Das Bürgerliche Gesetzbuch für das deutsche Reich

Ravensburg, 19XX

urn:nbn:de:bsz:31-12977

III. Buch. V. Titel.

Das Güterrecht der Ehegatten.

Einleitung und Uebersicht.

I. Die Ehe ist eine Vereinigung zweier Personen verschiedenen Geschlechts zur Constituirung derjenigen höchstpersönlichen Rechte und Pflichten, welche im Art. 203 ff. als Wirkungen der Ehe bezeichnet und bisher erörtert worden sind. Die eheliche Vereinigung hat nun aber auch wesentlichen Einfluß auf das Vermögen der Eheleute. Dem Manne wird das Erwerben, Erringen und Erhalten des Vermögens durch die häusliche Thätigkeit der Frau erleichtert; dagegen erfordert die Erreichung des Hauptzweckes der Ehe, das **vitæ consortium** und die Erziehung der Kinder, vergrößerte Ausgaben, und beide Ehegatten verpflichten sich durch den Abschluß der Ehe stillschweigend zur Beischaffung der Mittel, ohne welche der Zweck nicht erreicht werden kann.

Diese vermögensrechtliche Verbindlichkeit ist, wie der Zweck der Ehe selbst, eine untheilbare und daher nöthigenfalls eine solidarische Pflicht, die auf dem Vermögen beider Ehegatten haftet. Art. 212. 214. 1448. 1537. 1537 a. 1217. Der Mann als Haupt der Ehe hat allernächst auch für die finanziellen Lasten zu sorgen, aber die Frau ist zum Beitrage verbunden, sofern sie Vermögen besitzt.

Der C. c. hat diese, auf das Vermögen der Eheleute Bezug habenden Wirkungen der Ehe in das 3te Buch verwiesen, wo überhaupt von den Vermögensrechten und insbesondere von den Thatsachen, die auf das Vermögen Einfluß haben, gehandelt wird.

II. Zur Erfüllung dieser gemeinschaftlichen Verbindlichkeit kennt das Gesetzbuch verschiedene Wege und Formen, wobei aber stets der Mann als die Hauptperson und die Frau nur als die beisteuernde Nebenperson erscheint.

A. Die eine Form ist diese, daß die Frau ihre Pflicht zur Beisteuer durch jährliche Beiträge aus ihrem Vermögen, die sie dem Mann ausbezahlt erfüllt. (Vermögensabsonderung 1536 ff. 1448. 1575.)

B. Die zweite Form besteht darin, daß die Frau dem Manne **solutionis loco** Genußrechte an ihrem Eigenthum einräumt, welche im Wesentlichen einem Nießbrauche gleichkommen und auch gewöhnlich „Nutznießung" genannt werden, im Gesetze jedoch nicht als „**usufruit**," sondern in der Regel mit dem Worte „**jouissance**" bezeichnet sind. Dieses Genußrecht kann bestehen

1) an ihrem ganzen Vermögen oder
2) an einzelnen Theilen desselben.

Die Nutznießung ist je nach der Beschaffenheit der ihr unterworfenen Vermögensobjecte 1) ein wahres Genußrecht, z. B. bei Liegenschaften, oder 2) ein **quasiususfructus**, z. B. bei verbrauchbaren Sachen (Art. 587 vergl.

mit Art. 1532) oder: 3) wenn die Sachen zwar beweglich aber nicht verbrauchbar sind, wird sie eine **venditio**, falls bei der Uebergabe eine **taxatio venditionis causa** stattgefunden hat. Art. 1532. 1551.

Wenn die Ehe als Grund der eingeräumten Nutznießung, aufhört, muß natürlich auch diese selbst aufhören, und es muß beim wahren **usus-fructus** die Sache, sonst aber deren Werth ersetzt werden, sobald die Ehe aufgelöst ist. Vergl. übrigens die Art. 1535 **a.** 1570 **a. b.** 738 **a.** 745 **a.**

Dieses Rechtsverhältniß **sub B.** kann in der Form einer Dotal- (bewiedmeten) Ehe oder in der Art geschehen, daß blos die Gütergemeinschaft ausgeschlossen wird.

Beide Formen haben ihre eigenthümlichen Wirkungen. Es hat namentlich die Dotal-Ehe die absolute Unveräußerlichkeit des eheweiblichen Vermögens zur Folge, soweit daran ein wahrer **usus fructus** besteht, Art. 1392. 1530 ff. 1540 ff. 1554.

C. Es wird durch dasjenige, was die Eheleute von dem Hochzeittage an erringen, und was ihnen das Erträgniß ihres Vermögens abwirft oder dadurch, daß sie noch außerdem von ihrem anderweiten Vermögen Etwas zusammenwerfen, ähnlich wie bei einem anderen Gesellschaftsvertrag, eine gemeinschaftliche Casse gebildet, damit aus derselben die Ehelasten bestritten werden.

Diese 3 Formen unterscheiden sich in ihren Wirkungen hauptsächlich dadurch, daß

ad A. die Frau im Besitze und in der Verwaltung ihres ganzen Vermögens bleibt, und nur persönliche Schuldnerin des Mannes wird, daß

ad B. die Frau dem Manne das Recht des Genusses und folgeweise der Verwaltung, oder auch das Eigenthum selbst unter Vorbehalt des Wiederersatzes des Preises, an Gegenständen ihres Vermögens einräumt; daß endlich

ad C. ein Miteigenthum **pro indiviso** unter den Eheleuten gebildet wird.

Dieses Miteigenthumsverhältniß, welches zunächst nicht auf Gewinn berechnet, sondern für den Zweck der Ehe gebildet ist, bringt es von selbst mit sich, daß nach Auflösung der Ehe der Inhalt und Bestand der Gemeinschaft unter die Eheleute oder deren Erben vertheilt werden muß, während in den Fällen **A.** und **B.** der Mann Alleineigenthümer desjenigen wird, was er durch Beiträge oder Nutzungsrechte vom Vermögen der Frau bezogen hat, und selbst desjenigen, was durch gemeinschaftlichen Fleiß erworben wurde (vergl. jedoch Art. 1581).

Es versteht sich daher von selbst, daß der Mann in den Fällen **A.** und **B.** nach Belieben über dasjenige verfügen kann, was auf dem angegebenen Wege von ihm bezogen wurde, wogegen er die Ehelasten bestreiten und nach aufgelöster Ehe im Falle **B.** den Grundstock des Vermögens, wovon er den Nießbrauch hatte, restituiren muß. Auch streitet die Vermuthung, da er Besitzer ist, stets dafür, daß das vorhandene Vermögen sein Eigenthum sey, so lange nicht die Frau das Gegentheil beweisen kann.

Aber auch bei der Gemeinschaftsehe hat der Mann, so lange die Ehe dauert, die Alleingewalt über das **condominium**, als ob er ausschließlicher Eigenthümer wäre, weßhalb viele behaupten, **„mulier non est socia, sed speratur fore.“** Zacharia **III.** S. 168. Not. 1.

Jedoch streitet hier die Vermuthung nicht dafür, daß der Mann als

Alleineigenthümer besitze, sondern qua Inhaber der Gemeinschaft, also für das condominium. 1402. 1499.

Diese von den gewöhnlichen Gesellschaftsregeln so sehr abweichende Bestimmung über die Gewalt des Mannes hat ihren Grund in dem eigenthümlichen Wesen der Ehe, welches die zu treffenden Anordnungen nicht an die Uebereinstimmung beider Ehegatten binden kann, ohne der Erreichung des Ehezwecks Hindernisse zu bereiten, und den Keim zu vielen Zwistigkeiten zu legen.

Der Mann hat ferner, bei einer Gemeinschaftsehe da auch die Nutznießung des beiderseitigen, nicht zum condominium gehörigen Vermögens, in die Gemeinschaft fällt, die Verwaltung des ganzen Vermögens der Frau als eine nothwendige Folge der Nutznießung und seiner Herrschaft über das Gemeingut.

III. Dasjenige Vermögen der Frau, woran sie bei den Güterrechtsformen **B** und **C** Genuß-Eigenthums- oder Miteigenthumsrechte an den Mann oder die Gemeinschaft überträgt, um die Lasten der Ehe bestreiten zu helfen, heißt ihr Heirathsgut im weiteren Sinne des Wortes. Art. 1540. Jedoch versteht man unter Heirathsgut im engeren Sinne die dos bei der Dotalehe als Gegensatz von den Paraphernalgütern, welche die Frau im Besitz und in der Verwaltung behält, und es wird in den anderen Rechtsverhältnissen das Vermögen der Frau eheweibliches Einbringen genannt, z. B. 1493. 1499. 1514.

IV. Nach diesen allgemeinen Andeutungen über die verschiedenen Verhältnisse unter den Ehegatten sind noch einige allgemeine Bemerkungen über die Wirkungen derselben gegen Außen d. h. gegenüber am Dritten, die vor oder während der Ehe Rechte erwarben, nothwendig.

1) Das Gesetz geht überall von der Wahrung des Grundsatzes aus, daß wohlerworbene (vorehliche) Rechte dritter Personen durch den Abschluß einer Ehe, unter was immer für Bedingungen, nicht gekränkt oder deterioris conditionis werden sollen, wie überhaupt kein Verpflichteter durch Verfügungen über sein Vermögen zum Abbruch der Rechte seiner Gläubiger handeln darf (Art. 1167). Es wahrt ferner

2) sorgfältig den in Art. 2092 ausgesprochenen Grundsatz, daß das ganze Vermögen eines Schuldners sowohl das gegenwärtige als das zukünftige, das bewegliche und das unbewegliche, als das natürliche Unterpfand des Gläubigers diesem solidarisch für die Bezahlung seiner Forderung verhaftet ist, es mag nun Alleineigenthum oder gemeinschaftliches Gut zwischen dem Schuldner und einem Dritten seyn.

3) Während der Ehe spielt aber das Autorisationsrecht des Ehemannes bei Rechtshandlungen seiner Frau eine wichtige Rolle, denn die Frau darf unter keinen Umständen ohne jene Ermächtigung mit Dritten vor Gericht stehen, oder solche Rechtsgeschäfte eingehen, welche den Begriff der Verwaltungshandlungen überschreiten. Art. 215 ff. Vortr. S. 169.

4) Auch ist hier zu berücksichtigen, daß die durch Eingehung der Ehe erworbenen Rechte älter sind, als die nachher kontrahirten Verbindlichkeiten, und daß dritte Personen sich von dem Rechtsverhältniß der Eheleute Kenntniß verschaffen können, ehe sie mit ihnen kontrahiren.

Die Anwendung dieser Grundsätze hat nun

ad **A.** bei der Vermögens-Absonderung die wenigsten Schwierigkeiten. Jeder Theil bleibt im Besitze und in der Verwaltung seines Vermögens und die vorehlich erworbenen Rechte Dritter werden also schon nach der Natur der Sache nicht alterirt.

Es kommt nur eine weitere persönliche Verbindlichkeit durch die Ehelasten auf das beiderseitige Vermögen. Während der Ehe aber tritt das obenerwähnte Autorisationsrecht ein, soweit die Handlungen der Frau keine Verwaltungshandlungen mehr sind. Ueber die Natur der Verwaltungshandlungen wurde schon früher das Nöthige bemerkt.

Ist der Mann gehindert, die Ermächtigung zu ertheilen, oder verweigert er dieselbe, so kann sie von der Obrigkeit begehrt werden, und es begründet hier die Ertheilung derselben die nämlichen Wirkungen, wie die ehemännliche, ohne Unterschied des Grundes, aus welchem sie nachgesucht und ertheilt wurde, ob wegen Verhinderung oder wegen Verweigerung des Mannes.

ad **B.** Da die Nutznießung die Verwaltung in sich begreift, so ist der Frau an dem Vermögen, welches der Mann zur Nutznießung hat, nicht allein das Recht, ohne seine Ermächtigung Veräußerungen zu treffen, sondern auch das Recht der Verwaltung entzogen. Bei Immobilien hat sie nur Grundeigenthum.

Die Nutznießungsrechte des Mannes können jedoch, sie mögen aus den ad **B.** berührten Gedingen oder aus der Gemeinschaft folgen,

1) nicht den vorehlichen Rechten Dritter an das Vermögen der Frau entgegen gehalten werden, um sie in ihrem Rechte, die Befriedigung aus dem Vermögen der Frau zu suchen, zu schmälern.

Wenn also das Recht auf Befriedigung dieser Personen erfordert, daß auch die Nutznießung sammt dem Grundeigenthum angegriffen wird, so kann der Mann aus seiner Nutznießung keine Einsprache gegen den Zugriff ableiten, vergl. z. B. Art. 1558. Abstz. 3.

Die Gläubiger müssen jedoch gegen den Mann, als eine dritte Person, auf gesetzlichem Wege das vorehliche Datum ihrer Forderung beweisen, Art. 1328. 1410. 1558. Abstz. 3.

2) Hat der Ehemann während der Ehe der Frau seine Autorisation oder Einwilligung zu Rechtsgeschäften ertheilt, so findet für den Fall der Nothwendigkeit das Gleiche statt, indem in der Einwilligung des Mannes zur Contrahirung von Verbindlichkeiten **eo ipso** ein Verzicht auf die Opposition des dinglichen Rechtes der Nutznießung liegt, soweit solches neben der Befriedigung der erworbenen Rechte Dritter nicht bestehen kann, denn die Frau verpflichtet durch Eingehung von Verbindlichkeiten ihr Vermögen, und wenn der Mann dazu einwilliget, so entsagt er zu Gunsten des Gläubigers seinen Rechten an diesem Vermögen. (Eine anderweitige Anwendung dieses Grundsatzes siehe in Art. 2180 **a.**)

Jedoch muß man, wenigstens da, wo keine Gemeinschaft besteht, anerkennen, daß dem Manne das Recht zukommt, bei der Ertheilung der Ermächtigung, sich gegen den Zugriff auf sein Nutznießungsrecht zu verwahren. **Bellot. I.** 303.

Die obrigkeitliche Ermächtigung hat nach der einen Meinung niemals die Wirkung, daß der Mann irgend etwas an seinen Einsprachsrechten wegen seiner Nutznießung verliert, weil die Obrigkeit nicht in seine

Privatrechte eingreifen kann, sondern es soll nur das Grundeigenthum der Frau unbeschadet der Nutznießung angegriffen werden können. Andere dagegen unterscheiden, ob die Autorisation wegen Verhinderung oder wegen Verweigerung des Mannes von der Obrigkeit ertheilt wurde, und lassen den vorhin aufgestellten Satz nur vom letzteren Falle gelten, während sie den ersten so behandlen, als ob der Mann selbst die Ermächtigung ertheilt hätte. Die letzere Ansicht ist als die richtige trefflich nachgewiesen von Grolmann **II**. 526. Vergl. Zachariä **III**. Seite 80. Not. 54. Wird die Ermächtigung wegen Verweigerung ertheilt, so ist sie gegen den Willen des Mannes und er kann natürlich nichts an seinen Rechten verlieren. Ist aber der Mann verhindert, so handelt die Obrigkeit in seinem Namen und für ihn, und es könnte hier oft mehr zum Nachtheil als zum Vortheil desselben seyn, wenn die Obrigkeit seinen Willen nicht vollständig ersetzen dürfte. Vergl. jedoch die in den Annalen **III**. 213 enthaltenen Ausführung im entgegengesetzten Sinne.

