konkurse in einem Verfahren erfolgen (§ 2119). Ein Zugeständniß an den Gemeinschaftsgedanken ist es, daß der Erbe durch Verlust des „Inventarrechts“ dem Miterben gegenüber, soweit dieser nicht Gläubiger einer schon in der Person des Erblassers begründeten Verbindlichkeit ist, die „Abzugseinrede“ nicht einbüßen soll (§ 2146).

Die „Auseinandersetzung der Miterben“, von welcher der Schlusstitel des Entwurfes handelt, wird im Allgemeinen den Vorschriften über „Gemeinschaft“ unterstellt (§ 2151), so daß nun, da auch hier der Nachlaß als Ganzes nicht in Betracht kommt (Motive V S. 696), bezüglich aller nicht schon kraft Gesetzes getheilten Nachlaßgegenstände besondere Ansprüche auf „Aufhebung der Gemeinschaft“ entstehen. Abweichungen werden nur in wenigen Punkten festgesetzt: der Erblasser kann durch Verfügung von Todeswegen bindende Theilungsanordnungen treffen (§ 2152), jedoch die Theilung nur in demselben Umfange und mit derselben Wirkung, wie dies durch Vertrag möglich ist, ausschließen oder einschränken (§ 2153). Kein Miterbe kann die Theilung fordern, solange und soweit wegen Ungewißheit des Ausgangs einer Schwangerschaft oder der Entstehung einer eingesezten Stiftung die Erbtheile unbestimmt sind (§ 2154). „Schriftstücke, welche auf die persönlichen Verhältnisse des Erblassers oder auf dessen Familie oder auf die ganze Erbschaft sich beziehen“, unterliegen überhaupt nicht dem Theilungsanspruch (§ 2155). Im Uebrigen vollzieht sich die Auseinandersetzung nach den schon oben besprochenen Grundsätzen, wie sie auch unter Fremden gelten. Ein konstitutives Theilungsurtheil ist auch hier ausgeschlossen; nur eine rein vermittelnde Thätigkeit soll das Nachlaßgericht auf Antrag eines Miterben ausüben (§ 2156). Der Entwurf ist also auch hier wieder weit romanistischer als das römische Recht, dessen Bruchtheilsprinzip durch das *judicium familiae herciscundae* thatsächlich stark gemildert wird. Die

---

sehr mit Unrecht als eine Unbilligkeit hingestellt. Warum soll er denn auf mehr als den Auseinandersetzungsantheil seines Schuldners einen Anspruch haben? Die Schwierigkeit der Prozeßführung gegen alle (Cosaá S. 204) oder durch alle (Cosaá S. 216) Miterben ist ohne praktische Nachtheile, sobald jedem Miterben in dem schon öfter bezeichneten Umfange eine Vertretung der Gemeinschaft und insbesondere das Recht der Einklagung von Forderungen zu Händen der Gesamtheit eingeräumt wird; eine Sicherung des Prozeßgegners gegen eine Vervielfältigung der Prozesse ist unschwer zu erreichen.

Vorschriften des Entwurfes treiben auch hier den Individualismus auf die Spitze und drängen, soviel an ihnen liegt, unerbittlich zum Umsatz des Familienbesitzes in baare Münze.<sup>103)</sup>

Würde die Erbengemeinschaft deutschrechtlich geregelt, so müßte ihr auch das Rechtsinstitut der Kollation als organisches Glied eingefügt werden. Der Entwurf nimmt das Institut auf, reißt es aber aus dem familienrechtlichen Zusammenhange, in dem es wurzelt, völlig heraus (§§ 2157—2164). Eine „Einwerfung“ soll überhaupt nicht mehr stattfinden. Vielmehr wird durch Vorempfang eine besondere gesetzliche „Ausgleichspflicht“ begründet, kraft welcher der Verpflichtete den einzelnen Berechtigten bestimmte Geldbeträge schuldet. Durch eine Reihe künstlicher Behelfe wird dann freilich die unerlässliche Rücksichtnahme auf das Gemeinschaftsverhältniß der Miterben nothdürftig gewahrt. Allein das Ergebnis bleibt in hohem Maße unbefriedigend.<sup>104)</sup>

So sehen die Gemeinschaftsverhältnisse aus, welche den allgemeinen Grundsätzen des Entwurfes entsprechen und deshalb, wie die Motive wiederholt versichern, allein als „normale“ Bildungen zu gelten haben. Der Entwurf hat sich indeß entschlossen, ausnahmsweise ein von den Motiven als „anomal“ bezeichnetes Gemeinschaftsverhältniß zuzulassen, dessen Möglichkeit durch die Fassung der §§ 762 und 946 offen gehalten wird.

Doch regelt er selbst nur eine einzige derartige Rechtsform: die eheliche Gütergemeinschaft. Wir haben an anderer Stelle bereits den ganzen Aufbau des ehelichen Güterrechtes im Entwurf bekämpft und unsere Ansicht dahin ausgesprochen, daß der Entwurf unter Zugrundelegung des Regionalsystems den verschiedenen Grundtypen der ehelichen Gütergemeinschaft den Fortbestand als gesetzliche Güterordnung hätte sichern müssen;<sup>105)</sup> daß er, wenn er durchaus einen einheitlichen gesetzlichen Güterstand erzwingen wollte, die allgemeine Gütergemeinschaft oder mindestens eine theilweise Gütergemeinschaft mit diesem Range zu bekleiden gehabt hätte;<sup>106)</sup> daß er unter allen Umständen, falls er sich für die ausschließliche Geltung der Verwal-

<sup>103)</sup> Gegenvorschläge bei Strüßki a. a. D. S. 180—181.

<sup>104)</sup> Näheres in meiner Schrift über den Entwurf und das deutsche Recht S. 564—566. Vgl. auch Strüßki a. a. D. S. 182 ff.

<sup>105)</sup> Vgl. meine Schrift über den Entwurf und das deutsche Recht S. 111—117. Dagegen inzwischen ohne neue Gründe Schröder, Heft 15 dieser Beiträge S. 1—2.

<sup>106)</sup> Meine angeführte Schrift S. 415—419. Dagegen hat sich Schröder a. a. D. S. 4—7 inzwischen für die Entscheidung der Kommission erklärt.

tungsgemeinschaft entschied, dieselbe nicht im Sinne einer mehr römischen als deutschen Gütertrennung mit ehemännlichem Nießbrauch ausgestalten durfte.<sup>107)</sup> Gleichzeitig aber haben wir dort bereits die Vorschriften, welche die vertragsmäßige Begründung einer Gütergemeinschaft unter Ehegatten auch für die Zukunft ermöglichen wollen, eingehend gewürdigt.<sup>108)</sup> Wir wollen hier nur von Neuem darauf hinweisen, daß wir es dem Entwurfe zum Verdienste anrechnen, wenn er der an ihn herangetretenen Versuchung, die eheliche Gütergemeinschaft auf ein Alleineigenthum des Mannes zu bauen und somit das bis dahin aus rein individualistischen Begriffen herausgesponnene eheliche Güterrecht ohne Beihülfe des Gemeinschaftsgedankens zu Ende zu führen, glücklich widerstanden und lieber seine sonst so treu gewahrten Prinzipien zu Gunsten der Annahme einer regelwidrigen Gemeinschaft durchlöchert hat.<sup>109)</sup> Allein wir können auch hier nicht verschweigen, daß trotz der Anlehnung an die deutschrechtlichen Vorstellungen der wahre Gemeinschaftsgeist des deutschen Rechts auch in den Bestimmungen über die eheliche Gütergemeinschaft nicht sichtbar wird.

Der Entwurf geht so wenig bei der gütergemeinschaftlichen Ehe wie bei den übrigen Bildungen des ehelichen Güterrechts von dem Gedanken einer die Ehegatten zum Ehepaar verbindenden personenrechtlichen Gemeinschaft aus. Vielmehr bleiben ihm hier wie überall die Ehegatten zwei vollkommen getrennte Rechtssubjekte. Hiermit aber ist der eigentliche Kern des Rechtsprinzips der gesammten Hand ertödtet. Statt einer organischen Personenvereinigung, deren Haupt der Mann und deren Mitträgerin die Frau wäre, begegnen uns auch im Falle der allgemeinen Gütergemeinschaft und um so mehr bei der Errungenschaftsgemeinschaft und bei der Fahrnißgemeinschaft lediglich zwei mit allerlei besonderen Rechten und Pflichten ausgestattete Individuen. Eigenthümliche Rechtsverhältnisse entstehen nur hinsichtlich der Zuständigkeit desjenigen bei den verschiedenen Formen der Gütergemeinschaft ungleich abgegrenzten Vermögens, welches unter dem Namen „Gesammtgut“ als „ein beiden Ehegatten gemeinschaftlich gehörendes Vermögen“ gesetzt wird (§§ 1342, 1411 und 1431). Denn für diese Gemeinschaft werden die vornehmsten Sätze des sonst im Entwurf herrschenden römischen Kommuniionsrechtes ausgeschlossen. Hier sollen

<sup>107)</sup> Meine angeführte Schrift S. 407—416. Gegen die Konstruktion der Rechte des Ehemannes im Entwurf hat sich seither auch Schröder a. a. D. S. 7—32 ausgesprochen.

<sup>108)</sup> Meine angeführte Schrift S. 421—447. Dazu seitdem Schröder a. a. D. S. 36—66.

<sup>109)</sup> Auch Schröder a. a. D. S. 37 lobt, daß weder Miteigenthum nach Bruchtheilen noch Alleineigenthum des Mannes angenommen ist.

die gemeinschaftlichen „Gegenstände“ den Ehegatten „nicht nach Bruchtheilen“ zuzustehen, die gemeinschaftlichen Forderungen den sonstigen Regeln über Schuldverhältnisse mit einer Mehrheit von Gläubigern nicht unterliegen (§ 1344). Auch soll „der Antheil eines Ehegatten an dem Gesamtgute und an den einzelnen zu diesem gehörenden Gegenständen“ nicht veräußert oder belastet werden können und der Zwangsvollstreckung nicht unterworfen sein und kein Ehegatte einen Theilungsanspruch haben (§ 1345). Diese Negationen sind zweifellos zu billigen. Doch giebt zunächst ihre Fassung zu Bedenken Anlaß. Denn wenn sie dem Wesen der Vermögensgemeinschaft unter Ehegatten dadurch gerecht zu werden scheinen, daß sie das Gesamtgut als solches neben den in ihm enthaltenen einzelnen Gegenständen zum Rechtsobjekt erheben, so führen sie sofort wieder eine schiefe und verwirrende Vorstellung ein, indem sie bei der einzelnen zum Gesamtgut gehörenden Forderung von einer „in der Person der Ehegatten eintretenden Mehrheit von Gläubigern“ reden (§ 1344) und indirekt das Vorhandensein von „Antheilen“ nicht nur am Gesamtgut, sondern gleichzeitig an jedem einzelnen Gegenstande anerkennen (§ 1345). Die objektive Einheit des Gesamtguts aber ist gerade dazu bestimmt, sich zwischen die einzelnen Bestandtheile des gemeinschaftlichen Vermögens und das Subjekt desselben einzuschieben. Man mag von (ungefonderten, schlummernden, ruhenden) Antheilen der Ehegatten „am Gesamtgut“ sprechen: gerade hiermit aber sind dann irgend welche Antheile an den einzelnen Gegenständen verneint. Vor Allem jedoch lassen diese Negationen die Frage nach dem wirklichen Wesen des Gemeinschaftsverhältnisses durchaus unentschieden. Hätte der Entwurf die deutsche Rechtsgemeinschaft zur gesammten Hand als ein der römischen Gemeinschaft ebenbürtiges Institut aufgenommen und zugleich den Rechtsbegriff des Sondervermögens entwickelt, so hätte er ein positives Prinzip besessen, aus welchem ein in sich beruhendes Recht der ehelichen Gütergemeinschaft entfloßen wäre. Allein im Gegensatz hierzu ist er durch die Auffassung, daß es sich um ein „anomalies“ Verhältniß handle, von vornherein in eine falsche Bahn gedrängt worden. Nur mit schwerem Herzen hat er sich überhaupt zur Aufnahme eines derartigen Gebildes, das die Harmonie des romanistischen Baustiles bedenklich trübt, entschlossen und bringt ihm eine unter diesen Umständen leicht erklärliche Ungunst entgegen. Konnte er nun die Aufstellung einer Reihe singulärer Rechtsätze nicht vermeiden, so hat er doch nach Möglichkeit das von den Motiven (IV S. 329) verkündete Programm durchgeführt, nach welchem an die ganze Gestaltung des Verhältnisses „der Anspruch gemacht werden muß, daß sie sich an die sonstigen Bestimmungen des Entwurfes anschließt und kein fremdartiges Element in denselben

hineinträgt“. Das Wort „fremdartig“ bedeutet in der Sprache der Motive hier wie oft „deutschrechtlich“. Wenn daher die Motive anheimgeben, ob in der ehelichen Gütergemeinschaft des Entwurfes nun „ein deutschrechtlich modifizirtes römisches Miteigenthum oder ein selbständiger deutschrechtlicher Gemeinschaftsbegriff (Gemeinschaft zur gesammten Hand)“ zu finden ist, so wird eine gewissenhaft im Geiste des Gesetzbuches verfahrende Zukunftsjurisprudenz kaum umhin können, sich für die erste dieser Alternativen zu entscheiden. Jedenfalls bemüht sich der Entwurf, bei dem weiteren Ausbau des Gemeinschaftsverhältnisses im romanistischen Gedankenkreise zu verharren und die auf einen Augenblick bei Seite gesetzten Kategorien des reinen Individualrechts wieder zu Ehren zu bringen. Gleich bei den Vorschriften über die Verwaltung des Gesamtguts läßt er das Prinzip der gesammten Hand fallen. Er konstruirt ein selbständiges, in eigenem Namen und für eigene Rechnung auszuübendes Verwaltungsrecht des Mannes (§ 1352), besondere Zustimmungsrechte der Frau zu gewissen Substanzverfügungen (§ 1353) und Befugnisse der Frau zur Wahrnehmung ihrer Sonderinteressen durch einseitige, in eigenem Namen vorgenommene Handlungen (§§ 1354—1358) und zur Vertretung des Mannes in Nothfällen (§ 1358) und im Bereiche der Schlüsselgewalt (§ 1278). Somit verknüpft er so wenig mit der Gütergemeinschaft wie mit dem gesetzlichen Güterstande eine wirkliche „Verwaltungsgemeinschaft“, sondern kennt überall nur eine getrennte Verwaltung der beiderseitigen Interessensphären. Trotz der innigen Verschmelzung des Vermögens stehen die Ehegatten einander auch hier wie Fremde gegenüber und sind nach außen hin mit individualistischen Befugnissen ausgerüstet, kraft deren ein jeder von ihnen nur für sich, die Frau ausnahmsweise im Namen des Mannes zu handeln hat. Ein zur Einheit verbundenes Ehepaar, welches eigentliche Substanzverfügungen mit gesammter Hand treffen muß, im Uebrigen durch den Mann als Haupt und in gewissem Umfange durch die Frau als hausverwaltende Mitherrin dargestellt wird, tritt niemals in die Erscheinung. Die ehemännliche Munt ist beseitigt, die volle Geschäftsfähigkeit der Frau auch hier grundsätzlich anerkannt. Eine Schuldengemeinschaft ist mit der ehelichen Gütergemeinschaft nach den Bestimmungen des Entwurfes überhaupt nicht verbunden: es giebt nur getrennte Verbindlichkeiten des Mannes und der Frau, eine Haftung des Gesamtguts für beiderseitige Verbindlichkeiten und eine persönliche Haftung des Mannes für die das Gesamtgut ergreifenden Verbindlichkeiten der Frau (§§ 1359—1363)<sup>110)</sup> Auch hinsichtlich der gegenseitigen Erbschafts-