Hierbei ist noch in Bezug auf das badische Recht der Art. 2205 a. von Bedeutung, nach welchem für derartige mit obrigkeitlicher Ermächtigung wegen Weigerung des Mannes entstehenden Verbindlichkeiten auch nicht das Grundeigenthum angreifbar seyn soll, so lange die Nutznießung dauert. Brauer **III**. S. 338.

Hinsichtlich der Dotal-Ehe führt ferner die Bestimmung, daß der **fundus dotalis** selbst mit Einwilligung beider Theile nicht beliebig veräußert werden kann, wichtige Ausnahmen von diesen Grundsätzen herbei (Art. 1554).

Die Rechte, welche dritte Personen nach Vertragsgrundsätzen gegen den Mann allein erwerben, sey es vor oder während der Ehe, können nie die Wirkung haben, daß das Grundeigenthum oder das Vermögen der Frau zur Befriedigung angegriffen wird, wenn sie nicht als Mitschuldnerin oder als Sammtschuldnerin des Mannes aufgetreten ist.

Indessen können die Gläubiger des Mannes die Nutznießungsrechte desselben zu ihrer Befriedigung verwenden, jedoch nur nach Abzug der Lasten, welche mit der Nutznießung übernommen wurden, insbesondere auch der Ehelasten, denn nur gegen Erfüllung dieser Verbindlichkeit hat der Mann die Nutznießung erworben.

ad C. Durch Eingehung einer Gemeinschaft bilden sich unter den Eheleuten 3 verschiedene Arten des Vermögens, eigenes des Mannes und eigenes der Frau, sodann das gemeinschaftliche. Jede Casse hat ihre Activa und Passiva.

Allein gegen Außen bildet das Gemeingut keine besondere **universitas juris** d. h. keine fingirte Person, die für sich allein Trägerin von Rechten und Verbindlichkeiten seyn kann, wie z. B. das Vermögen einer Gemeinde, sondern es ist das ganze Gemeingut nur ein **condominium pro indiviso** und daher **pro rata** ein Theil des Vermögens des Mannes und der Frau; da jedoch der Ehemann unbeschränkte Gewalt über dieses Miteigenthum hat, so wird es gegen Außen wie sein Allein-Eigenthum angesehen, unbeschadet der Rechte, die die vorehlichen Gläubiger der Frau gültig und erweislich erworben haben. Je nachdem ein Dritter in Rechtsverhältnissen zu dem Manne oder zu der Frau, oder zu beiden zugleich steht, d. h. den Mann, die Frau oder beide zugleich zu persönlichen Schuldnern hat, sind auch seine Befugnisse verschieden. Die Ehegatten werden also gegen außen als zwei Rechtssubjecte angesehen, die

a) in Miteigenthums- resp. Gesellschaftsverhältnissen stehen, wobei jedoch
b) nur der Eine **condominus** (der Mann) Gewalt hat, über das **condominium** zu verfügen, und
c) der andere (die Frau) noch überdieß über das eigene Vermögen nicht **sui juris** ist, d. h. nicht allein disponiren kann.

Was nun

1) die vor der Ehe erworbenen Rechte dritter Personen betrifft, so bleibt es in Ansehung desjenigen Vermögens, wovon die Gemeinschaft nur die Nutznießung hat, bei den **ad B.** angegeben Grundsätzen.

Diesen Berechtigten bleibt aber auch das **condominium** verhaftet und zwar ohne Rücksicht auf den Antheil des einen oder andern Ehegatten. Sie können daher zu ihrer Befriedigung auf das gemeinschaftliche Vermögen wie auf das eigene ihres Schuldners greifen, so lange eine solche **communio** besteht, vorbehaltlich der Ausgleichung unter den Ehegatten.

2) Während der Ehe kann die Frau

a) über das Gemeinschafts-Vermögen darum nichts verfügen, weil dieses Recht dem Manne allein zusteht. Es würde also eine solche Verfügung für den Mann, obwohl die Frau Miteigenthümerin ist, doch in Ansehung der Gemeinschaft schon aus diesem Grunde, und abgesehen vom Autorisationsrecht, nichtig seyn. Die Handlungen des Mannes wirken aber stets sowohl auf sein eigenes Vermögen als auf das Ganze der Gemeinschaft, und die Frau muß dieselben in dem Maße als ihre eigenen anerkennen, als sie seiner Zeit an der Gemeinschaft Theil nimmt.

b) Bei Verfügungen über das eigene Vermögen ist die Frau an die Ermächtigung des Mannes gebunden.

Bei diesem Verhältniß der Ehegatten sind nun gegenüber von dritten Personen folgende Fälle während der Ehe denkbar:

a) Die Frau contrahirt allein, und zwar mit Erlaubniß des Mannes. Diese Einwilligung des Mannes läßt je nach Umständen eine doppelte Auslegung zu. Die Frau kann entweder so betrachtet werden, als habe sie von dem Manne den Auftrag erhalten, in seinem Namen zu contrahiren, oder so, als contrahire sie in ihrem eigenen Namen mit Ermächtigung des Mannes.

Im ersten Falle wird nur der Mann und das Gemeinschafts-Vermögen verpflichtet, indem der Mandatar niemals sich selbst verbindet.

Im zweiten Falle dagegen würde nach allgemeinen Grundsätzen nur das eigene Vermögen der Frau und ihr Antheil an der Gemeinschaft dem Gläubiger verhaftet, allein es ist zum Vortheil der Keditoren und zur Verhütung von Hintergehungen die Vermuthung angenommen worden, daß der Contrakt auch zum Vortheil der Gemeinschaft gewesen sey, und auf den Grund dieser Unterstellung wurde die Regel gestützt, daß in solchem Falle das gesammte Vermögen beider Eheleute haftbar werde, Art. 1419.

Es muß daher in jedem einzelnen Falle darauf gesehen werden, ob sich die Frau als Contrahentin im eigenen Namen oder als Mandatarin des Mannes dem Dritten dargestellt hat. Im Zweifel wird zwar nach Art. 1122 vermuthet, man habe im eigenen Namen contrahirt, d. h. sich selbst verpflichten wollen. Bei dem eigenthümlichen Verhältniß der Ehefrau zu dem Manne muß aber im Zweifel angenommen werden, daß sie nur als Gemeinschaftsgenossin und somit als Beauftragte des Mannes aufgetreten sey.

Der Art. 1420 a. stellt endlich den Grundsatz auf, daß in Haus-

haltungsangelegenheiten eine stillschweigende Vollmacht angenommen werde. Vergl. auch Art. 220. Sie verpflichtet also durch Eingehung von Verbindlichkeiten in derartigen Angelegenheiten nicht ihr eigenes Vermögen, sondern nur den Mann und folgeweise die Gemeinschaft — dieses aber ohne besondere Einwilligung des Mannes.

b) Die Frau kontrahirt mit Ermächtigung der Obrigkeit. Hier kommt Alles auf den Grund und die Veranlassung der obrigkeitlichen Ermächtigung an, und mit dieser oben schon gemachten Unterscheidung sind die Art. 1426 u. 1427 zu interpretiren. Der erste spricht von der Verweigerung, der zweite von der Verhinderung des Mannes.

c) Die Frau geht mit dem Manne gemeinschaftlich einen Vertrag gegen Dritte ein. Hier gilt der Mann als Haupt-Contrahent und als haftbar für das Ganze, die Frau aber haftet als Mitschuldnerin mit ihrem Vermögen für die Hälfte, es sey denn, daß sie sich sammtverbindlich gemacht hat. Dem Manne und folgeweise der Gemeinschaft gegenüber gilt sie aber als Interzedentin, sofern der Vertrag nicht ihr eigenes Interesse, sondern das des Mannes oder der Gemeinschaft betroffen hat. 1431.

Das Nähere und insbesondere das Rechtsverhältniß unter den Ehegatten selbst muß der folgenden Darstellung vorbehalten bleiben.

Resultat.

Die Eheleute leben entweder

I. in einer Gemeinschaftsehe, oder

II. in einer Nichtgemeinschaft.

Beide Hauptarten des Güterrechts haben wieder verschiedene Modifikationen. Das Gesetzbuch stellt übrigens nicht die Gemeinschaft und Nichtgemeinschaft, sondern die Gemeinschaftsehe und die Dotal-Ehe als Gegensätze auf.

Diese nicht ganz logische Eintheilung, zufolge welcher zwei Arten der Nichtgemeinschaft unter das Gemeinschaftsrecht verwiesen werden, hat ihren Grund in der Rechtsgeschichte Frankreichs, insbesondere in der Theilung der Länder in die des geschriebenen und ungeschriebenen Rechts, indem in dem erstern vorzüglich die Dotal-Ehe, in diesen die andern Güterrechte in Gebrauch waren.

I. Kapitel.

Allgemeine Bestimmungen.

Art. 1387—1398.

Die Ehegatten können ihre Vermögens-Verhältnisse durch ausdrückliche Verabredung (Heiraths-Ehe-Vertrag) festsetzen, oder sich stillschweigend denjenigen Regeln unterwerfen, welche das Gesetz für den Fall festsetzt, wenn es an einem Ehevertrag fehlt, nämlich den Regeln der gesetzlichen Gütergemeinschaft.

Das 1te Kapitel bestimmt

A. die formellen Erfordernisse der Eheverträge.

Unzweifelhafte und leicht erweisliche Gewißheit über das Güterrecht der Eheleute, sowie die Unabänderlichkeit der vor der Ehe ausdrücklich oder stillschweigend getroffenen Verabredungen nach dem Abschlusse der Ehe, sind die Zwecke, welche das Gesetz sowohl im Interesse der Eheleute selbst, als im Interesse dritter Personen durch seine Bestimmungen zu erreichen trachtet.

Es wird angenommen, daß die Eheleute in gesetzlicher Gütergemeinschaft leben, bis derjenige, der das Gegentheil behauptet, eine Verabredung, welche diese Gemeinschaft aufhebt oder abändert, durch eine, vor der Ehe, in öffentlicher Form, nämlich unter Zuzug eines Staatsschreibers und zwei Zeugen errichtete Urkunde nachweist.

Abänderungen während der Ehe könnten leicht die Folge einer egoistischen Benützung des Einflusses seyn, den der eine Ehegatte auf den Willen des andern ausübt, oder sie könnten zum Nachtheil dritter Personen getroffen werden, weßhalb sie nur vor der Trauung gestattet sind, auch der Mitwirkung aller derjenigen Personen bedürfen, die bei dem ersten Vertrage durch irgend eine Stipulation, z. B. durch Schenkungen, mitgewirkt haben, oder deren Einwilligung aus sonst einem Grunde nöthig war, weil ihre Willens-Erklärung mit dem unter den Eheleuten verabredeten Güterrecht im Zusammenhange steht, oder doch stehen kann.

Auch müssen die Abänderungen dem ursprünglichen Ehevertrag als Anhang beigefügt werden, damit derjenige Dritte, der die Rechtsverhältnisse der Eheleute kennen lernen will, nicht irre geleitet werde.

Geschieht dieses nicht, so ist die Modifikation für jeden Dritten unwirksam und es sind überdieß Strafen angedroht. Art. 1397.

B. In materieller Beziehung ist das Verfügungsrecht zu Gunsten einer Ehe und der daraus entspringenden Kinder vielfach begünstigt, namentlich in Beziehung auf Schenkungen. Art. 1091 ff. Art. 1398. vergl. mit 903. 904.

Dagegen dürfen die Eheverträge nichts enthalten, was gegen gebietende oder verbietende Gesetze anstößt. 1388—90.

Es muß ferner das Rechtsverhältniß genau und ausdrücklich festgesetzt seyn, und es ist insbesondere untersagt, dasselbe durch Hinweisung auf abgekommene Gesetze oder Statuten, deren Kenntniß sich nach und nach verlieren muß, zu bezeichnen. 1391. Der Zusatz 1393 a. ist aufgehoben. Rgsbl. 1831. Nro. 30.

II. und III. Kapitel.

Von den einzelnen Güterrechten.

I. Gemeinschaftsrecht.

Allgemeine Bestimmung.

Der Tag der Trauung ist das Anfangsziel einer jeden Gemeinschaft, 1399. und wenn Zachariä **III.** Seite 172 und Brauer **III.** S. 323 behaupten, es könne eine Gemeinschaft sowohl **sub conditione suspensiva** als auch **sub conditione resolutiva** eingegangen werden, so ist zwar das erstere, nämlich die Verabredung, statthaft, daß vor der Hand eine Nichtgemeinschaft bestehen, solche aber beim Eintritt einer gewissen Thatsache, z. B. wenn Kinder erzeugt werden, in eine Gemeinschaft übergehen soll, weil hier

eine rückwirkende Kraft der Bedingung auf dem Moment der Trauung faktisch ausführbar ist. Vergl. Art. 1451. Aber eine auflösende Bedingung kann diese rückwirkende Kraft nicht haben, weil es faktisch unmöglich ist, die einmal vorhanden gewesene Societät so zu behandeln, als wäre sie niemals vorhanden gewesen, wie dieß Zachariä **ibid.** S. 40 bei einer andern Gelegenheit, nämlich bei der Nichtigerklärung einer Ehe selbst anerkennt. Es würde also die Resolutiv-Bedingung nur eine, erst während der Ehe eintretende Abänderung des Güterrechts herbeiführen, was dem Art. 1395 entgegen ist.

Erste Abtheilung.

Gesetzliche Gütergemeinschaft.

Diese Gemeinschaftsart kann nicht nur ausdrücklich bedungen werden, sondern sie tritt stets in dem Falle ein, wenn und soweit die Eheleute nichts anderes festsetzen.

Sie ist am ausführlichsten dargestellt, und ihre Regeln gelten auch für alle Modifikationen, soweit sie nicht ausdrücklich oder folgenweise aufgehoben sind. 1528.

Man nennt diese Gemeinschaft auch die Fahrnißgemeinschaft, weil es hauptsächlich das bewegliche Vermögen der Eheleute ist, welches die gemeinschaftliche Kasse bildet.

Die aufgestellten Regeln zerfallen in folgende 3 Abtheilungen:

1) Welche Activa und Passiva bilden das gemeinschaftliche Vermögen?
2) Wer hat dasselbe zu verwalten, wie ist es zu verwalten und welchen Einfluß haben die Handlungen der Eheleute auf den Bestand der gemeinschaftlichen Kasse, sowie auf das nicht zur Gemeinschaft gehörige Vermögen?
3) Wie wird die Gemeinschaft, nämlich das Rechtsverhältniß derselben aufgelöst, und wie ist das **Condominium**, welches in der gemeinschaftlichen Kasse verbleibt, zu theilen?

1ter Abschnitt.

Von den Aktiven und Passiven der gesetzlichen Gütergemeinschaft.

§. I. Von den Aktiven.

Das Gesetz bestimmt in dem Artikel 1400—1409 genau, welche Vermögensrechte in die Gemeinschaft gehören und welche nicht. Es bezeichnet also auf positivem und negativem Wege den Aktivbestand der Gemeinschaft und es ergibt sich daraus folgendes Resultat:

Die Rechte der Gemeinschaft sind theils Eigenthums-, theils Nutznießungsrechte, und es umfassen diese Rechte theils solches Vermögen, welches die Eheleute am Tage der Trauung besitzen, theils solches, welches nachher erworben wird.

I. Eigenthum der Gemeinschaft kann zunächst nur solches Vermögen oder solche einzelne Vermögensrechte werden, welche veräusserlich sind, da die Einräumung eines Miteigenthums eine Veräusserung enthält. Von dem veräusserlichen Vermögen aber wird gemeinschaftlich:

1) Die Gesammtheit aller beweglichen Rechte, welche die Eheleute am Tage der Trauung besitzen. Es findet also eine wechselseitige Veräusserung **titulo universali** statt. Vgl. 1010.

2) Alle beweglichen Rechte, welche dem einen oder andern Ehegatten **titulo lucrativo**, also durch Erbschaft oder Schenkungen während der Ehe anfallen.

3) Alles errungene, d. h. während der Ehe **titulo oneroso** erworbene Vermögen aller Art, mag es beweglich oder unbeweglich, von dem einen oder andern Ehegatten erworben worden seyn, soweit nicht die errungenen Liegenschaften als bloses Surrogat eines veräusserten eigenen Rechtes des einen oder andern Ehegatten erscheinen, und daher **in locum** desselben succediren, worüber die Art. 1407, 1433—1437 das Nähere bestimmen. (Vrgl. unten.)

Es streitet bei allen Liegenschaften sowohl in Bezug auf das Verhältniß unter den Ehegatten, als gegen Aussen die Vermuthung dafür, daß sie zu den, während der Ehe **titulo oneroso** erworbenen gehören, bis der Ehegatte oder seine Rechtsnachfolger, die das Alleineigenthum behaupten, beweisen, daß sie ererbt oder geschenkt wurden, oder daß der betreffende Ehegatte schon vor der Ehe Eigenthümer war, oder die Liegenschaft wenigstens im Civilbesitze gehabt hat; denn eines Theiles gibt der Besitz die Vermuthung für das Eigenthum, Art. 2230, und anderntheils würde der Gegenbeweis gegen diese Vermuthung eine **exceptio de jure tertii** seyn, sofern nicht der Gegner behauptet, daß er der Eigenthümer sey, also das Gut nicht für die Gemeinschaft, sondern für sich ansprechen würde. Auch wirkt eine, während der Ehe vollendete Verjährung zu Gunsten des besitzenden Ehegatten, nicht der Gemeinschaft. 1402.

In Bezug auf die Frage, was bewegliche und unbewegliche Rechte seyen, muß auf die frühern Erörterungen verwiesen werden.

Ausgeschlossen von der Gemeinschaft bleiben daher dem Eigenthum nach:

1) Alle liegenschaftlichen Rechte, welche die Ehegatten am Trauungstage im Civilbesitze haben, es sey denn, daß sie in der Zwischenzeit nach dem Abschluß des Ehevertrages, wo ein solcher stattfand, und vor der Trauung von dem einen Ehegatten **titulo oneroso** erworben wurden, denn in diesem Falle werden sie gemeinschaftlich, weil sonst der eine Ehegatte den andern hintergehen könnte.

2) Diejenigen unbeweglichen Rechte, welche sie durch Schenkung oder Erbschaft während der Ehe erworben, sofern sie nicht ausdrücklich der Gemeinschaft geschenkt werden.

Eine Schenkung an beide Ehegatten zugleich macht zwar jeden zum Miteigenthümer, aber es fallen die Antheile eines jeden doch nicht in die Gemeinschaft, was in Bezug auf die Verfügungsrechte des Mannes über den Antheil der Frau von wesentlicher Bedeutung ist.

Als vorläufige Erbeinweisung und somit als geschenktes liegenschaftliches Recht wird es auch behandelt, wenn ein Ascendent des einen oder andern Ehegatten diesem einzelne Liegenschaften überläßt, wenn gleich Verbindlichkeiten mit der Uebergabe verknüpft sind, oder die Uebergabe **loco solutionis** geschieht. Art. 1406.

Der Art. 1408, Absatz 1 ist eine Folge des Art. 883, d. h. der rückwirkenden Kraft der Theilungen, und der Absatz 2 gibt der Frau das dort eingeräumte Wahlrecht aus dem Grunde, damit der Mann die Frau nicht aus Eigennutz durch Verweigerung seiner Ermächtigung verhindere, selbst die Antheile der Miteigenthümer zu erwerben, wenn der Erwerb mit Vortheil geschehen kann.

II. Nutznießungsrechte der Gemeinschaft.

Diese umfassen alle Güter der beiden Ehegatten, welche nicht in die Gemeinschaft fallen. Selbst die Nutzungen und Vortheile von denjenigen Rechten, die an sich nicht auf andere übertragen werden können, fallen in die Gemeinschaft. Ebenso die verfallenen Beträge der Leibrenten und der Erbrenten, nicht aber das Recht zum Bezug selbst, welches dem einbringenden Ehegatten verbleibt, obwohl sie für bewegliche Rechte erklärt sind, 529. 530, denn das Recht zum Bezug ist ein fingirtes Recht, welches nur durch die einzelnen Bezüge selbst verwirklichet wird.

Pothier Vol. 11 p. 72.

Auch spricht der Art. 1401 nur von den Gefällen aller Art, nicht aber vom Recht zum Bezug der Gefälle selbst. Würde das Recht selbst in die Gemeinschaft fallen, so wäre es unnöthig gewesen, derselben auch noch die jährlichen Erträgnisse zuzuweisen.

§. II. Lasten und Schulden der Gemeinschaft.

Diese bestehen

I. in fortlaufenden ständigen Ausgaben;

II. in Verbindlichkeiten gegen dritte Personen.

ad I. Ständige Ausgaben.

Dieses sind:

A. solche, welche der Ehezweck erfordert, also der Unterhalt der Ehegatten und die Erziehung der Kinder, und zwar allernächst der gemeinschaftlichen Kinder.

Sind Kinder aus einer frühern Ehe vorhanden und haben diese

a. kein eigenes Vermögen, so fällt ihr Unterhalt als eingebrachte Schuld ihres Elterntheils (vergleiche unten) in die Gemeinschaft.

Haben sie

b. eigenes Vermögen und es hat ihr Elterntheil die Nutznießung daran, so fällt diese Nutznießung ihrem Ertrage nach und eben damit auch die Last derselben in die Gemeinschaft.

Soweit aber dieses Nutznießungsrecht nicht besteht, müssen allernächst die Einkünfte des Vermögens solcher Kinder zu ihrem Unterhalt verwendet werden.

B. solche Ausgaben, welche der Gemeinschaft als Nutznießerin des eigenen Vermögens der Ehegatten obliegen, Art. 1409 Abs. 3. 4. Art. 605 ff.

Wegen der Uebersetzung des Abs. 3 vergleiche Vorträge S. 94.

ad II. Verbindlichkeiten gegen dritte Personen.

Der Art. 1409 spricht von fahrenden Schulden und dann wieder von solchen fahrenden Schulden, welche die, einem Ehegatten allein gehörigen Liegenschaften angehen.

Er sagt, alle fahrenden Schulden fallen in die Gemeinschaft, jedoch vorbehaltlich der Vergütung des Schuldbetrags, welcher die eigenen Immobilien angeht.

Es ist dieses so zu verstehen.

Die Verbindlichkeiten, als Gegensatz der Rechte betrachtet, können wie diese in bewegliche und unbewegliche Verbindlichkeiten eingetheilt werden, je nachdem sie einem beweglichen oder unbeweglichen Rechte entsprechen.

Diese Eintheilung paßt jedoch nicht auf den engeren Begriff der Schulden, indem diese, wie früher gezeigt, stets unter die beweglichen

Verbindlichkeiten gerechnet werden müssen. Die Verbindlichkeiten betreffen also entweder ein **species** oder ein **genus**. Die letzteren sind beweglich oder Schulden im eigentlichen Sinn des Wortes.

Die ersteren aber sind, wenn eine bewegliche Sache zu leisten ist, fahrende Verbindlichkeiten, andernfalls liegende, und diejenige Masse hat natürlicher Weise die Verbindlichkeit auf sich, in welche der Gegenstand gehören würde, falls die Verbindlichkeit nicht bestünde oder m. a. W., aus welcher das schuldige Objekt ausgeschieden werden soll. Das Gleiche gilt von dinglichen Lasten, die gegen eine bestimmte Sache geltend gemacht werden. Man muß also den Ausdruck Schulden, soweit im Art. 1409 von fahrenden Schulden die Rede ist, in dem weitern Sinn von Verbindlichkeiten auffassen.

Die weitere Eintheilung, welche die Schulden im eigentlichen Sinne berührt, beruht darauf, daß gewisse Schulden als der Gesammtheit der unbeweglichen Güter anhängend betrachtet werden, und zwar deßhalb, weil sie durch die Art ihrer Entstehung oder Uebertragung mit dem Bestande des liegenschaftlichen Vermögens eines Ehegatten in spezieller Verbindung stehen. (Liegende Schulden.)

Die nähere Darstellung des Schuldenverhältnisses geschieht in nachstehenden Abtheilungen, wobei aber stets das Verhältniß zwischen den Ehegatten und das gegenüber von den Creditoren, wohl zu unterscheiden ist.

A. Von den Schulden, die bei Eingehung der Ehe vorhanden sind.

1. In Bezug auf das Verhältniß zwischen den Ehegatten.

Alle vor der Ehe entstandenen Schulden gelten zwischen den Ehegatten als gemeinschaftliche, der Gesammtheit der beweglichen Habe folgende Schulden. Soweit jedoch die Bezahlung einer solchen Schuld aus der gemeinschaftlichen Casse eine Bereicherung des einen Ehegatten auf Kosten der Gemeinschaft zur Folge haben würde, muß der betreffende Ehegatte für die Uebernahme dieser Schuld auf die Gemeinschaft Vergütung leisten. 1409. 1437 (wo jedoch der Urtext so lautet: „**toutes les fois, qu'il est pris sur la comunauté une somme.**")

Eine Bereicherung aber liegt in der Bezahlung einer solchen Schuld, die durch den Erwerb, durch die Erhaltung oder durch die Werthserhöhung einer Liegenschaft des einen oder andern Ehegatten entstanden ist. Da nämlich der Ehegatte Eigenthümer der eingebrachten Liegenschaften bleibt nnd sie bei Auflösung der Ehe wieder an sich zieht, so hat die Gemeinschaft gegen die Uebernahme oder Bezahlung dieser Schuld kein Aequivalent erhalten, sondern der Eigenthümer der Liegenschaft würde den Vortheil allein haben. Es ist daher ganz konsequent, wenn die Gesetze verfügen, daß für das Einbringen (**pris sur la comunaute**) einer solchen Schuld Vergütung geleistet werden muß.

Beispiele derartiger Schulden giebt der Satz 1437 und 2103 an.

Es kommt also alles auf den Entstehungsgrund der Forderung an, und derjenige Ehegatte, welcher die Vergütungspflicht als Ausnahme von der Regel behauptet, muß diese aus dem Entstehungsgrunde der Forderung nachweisen. Sehr häufig ist die Meinung, daß auch diejenigen Schulden eigene seyen, für welche eine Liegenschaft verpfändet ist.

Diese Behauptung ist theils wahr, theils ist sie unwahr. Sie ist

1) unwahr, soweit die Forderung, für welche das Pfandrecht besteht, zugleich eine persönliche Schuld des, die Liegenschaft einbringenden

Ehegatten ist, und zwar eine solche persönliche Schuld, die mit der Erwerbung, Erhaltung oder Werthserhöhung der Liegenschaft in keiner Verbindung steht, denn es fällt jede persönliche Schuld, gleichviel ob sie mit einem Pfandrecht versehen ist oder nicht, ohne Vergütungsvorbehalt in die Gemeinschaft, wenn nicht der eben erwähnte ausnahmsweise Entstehungsgrund vorliegt.

2) Wahr ist jene Behauptung, wenn die Schuld nicht zugleich eine persönliche Schuld des Ehegatten ist, auf dessen Grundstück das Pfandrecht haftet, denn hier ist lediglich von einer dinglichen Last die Rede, welche nicht mit einer persönlichen Klage, sondern nur mit der **actio hypothecaria** gegen den einbringenden Ehegatten als Besitzer des Grundstückes geltend gemacht werden kann, und hier muß dasjenige seine Anwendung finden, was von dinglichen Lasten eines Grundstücks im Allgemeinen gilt, d. h. das **accessorium** bleibt mit dem **principale** von der Gemeinschaft ausgeschlossen.

Der Art. 1410 ist endlich noch eine Vorsichtsmaßregel, damit die Frau nicht während der Ehe Schulden kontrahiren und sie vordatiren kann, wodurch der Mann sowie das Gesetz hintergangen würde.

Nach französischem Rechte gilt die Zahlung einer solchen Schuld von Seiten des Ehemanns als ein Bekenntniß, daß die Schuld wirklich vor der Ehe entstanden sey. Brauer hat aber dem Absatze 3 die Worte angefügt: „unbeschadet der Aufrechnung auf der Frauen Gemeinschaftsantheil," was dem französischen Rechte ganz zuwider ist. Es gilt daher nach badisch. Rechte die Zahlung nicht als ein Bekenntniß, sondern nur als ein Vorschuß, den sich die Frau an ihrem Gemeinschaftsantheil seiner Zeit aufrechnen lassen muß, als ob sie diesen Betrag zum Voraus empfangen hätte. Wenn sie sich aber der Gemeinschaft entschlägt, so ist sie keine Vergütung schuldig.