<sup>110)</sup> Auch einen Gemeinschaftskonkurs giebt es nicht. Doch ergreift wenig-

bindlichkeiten unter den Ehegatten werden die Interessensphären des Mannes und der Frau ungebührlich auseinandergerissen (§§ 1364 bis 1369).<sup>111)</sup> In charakteristischer Weise wird ferner an Stelle eines entmündigten Ehemannes dessen Vormund in die Gemeinschaft eingeführt (§ 1370), — eine Bestimmung, die undenkbar wäre, wenn der Entwurf die Gemeinschaft als vermögensrechtlichen Ausfluß des deutschen Ehebandes würdigte! Unter den Vorschriften über die Auflösung der Gütergemeinschaft tragen die über die Auflösungsgründe (§§ 1371—1372), die Nachwirkung des engeren Gemeinschaftsbandes bis zum Vollzuge der Auseinandersetzung (§§ 1373—1375) und die jedem Ehegatten hinsichtlich bestimmter Gegenstände eingeräumten Uebernahmerechte der Eigenart des Verhältnisses Rechnung; im Uebrigen kommen nunmehr die gewöhnlichen Grundsätze über Aufhebung einer Gemeinschaft nach Bruchtheilen zur Anwendung, so daß im Falle der Ehescheidung ohne Rücksicht auf die Schuldlage stets Hälftentheilung eintritt und im Falle der Auflösung der Ehe durch den Tod nothwendig die Erbfolge in eine Hälfte eröffnet wird.<sup>112)</sup> Wie man sieht, bleibt von dem eigentlichen Wesen der gesammten Hand nicht allzuviel stehen. Dazu kommt, daß der Entwurf ungehöriger Weise in die allgemeine Gütergemeinschaft neben gesetzlichem und vertragsmäßigem Vorbehaltsgut (§§ 1346—1350) auch gesetzliches und vertragsmäßigtes Sondergut (§ 1351) einführt,<sup>113)</sup> auf das Vorbehaltsgut aber die Regeln der Gütertrennung und auf das Sondergut die Regeln seiner angeblichen Verwaltungsgemeinschaft anwendet. So zieht das ganze Glend des „gesetzlichen Güterstandes“ selbst in das System der allgemeinen Gütergemeinschaft ein und bedroht auch hier die deutsche Ehe mit Zerreißen und Verwüstung. Bei der Errungenschaftsgemeinschaft (§§ 1410—1430) und bei der Fahrnißgemeinschaft (§§ 1431—1434) wirken natürlich die Mängel der für das Sonder-

---

stens der Konkurs über das Vermögen des Mannes das Gesamtgut im Ganzen (§ 1361), so daß Entscheidungen wie die des Reichsgerichts, C.-S. Bd. 8 Nr. 26 (vgl. meine Genossenschaftstheorie S. 399 Anm. 1) unmöglich werden; vgl. Schröder a. a. O. S. 42.

<sup>111)</sup> Vgl. auch die von Schröder a. a. O. S. 44—45 gegen § 1366, § 1367 Nr. 2—4 und 1368 erhobenen Bedenken. Doch wird dem Manne als Verwalter des Gesamtguts wenigstens nicht die unerträgliche Rechenschaftspflicht aufgebürdet, die ihn bei der Verwaltungsgemeinschaft zum Geschäftsführer der Frau herabwürdigt; vgl. Schröder S. 27 und 43.

<sup>112)</sup> Vgl. gegen die einformige Durchführung dieser mechanischen Regel meine Schrift über den Entwurf und das deutsche Recht S. 429 ff.

<sup>113)</sup> Vgl. hiergegen meine angeführte Schrift S. 424 und jetzt auch Schröder S. 38—39.

gut geltenden Ordnung noch unheilvoller. Insbesondere ist das System der Errungenschaftsgemeinschaft in so verwickelter und unorganischer Weise aus Bruchstücken der übrigen Güterrechtsordnungen und allerlei Zusatzstücken zusammengestickt, daß es trotz seines Gesamtgutes kaum in höherem Maße als der gesetzliche Güterstand die Einheit der Ehe wahrt, vielmehr geradezu auf Sonderung und Zwiespalt hinarbeiten scheint.

Nach dem Muster der ehelichen Gütergemeinschaft wird die fortgesetzte Gütergemeinschaft, welche bei der Auflösung einer allgemeinen Gütergemeinschaft durch den Tod im Falle der beerbten Ehe von Rechtswegen eintreten, bei den übrigen Formen der Gütergemeinschaft dagegen ausgeschlossen sein soll, als eine „anomale“ Gemeinschaft ausgestaltet (§§ 1382—1409). Wir haben an anderer Stelle bereits darzuthun versucht, wie der romanistische Geist des Entwurfes auch dieses rein deutsche Rechtsinstitut im innersten Gefüge durchdrungen und seines tieferen Gehaltes beraubt hat.<sup>114)</sup> Die fortgesetzte Hausgemeinschaft des germanischen Rechtes, bei welcher die so oder anders ausgestaltete Vermögenseinheit jedenfalls Ausfluß und Abbild des innigen persönlichen Bandes ist, das sich zwischen dem Familienhaupte und den Kindern in der Were schlingt, wird Niemand in dieser verkünstelten Ordnung wiedererkennen. Ein Mainerbrecht des überlebenden Ehegatten, das alsbald durch den Eintritt der Gemeinschaft Lügen gestraft wird, als konstruktiver Ausgangspunkt! Fiktionen auf Fiktionen, um die ungesunde Grundlegung unschädlich zu machen! Zahllose Verweisungen und Analogien, die aus den verschiedensten Rechtstheilen fremdartige Rechtsätze zum Aufbau des Rechtsverhältnisses herbeiholen! Der innere Zusammenhang mit der Hausgemeinschaft vollkommen zerrissen! Das Ganze ein Komplex mechanisch abgemessener Individualrechte konkurrierender Vermögensinteressenten! Doch unterlassen wir es um so lieber, auf die Einzelheiten dieser Gemeinschaftsform hier noch einmal einzugehen, als inzwischen auch von anderer Seite ihr juristischer Aufbau für verfehlt erklärt worden ist.<sup>115)</sup> Die erfor-

<sup>114)</sup> Vgl. meine Schrift über den Entwurf und das deutsche Recht S. 432—442.

<sup>115)</sup> Bähr, Archiv für bürgerl. Recht I S. 260 ff., erblickt darin „eine der unglücklichsten Schöpfungen“ des Entwurfes. Schröder a. a. O. S. 51 ff. tadelt die künstliche und gewaltthame Konstruktion: „Die ganze Konstruktion ist unnatürlich, man sieht ihr gewissermaßen das Unbehagen an dem deutschrechtlichen Institut der fortgesetzten Gütergemeinschaft und die Neigung, dieselbe in römischrechtliche Formen zu pressen, an“; dabei ist sie voll von Widersprüchen und Fiktionen. Schröder macht eine Reihe von Verbesserungsvorschlägen, in

derliche Abhülfe aber ist unseres Erachtens nicht in einer bloßen Verbesserung dieser auf die vertragsmäßige allgemeine Gütergemeinschaft eingeschränkten Sonderbestimmungen, sondern nur in einer gründlichen und umfassenden Umgestaltung des gesammten Familienrechts zu finden. Es bedarf der Ausprägung der deutschen Hausgemeinschaft zu einer Rechtsgemeinschaft. Von der Einheit des Hauses her, nicht aus dem Gesichtspunkte eines Zusammenstoßes getrennter Individualinteressen ist das Rechtsverhältniß zwischen Eltern und Kindern zu gestalten. Hieraus ergibt sich dann bei allen deutschrechtlichen Formen des ehelichen Güterrechts als regelmäsiges Verhältniß eine Fortdauer der Einheit des Hausvermögens zwischen dem überlebenden Ehegatten und den Kindern. Dieses Verhältniß aber darf nicht ausschließlich auf den Boden des Erbrechtes gestellt werden. Vielmehr ist im Sinne des deutschen Rechtes die vom Entwurf überall ausgemerzte Nachwirkung des ehelichen Güterrechts anzuerkennen. Denn das personenrechtliche Band, welches die Ehegatten vereinigt und unter ihnen zugleich eine äußere oder innere Vermögensgemeinschaft bewirkt, erstreckt sich auch auf die Kinder und erfährt daher durch den Tod eines Ehegatten zwar eine wesentliche Veränderung, aber keine vollständige Lösung. Indem die Kinder an die Stelle des verstorbenen Elterntheiles rücken, besteht die Einheit des Hauses fort und findet nach deutscher Rechtsanschauung auch in einer der bisherigen Gemeinschaft analogen Vermögensgemeinschaft Ausdruck.<sup>116)</sup>

Nähme der Entwurf den Begriff der fortgesetzten Hausgemeinschaft auf, so würde er auch für bäuerliche Hofesgemeinschaften geeignete Rechtsnormen finden, während er jetzt die eigenartigen Bedürfnisse und Anschauungen der bäuerlichen Familie vollständig vernachlässigt. Der Entwurf des Einführungsgesetzes (Art. 83—87) gewährt freilich den Landesgesetzen die Ermächtigung, im Falle der Geltung des Anerbtenrechts die Vorschriften des Gesetzbuches über die Erbengemeinschaft und über die Auflösung der ehelichen Gütergemeinschaft und der fortgesetzten Gütergemeinschaft in einigen Punkten abzuändern. Allein diese Bestimmungen sind durchaus unzureichend, um eine gedeihliche Entwicklung des bäuerlichen Rechts zu sichern. Sie haben vor Allem nur die Aufgabe, durch die Erzwingung künstlicher gesetzgeberischer Konstruktionen auch diese Verhältnisse in das romanistische Begriffsschema des Entwurfes zu pressen, und schlagen von vornherein

---

denen er auch die Ausdrücke „Schichtung“, „Schichttheil“ u. s. w. wieder zu Ehren bringt.

<sup>116)</sup> Vgl. meine Schrift über den Entwurf und das deutsche Recht S. 394, 415, 445, 447, 460—477, 532—534.



das Landesrecht, das etwa in freiem deutschem Geiste schöpferisch vorzugehen gesonnen wäre, in drückende Fesseln.<sup>117)</sup>

## Kap. V. Das Gesellschaftsrecht des Entwurfes.

Der Entwurf kennt die „Gesellschaft“ lediglich in der Gestalt der römischen Sozietät, während er die deutschrechtliche Gesellschaft aus den Hallen des gemeinen bürgerlichen Rechtes ausweist. Er behandelt daher die Gesellschaft ausschließlich unter dem Gesichtspunkt eines rein obligationenrechtlichen Vertrages, welcher als solcher nur bestimmte „Schuldverhältnisse“ unter den Kontrahenten erzeugt, möglicherweise aber eine „Gemeinschaft“ herbeiführt, bei der dann einige Modifikationen des gewöhnlichen Gemeinschaftsrechtes eintreten, jedoch das innere Wesen der *communio* keine Wandlung erfährt. In diesem Sinne regelt er die Gesellschaft im 13. Titel des von „Schuldverhältnissen aus Rechtsgeschäften unter Lebenden“ handelnden zweiten Abschnitts des Obligationenrechts zwischen der „Einbringung von Sachen bei Gastwirthen“ und der „Leibrente“ (§§ 629—658). Die Motive (II S. 591) rühmen diesen ausführlichen Bestimmungen zutreffend nach, daß „die gemeinrechtliche (d. h. römische) Auffassung vom Begriffe und Wesen der Sozietät“ überall gewahrt ist. Soweit es sich um folgerichtige Durchführung der streng individualistischen Begriffsschablone handelt, wird man nicht ansehen, den Titel über „Gesellschaft“ als ein Meisterstück juristischer Technik zu bewundern.