Diese Art von Vergütungspflicht der Frau, welche gleichsam nur auf ihrem Gemeinschaftsantheil, nicht aber auf ihrem eigenen Vermögen haftet, ist in der That eine ganz seltsame, aller Consequenz entbehrende Bestimmung.

2. Verhältniß der Gläubiger bei diesen Schulden.

Die Gläubiger, welche schon bei Eingehung der Ehe Gläubiger des einen oder andern Ehegatten sind, können ohne Rücksicht auf den Entstehungsgrund der Forderung

1) wenn sie Gläubiger des Mannes sind, diesen zur Bezahlung anhalten und im Executionswege sein eigenes Vermögen, sowie das der Gemeinschaft zu ihrer Befriedigung angreifen, nur nicht das Grundeigenthum der Frau, denn dieses bleibt der Frau vorbehalten. Anlangend

2) die Gläubiger der Frau, so gilt in Beziehung auf den Mann der Grundsatz, wer eine Frau heirathet, der heirathet auch ihre Schulden, d. h. der Mann verpflichtet sich durch Eingehung der Gütergemeinschaft, alle Schulden der Frau zu bezahlen, sie mögen was immer für einen Entstehungsgrund haben. Die Gläubiger können nicht allein auf das Gemeingut und auf das Vermögen der Frau, sondern überdieß auf das eigene Vermögen des Mannes greifen, jedoch können sie nur **durante cumunione** das Ganze von dem Manne fordern, 1485, weil durch die Auflösung der Gemeinschaft der Grund

der Verpflichtung des Mannes, nämlich der Besitz des ganzen eheweiblichen Vermögens wieder aufhört.

Aber auch das Grundeigenthum der Frau bleibt ihnen verhaftet, wie es ihnen schon vor der Ehe verhaftet war, denn die Frau kann dem Creditor gegenüber die Schuld nicht abschütteln.

Dabei versteht es sich von selbst, daß jeder Ehegatte Vergütung thun muß, wenn die Schuld nach dem Entstehungsgrund eine solche ist, die Liegenschaften desselben angeht.

B. Von den Schulden, die während der Ehe entstehen.

1. Aus Verträgen.

Sind diese überhaupt gültig, so kommt

a. zwischen den Eheleuten alles darauf an, ob die Schuld zum Vortheil der Gemeinschaft oder zum Vortheil des eigenen Vermögens eines Ehegatten kontrahirt und verwendet worden ist. Sie erscheint hiernach entweder als eine gemeinschaftliche, oder als eine eigene. Im Zweifel streitet die Vermuthung für das erstere, und derjenige Ehegatte ist beweispflichtig, welcher das Gegentheil behauptet.

b. Gegenüber von dem Gläubiger entscheiden diejenigen Grundsätze, welche schon in der Einleitung als maßgebend für das Verhältniß dritter Personen aufgestellt worden sind, und im Wesentlichen den allgemeinen Grundsätzen über Verträge, verbunden mit dem besondern Verhältniß der Ehelente, entsprechen.

2. **Ex lege.**

Diese lassen sich entweder auf den Grundsatz zurückführen, „**nemo damno alterius locupletior fieri debet,**" oder es sind Klagen **ex delicto.** Im ersteren Falle haftet derjenige Ehegatte, dessen Vermögen bereichert wurde, und im Falle es die Gemeinschaft ist, der Mann als der Herr derselben.

Klagen **ex delicto** sind nach Art. 1424 zu behandeln.

Es spricht zwar dieser Artikel nur von Geldstrafen und Brauer **III.** S. 348 behauptet, daß er auf Schadenersatz keine Anwendung leide, daß also z. B. der Frau keine Vergütung gebühre, wenn eine Entschädigung für eine unrechte That des Mannes aus der Gemeinschaft beigetrieben worden sey. Derselben Meinung ist auch Zachariä **III.** S. 192 Not. 12, allein die eben daselbst von ihm angeführten Schriftsteller sind anderer Meinung und diese andere Meinung ist wohl die gerechtere, denn wenn das Gesetz dem Manne, obwohl er Herr der Gemeinschaft ist, selbst Schenkungen auf Rechnung der Gemeinschaft im Allgemeinen verbietet, kann es ihm noch weniger erlauben, auf fremde Rechnung Delikte zu begehen.

C. Schulden, die mit Erbschaften oder Schenkungen anfallen.

a. Verhältniß unter den Eheleuten.

Hier entscheidet im Allgemeinen der Grundsatz, daß die Schulden ebenso behandelt werden, wie das anfallende Vermögen.

Ist dieses fahrend, so fallen auch alle Schulden auf die Gemeinschaft und im entgegengesetzten Falle auf den erbenden Ehegatten. Ist das Vermögen gemischt, so fallen sie **pro rata** des Werths der Fahrniß der Gemeinschaft und **pro rata** des Werths der Liegenschaften dem erbenden Ehegatten zur Last. 1414. Sie werden also wie der Preis einer Erwerbung behandelt. Damit aber in letzterem Falle keine Unsicherheit über die Größe des Schuldentheils der Gemeinschaft entstehe, ist der Mann verpflichtet, ein

Verzeichniß über die einzelnen Gegenstände der Verlassenschaft errichten zu lassen, gleichviel ob ihm oder der Frau die Erbschaft anfiel. Unterläßt er dieses, so kann er keine Vergütung an die Gemeinschaft oder an das Vermögen der Frau ansprechen, wenn ihm seine Angabe und Berechnung bestritten wird, wohl aber wird die Frau nach aufgelöster Gütergemeinschaft zu allen Beweismitteln zugelassen, die im Art. 1415 genannt sind, um darzuthun, daß aus der Gemeinschaft mehr Erbschaftsschulden des Mannes bezahlt wurden, als dieser zur Last fallen, oder welcher Antheil von ihren Erbschaftsschulden aus der Gemeinschaft zu bezahlen sey.

Die Frau bedarf übrigens zum Antritt einer Erbschaft der Einwilligung des Mannes und wenn diese verweigert wird, dagegen das Gericht die Autorisation ertheilt, so kann die Frau die Bezahlung der Erbschaftsschulden in keinem Falle weiter aus der Gemeinschaft fordern, als diese an Fahrnissen wirklich empfangen, also Gewinn gezogen hat.

Die Verweigerung des Mannes hat nämlich nicht die Wirkung, daß die Gemeinschaft schlechthin nichts vom Vermögen der Erbschaft bekommt, sondern sie hat demungeachtet ein Recht auf die fahrende Habe, allein die Gemeinschaft haftet nur bis zum Betrage der empfangenen Fahrnisse, sofern ein Verzeichniß errichtet worden ist, welches die Größe des Empfanges darthut.

b. Verhältniß zu den Erbschaftsgläubigern.

Die Annahme der Erbschaft ist gegenüber von den Gläubigern der Erbschaft ein Halbvertrag, kraft dessen der Erbe verspricht, dieselben zu befriedigen, jedoch geht die Haftbarkeit des Erben, wenn **sub beneficio inventarii** angetreten wurde, nicht über den Betrag der Erbschaftsmasse hinaus 1100^{d} ^{e} 802.

Ist nun mit diesem **beneficium** angetreten, so können die Gläubiger niemals in den Fall kommen, etwas anderes anzugreifen, als die Erbschaftsmasse, und es ist ihnen gegenüber nicht zu untersuchen, wohin die Schulden fallen.

Ist aber nicht **sub beneficio inventarii** angetreten und zwar:

1) eine Erbschaft, die dem Manne angefallen ist, so ist es gerade so, als ob der Mann sich sonst durch einen Vertrag verpflichtet hätte. Sein Vermögen, sowie das der Gemeinschaft haftet den Gläubigern, gleichviel aus was die Erbschaftsmasse bestand. Die etwaigen Vergütungen unter den Eheleuten berühren die Gläubiger nicht. Dagegen können diese das eigene Vermögen der Frau nicht angreifen. Art. 1412 Abs. 1 und 2.

2) Bei Erbschaften der Frau sind folgende Unterscheidungen zu machen.

a. Sie tritt mit Ermächtigung des Mannes an.

Besteht

α. die Erbschaft aus Mobilien, so können die Gläubiger zu ihrer Befriedigung wie bei einer Forderung, für die sich die Frau mit ihrem Manne verpflichtet hat, aus dem ganzen Vermögen beider Eheleute suchen.

Besteht sie

β. nur aus Immobilien, so ist das eigene Vermögen der Frau ohne Rücksicht auf die Nutznießung des Mannes verhaftet. Art. 1413.

Besteht sie

γ. aus Mobilien und Immobilien, so stehen die Gläubiger im nämlichen Rechte wie **sub** α. Art. 1416, (der Vergütung unter den Ehegatten unbeschadet.)

Hat

b) der Mann die Autorisation verweigert und das Gericht sie gegeben, so haben die Gläubiger stets nur ein Recht auf das Grundeigenthum der Frau nicht aber auf die Gemeinschaft oder des Mannes Vermögen, 1417, es sey denn, daß der Mann es unterließ, durch Errichtung eines Erbverzeichnisses die Vermischung des Vermögens der Erbschaft mit dem der Gemeinschaft zu verhüten. Art. 1416. Abstz. 2.

Ist endlich

c) die obrigkeitliche Ermächtignng wegen Verhinderung des Mannes, also nicht gegen, sondern für den Mann erfolgt, so sind auch hier die Wirkungen dieselben, wie wenn der Mann autorisirt hätte. Grollmann **II.** S. 526 ff.

2ter Abschnitt.

Verwaltung der Gütergemeinschaft und des eigenen Vermögens der Eheleute.

I. Verfügungen über die **communio.**

Diese stehen dem Manne allein und zwar unbeschränkt zu. Nur in Ansehung der Schenkungen enthält der Art. 1422 die Beschränkung, daß der Mann allein

1) nur Fahrnisse,
2) **titulo singulari**
3) ohne Vorbehalt der Nutzung

schenken darf. Brauer **III.** p. 342 erklärt auch noch Schenkungen an solche Personen für verboten, die im Sinne der Art. 911 und 1099 für untergeschobene Personen gelten, weil durch Erbschaft der Mann in dem alleinigen Besitz derselben kommen kann, z. B. wenn er an seine Eltern schenkt. Eine dem Art. 1422 zuwiderlaufende Schenkung kann von der Frau als nichtig angefochten werden, wenn sie sich der Gemeinschaft theilhaftig macht, aber der Mann selbst ist nicht dazu legitimirt, weil das Verbot nur im Interesse der Frau besteht. Gegen dritte Besitzer findet nach Art. 2279 keine Klage statt, wenn Mobilien unstatthafter Weise verschenkt wurden. Von der Ausstattung der Kinder, welche eine Ausnahme bildet, nachher.

Ueber Schenkungen auf den Todesfall vergl. Art. 1423.

II. Verwaltung des eigenen Vermögens der Frau.

Dieses besteht bei der gesetzlichen Gütergemeinschaft nur aus Imobilien, bei den bedungenen Gemeinschaftsarten aber, oder: wenn Schenkungen an die Frau mit der Bedingung gemacht werden, daß sie nicht in die Gemeimschaft fallen, können auch Fahrnisse der Frau den Liegenschaften gleich gestellt seyn.

Da der Mann als Verwalter der Gemeinschaft die Nutznießung an dem Vermögen der Frau hat, so steht ihm auch die Verwaltung und die Verantwortlichkeit wegen Nachlässigkeit in derselben zu. Er hat die **diligentia** eines guten Hausvaters zu prästiren, 1428 **jeto** Art. 601.

Er ist zu allen Besitz- und zu solchen petitorischen Klagen **activ et passiv** legitimirt, welche fahrende Habe der Frau betreffen, sowie überhaupt zu all denjenigen Klagen, welche einem Nutznießer durch die Gesetze eingeräumt sind. In wie weit dem Manne in Ansehung der Imobilien die petitorischen Klagen des Eigenthümers zukommen, darüber ist man nicht ganz einig.

Ueber Theilungsklagen entscheidet der Art. 818 und, daraus, sowie aus dem Schweigen des Art. 1428 ist nach der Regel „**unius positio est alterius exclusio**“ zu schließen, daß er bei petitorischen Eigenthums-Prozessen nicht allein handeln kann. Er ist aber verbunden, nach Art. 614 die Frau zur gerichtlichen Verfolgung ihrer Ansprüche zu veranlassen **resp.** ihr die Ermächtigung dazu zu geben, wenn petitorische Klagen zu erheben oder zu beantworten sind, widrigens er für den Schaden verantwortlich ist.

Nach Art. 1428 a. ist die Frau in Prozessen, die ihr Mann in ihrem Namen ohne besondere Vollmacht führen darf, zur Neben-Intervention berechtiget.

Ueber Verpachtungen vergl. Art. 1429 und 1429 a.

III. Veräußerungen des eigenen Vermögens der Ehegatten.

A. Des Mannes.

Der Mann kann seine Liegenschaften nach Belieben veräußern.

Wird nun

1) eine Liegenschaft des Mannes von ihm vertauscht, so tritt das eingetauschte Grundstück an die Stelle des vertauschten, vorbehaltlich des Ersatzes für das aus der Gemeinschaft genommene Aufgeld, Art. 1407, wo ein solches bezahlt wurde.

Wird

2) ein Grundstück des Mannes verkauft, so sind folgende Fälle möglich:

a) der Kaufpreis wird baar bezahlt und kein anderes Grundstück dafür angeschafft.

Hier hat der Mann Vergütung an die Gemeinschaft anzusprechen, sofern er beweisen kann, daß die Gemeinschaft den Preis wirklich erhalten hat, wenn die Zahlung widersprochen wird. So lange aber

b) die Forderung des Kaufpreises aussteht, bildet sie kein **Activum** der Gemeinschaft, sondern diese hat nur die Zinse davon auszusprechen.

Wird aus dem Erlöse

c) ein anderes Grundstück erworben, und hat der Mann bei der neuen Erwerbung (**in continenti**) ausdrücklich erklärt, daß diese an die Stelle des veräußerten Grundstückes treten soll, so ersetzt das neu erworbene Grundstück die Stelle des Veräußerten.

Sofern die neu erworbene Liegenschaft mehr gekostet hat, als aus der verkauften erlöst wurde, kann die Gemeinschaft entweder das Miteigenthum nach Verhältniß des Mehrbetrages oder die Vergütung fordern. Pothier **Vol. 11. Nro.** 198. Andere wenden den Art. 866 analog an.

Verhält es sich umgekehrt, so findet eine Vergütungsforderung an die Gemeinschaft statt, wenn sie den Mehrerlös bezogen hat.

Dasselbe gilt nun von allen liegenschaftlichen Rechten, die in Geld oder Geldswerth umgewandelt worden sind. 1433 a.