Nach außen ist diese Gesellschaft überhaupt nicht vorhanden. „Der Vertrag bezweckt und erzeugt nur ein obligatorisches Rechtsverhältnis unter den Kontrahenten: im Verkehr mit Dritten kommt dem Gesellschaftsverhältnisse an sich keine Bedeutung zu.“ Für Dritte sind also die Gesellschafter nichts als unverbundene Einzelne. Sie können indeß als Einzelne zusammen handeln oder durch einen gemeinschaftlichen Bevollmächtigten vertreten werden. In letzterer Hinsicht gelten die gewöhnlichen Regeln über Stellvertretung. Dies ist namentlich auch dann der Fall, wenn ein Gesellschafter zugleich als Bevollmächtigter der übrigen Gesellschafter auftritt. Nur soll die im Gesellschaftsvertrage einem Gesellschafter erteilte Befugniß zur Geschäftsführung im Zweifel gleichzeitig als Vollmacht zur Vertretung der übrigen Gesellschafter im Bereiche der Geschäftsführung gelten (§ 640 Abs. 1). Deshalb kann auch die im Gesellschaftsvertrage einem Gesellschafter erteilte Vollmacht nur aus einem die Entziehung der Geschäftsführungsbefugniß rechtfertigenden Gründe und nur zusammen mit

<sup>117)</sup> Vgl. meine angeführte Schrift S. 567—571.

dieser Entziehung widerrufen werden (§ 640 Abs. 2). Schließen die Gesellschafter in Person oder durch Vertreter ein Rechtsgeschäft ab, so werden sie dem Dritten gegenüber nach Antheilen und zwar im Zweifel nach gleichen Antheilen berechtigt und verpflichtet (§ 642). Somit sind im Gegensatz zum deutschen und preussischen Recht die gesellschaftlichen Forderungen und Verbindlichkeiten, falls nicht die Untheilbarkeit der Leistung entgegensteht, von selbst getheilt. Jeder Gesellschafter kann einen Theil jeder Gesellschaftsforderung für sich einklagen; der Schuldner kann niemals einwenden, daß er sich ja doch mit einer Gesellschaft eingelassen habe und darum zwar Allen gemeinschaftlich, aber nicht dem einen heute und dem andern morgen theilweise Befriedigung schulde. Umgekehrt kann der Gesellschaftsgläubiger nicht etwa zunächst einmal die Gesamtheit auf Bezahlung aus dem Gesellschaftsvermögen, sondern nur jeden Gesellschafter auf Bezahlung eines Theiles belangen. Im Uebrigen entstehen hinsichtlich der einzelnen gesellschaftlichen Rechte Gemeinschaftsverhältnisse nach Bruchtheilen. Jeder Gesellschafter erlangt also einen frei veräußerlichen und belastbaren Eigenthumsantheil an jeder Gesellschafts Sache und einen entsprechenden ideellen Antheil an jeder sonstigen gesellschaftlichen Berechtigung. Mag auch eine einseitige Verfügung über eine solche Quote gesellschaftswidrig sein, so ist sie doch wirksam. Die Gesellschafter können es niemals hindern, daß an Stelle des Mitgesellschafters ein beliebiger Dritter in das Miteigenthum an einer Sache oder die Theilhaberschaft an einem Recht hineingesetzt wird. Nur die aus dem Gesellschaftsvertrage selbst entspringenden Forderungen eines Gesellschafters gegen die übrigen Gesellschafter werden mit Ausnahme der fälligen Forderungen aus Geschäftsführung und der Forderungen auf einen Gewinnantheil oder auf den Auseinandersetzungsantheil als „unübertragbar“ anerkannt (§ 644).

Nach innen erzeugt der Gesellschaftsvertrag ein „Schuldverhältniß“ unter mehreren einander nach wie vor in voller Getrenntheit gegenüberstehenden Personen. Von einer Personeneinheit ist nicht die Rede. Aber auch die Vorstellung einer Vermögenseinheit wird abgelehnt: „es besteht kein geschlossenes Gesellschaftsvermögen; den einzelnen Gesellschaftern steht das Vermögen zu bestimmten Antheilen zu.“ Somit kann in keinem Sinne den einzelnen Gesellschaftern eine „Gesellschaft“ entgegengesetzt werden. Das Verhältniß erschöpft sich in einer Anzahl von Sondersphären, die für eine Gemeinsphäre keinen Raum lassen. Der Entwurf kann von sich rühmen, daß er diese Auffassung mit eiserner Konsequenz durchgeführt hat. Allein um einigermaßen dem Leben gerecht zu werden, hat er gleichwohl eine Reihe von Rechtsfällen aufgenommen, die dem von einer ganz anderen Auffassung getragenen System der deutschrechtlichen Ge-

fellshaft und namentlich der offenen Handelsgesellschaft entstammen. Mit außerordentlichem Scharfsinn hat er kunstvolle Konstruktionen ausfindig gemacht, durch welche diese deutschrechtlichen Einschießel vom römischen Obligationenrecht her zu Stande kommen. So wird im Innern der Gesellschaft schließlich dennoch etwas wie eine personenrechtliche Verbundenheit und ein geschlossenes Sondervermögen wirksam, ohne daß auch nur einen Augenblick die begriffliche Grundlage der rein obligationenrechtlichen Bindung und der getrennten Kommunionstheile preisgegeben würde.

Als wesentlichen Inhalt des Gesellschaftsvertrages bezeichnet der Entwurf die Eingehung einer gegenseitigen Verpflichtung, „zur Erreichung des vereinbarten gemeinsamen Zweckes die vereinbarten Leistungen beizutragen“ (§ 629). Die Beitragspflicht trifft jeden Gesellschafter und zwar im Zweifel in gleicher Weise, kann aber nach Art und Größe ungleich bestimmt sein und auch in einer persönlichen Leistung bestehen; zu einer Erhöhung des Beitrags oder zu einer Ergänzung der Einlage ist kein Gesellschafter verpflichtet (§ 630). Inwieweit der Gesellschafter nicht bloß durch Erfüllung seiner Beitragspflicht, sondern auch durch sein „sonstiges Verhalten“ den Gesellschaftszweck zu fördern hat, soll nach § 359 beurtheilt werden (§ 632). Hiernach verpflichtet der Vertrag den Vertragsschließenden „zu demjenigen, was sich aus den Bestimmungen und der Natur des Vertrages nach Gesetz und Verkehrssitte, sowie mit Rücksicht auf Treue und Glauben als Inhalt seiner Verbindlichkeit ergibt“. Offenbar kann mit Hilfe dieses elastischen Rechtsatzes auch die Annahme einer die Persönlichkeit im Ganzen ergreifenden Gebundenheit durchgeführt und so der obligationenrechtliche Rahmen thatsächlich gesprengt werden. In angemessener Weise verpflichtet der Entwurf den Gesellschafter nur zur Anwendung gleicher Sorgfalt wie in eigenen Angelegenheiten (§ 633). Und obwohl er alle aus dem Gesellschaftsverhältnis entspringenden Rechte gegen die Mitgesellschafter als gewöhnliche „Forderungen“ betrachtet, bringt er doch durch die schon erwähnte Anordnung ihrer Unübertragbarkeit ihren Zusammenhang mit der Persönlichkeit zur Geltung (§ 644).

Eine Gemeinschaft soll aus der Gesellschaft an sich nicht folgen. Der Gesellschaftsvertrag hat keinerlei vergemeinschaftende Wirkung. Doch kann derselbe die gegenseitige Verpflichtung begründen, die beizutragenden Gegenstände entweder dem Rechte oder dem Gebrauche oder der Nutzung nach zu vergemeinschaften (§ 631 Abs. 1). Wenn Geld oder vertretbare Sachen oder andere Sachen nach einer nicht bloß zum Zwecke der Gewinnvertheilung erfolgten Schätzung beizutragen sind, ist anzunehmen, daß dieselben dem Rechte nach gemein-

schaftlich werden sollen (§ 631 Abs. 2). Zur Herstellung der Gemeinschaft bedarf es hinsichtlich jedes einzelnen Gegenstandes eines je nach der Beschaffenheit desselben zu beurtheilenden Uebertragungsaktes (§ 631 Abs. 3). Ebenso hat jeder Gesellschafter dasjenige, was er aus der gesellschaftlichen Geschäftsführung in eigenem Namen erwirbt, „den übrigen Gesellschaftern dergestalt zu übertragen, daß es allen Gesellschaftern gemeinschaftlich wird“ (§ 641 Satz 2). Dagegen wird dasjenige, was von allen Gesellschaftern zusammen oder für sie von einem Vertreter erworben wird, ohne Weiteres gemeinschaftlich (§ 641 Satz 1 u. § 642). Soweit eine Gemeinschaft eintritt, ist sie auch im Verhältniß der Gesellschafter zu einander eine Gemeinschaft nach Antheilen an den einzelnen Gegenständen, wobei eine Vermuthung für Gleichheit der Antheile spricht (§ 631 Abs. 4 u. § 642). Doch weiß der Entwurf alle diese gesonderten Antheile in der Richtung nach innen dadurch unschädlich zu machen, daß er jeden Gesellschafter gegenüber den übrigen Gesellschaftern verpflichtet, „sich bis zur Auseinandersetzung der Verfügung über den ihm zustehenden Antheil an den in Folge des Gesellschaftsvertrages gemeinschaftlich gewordenen Gegenständen zu enthalten“ (§ 645 Abs. 1), und ihm zugleich bis dahin die Theilungsklage entzieht (§ 645 Abs. 2). Einen Rechnungsabluß und die Vertheilung des Gewinnes kann jeder Gesellschafter erst nach Auflösung der Gesellschaft, jedoch bei einem Gesellschaftsverhältniß von längerer Dauer im Zweifel jährlich verlangen (§ 646). In Ermangelung vertragsmäßiger Bestimmung hat jeder Gesellschafter ohne Rücksicht auf die Art und Größe seines Beitrags gleichen Antheil an Gewinn und Verlust (§ 647).

Irgend eine Willensorganisation läßt der Entwurf aus dem Gesellschaftsverhältniß als solchem nicht hervorgehen, spricht vielmehr die Geschäftsführung allen Gesellschaftern dergestalt gemeinschaftlich zu, daß für jedes Geschäft die Zustimmung aller Gesellschafter erforderlich ist (§ 634). Er sieht jedoch die Begründung einer gesellschaftlichen Organisation durch den Gesellschaftsvertrag vor und trifft Bestimmungen über die etwa zugelassenen Mehrheitsbeschlüsse (§ 635), über die einem Gesellschafter oder mehreren Gesellschaftern etwa übertragene Geschäftsführung (§§ 636—639), über die Vollmacht zur Vertretung (§§ 640—641) und über die Kontrollbefugnisse des von der Geschäftsführung ausgeschlossenen Gesellschafters (§ 643). Alle diese Bestimmungen sind sachlich angemessen. So ist es zu billigen, daß die Mehrheit im Zweifel nach Köpfen berechnet werden soll; daß die Geschäftsführungsbefugniß mehrerer Gesellschafter im Zweifel kollektiv zu verstehen ist, unter mehreren für sich allein zur Geschäftsführung berufenen Gesellschaftern aber einem jeden die Befugniß zusteht, durch

seinen Widerspruch die Vornahme einer Handlung zu hindern; daß die im Gesellschaftsvertrage eingeräumte Geschäftsführungsbefugniß durch einstimmigen Beschluß und bei vereinbarter Geltung des Majoritätsprinzips auch durch Mehrheitsbeschluß der übrigen Gesellschafter entzogen, dagegen die vertragsmäßig übernommene Geschäftsführung nicht willkürlich niedergelegt werden kann; daß abweichend vom Recht der offenen Handelsgesellschaft der Umfang der Geschäftsführungsbefugniß im Zweifel zugleich den Umfang der Vollmacht zur Vertretung bestimmen und begrenzen soll; daß Beschränkungen der Kontrollbefugnisse des von der Geschäftsführung ausgeschlossenen Gesellschafters durch den Nachweis einer Unredlichkeit in der Geschäftsführung hinfallig werden. In der Form ist dabei überall die individualistische Begriffsschablone ängstlich gewahrt, so daß die gewöhnlichen Kategorien des Forderungsrechtes, des Auftrages und der Stellvertretung nirgend überschritten werden. In § 639 wird ausdrücklich die entsprechende Anwendung der Vorschriften über den Auftrag angeordnet. Sorgfältig wird vermieden, von einem Beschluß der „Gesellschaft“ oder von einem Handeln für die „Gesellschaft“ zu sprechen. Immer ist nur von Beziehungen zu den „übrigen Gesellschaftern“ die Rede. Jede Thätigkeit eines Gesellschafters in Gesellschaftsangelegenheiten wird als eine zwiespältige Aktion aufgefaßt, bei welcher ein Individuum theils in eigenem Namen für sich und theils aus Auftrag oder Vollmacht für andere Individuen handelt. Allein dem Erfolge nach wird trotzdem die vertragsmäßige Begründung einer ständigen Willensgemeinschaft ermöglicht, kraft welcher im gesellschaftlichen Bereiche die verbundene Gesamtheit den einzelnen Theilhabern nach Art einer Personeneinheit gegenübertritt.

Hinsichtlich der Beendigung der Gesellschaft hält der Entwurf an dem römischen Prinzip der Zerbrechlichkeit der Societät grundsätzlich fest. Er behandelt daher zunächst die Kündigung eines Gesellschafters als einen für alle Gesellschafter wirksamen Auflösungsgrund (§ 648 Abs. 1). Das Kündigungsrecht schränkt er nur im Falle der vorzeitigen Kündigung einer auf bestimmte Zeitdauer eingegangenen Gesellschaft durch das Erforderniß eines wichtigen Grundes ein (§ 648 Abs. 2). Im Uebrigen statuiert er nicht einmal eine Kündigungsfrist. Eine Kündigung zur Unzeit soll zwar nicht stattfinden, wirkt aber, falls sie dennoch erfolgt, gleichwohl auflösend und verpflichtet nur zum Schadensersatz (§ 648 Abs. 3). Der vertragsmäßige Ausschluß des Kündigungsrechtes ist bei einer Gesellschaft mit unbestimmter Zeitdauer nichtig (§ 649). Als Gesellschaft mit unbestimmter Zeitdauer gilt auch die Gesellschaft auf Lebenszeit und die nach Ablauf der bedungenen Zeit stillschweigend fortgesetzte Gesellschaft (§ 650). Auf-

lösend soll ferner die Erreichung oder das Unmöglichwerden des vereinbarten Zweckes wirken (§ 651). Desgleichen der Tod eines Gesellschafters (§ 652) und die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen eines Gesellschafters (§ 653). Doch kann der Gesellschaftsvertrag die Auflösung der Gesellschaft durch den Tod eines Gesellschafters ausschließen. Auch hat der Erbe eines Gesellschafters, falls durch dessen Tod die Gesellschaft aufgelöst wird, den Todesfall unverzüglich anzuzeigen und bei Gefahr im Verzuge die gesellschaftlichen Geschäfte, welche dem Verstorbenen oblagen, bis zur Verständigung über anderweite Fürsorge weiter zu besorgen. Dieselbe Verpflichtung zur ferneren Geschäftsbesorgung trifft die überlebenden Gesellschafter und im Falle der Konkursöffnung die übrigen Gesellschafter. Hinsichtlich dieser Geschäftsbesorgungen gilt der Gesellschaftsvertrag als fortbestehend. In ähnlicher Weise soll bei jeder nicht durch Kündigung erfolgten Auflösung die Gesellschaft in Ansehung der Geschäftsführungsrechte so lange als fortbestehend angesehen werden, bis die Gesellschafter von der auflösenden Thatsache Kenntniß erlangt haben oder hätten erlangen müssen (§ 654).