B. Veräußerungen der Immobilien der Frau. Diese sind ungültig, wenn die Frau nicht einwilliget, 1428. Abs. 3, sie mögen in Form eines Tausches, Verkaufes, oder wie immer statt finden.

Die Frau kann daher das Grundstück vindiziren, so lange sie die Veräußerung nicht ausdrücklich oder stillschweigend genehmiget hat, z. B. dadurch, daß sie Vergütung aus der Gemeinschaft oder von dem Manne anspricht.

Es ist jedoch bestritten, ob diese Vindikation **durante matrimonio** statt finden könne oder ob die Frau die Auflösung der Gemeinschaft abwar-

ten müsse. Die Ansicht, daß die Frau erst nach Aufhebung der Gemeinschaft die Vindikationsklage erheben kann, verdient offenbar den Vorzug, weil

1) der Dritte jedenfalls einwenden kann, daß der Mann wenigstens zur Ueberlassung des Besitzes und Genusses an andere Personen **durante comunione** berechtiget gewesen sey und daher eine Klage auf Abtretung des Besitzes nicht statt finden könne; eine Klage auf bloße Anerkennung des Eigenthums oder Ungültigkeit des Vertrages aber um so weniger am Platze ist, als die Frau nicht einmal eine Verjährung zu besorgen hat, Art. 2256, weil
2) der Art. 1560 selbst bei der bewiedmeten Ehe die Vindikation während der Ehe untersagt und hier noch mehr Gründe vorlägen, dieselbe zu gestatten, indem beide Ehegatten zusammen das Dotalgut nicht gültig veräußern können, weil endlich
3) die Frau wegen etwaiger Gefahr, daß das Grundstück deteriorirt wird, und daß sie keinen Ersatz erlange, durch andere Rechtsmittel des Civilrechts (Art. 1443 und 1180) sowie des Prozeßrechts geschützt ist.

Die in den Annalen von 1843 **Nro.** 25 aus dem Art. 2256 und aus den Motiven zu diesem Satze (welche im Ganzen nichts anderes als eine Umschreibung desselben sind) für die entgegengesetzte Meinung abgeleiteten Argumente sind offenbar gesucht und unstichhaltig gegen die allgemeinen Rechtsgrundsätze, und gegen die besonderen Bestimmungen in Art. 1560. Ist eine Veräußerung mit Einwilligung der Frau geschehen, so hat die Gemeinschaft an dem eingehenden baaren Gelde den **quasi usus fructus** (587). Der ausstehende Kaufpreis aber ist ebenfalls kein Gemeingut.

Auch braucht die Frau bei Vergütungs-Ansprüchen nicht zu beweisen, daß die Gemeinschaft den Preis bezogen hat, sondern der Mann hat als Verwalter ihres Vermögens sich über dessen Bestand auszuweisen, mithin auch darzuthun, wohin die Gelder gekommen sind.

Anlangend die Wiederanschaffung eines andern Grundstücks, so muß die Frau nach Art. 1435 ausdrücklich erklären, daß sie das neu acquirirte Grundstück als Ersatz annehme, sonst kann ihr dasselbe nicht als Surrogat aufgedrungen werden.

Hat der Mann Gewähr geleistet, daß die Liegenschaft Eigenthum der Frau sey, und er wird deßhalb in Anspruch genommen, so hat er den Rückgriff auf die Frau, Art. 1432 (wo übrigens in der zweiten Zeile „Verkauf" statt „Kauf" zu lesen ist). In der bloßen Autorisation liegt aber noch kein solches Versprechen.

Ueber den Unterschied der Vergütungsforderungen des Mannes und der Frau vergleiche Art. 1436. 1470. 1471. 2134 und unten.

IV. Ausstattung der Kinder.

Dieses ist ein äußerst wichtiger Punkt, der vom Gesetze an zwei verschiedenen Orten berührt wird, nämlich

1) in den Art. 1438 — 1440, wo vorausgesetzt wird, daß die dotirenden Eltern in Gütergemeinschaft leben;
2) in den Art. 1544 — 1548, wo eine bewidmete Ehe derselben vorausgesetzt wird.

Das in den letztern Artikeln Gesagte ist aber theilweise auch auf den erstern Fall anwendbar.

Die hier enthaltenen Bestimmungen sind nicht nur wichtig in Beziehung auf das Verhältniß der dotirenden Ehegatten und auf ihre Concurrenz

zu der Aussteuer, sondern namentlich auch in Beziehung auf die Frage, in wessen Erbmasse die Kinder ihre Ausstattung einzuwerfen haben, da dieselbe der Collation unterworfen ist. Art. 851.

Man muß hier von folgenden Grundsätzen ausgehen:

1) Ein **jus quasitum** der Kinder auf Ausstattung giebt es nicht. Art. 204. Es liegt also im Belieben eines jeden Ehegatten, ob er eine Aussteuer seinem Kinde geben will.

Das französische Recht betrachtet es nämlich für unschicklich, daß die Kinder befugt seyn sollen, ihre Eltern wegen einer Ausstattung vor den Gerichten herumzuziehen.

2) Nichts desto weniger bleibt eine natürliche Verbindlichkeit für beide Eltern vorhanden, aber diese Verbindlichkeit ist, obgleich für beide Eheleute gleichmäßig vorhanden, doch keine der Gemeinschaft obliegende natürliche Verbindlichkeit, wie es z. B. die rechtliche Verbindlichkeit ist, die Kinder zu erziehen.

3) Jeder Ehegatte kann, ohne daß eine Nöthigung durch den anderen statt finden darf, geben, so viel er will. Haben beide die Ausstattung versprochen, so wird im Zweifel angenommen, daß jeder die Hälfte geben wollte.

4) Auch hier äußert sich indessen die Herrschaft des Mannes über das Gemeingut in der Weise, daß er ohne Einwilligung der Frau das Gemeinschaftsvermögen zu einer Ausstattung verwenden darf und die Frau muß sich diese Verwendung gefallen lassen, wenn sie an der Gemeinschaft Theil nimmt.

5) Wenn der Mann in Folge dessen allein eine Aussteuer giebt, und das Gemeinschaftsvermögen dazu verwendet, so wird er angesehen, als habe er die Aussteuer in seiner Eigenschaft als Herr der Gemeinschaft gegeben.

Von diesem Prinzipin gieng schon Pothier **Vol. 12. Nro. 641 ff.** aus und sie sind im **C. c.** angenommen worden.

Es sind nun aber diese Grundsätze in Folgendem näher zur Anwendung zu bringen.

A. Es sind in der Urkunde, welche die Zusage enthält, beide Ehegatten als Schenkgeber aufgetreten, um ihr gemeinschaftliches Kind auszustatten. Art. 1438.

Hier könnte man versucht seyn, anzunehmen, daß dadurch eine Gemeinschaftsschuld entstehe, und daß sich also die Frau durch Verzicht auf die Gemeinschaft ihres Antheils entschlagen könne. Dieses ist aber nach dem Urtexte durchaus nicht der Fall, sondern es wird jeder Ehegatte so angesehen, als habe er den von ihm zugesagten Antheil aus seinem eigenen Vermögen versprochen, mithin eine eigene Schuld übernommen und es kann sich daher

1) die Frau ihres Antheils nicht durch Verzicht auf die Gütergemeinschaft entledigen, wie bei anderen Gemeinschaftsschulden.

2) Jeder Ehegatte bleibt vergütungspflichtig, wenn sein Antheil aus der Gemeinschafts-Kasse oder aus der Kasse des andern Ehegatten bezahlt wurde.

Ist der Antheil eines jeden nicht ausgedrückt, so wird nach dem Urtext angenommen, es habe jeder Ehegatte die Hälfte auf sich genommen.

Brauer war nun aber der irrigen Meinung, daß die gemeinschaftliche Ausstattung die Schuld zu einer Gemeinschaftsschuld mache, und übersetzte

daher die Worte „par moitié „so:" wird als gleichtheilig mit dem Gemeinschafts-Antheil gegeben angesehen," und zwar deßhalb, damit auch für jene Fälle gesorgt sey, wo die Halbtheiligkeit durch Ehevertrag aufgehoben werde. Art. 1520.

Bei dieser verkehrten Uebersetzung müssen wir nun zwar annehmen, daß nicht die Hälfte, sondern der Gemeinschaftsantheil im Zweifel maßgebend sey, wenn es sich darum handelt, auszumitteln, wie weil jeder Ehegatte eigentlich geben wollte, da er es nicht ausdrücklich gesagt hat.

Allein für eine Gemeinschaftsschuld können wir das Versprechen dennoch nicht betrachten, weil der Abstz. 2 des Art. 1438 sonst nicht neben dem Abstz. 1 bestehen könnte. Es könnte insbesondere der Mann niemals eine Vergütung aus dem eigenen Vermögen der Frau, sondern nur aus dem Gemeinschaftsvermögen ansprechen, vergl. Art. 1472, und doch sagt der Abstz. 2 ausdrücklich das Gegentheil, indem er nicht zwischen Mann und Frau unterscheidet.

B. Der Mann verspricht die Aussteuer allein, oder (was gleichviel ist) er thut es zwar in Gegenwart der Frau, aber ohne daß diese sich selbst als mitschenkend darstellt, indem sie sich passiv verhält.

Hat nun

1) der Mann ausdrücklich erklärt, daß er für die Gemeinschaft das Versprechen gebe, so ist die Schuld als Gemeinschaftsschuld zu behandeln und es ist ihm hier durch Art. 1439 das Recht, aus der Gemeinschaft zu schenken, unbedingt eingeräumt. Hat

2) der Mann nicht erklärt, ob er für sich oder für die Gemeinschaft handle, so wird er ebenfalls so angesehen, als habe er für die Gemeinschaft gehandelt, wenn er nicht einzelne Stücke versprochen hat, die zu seinem Vermögen gehören, z. B. einzelne Liegenschaften, denn hieraus würde im Zweifel die Absicht hervorgehen, daß er nur sein eigenes Vermögen verpflichten wollte.

C. Die Frau allein kann nur mit Ermächtigung des Mannes oder der Obrigkeit eine Aussteuer versprechen.

Stets wird aber das Versprechen der Frau als eine ihr allein obliegende Schuld betrachtet, und der Mann wird daher durch seine Ermächtigung ebenso wenig mitverpflichtet, als durch die Ermächtigung des Gerichts.

Hätte jedoch die Frau

1) ein der Gemeinschaft gehöriges spezielles Stück mit Erlaubniß des Mannes versprochen, so wäre diese Erlaubniß nur ein Auftrag des Mannes, für ihn die Gemeinschaft zu verpflichten. Ist

2) der Mann an der Autorisation verhindert, so kann das Gericht die Frau ermächtigen, auf Rechnung der Gemeinschaft ein Kind auszusteuern. Art. 1427.

Sehr häufig kommt es nun aber vor, daß Eltern ein Kind aussteuern, welches schon eigenes anerfallenes Vermögen hat, und es entsteht hier die Frage, haben die Eltern dem Kinde nur sein Vermögen ausliefern, oder haben sie ein Heirathsgut schenken wollen.

Ist das Versprechen in **specie** bestimmt, so kann dieser Zweifel nicht wohl entstehen, weil man hier aus dem Eigenthumsrecht an der Sache ersieht, ob die Eltern nur das ausliefern wollten, was dem Kinde schon gehört, oder ob sie schenken wollten.

Besteht aber die Aussteuer in Geld oder überhaupt **in genere**, so

gilt der Grundsatz, daß man die Zusage als Schenkung und nicht als Auslieferungs-Versprechen zu betrachten hat, wenn die Eltern letzteres nicht ausdrücklich erklären, arg. Art. 1546 (welcher in der Uebersetzung unrichtig mit dem Worte „auch" anfängt!).

Hatten aber die Eltern erklärt, daß sie aus dem anerfallenen Vermögen und aus ihrem eigenen die Aussteuer versprechen, so wird dieß arg. Art. 1545 so angesehen, als hätten die Eltern dasjenige, was sie mehr als das Vermögen des Kindes beträgt, versprochen haben, aus eigenem Vermögen zuzulegen versprochen.

Ohne diese Erklärung aber kann das ausgestattete Kind neben dem Heirathsgut auch sein eigenes Vermögen fordern.

V. Vergütungsforderungen, die aus der Verwaltung entspringen.

Hier entscheidet im Allgemeinen der Grundsatz, daß keine der 3 Kassen auf Kosten der andern bereichert werden soll. So oft also eine **versio in rem** von der einen Kasse in die andere statt gefunden hat, ist die Ersatzpflicht der letzteren begründet. (Vergleiche die früher über diesen Punkt angegebenen Regeln.)

Für die Frau gilt aber noch insbesondere der Grundsatz, daß der Mann Nutznießer und Verwalter ihres Vermögens gewesen ist, und daher den Grundstock des Vermögens, an dem die Nutznießung bestand, nach aufgelöster **communio, in natura** zurückgeben oder den Werth ersetzen muß. Er haftet für die Verantwortlichkeiten eines guten Hausvaters, der Rechnung über den Grundstock tragen muß, nicht nur **qua** Inhaber der **communio,** sondern mit seinem eigenen Vermögen, daher das Vorrecht der Frau ihre Befriedigung nicht nur vor dem Manne aus der Gemeinschaft, sondern auch aus dem eigenen des Mannes zu verlangen. Art. 1471. 1472. 1437.

Diese wechselseitigen Vergütungsforderungen und Ausgleichungen finden erst bei der Auflösung der Gütergemeinschaft statt, und nur in einzelnen Fällen kann der Mann während der Dauer der Gemeinschaft Vergütungen ansprechen, vergl. Art. 1513. Absz. 2, die Frau aber nicht, weil gar Vieles davon abhägt, ob sie seiner Zeit die Gemeinschaft annimmt oder sich derselben entschlägt.

3ter Abschnitt.

Von der Auflösung der Gütergemeinschaft.

Diese tritt in den Artikel 1441 angegebenen Fällen und zwar in den Fällen 1—4 **ipso jure,** in dem 5ten Falle aber nur in Folge eines richterlichen Erkenntnisses ein, welches ausdrücklich die Vermögensabsonderung ausspricht, und diese bedarf vorzugsweise einer näheren Erläuterung.

Von der Vermögensabsonderung.

Der Zustand der Vermögens-Absonderung unter den Eheleuten ist dasjenige Güterrechtsverhältniß, kraft dessen die Frau im Besitze und in der Verwaltung ihrer Güter bleibt, und nur jährliche Beiträge zu den Ehelasten liefert. 1453 ff.

Dieses Verhältniß kann durch einen Vertrag nur dann herbeigeführt werden, wenn es vor der Ehe verabredet wurde.

Während der Ehe findet eine solche Uebereinkunft nicht statt.. 1395. 1443. Absz. 2.