Die Auseinandersetzung der Gesellschaft regelt der Entwurf nach handelsrechtlichem Vorbilde. Er läßt daher während der Liquidation die Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages, jedoch mangels anderer Abrede mit Ausnahme der Einräumung einer Geschäftsführungsbefugniß, insoweit fortgelten, als es der Zweck der Auseinandersetzung erfordert (§ 655). Und er schreibt mangels anderer Vereinbarung im Wesentlichen eine Auseinandersetzung in Geld vor, so daß der einzelne Gesellschafter nur hinsichtlich der bloß zum Gebrauch oder zur Benutzung eingebrachten Gegenstände einen Anspruch auf Rückerstattung in Natur hat, dagegen im Uebrigen nur eine Erstattung des Werthes seiner Einlage verlangen kann, bei unzureichenden Mitteln der Gesellschaft sich eine verhältnißmäßige Kürzung dieses Anspruchs gefallen lassen muß und zur Deckung überschüssiger Passiva nach Maßgabe seiner Pflicht zur Verlusttragung heranzuziehen ist. Insoweit erweisen sich also die gesonderten Antheile an den gemeinschaftlichen Gegenständen als vollkommen unpraktisch; die Sache wird vielmehr genau so geregelt, als bestände ein geschlossenes Gesellschaftsvermögen mit bloßen Werthantheilen der Einzelnen. Um aber dieses Ziel zu erreichen, bedarf es eines eine volle Druckseite füllenden Paragraphen (§ 656), welcher durch eine Anzahl positiver Bestimmungen die aus der Grundauffassung des Entwurfes an sich folgenden widerstrebenden Sätze beseitigt. Insbesondere wird, damit die Berichtigung der gemeinschaftlichen Schulden aus den gemeinschaftlichen Gegenständen und die Deckung des Fehlbetrages durch gesellschaftsrechtliche

Umlage vorgeschrieben werden kann, die Getheiltheit der Schulden wegdefretirt; es werden die Schulden, „für welche einem Gesellschafter als Gläubiger die übrigen Gesellschafter als Schuldner haften“, als Passiva des Gesellschaftsvermögens behandelt; es wird der Anspruch auf Naturaltheilung der dazu geeigneten gemeinschaftlichen Gegenstände und die Getheiltheit der gemeinschaftlichen Forderungen dadurch bei Seite geschoben, daß dem Gesellschafter wegen seiner Einlage ein bloßer Wertherstattungsanspruch eingeräumt, die Befriedigung dieses Anspruches ausschließlich auf das nach Berichtigung der Schulden verbleibende gemeinschaftliche Vermögen angewiesen und behufs Berichtigung der Schulden und Erstattung der Einlagen der Umsatz der gemeinschaftlichen Gegenstände in Geld angeordnet wird. Nur bezüglich eines nach Berichtigung der Schulden und Erstattung der Einlagen etwa vorhandenen Ueberschusses, welcher allen Gesellschaftern nach Maßgabe der für die Vertheilung des Gewinnes geltenden Bestimmungen gebührt, bleiben nach der Auslegung der Motive die gewöhnlichen Regeln der *communio* in Kraft (II S. 629).

Am weitesten entfernt sich der Entwurf vom römischen Sozietätsrecht durch die Ermöglichung eines Fortbestandes der Gesellschaft trotz Ausscheidens eines Gesellschafter's. Er kennt zwar keinen Ausschluß eines Gesellschafter's und keine Erhaltung der Gesellschaft durch einen bei oder nach Eintritt eines Auflösungsgrundes gefaßten Beschluß der von dem Auflösungsgrunde nicht betroffenen Gesellschafter. Allein er erklärt eine vor der Auflösung geschlossene Vereinbarung für wirksam, nach welcher bei der Kündigung, dem Tode oder dem Konkurse eines Gesellschafter's die Gesellschaft unter den übrigen Gesellschaftern fortbestehen soll (§ 657). In diesem Falle hat der ausscheidende Gesellschafter, von dem Ansprüche auf Rückerstattung der nur zum Gebrauche oder zur Nutzung eingebrachten Gegenstände abgesehen, lediglich einen Anspruch auf Auseinandersetzung in Gelde (§ 658). Die Auseinandersetzung erfolgt auf Grund der Vermögenslage zur Zeit des Ausscheidens; doch bleibt der ausgeschiedene Gesellschafter an dem Ergebniß schwebender Geschäfte theilhaftig und muß sich deren Abwicklung durch die übrigen Gesellschafter gefallen lassen. Durch Berechnung und im Wege der Schätzung zu bewirkende Werthermittlungen wird der Betrag des hiernach als gemeinschaftlich zu erachtenden Vermögens festgestellt. Ergiebt sich ein Aktivvermögen, so sind die übrigen Gesellschafter verpflichtet, dem ausgeschiedenen Gesellschafter eine Geldsumme zu zahlen, welche demjenigen entspricht, was er an Geld oder Geldeswerth nach den im Falle der Auflösung geltenden Auseinandersetzungsgesetzen erhalten haben würde. Deckt der Werth der gemeinschaftlichen Gegenstände nicht die gemein-

haftlichen Schulden, so hat der ausgeschiedene Gesellschafter den übrigen Gesellschaftern für den Fehlbetrag nach Verhältniß seines Antheiles an der Verlustgefahr aufzukommen. Hier wird also Alles genau so geregelt, als wenn es ein Gesellschaftsvermögen gäbe. Allein dies ist nur täuschender Schein. An sich behält der ausgeschiedene Gesellschafter seine Quoten- und Theilrechte an jedem gemeinschaftlichen Gegenstande: er wird nur durch eine besondere Bestimmung verpflichtet, seine Antheile „den übrigen Gesellschaftern zu übertragen“. Ebenso werden die übrigen Gesellschafter verpflichtet, „ihn von den aus dem Gesellschaftsverhältnisse hervorgegangenen Verpflichtungen gegen Dritte zu befreien“. Welche gewundenen Wege! Und wie wenig vermag zuletzt trotz aller Künstelei dieses obligationenrechtliche Geslecht den Mangel einer gesellschaftlichen Personeneinheit und einer ihr entsprechenden Vermögenseinheit zu ersetzen!

Dem Entwurf ist es keineswegs entgangen, daß sein Gesellschaftsrecht den Anschauungen und Bedürfnissen des deutschen Rechtslebens nicht Genüge leistet (Motive II S. 632). Er giebt daher schließlich den Gesellschaftern bei jedem „zum Zwecke der Betreibung eines Erwerbsgeschäftes“ geschlossenen Gesellschaftsvertrage die Befugniß, durch Vereinbarung der Anwendbarkeit der für die offene Handelsgesellschaft geltenden Vorschriften sich aus dem unzureichenden bürgerlichen Recht in das Handelsrecht hinüberzuzüchten (§ 659). Allein die Gesellschaft kann nicht etwa einzelne Stücke des Rechtes der offenen Handelsgesellschaft annehmen. Vielmehr muß sie, wenn sie dem römischen Sozietätsrecht des Entwurfes entgehen will, das gesammte Recht der offenen Handelsgesellschaft mit seinem durchweg kaufmännischen Zuschnitt auf sich herabladen. Insbesondere werden alle auf die offene Handelsgesellschaft sich beziehenden Vorschriften anwendbar, welche „die Errichtung der Gesellschaft, den Geschäftsbetrieb unter gemeinschaftlicher Firma, die Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister, das Rechtsverhältniß der Gesellschafter unter einander und zu dritten Personen, die Auflösung der Gesellschaft und das Austrreten einzelner Gesellschafter, die Liquidation, die Anspruchsverjährung und die Geltung der in Ansehung der Kaufleute gegebenen Vorschriften betreffen“. Nun hat die Gesellschaft Alles, was sie zum Leben braucht. Sie hat jedoch zugleich Manches, was sie vielleicht gar nicht zu besitzen wünscht und als eine überflüssige und unter Umständen schädliche Zugabe mit in den Kauf nehmen muß. Denn dieses handelsrechtliche Gewand mit Firmenrecht, Registerrecht, kaufmännischer Buchführung, uneingeschränkter Solidarhaft, schrankenloser und unbeschränkbarer Vertretungsmacht u. s. w. eignet sich keineswegs für jede Erwerbsgesellschaft. Das Handelsgesetzbuch selbst hat weise daran



gethan, den Minderkaufleuten sein Handelsgesellschaftsrecht zu verschließen. Nun sollen nicht bloß Handelsleute jeder Art, sondern Handwerker, Landwirth, Fischer, Musiker u. s. w. sich in der Form des kaufmännischen Compagniegeschäftes verbinden können. Ja sie werden, wenn sie eine lebensfähige Gesellschaft begründen wollen, durch die vom bürgerlichen Gesetzbuch geschaffene Rechtsnoth geradezu in diese für sie gefährliche und vielleicht verderbliche Bahn hineingedrängt.

Einer Gesellschaft, die nicht auf den Betrieb eines Erwerbsgeschäftes gerichtet ist, steht dieser Ausweg nicht offen. Wenn aber eine Gesellschaft nicht in das Handelsrecht übertreten kann oder will und sie nicht etwa einem der Landesgesetzgebung vorbehaltenen Sonderrechtsgebiet angehört, so kann sie das individualistische Sozietätschema des Entwurfes an keinem Punkte durchbrechen. Der Gesellschaftsvertrag kann freilich insoweit, als die obligationenrechtlichen Beziehungen unter den Gesellschaftern in Frage stehen, das Gesellschaftsverhältniß innerhalb gewisser Schranken frei gestalten. Er hat aber nicht die Macht, eine deutschrechtliche Gesellschaft mit Personeneinheit und Sondervermögen hervorzubringen. Die Motive (II S. 600) betonen ausdrücklich, es sei „den Gesellschaftern auch nicht die Möglichkeit gegeben, die zwischen ihnen bestehende Gemeinschaft in einer an das System des preußischen oder französischen Rechtes bezw. S. G. B. sich anschließenden Weise zu begründen, insbesondere ein anomales Miteigenthum zu schaffen“. Wieder also ist der deutsche Rechtsgedanke aus dem künftigen gemeinen Privatrecht verbannt. Was er gebildet hat, daß ist „anomal“ und darf die reinen Linien des Pandektensystems nicht trüben. Alle noch lebendigen Reste des deutschen Gesellschaftsrechtes sind zum Tode verurtheilt, und den neuen Sprösslingen, die es etwa hervortreiben könnte, ist Luft und Licht verwehrt. Die ungleich gesunderen, obschon einer Fortbildung bedürftigen Grundsätze des preußischen Landrechts, des französischen Gesetzbuches und anderer sich dem deutschen Gesellschaftsbegriff annähernder Partikularrechte sind beseitigt. Aber auch in den Ländern des gemeinen Rechts wird nun erst endgültig das einheimische Gesellschaftsrecht durch eine starr romanistische Schablone erstickt. Denn bisher schützte das Gewohnheitsrecht durch die Anerkennung verkehrsmäßig ausgebildeter „Modifikationen“ des römischen Sozietätsrechts einigermaßen den Bestand zahlreicher deutschrechtlicher Gebilde. Oft mußte die Praxis unter Berufung auf den *usus modernus* die römische Form mit deutschem Geiste zu erfüllen. Von nun an aber herrscht auch hier der kahle Gesetzesbuchstabe, und keine künftige Uebung kann den Reichthum der deutschen Gesellschaftsbildung von Neuem beleben.

Das Gesellschaftsrecht des Entwurfes ist um so unannehmbarer, als es keinerlei Bestimmungen für besondere Gesellschaftsgattungen enthält, sondern alle nicht als Körperschaften anerkannten vertragsmäßigen Vereinigungen unterschiedslos seinen einförmigen Regeln unterwirft. Vorübergehende und dauernde Verbindungen, Gesellschaften für einzelne Geschäfte und für ständigen gemeinsamen Geschäftsbetrieb, wirthschaftliche Assoziationen und Vereinigungen für ideale Zwecke, vermögensrechtliche und rein persönliche Gesellschaften fallen sämmtlich unter dieselben gesetzlichen Bestimmungen.

Soll das ganze gegenwärtige Vermögen oder ein Bruchtheil desselben vergemeinschaftet werden, so bedarf der Gesellschaftsvertrag der gerichtlichen oder notariellen Form (§ 350 Abs. 2), während im Uebrigen auch für diesen Fall besondere Sätze nicht gelten (Motive II S. 595 und 629—630). Dagegen ist ein auf das ganze künftige Vermögen oder einen Bruchtheil desselben gerichteter Gesellschaftsvertrag nach dem Entwurfe nichtig (§ 350 Abs. 1). Kein in Deutschland geltendes Recht hat es bisher als erforderlich erachtet, die vertragsmäßige Begründung einer allgemeinen Vermögensgemeinschaft gänzlich zu verbieten. Das preussische Landrecht läßt wenigstens die Eingehung einer allgemeinen Erwerbsgesellschaft, das französische Recht die Vergemeinschaftung des gesammten künftigen Vermögens quoad usum zu. Auch die neueren Entwürfe wollten die allgemeine Vermögensgesellschaft (der bayrische Entwurf jedoch nur die allgemeine Erwerbsgesellschaft) als statthaft behandeln (Motive II S. 187 Anm. 1). In der That fehlt es an jedem zureichenden Grunde, die Eingehung einer so innigen Gemeinschaft zu untersagen. Die Regeln über die Auflösung vertragsmäßig begründeter Gesellschaften und über die hiermit verbundene Absonderung und Theilung sichern das Individuum hinlänglich vor der Absorption durch die Gemeinschaft. Daß die Vertragsfreiheit in diesem Punkte bisher sonstige Mißstände oder Gefahren herbeigeführt hätte, ist nicht ersichtlich und wird auch von den Motiven nicht behauptet. Wenn die Motive darauf hinweisen, daß allgemeine Vermögensgesellschaften selten vorkommen, so ist das Verbot derselben umsoweniger gerechtfertigt. In den besitzenden Klassen sind heute freilich kommunistische Neigungen wenig verbreitet. Wenn aber einmal Geschwister oder sonst einander sehr nahestehende Personen in allgemeiner Gütergemeinschaft leben wollen, so darf der Gesetzgeber ihnen nicht entgegentreten. Wer will auch im Voraus ermessen, ob und inwieweit etwa in Zukunft allgemeine Vermögensgesellschaften eine Rolle spielen werden? Der Entwurf hat sich auch hier von seinem individualistischen Eifer hinreißen lassen. Er möchte die Unan-

taftbarkeit der vermögensrechtlichen Individualsoveränentät gleich für die Ewigkeit sichern.

Schwer übersehbar in ihren Folgen ist die nach den Motiven (II S. 594—595) dem Entwurf zu Grunde liegende Annahme, daß die Vorschriften des von der Gesellschaft handelnden Titels auch auf eine Gesellschaft ohne jeden vermögensrechtlichen Charakter Anwendung zu finden haben. Neben den Gesellschaften für Vermögenszwecke sind freilich auch Gesellschaften für ideale Zwecke dann als obligationenrechtliche Gebilde anzuerkennen, wenn die Gesellschafter zu vermögensrechtlichen Leistungen verpflichtet werden. Der Entwurf will aber sowohl hinsichtlich des Zweckes wie hinsichtlich der Beiträge von dem Erforderniß des vermögensrechtlichen Interesses absehen. Hiernach fällt also beispielsweise auch ein Lesekränzchen, eine Verabredung zu gemeinsamer Repetition für ein Examen, ein musikalischer Zirkel, ja jede gesellige Zusammenkunft unter das Recht des Gesellschaftsvertrages. Eine wissenschaftliche Gesellschaft, bei deren wöchentlichen Vereinigungen abwechselnd jedes Mitglied einen Vortrag als „persönliche Leistung“ für den „vereinbarten gemeinsamen Zweck“ gegenseitiger Belehrung „beizutragen“ hat (§ 629 Abs. 1 und § 630 Abs. 1), erzeugt eine *actio pro socio* auf Leistung des Vortrages. Vielleicht kann auch auf Theilnahme am Tanz in einem Tanzkränzchen, auf Uebnahme der Tenorstimme in einem Quartett, auf Erfüllung der Zusage des Erscheinens bei einer zum Abendessen eingeladenen „Gesellschaft“ geklagt werden. Mit dieser Loslösung des Sozietätsbegriffes von jeder vermögensrechtlichen Beziehung verliert das Gesetzbuch allen festen Boden unter den Füßen. Doch handelt es sich hier nur um eine Konsequenz der allgemeinen Begriffsbestimmung des „Schuldverhältnisses“ (§ 206), durch welche von vornherein alle festen Grenzen des Obligationenrechts verwischt werden.<sup>118)</sup>

Auf den ersten Blick leuchtet ein, daß für Genossenschaften und Vereine, welche in Wahrheit Körperschaften sind, jedoch die Körperschaftsrechte nicht erlangt haben, das Gesellschaftsrecht des Entwurfes schlechthin nicht paßt (Motive II S. 592—593). Wir haben oben schon davon gesprochen, wie in Folge der Engherzigkeit des Entwurfes bei Gewährung der Körperschaftsrechte demgemäß zahlreiche an sich rechtsbeständige Vereinsgebilde ins Leere fallen. Was soll denn nun mit ihnen geschehen? Es bleibt nichts übrig, als in jedem Falle, in welchem derartige Rechtsverhältnisse vor den Richter kommen, den Bankerott der Rechtsordnung zu erklären! Mitten in unserem Rechtssystem öffnet sich hier ein Gebiet der wüsten Rechtslosigkeit!

<sup>118)</sup> Vgl. meine Schrift über den Entwurf und das deutsche Recht S. 194 ff.

Würde aber auch jede Körperschaft als das anerkannt, was sie ist, so blieben doch mancherlei deutschrechtliche Assoziationen übrig, welche nicht als Körperschaften ausgestaltet sind, jedoch dem körperschaftlichen Typus sich dergestalt annähern, daß sie mit dem reinen römischen Sozietätsrecht des Entwurfes nicht zu leben vermögen. Ein deutsches Gesellschaftsrecht müßte weit genug gefaßt sein, um ihnen eine geeignete Stätte zu bieten. Und wer will heute voraussagen, welche neuen Zwischenformen zwischen Sozietät und Körperschaft der ewig schöpferische deutsche Vereinigungstrieb im Zusammenhange künftiger wirthschaftlicher und sozialer Entwicklungen erzeugen wird? Solche Quellen der Verjüngung des Rechtslebens darf unser Gesetzbuch nicht verstopfen. Man stelle sich nur vor, wie es heute um unser Gesellschafts- und Genossenschaftsrecht stände, wenn etwa gleich bei der Rezeption die romanistische Ordnung des Entwurfes als Gesetz verkündet, auf dem einen oder anderen Sonderrechtsgebiet vielleicht eine damals schon fertige deutschrechtliche Gemeinschaftsform vorbehalten, dagegen für die Zukunft das Gewohnheitsrecht unterdrückt und der „Geist“ des Entwurfes über das Leben mächtig geworden wäre!

## Kap. VI. Das Recht der Vermögensinbegriffe im Entwurf.

Huldigt der Entwurf in Ansehung der Personenwelt dem Individualismus, so führt er hinsichtlich der Sachenwelt eine streng atomistische Grundauffassung durch.

Darum verwirft er zunächst den Begriff der körperlichen Gesamtsache (Motive III S. 28). Vielmehr erkennt er als Rechtsobjekte nur Einzelsachen an. Jede Sache ist ihm ein streng abgeschlossenes Sachindividuum, welches in sich nicht wieder Sachen, sondern nur „Bestandtheile“ enthalten kann. Die Bestandtheile der Sache unterscheidet er in „wesentliche“ und „nicht wesentliche“ Bestandtheile. An den letzteren hält er nicht ohne Widerspruch mit seiner Grundanschauung ein besonderes Recht für möglich. Dagegen schließt er an „wesentlichen“ Bestandtheilen „ein von dem Rechte an der Sache im Ganzen abgefordertes Recht“ absolut aus (§ 782). Durch eine Reihe positiver Bestimmungen grenzt er die Sachindividuen und insbesondere die Grundstückseinheiten gegeneinander ab und setzt die Eigenschaft gewisser Gegenstände als „Bestandtheile“ und gewisser Bestandtheile als „wesentlicher Bestandtheile“ fest (§§ 783—788). Auf diese Weise schneidet er die Möglichkeit eines Stodwertseigenthums, eines abgeforderten Bergwertseigenthums, eines selbständigen dinglichen Rechtes

an ungetrennten Früchten rundweg ab und erhebt den römischen Satz „*superficies solo cedit*“ zum unantastbaren Dogma. Freilich macht er nicht unerhebliche Zugeständnisse an das entgegengesetzte Bedürfnis des Lebens. Allein soweit er an Gebäuden, Pflanzen, Anlagen, Erdstücken ein vom Grundeigenthum abgesondertes Recht anerkennt, rettet er sein Prinzip durch eine gesetzliche Fiktion, durch welche für solche Fälle die Bestandtheilseigenschaft des Bestandtheils weggedichtet wird (§§ 785—786). Wir haben schon an anderer Stelle diese verkünstelte und durchaus unzureichende Ordnung näher dargelegt und bekämpft.<sup>119)</sup> Hier genügt der Hinweis darauf, wie der Entwurf es zu Stande bringt, die gesammte Körperwelt in einzelne Sachkörper zu zerlegen, welche trotz aller Zusammengesetztheit für das Recht schlechthin einfache und in sich geschlossene Objekte sind. Denn hiermit sind die Sachindividuen hergestellt, die nun auch gegen einander ihre Geschlossenheit bewahren und keinerlei Verbindung zu höheren objektiven Einheiten eingehen.

Der Entwurf spricht mehrfach von Sachinbegriffen. Allein er legt keinem Sachinbegriff die Bedeutung eines selbständigen Rechtsobjektes bei. Die Motive führen aus, daß eine Sachgesamtheit als solche stets nur ein ideales Objekt, nicht ein körperlicher Gegenstand sei und deshalb niemals dem Sachbegriff unterstellt und als Gegenstand eines Rechtes behandelt werden könne. Ein Recht an einem Inbegriff von Sachen sei immer nur eine Summe von Rechten an allen einzelnen Sachen. Wer an einem solchen Inbegriff das Eigenthum geltend mache, müsse die „Erwerbung desselben an jeder einzelnen Sache, welche zu dem Inbegriff gehören soll, nachweisen.“ So bei einer Herde, einem Bienenschwarm, einer Bibliothek, einem Waarenlager. Bei dem Bienenschwarm fällt freilich der Entwurf selbst einmal aus der Rolle, indem er im Falle der Vereinigung mehrerer ausgezogener Schwärme die verfolgenden Eigenthümer „an dem eingefangenen Gesamtschwarme das Miteigenthum nach Bruchtheilen“ erwerben läßt (§ 908). Im Uebrigen hält er streng daran fest, daß ein Sachinbegriff sachenrechtlich nicht vorhanden und nur für die Auslegung rechtsgeschäftlicher Bestimmungen und für die Begründung obligationenrechtlicher Verpflichtungen von Bedeutung ist. Doch sucht er zunächst durch eine Fiktion, kraft welcher Sachen, die „an sich unverbrauchbar“ sind (Motive III S. 35), gleichwohl als verbrauchbar „gelten“ sollen, wenn sie „zu einem Sachinbegriff gehören, dessen bestimmungsmäßige Nutzung in der Veräußerung der einzelnen Sachen

<sup>119)</sup> Vgl. meine Schrift über den Entwurf und das deutsche Recht S. 287—290, auch S. 292—293, 299, 323, 328—329.

besteht“ (§ 780 Abs. 2), die Unzuträglichkeiten seines Prinzips zu mildern. Hierdurch erlangt z. B. der Nießbraucher eines Waarenlagers an den einzelnen Waaren das Eigenthum (§ 1018). Sodann stellt der Entwurf besondere Regeln auf, um für den Fall der Mitübernahme eines landwirthschaftlichen Inventars nach einer Lage bei der Verpachtung eines Grundstücks etwas Aehnliches wie eine Gesamtsache herauszubringen: der Pächter soll während der Pachtzeit die Gefahr des Unterganges und der Verschlechterung des Inventars tragen; er soll über einzelne Stücke desselben innerhalb der Grenzen einer wirthschaftlichen Benutzung des Grundstücks verfügen können, jedoch zur wirthschaftsmäßigen Erhaltung des Inventars in dem Zustande, in dem es ihm übergeben ist, verpflichtet sein. Die von ihm neu angeschafften Stücke sollen durch die Einverleibung in das Inventar Eigenthum des Verpächters werden; er hat bei Beendigung der Pacht das dann vorhandene Inventar auszufolgen; doch soll der Verpächter die Uebernahme überflüssiger oder zu werthvoller Stücke ablehnen dürfen, in welchem Falle das Eigenthum an diesen Stücken mit der Ablehnung auf den Pächter übergeht, die abgelehnten Stücke aber in die Rückgewährtage nicht einzustellen sind; eine Differenz zwischen dem Gesamtbetrage der Uebernahmetage und dem Gesamtbetrage der Rückgewährtage soll durch Baarzahlung ausgeglichen werden (§ 544). Würde das Inventar als Gesamtsache anerkannt, so würde die Sache sich ungleich einfacher und natürlicher sich gestalten. Auch hätte neben dem Fall, in welchem trotz des Uebergangs der Gefahr auf den Pächter das Eigenthum beim Verpächter bleibt, der Fall berücksichtigt werden sollen, in welchem das Eigenthum auf den Pächter übergehen und diesem nur die Rückerstattung eines gleichen Sachinbegriffs obliegen soll. Ebenso hätte der Eisernviehvertrag nicht ganz übergangen werden dürfen. In ähnlicher Weise werden für den Nießbrauch an einem Grundstück nebst einem der Benutzung desselben dienenden Inventar einige besondere Bestimmungen getroffen: der Nießbraucher soll zur Verfügung über einzelne Stücke des Inventars innerhalb der Grenzen wirthschaftlicher Benutzung des Grundstücks berechtigt, dafür aber zur Ersetzung abgehender oder nach den Regeln einer ordentlichen Wirthschaft auszuscheidender Stücke durch andere Stücke verpflichtet sein; „die von ihm angeschafften Stücke werden durch die Einverleibung in das Inventar Eigenthum desjenigen, dem das Inventar gehört“ (§ 1000). Man beachte, mit welcher Aengstlichkeit hier durch eine Umschreibung vermieden ist, von einem Eigenthümer des Inventars zu sprechen. Was ist denn nun aber dieses „Gehören“ für eine Art von Rechtsverhältniß? Außerdem legt der Entwurf bei jedem Nießbrauche an einem Inbegriff dem Nießbraucher die Pflicht zur

Aufnahme eines Verzeichnisses auf (§ 993), knüpft an die Pflicht zur Herausgabe eines Inbegriffs oder zur Austunftertheilung über einen solchen die Pflicht zur Vorlegung eines Verzeichnisses und zur Ableitung des Offenbarungseides (§ 777) und bestimmt, daß bei dem Vermächtniß eines Sachinbegriffs diejenigen Sachen als vermacht gelten, welche zur Zeit des Erbfalles zu dem Inbegriff gehören (§ 1859 Abs. 2). Eine Verpfändung von Sachinbegriffen ist unzulässig.<sup>120)</sup> Besitz an einem Sachinbegriff ist so wenig wie Eigenthum möglich.