Abgesehen davon, daß überhaupt keine Veränderungen des Eheverhält-

nisses durch Vertrag während der Ehe vorgenommen werden können, wäre insbesondere die **separation des biens** ein geeignetes Mittel, die Gläubiger zu täuschen.

Auf der andern Seite könnte aber auch der Mann seine Rechte über das von der Fran herrührende Vermögen mißbrauchen und die Frau in die Gefahr bringen, alles zu verlieren, was sie in die Ehe gebracht hat, oder was, bei fortbestehender Gemeinschaft noch ferner in den Besitz des Mannes gelangen könnte.

Es ist deshalb der Frau das Recht eingeräumt worden, gerichtlich auf Vermögensabsonderung anzutragen.

Das **jus separationis** ist nicht blos bei jeder Art der Gemeinschaft, sondern auch bei der Nichtgemeinschaft zulässig, sofern der Mann dingliche Rechte an das eheweibliche Vermögen erlangt, mithin die Nichtgemeinschaft nicht schon an sich in einer **separation** besteht. 1562. 1535 **b.**

I. Von den Gründen, welche ein Absonderungsbegehren rechtfertigen. 1443.

Das Gesetz verlangt, daß entweder

1) das noch vorhandene oder zu erwerbende Vermögen der Frau in Gefahr sey, verloren zu gehen, m. a. W., daß das Fortbestehen eines Güterrechtsverhältnisses nachtheilig für die Frau zu werden droht.

Ob eine solche Gefahr im einzelnen Falle vorliege, hängt von den Umständen und von dem richterlichen Ermessen ab.

2) Wenn die Frau wegen bereits geopfertem eigenen Vermögen Vergütungen zu fordern hat, und das Vermögen des Mannes, worauf sie ein stillschweigendes Unterpfand hat (Art. 2135), zur Deckung dieser Forderungen nicht hinreicht.

II. Verfahren.

Die Klage ist im Ganzen wie jede andere zu behandlen, allein es findet zum Beweise kein Geständniß und keine Eideszuschiebung statt, wie in allen Streitigkeiten über Rechtsverhältnisse, worüber die Partheien sich nicht vergleichen können. Vergl. auch **Code de proc.** 863—875.

III. Urtheilsvollzug.

Wenn Vermögensabsonderung erkannt wird, so muß das Urtheil

1) öffentlich bekannt gemacht werden, damit dritte Personen und insbesondere die Creditoren zur Wahrung ihrer Rechte sich darnach benehmen können. 1445. Es muß

2) die Frau den Vollzug ernstlich und ohne eine ihr zur Last fallende Verzögerung betreiben, d. h. sie muß auf die Einweisung in den Besitz desjenigen, was ihr zur Folge der Aufhebung des Güterrechts gebührt, unausgesetzt dringen.

Die Unterlassung des Vollzuges wäre ein Zeichen, daß es der Frau nicht um Wahrung ihre Rechte gegenüber von dem Manne, sondern nur um Benachtheiligung dritter Personen zu thun war.

3) Das Urtheil wirkt zurück auf dem Tag der Klage.

Die Eheleute werden also von diesem Momente an so betrachtet, als hätten sie in Vermögensabsonderung gelebt und der Mann kann die Frau durch keine Handlungen in der Zwischenzeit gefährden.

IV. Rechte der Gläubiger

1) der Frau. Deren Interesse kann nur dahin gehen, daß die Frau in den Besitz ihres Vermögens gelange und somit dieses ihrem Zugriff unterworfen werde.

Obwohl nun die Creditoren im Allgemeinen befugt sind, die Rechte der Schuldner zu ihrer Befriedigung geltend zu machen, 1166, so ist doch diese Klage eine höchstpersönliche und kann daher nicht statt der Frau von den Creditoren derselben erhoben werden. Dagegen steht es den Gläubigern zu, in einer Gant des Mannes die Forderungen der Frau zu liquidiren, damit sie daraus befrieditget werden. Dadurch wird aber das Güterrecht **pro futuro** nicht aufgehoben.

2) Die Gläubiger des Mannes haben ein entgegengesetztes Interesse, nämlich die Separation zu hindern, und sie sind deßwegen berechtiget, im Wege der Neben-Intervention während des Prozesses Einsprache zu erheben und nach geendigtem Prozesse die erkannte Vermögensabsonderung anzufechten.

Jedoch müssen sie stets den Beweis führen, daß die Separation zum Abbruch ihrer Rechte geschehen ist, d. h. daß einestheils kein gesetzlicher Grund zum Ausspruche derselben vorlag, und daß anderntheils die Absonderung ihnen Nachtheil gebracht hat.

Die Anfechtung des Urtheils von Seiten der Gläubiger ist der Natur der Sache noch nichts anderes, als ein Mittel, die Nachtheile abzuwenden, die ihnen sonst zugehen würden.

Es können daher

1) nur diejenigen Gläubiger auftreten, welche zur Zeit der Absonderung schon vorhanden waren. Spätere Creditoren können nur das Dasein einer Absonderung bestreiten, wenn das Urtheil nicht gehörig verkündet worden ist.
2) Die Anfechtung hat keine weitere Wirkungen, als es ihr Zweck erheischt, d. h. die Nullität wirkt nur zum Vortheil der Gläubiger, die zu ihrer Befriedigung die Nullität geltend gemacht haben.
3) Es muß ihnen diejenige Befriedigung zu Theil werden, welche sie im Falle der noch vorhandenen **communio** bekommen hätten. Im Uebrigen bleibt es bei der Absonderung.

V. Wirkungen der Gant des Ehemannes hinsichtlich der Vermögensabsonderung.

Wenn gegen den Ehemann Gant erklärt wird, so ist die nächste Folge diese, daß alles Vermögen, worauf die Gläubiger des Mannes zu greifen befugt sind, in die Gantmasse gezogen wird, also auch sämmtliches Vermögen der Gemeinschaft. Das Grundeigenthum der Frau darf aber als fremdes Gut ebensowenig einen Theil der Masse bilden, als das Vermögen einer dritten Person und die Frau kann daher dessen Ausscheidung fordern.

Hat sie Vergütungsforderungen an die Masse, z. B. weil ihr eigenes Vermögen zum Besten derselben verwendet worden ist, so muß die Frau, wenn sie aus dem gegenwärtigen Vermögen des Mannes befrieditget seyn will, diese Forderungen wie jeder andere Gläubiger liquidiren. Daß sie hiebei zugleich auf Vermögensabsonderung antragen kann, unterliegt keinem Zweifel, denn der Konkurs des Mannes ist der klarste Beweis für das Dasein der Voraussetzungen des Art. 1443. Ob sie aber darauf antragen müsse, wenn sie ihr Vermögen liquidiren wolle, und beziehungsweise, ob diese Liquidation nichts anderes als eine Absonderung sey, ist eine Streitfrage.

Von der einen Seite wird behauptet:

1) diese Zurücknahme des weiblichen Vermögens könne gar nicht geschehen, ohne daß Vermögensabsonderung nachgesucht und ausge-

sprochen werde, weil sonst die Gemeinschaft fortbestehen und die Folge die seyn würde, daß

a. die Frau zur Zeit ihr Einbringen nicht zurückfordern kann, weil solches erst nach Auflösung der Gemeinschaft geschehen dürfe, daß

b. die Frau sogar für die Hälfte aller im Gant liquidirten Schulden des Mannes haften müsse, weil sie sich nur durch Entschlagung davon befreien könne, und eine Entschlagung **durante communione** gar nicht möglich sey.

Es wird sodann

2) weiter behauptet, daß

a. die Frau, wenn sie ihr Vermögen zurückfordere, eben damit auch die Vermögensabsonderung begehre, weil das eine ohne das andere nicht denkbar sey, daß

b. das Erkenntniß des Richters, welches ihr das Einbringen zuerkenne, **ipso jure** ein Ausspruch der Absonderung sey, und zwar gleichfalls wegen der Untheilbarkeit des einen von dem andern.

Andere dagegen behaupten, die Rückforderung des Einbringens involvire keineswegs die Absonderung. Diese müsse ausdrücklich nachgesucht und vom Richter erkannt worden seyn. Es fehle ja sonst an den Formalitäten des Art. 1445.

Diese Streitfrage ist für Baden von der größten Wichtigkeit, weil bei uns die Ganten eine andere Gestalt haben, als in Frankreich, und weil seit Einführung des Landrechts fast in keiner Gant die Vermögensabsonderung ausdrücklich ausgesprochen wurde.

Es hängt also von der Beantwortung dieser Frage die weitere ab, in welchem Güterrechts-Verhältniß leben die seit 1810 verganteten Eheleute vom Augenblick der Beendigung des Konkurses?

Wie ist das später erworbene Vermögen zu behandeln?

Jede Beantwortung dieser Streitfrage kann je nach Umständen bald zum Vortheil, bald zum Nachtheil der Frau ausschlagen, weil hier alles auf die Glücksumstände ankömmt, welche nach der Gant eingetreten sind.

Die Voraussetzungen, auf welche die erstere Ansicht gebaut ist, sind unhaltbar, und daher auch ihre Folgen. Daß nämlich

1) eine Liquidation des Beibringens der Frau auch ohne Absonderung im Gante zuläßig ist, beweist schon der Art. 1446, Abs. 2, indem hier den Gläubigern der Frau dieses Recht eingeräumt ist, mithin ihr selbst das gleiche Recht zustehen muß, weil ja die Gläubiger nur die Rechte der Frau ausüben. 1166.

In Handelsganten ist auch jenes Recht der Frau selbst, ohne der Absonderung zu gedenken, eingeräumt. Art. 228 ff. des §. 2.

Wenn der Frau untersagt ist, während der Dauer der Gemeinschaft ihr Einbringen von dem Manne zu fordern, so hat dieß seinen Grund darin, weil dem Manne die Nutznießung und Verwaltung zusteht.

Diese Rechte sollen ihm nun durch die Liquidation in der Gant nicht entzogen, sondern vielmehr erhalten werden, indem die Frau nur verhüten will, daß der Grundstock zur Vertheilung unter die Creditoren verwendet wird.

Diese haben auch die Befugniß, nach Beendigung der Gant wieder auf den Mann und die Gemeinschaft zu greifen, wenn die Nutznießung nach

Abzug der ehelichen Lasten so viel abgeworfen hat, als der §. 958 der Proc. O. erfordert, um die Schuldner wieder belangen zu können.

2) Gegen die behauptete Haftbarkeit der Frau für die liquidirten Schulden läßt sich einfach einwenden, daß kein Gläubiger des Mannes **durante communione** auf das Grundeigenthum der Frau greifen darf.

Die Frau haftet den Gläubigern nur dann und nur soweit, als sie an dem gemeinschaftlichen Vermögen Antheil genommen hat. 1483.

Eine solche Theilnahme läßt sich aber nicht behaupten, wenn die Gläubiger das gesammte Gemeinschaftsvermögen zur Gantmasse gezogen haben.

Es ist daher gegen alle Rechtsgrundsätze, wenn man aus der Rettung des Grundeigenthums die Folge ableiten will, daß nunmehr die Frau auch für die Schulden verhaftet sey.

Es ist also eine Vermögens-Absonderung nur dann anzunehmen, wenn solche ausdrücklich verlangt und erkannt ist, weil man sonst leicht zum Nachtheil der Frau und wider ihren Willen eine Absonderung unterstellen könnte.

VI. Wirkungen der Vermögens-Absonderung. Vergl. die Art. 1488 ff. und die Bemerkungen zu Art. 1536 ff.

Anhang über Art. 124.

Die Verschollenheit eines Ehegatten löst die Ehe nicht auf und sie ist daher auch kein Auflösungsgrund für die Gütergemeinschaft. Wie soll es aber bei diesem Zustande der Ungewißheit des Lebens oder des Todes mit der Gütergemeinschaft gehalten werden?

Nach Art. 124 ist jeder Ehegatte in diesem Falle berechtiget, zwischen der Fortsetzung und der, wenigstens fürsorglichen Aufhebung der Gemeinschaft zu wählen und er hat sich, wenn auf provisorische Imission angetragen ist, darüber zu erklären, was er vorziehe.

1) Wirkungen der Erklärung für die Fortsetzung,

a. wenn die Frau verschollen ist.

Hier bleibt alles im bisherigen Zustande. Der Mann verwaltet vor wie nach das Gemeingut und die eigenen Güter der Frau. Er hat jedoch:

α. in Bezug auf die eigenen Güter der Frau ein Inventarium zu errichten, und für die Verwaltung Sicherheit zu leisten. Art. 126.

β. Vermögen, welches der Frau während der Verschollenheit anfällt, kann er nicht ansprechen, denn dieses wird so vertheilt, als ob der Verschollene nicht da wäre. 135, 136.

b. Wenn der Mann verschollen ist.

Hier erlangt die Frau die Verwaltung der Gemeinschaft und der eigenen Güter des Mannes. Allein sie muß ein Inventarium errichten und bei allen Handlungen, welche nicht Verwaltungshandlungen sind, die Ermächtigung des Gerichts nachsuchen.

Hat übrigens in dem einen wie in dem andern Falle die Verschollenheit 30 Jahre gedauert, oder ist sonst eine Thatsache eingetreten, welche die Gütergemeinschaft auflösen würde, so treten die Erben in den definitiven Besitz.

2) Wirkungen der Erklärung für die Aufhebung.

Hier wird provisorisch diejenige Theilung vorgenommen, welche stattfinden mußte, wenn die Gütergemeinschaft definitiv aufgelöst wäre, und die

Erben des Abwesenden werden in den Besitz vorläufig eingewiesen. Allein die Gütergemeinschaft tritt wieder ein, wann der Ehegatte zurückkehrt, und es muß deßhalb für alles dasjenige, was in diesem Fall zurückzugeben wäre, Caution gestellt werden. 124.

Zum 4ten bis 6ten Abschnitt.

Uebersicht.

I. Die Auflösung der Gütergemeinschaft besteht darin, daß

1) alle bisherige Verfügungsgewalt des Mannes oder seiner Erben über das Gemeingut erloschen ist;
2) daß die gemeinschaftliche Kasse durch keine neue Erwerbungen irgend einer Art mehr bereichert oder mit neuen Schulden beladen werden kann, solche Lasten ausgenommen, welche durch die Theilung derselben veranlaßt werden. Art. 1482.

Daß dagegen

3) die im Augenblick der Auflösung in der Gemeinschaft vorhandenen Aktiva ein **condominium pro indiviso** zwischen den Eheleuten und resp. deren Erben bilden, wovon
4) jeder Theil die Hälfte anzusprechen hat.

II. Es ist von hoher Wichtigkeit, daß alsbald ein Vermögensverzeichniß gefertiget werde, damit für die Auseinandersetzung der Gemeinschaft sicher gestellt ist, welches Vermögen im Augenblicke der Auflösung der Gemeinschaft vorhanden war. Im Fall des Todes ist deßhalb der überlebende Ehegatte verpflichtet, ein Vermögensverzeichniß, und zwar in den gewöhnlichen Fristen von 3 Monaten, zu errichten. Unterläßt er dieses, so ist

a. zu Gunsten dritter Personen der Beweis der Größe des Vermögens sehr erleichtert. 1442.

b. Ueberdieß hat dieses für den Ehegatten selbst nachtheilige Wirkungen, **ibid.** Abs. 2 und unten. Eine **communio continuata** aber entsteht daraus nicht.

III. Bei Auflösung einer gewöhnlichen Gesellschaft hat jeder Gesellschafts-Genosse unbedingt für die Schulden in dem Verhältniß zu haften, in dem er an dem Vermögen Theil hat.

Die besonderen Verhältnisse der ehelichen Gütergemeinschaft fordern andere Bestimmungen. Die Frau ist mit Rechtswohlthaten begünstiget, um die Folgen einer üblen Haushaltung des Mannes abzuwenden. Sie wird in Bezug auf ihren Antheil an der Gemeinschaft ganz so angesehen, als hätte sie denselben durch eine Erbschaft erworben. Sie hat die nämlichen Rechte und Pflichten, wie ein Erbe. Sie kann nämlich wie ein Erbe ihren Gemeinschafts-Antheil annehmen oder darauf verzichten.

A. Die Annahme hat

1) die Wirkung, daß sie die Hälfte des Gemeingutes bekömmt, dagegen aber auch für die Hälfte aller derjenigen Schulden verhaftet ist, für welche die Gemeinschaft angegriffen werden konnte.
2) Sollten jedoch die Schulden den Gemeinschafts-Antheil übersteigen, so kommt alles darauf an, ob ein getreues Inventarium in der gesetzlichen Frist errichtet worden ist oder nicht. Im ersteren Falle kann die Frau ähnlich, wie ein Vorsichtserbe, nur so weit belangt werden, als ihr Antheil an der Gemeinschaft reicht. Andernfalls, wenn nämlich kein Inventarium errichtet wurde, oder das errichtete

ungetreu ist, wenn sie Sachen verheimlichet oder unterschlagen hat, haftet selbst ihr eigenes Vermögen für die ihr zukommende Hälfte.

3) Diejenigen Gläubiger, denen die Frau persönlich verhaftet ist, können natürlich unbedingt, d. h. der Antheil an der Gemeinschaft mag zureichen oder nicht, ihre Bezahlung aus dem Vermögen der Frau fordern, sey es, daß
   a. die Schuld von ihr in die Ehe eingebracht,
   b. oder während der Ehe in der Art von ihr contrahirt wurde, daß sie sich nicht blos als Mandatarin des Mannes, sondern im eigenen Namen dem Dritten gegenüberstellte.

Ist sie Mitschuldnerin, so haftet sie für die Hälfte, hat sie sich sammtverbindlich gemacht, für das Ganze.

B. Verzichtet die Frau, so bekömmt sie nur ihr eigenes Vermögen, hat aber weder Antheil am Gemeinschaftsvermögen, noch hat sie Gemeinschaftsschulden zu zahlen, allein auch hier kann sie

1) sich denjenigen Gläubigern gegenüber nicht schuldenfrei machen, für welche sie nicht als Gemeinschaftsgenossin, sondern als Contrahentin haftet.

   Sie hat dagegen

2) nicht nur für Bezahlung solcher Gemeinschulden, für die sie persönlich sich verpflichtet hat, ihre Vergütungsansprüche an den Mann, sondern sie behält überhaupt alle ihre Ansprüche, die sie wegen Abgang ihres eigenen Vermögens an die Gemeinschaft und an den Mann zu machen hat.

3) Gewiße Rechte der Wittwe bestehen unabhängig von der Theilnahme oder Entschlagung. Art. 1465.

Die Gesetze bestimmen genau, wie sich die Frau verhalten müsse, um diese Rechtswohlthat zu bewahren, und sie legen die Unterlassungen theils als Annahme, theils als Verzicht auf die Gemeinschaft aus. 1456 ff. 1463. Sie bestimmen ferner, welche positive Handlungen, wie beim Erben, als eine stillschweigende Annahme zu betrachten seyen. Art. 1454. 1460.

IV. Der Mann oder dessen Erben können sich der Gemeinschaft nicht entschlagen, es sey denn, daß letztere auf die Erbschaft überhaupt verzichten.

Der Mann bekommt im Fall der Theilnahme der Frau die Hälfte des Vermögens der Gemeinschaft, und
   a. der Frau gegenüber auch die Hälfte der Gemeinschaftsschulden, dagegen haftet er
   b. den Creditoren gegenüber als Contrahent vor, wie nach Auflösung der Gemeinschaft für das Ganze der Forderungen.

Die Gläubiger des Mannes können also ihn auf das Ganze und die Frau auf die Hälfte belangen, bis sie für ihre Forderung befriediget sind (**sed non bis in idem.**) Dieses leidet nur eine Ausnahme in Bezug auf diejenigen Schulden, welche die Frau in die Ehe eingebracht hat. Hier haftet er den Creditoren nicht als Contrahent, sondern als Inhaber der Gemeinschaft, und kann daher nur auf die Hälfte belangt werden, nachdem durch die Auflösung der Gütergemeinschaft sein Antheil auf die Hälfte beschränkt worden ist.

Wird ihm die Gemeinschaft von der Frau heimgeschlagen, so muß er auch diese Schulden ganz auf sich leiden. 1494.

Zum 5ten Abschnitt.

I. Von der Theilung des Vermögens. 1458—1461.

Im Augenblick der Auflösung der Gütergemeinschaft befindet sich alles vorhandene Vermögen ohne Unterschied im Besitze des Mannes, und die Frau hat sich zu erklären, ob sie an der Gemeinschaft Theil nehmen will.

Wenn die Frau oder ihre Erben erklärt haben, daß sie an der Gütergemeinschaft Theil nehmen wollen, so muß, wenn dieses nicht schon geschehen, allernächst ein Vermögensverzeichniß errichtet werden, in welches alle Activa und Passiva aufzunehmen sind, sie mögen der Gemeinschaft, oder dem eigenen Vermögen angehören, wie der Mann solches im Besitze hat, oder gehabt hat. Von dieser Gesammtmasse werden die Bestandtheile der drei verschiedenen Kassen auf folgende Weise hergestellt und resp. ihre wechselseitigen Ansprüche ausgeglichen.

1) Es sind unter die Activa der Gemeinschaft alle diejenigen Forderungen aufzunehmen, welche die Gemeinschaft an den einen oder andern Ehegatten deßhalb zu machen hat, weil irgend etwas aus der Gemeinschaft zu seinem Vortheil verwendet, z. B. wenn eigene Schulden desselben aus der Gemeinschaft bezahlt worden sind. 1437.

2) Jeder Ehegatte bezeichnet seine allein eigenen, **in natura** vorhandenen Gegenstände, also insbesondere die Liegenschaften, welche nach den bisher entwickelten Grundsätzen sein Eigenthum geblieben sind.

Sie werden von den Activen des Gesammtverzeichnisses ausgeschieden und auf das Verzeichniß des eigenen Vermögens eines Ehegatten eingetragen.

3) Jeder Ehegatte gibt die Forderungen an, welche er an die Gemeinschaftsmasse zu machen hat, weil sein Vermögen nicht mehr **in natura** vorhanden ist, oder auf was immer für einem Grunde seine Vergütung nach den bisher entwickelten Regeln beruhen mag.

Es ergeben sich dadurch die Passiva der Gemeinschaft, die einem jeden Ehegatten aus dem gemeinschaftlichen Vermögen zu bezahlen sind.

Hiebei findet jedoch zwischen den Vergütungsforderungen des Mannes und denen der Frau der wichtige Unterschied statt, daß

1) die Frau vor dem Manne befriediget wird.

Sollte also das Gemeinschaftsvermögen nur zur Bezahlung der Frau hinreichen, so bekommt der Mann nichts.

2) Die Frau kann überdieß das eigene Vermögen des Mannes zu ihrer Befriedigung angreifen, wenn die Gemeinschaft nicht ausreicht, während der Mann sich nur an die Gemeinschaft halten kann.

3) Die Frau hat ein gesetzliches stillschweigendes Unterpfandsrecht auf die Liegenschaften des Mannes. 2135.

Sind auf diese Weise die nicht in die Gemeinschaft gehörenden Vermögenstheile ausgeschieden, und die Schulden der Gemeinschaft an die beiden Eheleute befriediget, so ergibt sich von selbst, was an Vermögen der Gemeinschaft übrig bleibt und dieses wird in 2 Hälften getheilt.

Es ist nun aber noch denkbar, daß ein Ehegatte nicht an die Gemeinschaft, sondern an das eigene Vermögen des andern Forderungen zu machen hat, weil z. B. das eigene Vermögen des einen zum Vortheil des eigenen Vermögens des andern verwendet worden ist.

Hier ist der Gläubiger berechtiget, seine Zahlung zunächst dadurch zu bewirken, daß er sich aus dem Gemeinschaftsantheil des schuldenden Ehe-

gatten befriedigen läßt, eventuell aber aus dem rückgenommenen Einbringen desselben.

Ist auf diese Weise festgestellt, was einem jeden Ehegatten an dem vorhandenen Vermögen gebührt, und ist einer derselben gestorben, so wird nun die weitere Theilung jenes Betreffnisses unter die Erben vorgenommen.

II. Theilung der Schulden.

Hier muß das Verhältniß der Eheleute unter sich und das Recht der Creditoren ebenfalls wieder sorgfältig unterschieden werden.

Unter den Ehegatten selbst gilt die einfache Regel, daß jeder die Hälfte von denjenigen Schulden bezahlen muß, die nach den bisherigen Regeln in die Gemeinschaft gefallen sind, d. h. zwischen den Eheleuten für Gemeinschaftsschulden gelten.

Hat einer der Ehegatten oder deren Erben nach Auflösung der Ehe aus was immer für einem Grunde mehr bezahlt, als seine Hälfte, so hat er, wie jeder, der eine Schuld für einen anderen bezahlt, den Rückgriff auf den anderen Ehegatten.

Anlangend die Rechte der Gläubiger, so können diese weder durch die Theilung, noch durch eine Uebereinkunft unter den Ehegatten schlimmer gestellt werden, als es die allgemeinen Grundsätze über die Rechte der Gläubiger an ihre Schuldner mit sich bringen.

Die beiden Hauptregeln sind folgende:

1) Wer sich einem Gläubiger verbunden hat, der haftet vor, während und nach der Ehe für das Ganze der Forderung mit allem Vermögen, was sich in seinem Besitze befindet.
2) An das Vermögen desjenigen Ehegatten, der nicht sein persönlicher Schuldner ist, d. h. die Forderung nicht selbst contrahirt hat, erwirbt der Gläubiger außerdem ein Recht auf Befriedigung: wenn und soweit dieser Ehegatte an dem Vermögen der Gemeinschaft Antheil hat.

Es ergeben sich hieraus folgende einzelne Regeln:

1) Voreheliche Schulden,
   a. des Mannes. Diese können, wenn sie noch nicht bezahlt sind, von dem Manne als Contrahent ganz gefordert werden, und von der Frau, als Theilnehmerin an der Gemeinschaft, zur Hälfte. Hat der Mann nach aufgelöster Ehe das Ganze bezahlt, so hat er den Rückgriff auf die Frau wegen der Hälfte.
   b. Der Frau. Für diese Schulden muß der Mann während der Ehe als Herr der Gemeinschaft unbedingt einstehen.
   Wenn aber diese aufgelöst ist, so haftet er nur noch für die Hälfte, und die Frau als Contrahentin für das Ganze. 1485.

Unter diesen vorehelichen Schulden gibt es nun aber solche, die zwar von den Creditoren aus der Gemeinschaft beigetrieben werden können, die aber zwischen den Eheleuten selbst ein Vergütungsrecht begründen (Art. 1409, Abs. 1.), weil sie Liegenschaften derselben angehen. Diese Schulden machen gegenüber von den Creditoren keine Ausnahme von der Regel, und der Ehegatte, welcher die Hälfte einer solchen Schuld bezahlen muß, ist dadurch gedeckt, daß er für das Einbringen einer solchen Schuld von dem andern Ehegatten Vergütung an die Gemeinschaft fordern kann.

2) Schulden, die während der Ehe contrahirt wurden.
   a. Der Mann haftet fortan für das Ganze aller Schulden, die von ihm oder doch unter seiner Mitwirkung contrahirt worden sind;
   b. die Frau für die Hälfte qua Gemeinschafts-Genossin, wenn sie sich nicht sammtverbindlich gemacht hat, wo sie den Gläubigern für das Ganze vorbehaltlich ihres Rückgriffes auf den Mann einstehen muß.

Hat die Frau gegen den Willen des Mannes, wenn gleich mit obrigkeitlicher Autorisation, Schulden contrahirt, so haftet nur sie allein.

3) Schulden, die mit Erbschaften und Schenkungen anfallen. Bestehen diese ganz oder theilweise in Fahrnissen, so haftet
   a. der Ehegatte, der die Erbschaft oder Schenkung empfangen hat, auch nach Auflösung der Gemeinschaft für das Ganze.
   b. Der andere Ehegatte aber haftet für die Hälfte qua Theilhaber an der Gemeinschaft.

Soweit diese Schulden nicht in die Gemeinschaft gefallen sind, sondern nur von dem Gläubiger aus der Gemeinschaft beigetrieben werden durften, ist der zahlende Ehegatte gegen Nachtheile dadurch gedeckt, daß der andere auch hier für das Einbringen einer solchen Schuld der Gemeinschaft Vergütung leisten mußte.

Zum 6ten Abschnitt.

Von der Entschlagung.

Die Wirkungen der Entschlagung sind leicht zu verstehen und anzuwenden, wenn man die Rechte und Pflichten der Frau als Mitgenossin der Gemeinschaft, und die Rechte und Pflichten derselben als Inhaberin ihres eigenen Vermögens unterscheidet. Jene hören auf, diese dauern fort.

Die Frau hat also keinen Theil an den Gegenständen der Gemeinschaft und auch keinen Theil an den Schulden. Sie bekömmt nur ihr Weiß- und Leibgeräth. 1492.

Sie haftet jedoch denjenigen Creditoren, denen sie sich persönlich verpflichtet hat, vorbehaltlich ihres Rückgriffs auf den Mann, wenn die Schulden gemeinschaftlich geworden sind. 1494.