Diese Behandlung der Sachinbegriffe widerspricht der gesammten bisherigen Gesetzgebung und nicht minder der gemeinrechtlichen Praxis. Sie drängt dem Leben eine neuere romanistische Doktrin auf, durch welche der volksthümlichen Rechtsanschauung Gewalt angethan und eine Reihe nützlicher Rechtsinstitute beseitigt oder verkümmert wird. Indem sie wirthschaftlich einheitliche Sachgüter in eine unübersehbare Zahl unverbundener Rechtsobjekte zerstückelt, führt sie zu einem schädlichen Zwiespalt zwischen den thatsächlichen Verhältnissen und der juristischen Form. Im Grunde ist sie von vornherein darauf angelegt, nicht ernsthaft genommen zu werden. Denn welche unerträglichen Folgen müßten sich ergeben, wenn ein gewissenhafter Richter wirklich bei einem Rechtsstreit über einen Sachinbegriff den Nachweis des Besitzes oder des Eigenthumserwerbes hinsichtlich jedes einzelnen Thieres einer Herde, jedes Buches der Bibliothek, jedes Inventarstückes, jeder Waare oder gar jeder Biene im Schwarm verlangen wollte! Und schließlich beruht die Streichung der Gesamtsachen, während sie sich auf die Gebote der Logik beruft, vielmehr auf einem logischen Denkfehler. Nicht die Naturgegenstände als solche in ihrer physikalischen und chemischen Totalität, sondern die durch Natur und Arbeit hervorgerufenen Sachgüter in ihren der menschlichen Willensherrschaft unterworfenen Bezügen sind es, welche als „körperliche Sachen“ in die Sphäre der Rechtsordnung eintreten. So wird denn auch die Abgrenzung der zu besonderen Rechtsobjekten geeigneten Sacheinheiten durch die innerhalb des Rechtslebens geschichtlich entwickelten Vorstellungen und Bedürfnisse, nicht aber durch ein gleichförmig und unabänderlich wirkendes Naturgesetz bestimmt. Wo sollte man denn auch sonst bei der Auffuchung des Sachindividuum's Halt machen? Müßte man nicht auch bei einem Kartenspiel auf die einzelnen Karten, bei einem Schachspiel auf die einzelnen Figuren, bei einem ungehefteten

<sup>120)</sup> Ueber das Bedürfniß eines Pfandrechtes an Sachinbegriffen und die Möglichkeit einer Befriedigung dieses Bedürfnisses durch Anerkennung eines Registerpfandrechtes an gewissen Gesamtsachen vgl. meine Schrift über den Entwurf und das deutsche Recht S. 380.

Manuskript auf die einzelnen Blätter, desgleichen bei Getreide, Pulver oder Erde auf die einzelnen Körner und bei Flüssigkeiten auf die einzelnen Tropfen, ja vielleicht bei allen lebenden Organismen auf die einzelnen Zellen zurückgehen? In Wahrheit ist die objektive Einheit einer Herde oder einer Bibliothek insoweit, als der Rechtsverkehr sie anerkennt, genau so „real“, wie die objektive Einheit eines aus vielen einst selbständigen Sachen zusammengesetzten Fahrzeuges oder eines nur ideell aus dem Erdkörper ausgefonderten Grundstücks mit seinem Pflanzenwuchs und seinen Gebäuden. Durch den Wechsel der Bienen küßt der Bienenschwarm, durch den Wechsel der Waaren das Waarenlager so wenig den Charakter einer dauernden Sacheinheit ein, wie die Identität eines Thieres durch den Stoffwechsel oder die Identität einer Maschine durch allmählichen Ersatz aller ihrer Bestandtheile verloren geht. Und wenn sogar an Bestandtheilen einer Einzelsache Sonderrechte durchaus nicht ausgeschlossen sind, wie die Motive ausdrücklich zugeben (III S. 41), so kann umsoweniger die Möglichkeit verneint werden, daß bei einer Gesamtsache neben dem Recht am Ganzen abweichende Sonderrechte an einzelnen dazu gehörigen Stücken bestehen. Das Eigenthum an einer Bibliothek wird dadurch nicht aufgehoben, daß an einem ihr irrtümlich einverleibten Buch nur redlicher Besitz oder etwa ein Pfandrecht begründet ist. Sind umgekehrt einzelne Bücher aus einer Bibliothek verliehen, verpfändet, verlegt, veruntreut oder sonst zeitweise entfernt, so werden sie nach wie vor von einem an der Bibliothek im Ganzen bestehenden Recht ergriffen, gehen mit einer auf die Bibliothek als solche gerichteten Uebergabe auf den Erwerber über und sind mit der Erstretung des Eigenthums oder Nießbrauches an der Bibliothek im Prozeßwege miterstritten. Oder wird man etwa, wenn die Bibliothek unter Hinweis auf die sämtlichen aufgereihten Bücher körperlich übergeben worden ist, dem Veräußerer den Einwand gestatten, ein einzelner gerade verliehener Band einer Zeitschrift sei nicht mitübergeben? Soll nach Austragung eines Eigenthumsstreites über eine Bibliothek bezüglich jedes dabei verlassenen Buches, dessen Zugehörigkeit zu jener Bibliothek nachträglich festgestellt wird, von Neuem die Eigenthumsfrage aufgeworfen werden können? Derartige Dinge verbieten sich von selbst. Der Gesetzgeber aber handelt verkehrt, wenn er Dogmen verkündigt, über welche das Leben nothgedrungen sich hinwegsetzen muß.<sup>121)</sup>

Auch aus der Verbindung einer Hauptsache mit Zubehörsachen läßt der Entwurf eine objektive Einheit nicht hervorgehen.

<sup>121)</sup> Für die Anerkennung der Gesamtsache als Rechtsobjekt vgl. namentlich auch G. Fuchs, das Wesen der Dinglichkeit S. 62 und 70 ff.



Obgleich er die Zugehörigkeit an objektive Merkmale knüpft (§§ 789 und 791), legt er doch dem Pertinenzverhältnis als solchem lediglich die Bedeutung eines Auslegungsmittels bei Rechtsgeäften bei (§ 790, auch § 1859 Abs. 1). Irgend eine „sachenrechtliche“ Bedeutung soll auch dieser Sachenverband nicht haben (Motive III S. 62 und 65). Nun wird freilich in Widerspruch hiermit bei der Hypothek der Grundsatz durchgeführt, daß das Pfandrecht von Rechtswegen auch die jeweiligen Pertinenzen des Grundstückes ergreift (§§ 1067, 1068 und 1074). Allein der Entwurf wahrt seinen Standpunkt, indem er die betreffenden Sätze in das Hypothekenrecht verweist, so daß die Motive erläutern können: „dies ist eine Besonderheit des Hypothekenrechts, nicht eine Konsequenz des Zubehörbegriffes.“ Ein solches Pertinenzialrecht entspricht den romanistischen Neigungen des Entwurfes und rettet wenigstens scheinbar das atomistische Prinzip. Wir aber bedürfen eines Rechtes, welches in Uebereinstimmung mit den im deutschen Recht von je herrschenden Anschauungen und mit den modernen Wirthschaftsverhältnissen und Kulturbedürfnissen dem aus der Hauptsache und ihren Zubehörstücken gebildeten wirthschaftlichen Ganzen auch einen rechtlichen Bestand im Sinne einer objektiven Einheit zubilligt. Die Pertinenz muß die Rechtschicksale der Hauptsache von Rechtswegen theilen, soweit nicht durch besondere Umstände ihr ein anderes Schicksal bereitet wird. Und nach dem Vorbilde des französischen Rechtes ist der Satz aufzunehmen, daß Pertinenzen nur zugleich mit der Hauptsache Gegenstand der Zwangsvollstreckung sein können.<sup>122)</sup>

Vor Allem endlich weist der Entwurf den Begriff der objektiven Vermögenseinheit ab.

Gegen diesen Begriff verbündet sich mit dem atomistischen Grundzuge die den ganzen Entwurf durchziehende materialistische Auffassung, nach welcher nur „körperliche Gegenstände“ den Rang der „Sache“ haben (§ 778), „unkörperliche Sachen“ dagegen nicht existiren. Wir haben an anderer Stelle bereits die offensichtliche Verkehrtheit dieser Identifizierung des Rechtsobjektes mit dem raumerfüllenden Naturkörper dargethan und auf die durch sie in allen Theilen des Entwurfes angerichtete Verwirrung und Zerstörung hingewiesen.<sup>123)</sup> In der That müßten wir den Entwurf von Anfang

<sup>122)</sup> Vgl. meine Schrift über den Entwurf und das deutsche Recht S. 290—291. Dazu seitdem das für den 20. Juristentag erstattete Gutachten von Kohler, Verhandlungen Bd. 3 S. 145—151; Kohler stellt das gleiche Verlangen und macht überdies noch in anderer Richtung einzelne Verbesserungsvorschläge.

<sup>123)</sup> Vgl. meine Schrift über den Entwurf und das deutsche Recht S. 43—48 und 283 ff.

bis zu Ende durchgehen, um alle Mißgriffe und Unklarheiten aufzudecken, an denen diese grobsinnliche Vorstellungsweise ganz oder theilweise die Schuld trägt. Hier wurzelt die gewaltsame Auseinanderreißung des Obligationenrechts und des Sachenrechts und die einseitige Ausgestaltung des einen wie des anderen Rechtstheils; der Mangel fester Begrenzung und gehöriger innerer Gliederung des Obligationenrechts; ein großer Theil der in der Lehre von Besitz und Inhabung begangenen Sünden; die Heraushebung des Eigenthums als eines den Sachkörper absorbirenden Rechtes aus der Reihe der übrigen Rechte und die Ueberspannung des Eigenthumsbegriffes; die Verkümmern der übrigen Sachenrechte; die Rathlosigkeit gegenüber dem Urheberrecht, dem Erfinderrecht und anderen auf unleibliche Güter bezüglichen Rechten; die theils unsichere, theils fehlerhafte Grenzziehung zwischen Vermögensrecht und Personenrecht. Zugleich aber hat die praktische Undurchführbarkeit des ungesunden Dogmas zahlreiche Widersprüche und Inkonsequenzen hervorgerufen. Auf der einen Seite wird, wie wir oben bereits gesehen haben, der gedachte Bruchtheil einer körperlichen Sache, der doch zweifellos ein „körperlicher Gegenstand“ nicht ist, als „Sache“ behandelt, so daß der Miteigenthumsantheil als Vollenenthum an einer Sachquote erscheint, der Quotennießbrauch von der Nießbrauchsquote unterschieden wird und das Quotenpfandrecht ein Sachpfandrecht ist.<sup>124)</sup> Auf der anderen Seite werden, obwohl es „unkörperliche Sachen“ nicht geben soll, die „Rechte“ ohne Unterscheidung ihres subjektiven und ihres objektiven Bestandtheiles mit den „Sachen“ unter den Gattungsbegriff des „Gegenstandes“ zusammengefaßt, als „Gegenstände“ in zahllosen Fällen den Sachen gleichgestellt und insbesondere, während ein „Eigenthum“ an ihnen undenkbar bleibt, doch als geeignete Objekte des Nießbrauchs und des Pfandrechts behandelt. Es giebt sogar Rechte, welche kraft einer Fiktion als Sachen gelten (§ 781 Abs. 2), und andere Rechte, welche eine Fiktion zu „Bestandtheilen“ einer Sache stempelt (§ 788)! Und bei dem Güterstande der Fahrnißgemeinschaft wird die Unterscheidung zwischen beweglichen und unbeweglichen Sachen auf Rechte übertragen (§ 1432).

Auf solcher Grundlage muß der Vermögensbegriff des Entwurfes höchst unsicher und widerspruchsvoll ausfallen. Das Vermögen besteht nach ihm aus „Sachen“ und „Rechten“. Welche Rechte zum Vermögen gehören, bleibt völlig ungewiß. Doch werden offenbar nicht alle Rechte, sondern nur diejenigen Rechte, auf welche sich die mehrfach gebrauchte Bezeichnung „Vermögensgegenstand“ anwenden läßt, zum

<sup>124)</sup> Hierüber vgl. auch Kreck, Heft 14 dieser Beiträge S. 61 ff.

Vermögen gerechnet. Wie sollen nun aber körperliche Gegenstände und menschliche Machtverhältnisse als gleichartige Bestandtheile eines Ganzen gedacht werden? Offenbar besteht das Vermögen, sobald es in subjektivem Sinne genommen wird, überhaupt nur aus Rechten und nicht zugleich aus Sachen. Werden in diesem Zusammenhange „Sachen“ neben den „Rechten“ genannt, so können damit nur Eigenthumsrechte an körperlichen Sachen gemeint sein. Umgekehrt setzt sich das Vermögen, falls es in objektivem Sinne verstanden wird, lediglich aus Sachen zusammen; werden den körperlichen „Sachen“ hierbei „Rechte“ angereicht, so müssen dieselben als unkörperliche Sachen gedacht sein. Das Wort „Recht“ kann hier nicht mehr eine bloße Willensbeziehung zur Außenwelt, sondern nur ein Stück dieser Außenwelt selbst und zwar, da es sich um Vermögensrecht handelt, ein Stück der äußeren Gütermwelt bedeuten. Das durch die Setzung und Begrenzung einer Willensmacht determinirte Objekt der Beherrschung, welches zunächst unter dem Namen des „Rechtes“ ganz oder theilweise als dessen Inhalt mitgedacht wurde, ist nun eben unter demselben Namen als gegenständliche Seite des Verhältnisses verselbständigt worden. Indem der Entwurf diese Unterschiede verkennt und „Sachen“ und „Rechte“ nicht bloß sprachlich, sondern auch begrifflich durcheinanderwirft, versperert er sich überhaupt den Zugang zu einem brauchbaren Begriff des „Vermögens“.

Zuvörderst kann der Entwurf als „Vermögen“ lediglich das Gesamtvermögen einer Person anerkennen. Denn nur durch die Einheitlichkeit des Subjektes kann dieser unorganische Komplex von Sachen und Rechten zu einem einheitlichen Ganzen geprägt werden. Als „Vermögen“ erscheint daher das Gesamtvermögen eines natürlichen oder künstlichen Individuums. In gewissem Umfange bleibt das Vermögen bei dem Wegfall seines Subjektes als „Erbchaft“ ein Ganzes. Sodann wird auch hier der Bruchtheil nach Analogie des Ganzen behandelt. Dagegen kann es ein Vermögen im Vermögen oder ein für eine Personenmehrheit ausgesondertes Vermögen nicht geben. Soweit ein Vermögen sich nicht mit dem Inbegriff der einer Einzelperson gehörenden Sachen und Rechte deckt, vermag es rechtlichen Bestand nur zu gewinnen, wenn eben durch Fiktion eine „juristische Person“ beschafft wird, der es in gleicher Weise wie einer Einzelperson zusteht. Ist aber so das Vermögen nur durch sein Subjekt eine Einheit, so ist es keine Einheit für sein Subjekt und kann niemals als ein gegenständliches Ganze vorgestellt werden, an welchem eine einheitliche Berechtigung bestände. Darum ist es unmöglich, im Sinne der dem Leben geläufigen Anschauungen des deutschen Rechts ein Herrschaftsrecht an dem Vermögen als solchem von den einzelnen zum

Vermögen gehörigen Rechten und Pflichten zu unterscheiden und dieses Recht am Ganzen als „Eigenthum“ zu bezeichnen. Der Entwurf fällt freilich selbst gelegentlich in den von ihm als unjuristisch betrachteten Sprachgebrauch und stellt dem Reizbraucher eines Vermögens den „Eigenthümer“ desselben gegenüber (§ 1042). Allein der Regel nach müht er sich mit allerlei Umschreibungen ab, um deutlich zum Ausdruck zu bringen, daß er in der Vermögensherrschaft nur eine Summe einzelner und unter sich verschiedenartiger Rechte nebst einer Summe unabhängig danebenstehender Verbindlichkeiten erblickt. Von diesem Standpunkte aus ist unter Anderem eine angemessene Konstruktion der auf Antheile an einem Gesamtvermögen gebauten deutschrechtlichen Genossenschaften, bei denen die Herrschaft über ein Vermögen als Ganzes in eine einheitliche Machtsphäre der Gesamtperson und gesonderte Antheilssphären der Glieder zerlegt ist, überhaupt nicht zu finden. Derartige Rechtsverhältnisse aber treten ja in den Horizont des Entwurfes nicht ein.

Die Uebertragung des Vermögens als eines Ganzen ist nach dem Entwurf die nothwendige Folge des Todes eines Menschen (§§ 1749—1750, 2025 und 2051). Eine analoge Universalsuccession vollzieht sich bei dem Wegfall einer juristischen Person (§§ 49 und 61). Dagegen kann unter Lebenden das Vermögen als Ganzes nicht übertragen werden. Es ist nur möglich, sich durch obligationenrechtlichen Vertrag zur Uebertragung sämmtlicher einzelner Vermögensgegenstände zu verpflichten. Doch erklärt der Entwurf einen derartigen Vertrag insoweit für nichtig, als derselbe sich auf das ganze künftige Vermögen oder einen Bruchtheil desselben richtet (§ 350 Abs. 1).<sup>125)</sup> In der Beschränkung auf das gegenwärtige Vermögen oder einen Bruchtheil desselben ist der Vertrag gültig, sobald nur die gerichtliche oder notarielle Form gewahrt ist (§ 350 Abs. 2). Ebenso verbietet der Entwurf unbedingt den Vertrag über die Erbschaft eines noch lebenden Dritten oder den Bruchtheil einer solchen Erbschaft (§ 349),<sup>126)</sup> während er die Veräußerung einer schon angefallenen Erbschaft zuläßt. Auch das Vermächtniß einer fremden Erbschaft hält er nur dann aufrecht, wenn der Dritte, dessen Erbschaft vermacht ist, zur

<sup>125)</sup> Die Bestimmung ist an sich gerechtfertigt; sie dürfte aber, wie schon bemerkt ist, nicht auf die Bergemeinschaftung des künftigen Erwerbes erstreckt werden und müßte überdies durch eine Ausnahme zu Gunsten der Verpfländungs-, Leibgebings- oder Versorgungsverträge eingeschränkt sein; vgl. meine Schrift über den Entwurf und das deutsche Recht S. 214.

<sup>126)</sup> Darüber, daß der Entwurf auch hier zu radikal verfährt, vgl. meine Schrift über den Entwurf und das deutsche Recht S. 214.

Zeit des Erbfalles schon verstorben war (§ 1857). Soweit nun aber eine rechtsgeschäftliche Verpflichtung zur Vermögensübertragung begründet ist, kann die Uebertragung selbst sich nur in den Formen der Sondernachfolge in die einzelnen Rechte und Pflichten vollziehen. Der Entwurf erleichtert nur den Uebergang der Rechte durch eine an den Schluß der Lehre von der Cession gestellte Bestimmung, nach welcher insoweit, als zur Uebertragung der Rechte ein Abtretungsvertrag genügt, durch generelle Vereinbarung die Uebertragung sämtlicher zum Vermögen gehörigen bekannten und unbekanntem Rechte bewirkt werden kann (§ 313). Er stellt ferner am Schluß der Lehre von der Schulübernahme für den Fall der vertragmäßigen Uebernahme des ganzen gegenwärtigen Vermögens eines Anderen oder eines Bruchtheiles dieses Vermögens besondere Regeln auf, nach welchen mit dem Augenblicke des Vertragsschlusses der Uebernehmer in vertragsmäßig unabänderlicher Weise unter Forthaftung des bisherigen Schuldners in alle zur Zeit vorhandenen Schulden succedirt, jedoch für diese Schulden nicht über den Werth des Aktivvermögens hinaus und bei einer vor dessen Ausfolgung ohne sein Verschulden eingetretenen Verminderung nicht über den Werth des übrig gebliebenen Vermögens hinaus haftet (§ 319).<sup>127)</sup> Und er trifft ferner eine Fülle ausführlicher und verwickelter Bestimmungen über den „Erb-schafts-kauf“, um bei der Veräußerung einer Erbschaft oder des Bruchtheiles einer solchen vom Obligationenrecht her annähernd den gleichen Erfolg zu erzielen, als wenn die Erbschaft im Ganzen vom Verkäufer auf den Käufer übergegangen wäre (§§ 488—501). Diese überaus umständlichen und künstlichen, gleichwohl aber schließlich unzureichenden und unpraktischen Vorschriften, welche auf die Veräußerung einer Erbschaft durch einen anderen Vertrag als einen Kaufvertrag und auf die Weiterveräußerung einer veräußerten Erbschaft mit gewissen Abweichungen bei der Erbschaftschenkung entsprechende Anwendung finden sollen (§ 500) und größtentheils auch für das Vermächtniß einer Erbschaft analog gelten (§ 1858), würden sich durch ein ungleich einfacheres und brauchbareres Recht ersetzen lassen, sobald man unbeirrt durch die doktrinären Bedenken des Entwurfes als Gegenstand der Uebertragung in Uebereinstimmung mit der Parteiabsicht und der

<sup>127)</sup> Vgl. über diese durchaus zweckmäßige, wennschon vom Standpunkte des Entwurfes aus eigentlich inkonsequente, Bestimmung meine Schrift über den Entwurf und das deutsche Recht S. 209, Gebhart, Gutachten aus dem Anwaltstande S. 288—289, Martinius, ebenda S. 617—618, v. Seuffert, Heft 11 dieser Beiträge S. 50.

Lebensanschauung das Recht an der Erbschaft als einem Vermögensganzen behandelte.<sup>128)</sup>

Die Belastung eines Gesamtvermögens oder einer Erbschaft oder eines Bruchtheils des Vermögens oder der Erbschaft kann nach dem Entwurf nur in der Gestalt eines Nießbrauches vorkommen. Die vertragsmäßige Einräumung eines Nießbrauches am künftigen Vermögen ist nichtig, während die Verpflichtung zur Bestellung eines Nießbrauches am ganzen gegenwärtigen Vermögen durch gerichtlichen oder notariellen Vertrag gültig übernommen werden kann (§ 350). Dazu kommen die Fälle der Begründung eines Nießbrauches durch Verfügung von Todeswegen und des gesetzlichen Nießbrauches kraft ehemännlichen und elterlichen Rechts. Soweit nun aber ein Nießbrauch an einem Vermögen besteht, gilt derselbe wiederum niemals als ein Recht an einem Vermögensganzen, sondern lediglich „als Nießbrauch an den einzelnen zu dem Vermögen gehörenden Gegenständen“ (§§ 1038 und 1043). Nur in einigen wenigen Punkten wird dieses atomistische Prinzip modifizirt, indem eine zusammenfassende Uebertragung von Rechten bei der Begründung zugelassen, dem Besteller des Nießbrauches eine Liquidationsbefugniß eingeräumt, die Vertheilung der Zinslasten und anderer aus dem Vermögen zu entrichtender wiederkehrender Leistungen nach dem Zeitverhältniß angeordnet und ein Anspruch des Eigenthümers auf öffentliche Aufnahme des Vermögensverzeichnisses anerkannt wird (§§ 1039—1042). Im Uebrigen sollen hinsichtlich der einzelnen Sachen, Rechte, Forderungen, Werthpapiere u. s. w. alle die ungleichartigen und verwickelten Sonderbestimmungen Anwendung finden, welche über den Nießbrauch an derartigen Gegenständen getroffen sind (§§ 980—1037). Eine Haftung für die Schulden ist dem Nießbraucher überhaupt nicht auferlegt, während es doch durchaus erforderlich zu sein scheint, daß ein solcher Nießbraucher in Höhe des Nießbrauchesvermögens für die Schulden aufkommen muß, dafür aber die Berechtigung zur Veräußerung des für die Schuldentilgung Erforderlichen empfängt.<sup>129)</sup> Auch hier führt eben der Mangel

<sup>128)</sup> Vgl. meine Schrift über den Entwurf und das deutsche Recht S. 237—238, sowie insbesondere Bähr, Krit. L.-Schr. a. a. O. S. 390 ff., der die mißlichen Konsequenzen des im Entwurfe durchgeführten Systems und die daraus beiden Theilen erwachsenden überflüssigen und lästigen Formalitäten näher ausmalt. Vgl. auch Laband, Arch. f. d. civ. Praxis, Bd. 74 S. 322—323; L. Goldschmidt, Krit. Erörterungen I S. 128—129; Hagenburg, Gutachten aus dem Anwaltstande S. 150—151; Bernhöft, Heft 12 dieser Beiträge S. 58—59. — Besser sorgt der Entwurf durch die dem § 319 analogen Bestimmungen des § 497 für die Nachlassgläubiger und sonstigen dritten Berechtigten.

<sup>129)</sup> Vgl. Cosack, Heft 13 dieser Beiträge S. 68.

des Begriffes einer objektiven Vermögensseinheit zu unerträglichen Konsequenzen.<sup>130)</sup> Das Schlimmste aber ist, daß auf diese Grundlage auch die aus familienrechtlichen Verhältnissen entspringenden Nutzungs- und Leibzuchtrechte gestellt werden. Wir kommen gleich darauf zurück, in wie unzureichendem Maße bei dem ehemännlichen und elterlichen Nießbrauch die gewöhnlichen Regeln über den Nießbrauch an einem Vermögen modifizirt sind. Ist ein Nießbrauch am Nachlaß oder an einem Bruchtheil desselben vermacht, so gelten lediglich diese Regeln. Da nun aber der Entwurf einen kraft Gesetzes eintretenden erbrechtlichen Nießbrauch überhaupt nicht kennt und somit das Vermächtniß eines Nießbrauches das einzige Mittel bleibt, um die in Deutschland so vielfach hergebrachten Besitz- und Leibzuchtrechte des überlebenden Ehegatten fernerhin zu begründen,<sup>131)</sup> so greift die unbefriedigende Ordnung des Vermögensnießbrauches tief in die innersten Verhältnisse des Familienlebens ein und bedroht das deutsche Haus mit Verwilderung und Zwist. In manchen Fällen wird man vielleicht diese Gefahren dadurch abzuwenden suchen, daß man statt der Zuwendung des Nießbrauches die Erbeinsetzung unter Einsetzung eines Nacherben wählt. Allein auch dann finden, obschon der Vorerbe als Erbe Eigenthümer wird, auf das Rechtsverhältniß des Vorerben gegenüber dem Nacherben die Vorschriften über den Nießbrauch entsprechende Anwendung (§ 1815). Der Entwurf trifft hier freilich zahlreiche Sonderbestimmungen, um einerseits den Charakter des Rechtes des Nacherben als eines bloßen Wartrechtes zum Ausdruck zu bringen und demgemäß an die Stelle der bei Substanzverfügungen dem Eigenthümer vorbehaltenen Mitwirkung eine überdies in geringerem Umfange erforderliche „Einwilligung oder Genehmigung“ des Nacherben zu setzen, andererseits dem Rechte des Vorerben einigermaßen die Wirksamkeit eines Rechtes an einem Vermögensganzen mit allen zur „ordnungsmäßigen Verwaltung“ erforderlichen Machtbefugnissen zu verschaffen (§§ 1816—1831). Doch bleibt der künstliche Aufbau in seinem Grundriß verfehlt. In Wahrheit liegt hier offenbar ein durch ein Wartrecht beschränktes Eigenthum an einem Vermögensganzen und ein dingliches Anwartschaftsrecht an eben diesem Vermögensganzen vor. Eine derartige Konstruktion aber ist innerhalb des romanistischen Begriffsschemas unvollziehbar.<sup>132)</sup>

<sup>130)</sup> Man vergegenwärtige sich nur die Folgen der Anwendung der §§ 1033—1037.

<sup>131)</sup> Vgl. meine Schrift über den Entwurf und das deutsche Recht S. 533.

<sup>132)</sup> Ueber die Nacherbschaft im Uebrigen vgl. meine Schrift über den Entwurf und das deutsche Recht S. 511 ff.

Gesteht der Entwurf so dem Gesamtvermögen einer Person oder ihrem Nachlaß eine objektive Einheit nicht zu, so verhält er sich durchaus ablehnend gegen den Begriff des Sondervermögens. Die Vorstellung, daß ein Inbegriff körperlicher und unkörperlicher Sachen eine selbständige unkörperliche Sacheinheit bilden könne, welche als solche zum Gegenstande besonderer rechtlicher Beziehungen geeignet wäre, ist mit dem atomistischen und materialistischen Sachbegriff des Entwurfes völlig unvereinbar (Motive III S. 29). So kann er denn die „universitas juris“, wie die Motive in Anlehnung an die ihnen allein vertraute ältere Pandektendoktrin die objektive Vermögensseinheit nennen, aus der Reihe der Rechtsobjekte streichen. Sind doch den Motiven als etwaige geschichtliche Verwirklichungsformen dieses Begriffes nur „peculium“ und „dos“ bekannt, die wir heute entbehren können. Dagegen ist von den reichen Sondervermögensbildungen des deutschen und modernen Rechtes nicht erst die Rede. Zum größten Theil treten sie nicht in den Horizont des Entwurfes. So bleiben das Lehnsvermögen, das Fideikommißvermögen, das Handelsvermögen, das Schiffsvermögen, das Bergvermögen der Spezialgesetzgebung überlassen. Im Uebrigen sucht der Entwurf auf künstliche Weise einen nothdürftigen Ersatz für den verpönten Begriff zu schaffen.

Ein deutsches Gesetzbuch aber, welches seine Aufgabe wirklich zu lösen unternähme, müßte von Hause aus mit dem Vorhandensein von Sondervermögen rechnen, die verkehrsmäßig ausgebildeten Sondervermögen als Rechtsobjekte anerkennen und die Uebertragung und Belastung solcher Vermögensinbegriffe regeln.<sup>133)</sup> Der Entwurf erwähnt an einigen Stellen einen „Inbegriff von Vermögensgegenständen“, indem er mit der Verpflichtung zur Herausgabe oder Nachweisung eines solchen Inbegriffs die Verpflichtung zur Inventarisirung und zur Ableistung des Offenbarungseides verknüpft (§ 777), auch dem Nießbraucher eines solchen Inbegriffs eine Inventarisationspflicht auferlegt (§ 993). Er behandelt ferner gelegentlich „ein Erwerbsgeschäft“ als Gegenstand des Erwerbes und der Veräußerung (§ 1674 Z. 14). Allein er schweigt in § 313 von den Wirkungen einer Uebertragung derartiger Vermögensinbegriffe im Ganzen für den Uebergang der einzelnen dazu gehörigen Rechte. Er enthält sich ebenso in § 319 jeder Bestimmung über den in einem solchen Falle erfolgenden Uebergang der Schulden, so daß die viel umstrittene Frage nach dem Eintritt in die Handelsschulden bei dem Erwerbe eines Handelsgeschäftes ungelöst bleibt und für die Schuldübernahme bei Guts-

<sup>133)</sup> Für die Anerkennung von Sondervermögen als Rechtsobjekte vgl. auch Fuchs a. a. O. S. 81 ff.



überlassungsverträgen und die Sondernachfolge in Lehns- und Fideikommissschulden aus den Sätzen des Gesetzbuches schlechthin keine brauchbare Norm zu schöpfen ist. Und er übergeht endlich (von einer noch zu erwähnenden Ausnahme im Familienrecht abgesehen) bei der Regelung des Vermögensnießbrauches den praktisch wichtigen Nießbrauch an einem Sondervermögen und insbesondere an einem Geschäftsvermögen, — eine Unterlassung, welche die Motive mit der Schwierigkeit der Sache und der Möglichkeit einer Abhülfe durch Auslegung des Parteiwillens entschuldigen (III S. 559). Als wenn eine befriedigende Lösung überhaupt denkbar wäre, solange die Einheit des Sondervermögens geleugnet wird!

Der Entwurf hätte jedoch nicht bloß die Möglichkeit eines Sondervermögens im Allgemeinen anerkennen, sondern den Begriff desselben bei einer Reihe von Rechtsinstituten selbst verwerthen und ausbauen müssen!

Wir haben schon gesehen, wie das Gemeinschafts- und Gesellschaftsrecht des Entwurfes unter Anderem auch daran krankt, daß ein Gemeinschaftsvermögen oder Gesellschaftsvermögen von irgendwelcher Geschlossenheit nicht zugelassen, sondern nur für das innere Verhältniß der Theilhaber durch künstliche Behelfe eine Annäherung an eine Sondervermögensbildung ermöglicht wird.

Hätte der Entwurf den Gedanken des Grundvermögens aufgenommen und entfaltet und demgemäß den Begriff der Realobligation eingeführt, so würde das ganze Hypotheken- und Grundschuldrecht, das Recht der Reallasten und zum Theil auch das Mieths- und Pachtrecht eine andere und bessere Gestalt empfangen haben.<sup>134)</sup>

Eine Reihe von Mißgriffen, die im Erbrecht begangen sind, hängt damit zusammen, daß der Entwurf die Erbschaft nicht als Sondervermögen anerkennt, sondern ihr zwar, wie schon hervorgehoben wurde, im Hinblick auf den Erblasser die Bedeutung eines streng einheitlichen Gesamtvermögens zuschreibt, in der Hand des Erben aber diese Einheit sofort in der Einheit des Erbvermögens verschwinden läßt. Indem der Entwurf den Gedanken der Universalsuccession noch über die vom römischen Recht gewährten Grenzen hinaus steigert, hiermit jedoch den deutschen Grundsatz „der Todte erbt den Lebendigen“ verbindet, gelangt er zu unerträglichen Ergebnissen, die er dann durch künstliche Mittel nachträglich einigermaßen corrigiren muß. Hier wurzelt vor Allem die nach der Ansicht aller Beurtheiler durchaus

<sup>134)</sup> Vgl. meine Schrift über den Entwurf und das deutsche Recht S. 366 und 370 ff.; hinsichtlich des Mieths- und Pachtrechtes Boyens, Gutachten aus dem Anwaltsstande S. 704.

verunglückte Schöpfung des „Inventarenrechts“ und der „Abzugseinrede“. <sup>135)</sup> Denn der Grundfehler dieser Ordnung besteht eben darin, daß die Nachlassverbindlichkeiten nicht als Passivbestandtheile eines zunächst in der Bedeutung einer objektiven Einheit fortbestehenden Sondervermögens behandelt werden, sondern als persönliche Verbindlichkeiten des Erben gelten, dem dann hinterher durch verwickelte und überkünstliche Einrichtungen geholfen wird. Auf demselben Boden ist die Vermächtnislehre des Entwurfes mit der Abschaffung jeglicher dinglicher Wirkung des Vermächtnisses und mit der Konstruktion des rein persönlichen „Vermächtnisanspruches“ gegen den Erben gewachsen. <sup>136)</sup> Wie wenig von solchen Prämissen aus eine deutschrechtliche Sondererbsfolge zu gewinnen ist, zeigt die im Einführungsgesetz dem Auerbenrecht widerfahrne Behandlung. <sup>137)</sup> Daß die Verunstaltung des Rechtsverhältnisses der Miterben in erster Linie durch die Pulverisirung der Erbschaft verschuldet ist, haben wir schon oben dargethan. Auch haben wir bereits gesehen, durch welche künstlichen Surrogate der Entwurf bei der Regelung des Erbschaftskaufes, des Nießbrauches an einer Erbschaft und der Nacherbschaft einen Ersatz für den Mangel eines als Rechtsobjekt anerkannten einheitlichen Vermögensganzen zu beschaffen sucht. In besonders auffälliger Weise endlich müht sich der Entwurf in dem Titel über den „Erbschaftsanspruch“ (§§ 2080—2091) ab, durch Ausnahmbestimmungen den Erben in den Stand zu setzen, sein Recht an der Erbschaft so zu verfolgen, als wenn es ein Recht an einem „Ganzen“ (§ 2087) wäre. Und doch ist auch hier das Ergebnis aller dieser künstlichen Vorschriften, die in dem Augenblick, in welchem die objektive Einheit des Nachlasses als eines Sondervermögens bejaht würde, größtentheils als selbstverständlich wegfielen, eine klägliche und unpraktische Halbheit. <sup>138)</sup>

Am trostlosesten sind die Verheerungen, welche der Mangel des Begriffes eines Sondervermögens im Familienrecht des Entwurfes anrichtet. Hier scheint mit der Unterscheidung von „Erbgut“ und „Vorbehaltsgut“ beim gesetzlichen Güterstande, von „Gesammtgut“, „Sondergut“ und „Vorbehaltsgsgut“ bei den verschiedenen Formen der ehelichen Gütergemeinschaft und bei der fortgesetzten Gütergemein-

<sup>135)</sup> Meine angeführte Schrift S. 557; Gutachten von Munk und S. Dove in den Verhandlungen des 20. Juristentages Bd. 1 S. 30—87 nnd 88—131.

<sup>136)</sup> Vgl. meine angeführte Schrift S. 515 ff. und die weiteren Litteraturnachweise daselbst S. 515 Anm. 1.

<sup>137)</sup> Vgl. meine angeführte Schrift S. 567 ff.

<sup>138)</sup> Vgl. meine angeführte Schrift S. 555—557; Bähr, Krit. V.-Schr. a. a. D. S. 557—561; Strüßki, Verhandl. des 20. Juristentages Bd. 1 S. 185.

schaft, von dem der elterlichen Nutznießung unterworfenen und dem „freien Vermögen“ der Kinder nothwendig der Rechtsbegriff einer objektiven Vermögensseinheit seinen Einzug halten zu müssen. Der Entwurf aber kennt grundsätzlich auch hier nur einzelne Sachen und Rechte. Erst durch eine Fülle umständlicher und verwickelter Regeln, die einen großen Theil der Schuld an der ungenießbaren Form des Familienrechts tragen, stellt er eine Schicksalsgemeinschaft der unter einem Sammelnamen zusammengefaßten „Vermögensgegenstände“ und besondere rechtliche Beziehungen an und zwischen diesen Vermögensmassen her. Ein Recht an einem Vermögen als solchem läßt er auch hier nicht gelten. Wir verwerfen die ganze Konstruktion der mundschaftlichen Nutzungsrechte des Mannes am Frauengut und der Eltern am Kindesgut als eines sachenrechtlichen „Nießbrauches“ und die Losreißung dieses Nießbrauches von dem personenrechtlichen Verhältnis und den übrigen aus dem letzteren entspringenden vermögensrechtlichen Befugnissen und Pflichten. Allein der Entwurf verschlimmert den mit der Einführung des individualrechtlichen Nießbrauches in die eheliche und häusliche Gemeinschaft begangenen Fehler außerordentlich dadurch, daß er auch hier den Vermögensnießbrauch in eine Summe disparater Nießbrauchsrechte an einzelnen Sachen und Rechten zerstäubt. Freilich fügt er mancherlei das gewöhnliche Nießbrauchsrecht abändernde Bestimmungen hinzu, die vielfach eben darauf abzielen, den Gegenstand des Nießbrauches einem Vermögensganzen anzunähern (§§ 1293—1325 und 1521—1537). Doch bleibt dies Flickwerk.<sup>139)</sup>

Zuletzt kann der Entwurf dennoch das atomistisch-materialistische Prinzip, dem er so große Opfer gebracht hat, nicht konsequent durchführen!

Wir haben schon gesehen, wie er bei der ehelichen Gütergemeinschaft das „Gesammtgut“ als ein Vermögensganzes behandelt, welches als solcher Gegenstand eines gemeinschaftlichen Eigenthums ist.

Mittelbar aber erkennt er auch ein Erwerbsgeschäft, falls es von dem „Inhaber der elterlichen Gewalt“ über ein Kind im Namen dieses Kindes betrieben wird, als Sondervermögen an. Denn er bestimmt, daß hier „dem Inhaber der elterlichen Gewalt die durch die elterliche Nutznießung begründeten Rechte an den einzelnen zu dem

<sup>139)</sup> Näheres über die verfehlte Ordnung der ehemännlichen und elterlichen Nutznießung in meiner angeführten Schrift S. 409 ff. und 465 ff.; hinsichtlich des usufructus maritalis auch Brühl, Archiv für die civ. Praxis Bd. 73 S. 408 ff. und Bd. 74 S. 399 ff., Mitteis, Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart, Bd. 16 S. 582 ff., und Schröder, Heft 15 dieser Beiträge S. 19 ff.

Erwerbsgeschäfte gehörenden Gegenständen nicht zustehen," dafür aber der jährliche Reingewinn, soweit derselbe nicht zur Deckung früherer Verluste verwandt werden muß, gebührt (§ 1527). Somit bildet hier, wie die Motive einräumen (IV S. 782), ein Vermögensinbegriff als Ganzes das Objekt des Nießbrauches. Der Text des Entwurfes vermeidet es zwar, dies geradezu zu sagen. Allein da der Nießbrauch doch einen Gegenstand haben muß, die einzelnen Sachen und Rechte aber dieser Gegenstand nicht sein sollen, so bleibt doch wohl nichts übrig, als eine Gegenständlichkeit des Geschäftsvermögens anzunehmen.

Nun ist also dennoch die objektive Vermögenseinheit durch eine unbewachte Pforte in den Tempel des gemeinen Rechtes eingedrungen. Umsonst die unsägliche Mühe! Die Rechtslogik, der zu Liebe mit einem solchen Aufwande von Kunst überall sonst der Begriff des Vermögensganzen umgangen ist, hat ein Loch bekommen. Ihre Unfehlbarkeit hat sich als Trugbild erwiesen. Und einem solchen Trugbilde ist ein gesunder, einfacher, volksthümlicher Rechtsgedanke zum Opfer gefallen!

Der Atomismus in der Welt der Objekte darf unser künftiges Privatrecht so wenig beherrschen, wie der Individualismus in der Personenwelt. Auch hier handelt es sich nicht bloß um einzelne Mängel des Entwurfes. Die Fundamente selbst, auf denen sein Gedankenbau ruht, sind nicht tragfähig. Soll ein deutsches Gesetzbuch erstehen, das besser als keines ist, so bedarf es eines Umbaues von der Grundmauer bis zum Giebel.