Dagegen behält sie das Recht, ihre eigenen Liegenschaften oder deren Werth von dem Manne zu fordern, und anderer Seits behält sie die Verbindlichkeit, dasjenige, was sie der Gemeinschaft zu vergüten hat, ungeachtet der Entschlagung an dieselbe zu bezahlen.

Eine Entschlagung zum Nachtheil der Creditoren der Frau kann von diesen angefochten werden. Art. 1262.

Zweite Abtheilung.

Von der bedungenen Gütergemeinschaft.

Es ist den Verlobten gestattet, durch einen Heirathsvertrag das Eintreten einer Gemeinschaft unter abweichenden Bedingungen einzuführen, sofern ihre Stipulationen nur nicht verbietenden Gesetzen zuwiderlaufen.

Das Gesetzbuch hat die gewöhnlich vorkommenden Abänderungen einzeln aufgeführt und ihre rechtlichen Wirkungen bestimmt, ohne den Ehegatten

dadurch das Recht zu benehmen, noch andere Modifikationen oder mehrere der im Gesetz genannten Abweichungen zugleich zu stipuliren, soweit sie nebeneinander bestehen können. Art. 1527.

Die Gedinge, welche verabredet werden, um die gesetzliche Gemeinschaft zu ändern, sind jedoch stets **strictissimae interpretationis**, und die bisher aufgestellten Regeln gelten überall **in subsidium**, soweit sie nicht ausdrücklich oder durch folgerichtige Consequenz abgeändert sind. 1528.

Die Modifikationen, welche das Gesetzbuch berührt, betreffen entweder

I. die Bildung und den Bestand der Gemeinschaftsmasse, also die Activa und Passiva, welche nach der gesetzlichen Gütergemeinschaft in dieselbe gehören;

oder sie betreffen

II. die Theilung der Gemeinschaft nach deren Auflösung.

In diesen 2 Abtheilungen sind die einzelnen Abänderungen zu betrachten, wobei freilich, jedoch im Interesse der logischen Ordnung und klaren Uebersicht, von der gesetzlichen Darstellungsform abgewichen werden muß.

I. Aenderungen in Bezug auf den Bestand der Gemeinschaftsmasse.

Hieher gehören die in Art. 1497, Abs. 1, 2, 3, 4 und 8 genannten Gedinge. Im Art. 1497, Abs. 2 sind nach dem Worte „durchaus" die weiteren Worte „ausgeschlossen seyn" offenbar ausgelassen.

Die Eingehung einer Gemeinschaft ist als wechselseitige Einräumung eines Miteigenthums zugleich eine wechselseitige Veräusserung des Vermögens der Eheleute. Diese Veräusserung geschieht bei der gesetzlichen Gütergemeinschaft **titulo universali**, indem sie ein **pars quota** des Vermögens, d. h. eine Gesammtheit von Activen und Passiven umfaßt.

Die Ehegatten können nun durch Verabredung das Einwerfen ihres Vermögens in die gemeinschaftliche Kasse vermehren oder vermindern. Sie können ferner die rechtliche Form des Einbringens verändern, indem sie statt einer Gesammtheit (**pars quota**) ihres Vermögens einen bestimmten Betrag von Activen einzuwerfen versprechen. Das letztere ist ein Einwerfen **titulo singulari**, und hat eben deßhalb den Ausschluß der Schulden **eo ipso** zur Folge. Die Ehegatten können aber auch ohne dieses bedingen, daß die Schulden ausgeschlossen seyn sollen.

A. Abänderungen hinsichtlich des Einbringens der Activa.

1) Vermehrung derselben.

Eine solche kann nur darin bestehen, daß nebst dem fahrenden Vermögen auch liegenschaftliches eingeworfen, mithin wie das fahrende behandelt wird (Entliegenschaftung.) 1505. 1526.

Die Formen, in welchen dieses geschehen kann, sind folgende:

1) Die Liegenschaften werden **titulo universali** entliegenschaftet, resp. eingeworfen, und zwar

a. sammt und sonders, d. h. die gegenwärtigen und zukünftigen Liegenschaften ohne Unterschied.

Die Folge ist diese, daß das gesammte Vermögen beider Eheleute und somit auch alle ihre Passiva Gemeingut werden, und man nennt dieses Geding allgemeine Gütergemeinschaft im weitesten Sinne des Wotes. Art. 1526. Es ist dieses die einfachste Art der Gütergemeinschaft. Keinem Ehegatten bleibt hier eigenes nicht gemeinschaftliches Vermögen, es

sey denn, daß einem derselben von dritten Personen etwas unter der Bedingung **titulo lucrativo** anfällt, daß die Gemeinschaft kein Recht darauf haben soll. Es können ferner

b. entweder blos alle gegenwärtigen oder nur alle zukünftigen Liegenschaften eingeworfen werden.

Das Geding hat natürlich die Folge, daß im ersten Falle alle gegenwärtigen Schulden ohne Unterschied gemeinschaftlich werden, im zweiten Falle alle diejenigen, welche mit Erbschaften und Schenkungen anfallen. Der Art. 1526 nennt auch dieses Geding eine allgemeine Gütergemeinschaft.

Die allgemeinen Gesellschaften sind nach Art. 1836 ff. stets **strictissimæ interpretationis** und dürfen sonst nur die gegenwärtigen, nicht aber die zukünftigen Güter umfassen, soweit letztere durch Schenkung oder Erbschaft erworben werden. Obwohl nun das Gegentheil für die Ehe gestattet ist, so sind doch die Worte, welche die Verlobten bei der Entliegenschaftung gebrauchen, strenge auszulegen und im Zweifel auf das **minus** zu reduziren.

Wenn also z. B. eine allgemeine Gütergemeinschaft ohne nähere Bezeichnnng verabredet wird, so ist darunter nur eine Entliegenschaftung aller gegenwärtigen unbeweglichen Güter zu verstehen, nicht aber auch der zukünftigen. **Boileux commentarie II. p. 226. Bellot III. p 318. Pothier XI. Nro. 304.**

In der badischen Praxis versteht man aber darunter häufig, wie nach römischem Recht, eine Gemeinschaft des gegenwärtigen und zukünftigen Vermögens.

L. 3. § 1. D. pro socio. 17. 2.

Quum specialiter omnium bonorum societas coita est, tunc et hereditas et legatum et quod donatum est, aut quoque ratione adquisitum, communion adquiretur.

Die Wirkungen dieser Entliegenschaftung sind einfach diese, daß der Ehemann über die Liegenschaften der Frau wie über fahrendes Vermögen verfügen kann, und daß die beiderseits entliegenschafteten Immobilien auch bei der Theilung wie fahrende Habe behandelt werden.

2) Es können blos einzelne Liegenschaften, die speziell bezeichnet werden, dem beweglichen Vermögen gleichgestellt werden, dies ist eine Entligenschaftung **titulo singulari.** 1506 ff.

Die eigenthümlichen Wirkungen dieses Gedings sind folgende:

a) Die Schulden, welche diese einzelne Liegenschaft angehen, fallen mit dieser in die Gemeinschaft.

b) Wenn das Grundstück evinzirt wird, so muß der Ehegatte, der es einbrachte, Gewähr leisten, während eine Gewährleistung bei der Veräußerung **titulo universali** niemals statt findet.

3) Die Ehegatten können erklären, daß sie die Liegenschaften bis zu einer bestimmten Summe in die Gemeinschaft einwerfen, Art. 1506 ff. und zwar entweder

a) bestimmte einzelne Liegenschaften oder

b) eine Gesammtheit derselben z. B. alle gegenwärtigen oder seine Liegenschaften überhaupt.

Die Wirkungen einer solchen Stipulation sind:

a) daß die Liegenschaften keineswegs Eigenthum der Gemeinschaft werden, sondern daß

b) der versprechende Ehegatte persönlichen Schuldner derjenigen Summe wird, für welche er die Liegenschaft entliegenschaftet hat. Doch kann

c) das liegenschaftliche Vermögen oder die betreffende Liegenschaft **quod summam concurrentem** für die Gem. verpfändet werden.

d) Bei der Theilung muß entweder die versprochene Summe bezahlt, oder soviel an den Liegenschaften als zur Bezahlung der Forderung nöthig, in der Gemeinschaft zurückgelassen werden.

2) Verminderung der Activa.

Diese kann nur darin bestehen, daß die Fahrnisse, welche sonst in die Gemeinschaft fallen würden, davon ausgeschlossen werden, mithin solche Fahrnisse, welche die Ehegatten am Hochzeittage besitzen, oder welche ihnen während der Ehe durch Erbschaft oder Schenkungen anfallen.

Auch dieses Geding hat verschiedene Modifikationen; doch gelten folgende allgemeine Grundsätze:

1) jeder Ehegatte bleibt Eigenthümer seiner ausgeschlossenen Fahrnisse, wie wenn sie Liegenschaften wären. Die Gemeinschaft hat aber den Nießbrauch. Sind die ausgeschlossenen Fahrnisse verbrauchbare oder solche Gegenstände, die durch den Gebrauch abgenutzt werden, und sind letzteren Falls die Fahrnisse einzeln verzeichnet und angeschlagen eingebracht worden, so wird die Gemeinschaft Eigenthümerin und die Frau hat nur ein Recht auf Wiederersatz des Preises, vergl. Art. 587. 1532. 1551 und vorzüglich Art. 1851, indem dieser letztere Artikel den Zweifel löst, ob und wie weit die Art. 1532 und 1551 auch auf die Gütergemeinschaft anwendbar seyen, indem er einen allgemeinen Grundsatz für alle Gesellschaftsverhältnisse aufstellt.

2) Die Vermuthung streitet auch hier immer für die Gemeinschaftlichkeit der vorhandenen Sachen und derjenige Ehegatte, welcher das Gegentheil behauptet, muß es beweisen.

Soll dieser Beweis

a) gegen dritte Personen geführt werden, so muß dieses durch ein Vermögensverzeichniß geschehen, welches seiner Form nach Beweiskraft gegen dritte Personen hat und unzweifelhaft vor der Ehe errichtet worden ist, sofern die betreffenden Gegenstände in die Ehe eingebracht und von der Gemeinschaft ausgeschlossen seyn sollen. Art. 1499. 1510. vergl. mit 1328.

Sind die während der Ehe anfallenden Fahrnisse ausgeschlossen worden, so entscheiden die Art. 1504 und 1414. 1415. 1416.

b) Unter den Ehegatten selbst entscheiden hinsichtlich der beigebrachten Fahrnisse die gewöhnlichen Regeln der Beweisführung und es ist nicht gerade ein Verzeichniß im Sinne des Art. 1499 nothwendig.

Was aber die angefallene fahrende Habe betrifft, so entscheiden auch hier über das Verhältniß der Frau zu dem Manne die Art. 1504, vergl. mit Art. 1414 und 1415.

3) Die vorehelichen Gläubiger behalten alle ihre Rechte auf das Vermögen, welches ihr Schuldner in die Ehe eingebracht und von der Gemeinschaft ausgeschlossen hat. Sie können noch außerdem auf dasjenige greifen, was nicht ausgeschlossen, folglich gemeinschaftlich geworden ist, z. B. auf das errungene Vermögen, allein auf das vorbehaltene Vermögen des andern Ehegatten können sie nicht greifen, sofern dieser den Beweis des Vorbehalts und seines Alleineigenthums auf die vorhin angegebene Art zu erweisen vermag.

Das Nähere soll nun bei den einzelnen Arten dieses Ausschlusses erörtert werden.

a. Errungenschaftsgemeinschaft.

Hier werden alle gegenwärtigen, sowie alle durch Erbschaft oder Schenkungen in Zukunft anfallenden beweglichen Rechte verliegenschaftet. Es kommt also hier nichts in die gemeinschaftliche Casse als die Nutznießung des liegenschaftlichen und verliegenschafteten Vermögens, sowie das errungene Gut Art. 1498 und 1504 a.

Wegen den Sachen, **quæ usu consumuntur vel minuuntur**, vergleiche das Vorhingesagte. Es wird also

1) die Gemeinschaft, außer in den angegebenen Ausnahmsfällen, nicht Eigenthümerin der Mobilien und die vorbehaltenen Fahrnisse der Frau können nicht ohne ihre Zustimmung veräußert werden. Vergl. jedoch Art. 1428. Abstz. 2.
2) Die Schulden eines jeden Ehegatten, welche er am Hochzeittage besitzt, oder welche mit Schenkungen und Erbschaften anfallen, werden nicht gemeinschaftlich, weil der Grund dazu, nämlich die Gemeinschaftlichkeit an den eingebrachten Mobilien, nicht vorliegt.

Wird daher die Gemeinschafts-Casse wegen solcher Schulden angegriffen, so muß der Ehegatte, für welchen die Schuld bezahlt wurde, der Gemeinschaft seiner Zeit Vergütung leisten.

3) Hinsichtlich der während der Ehe gemachten Schulden gilt das nämliche wie bei der gesetzlichen Gütergemeinschaft.
4) Die mit Erbschaften und Schenkungen anfallenden Schulden werden gerade so behandelt, wie wenn die Erbschaft oder Schenkung nur aus Liegenschaften bestanden hätte. Vergl. Art. 1412.

Alle andern Wirkungen der gesetzlichen Gütergemeinschaft, namentlich hinsichtlich der Auflösung derselben sind nach franz. Rechte auch bei dieser Gemeinschaft anwendbar, z. B. die Rechtswohlthaten der Frau, jedoch muß natürlich das ausgeschlossene Fahrnißvermögen bei der Theilung wie liegenschaftliches behandelt werden.

In Baden macht aber der Art. 1521 a. den Auslegern viele Schwierigkeiten.

Man behauptet nämlich, es sey der Frau durch diesen Artikel das Entschlagungsrecht bei der Errungenschaftsgemeinschaft genommen und es scheint nach Brauers Erläuterungen auch gewiß, daß er diesen Sinn mit dem Art. 1521 a. verbunden hat.

Für den Ausleger des Gesetzes ist nur die Alternative vorhanden, entweder auf Brauers Erläuterungen hin eine der größten Inkonsequenzen und Ungerechtigkeiten aus dem Art. 1521 a. abzuleiten, oder, ohne Rücksicht auf jene Erläuterungen, auf dem Wege der gesetzlichen Interpretationsregeln selbständig zu prüfen, ob in den Worten des Art. 1521 a. wirklich das liege, was nach Brauer darin enthalten seyn soll.

Daß die Brauerische Unterstellung inkonsequent und ungerecht ist, wird allgemein anerkannt und liegt auf flacher Hand. Alle jene Gründe der Gerechtigkeit und Billigkeit, welche den Gesetzgeber veranlaßt haben, der Frau nicht nur das Recht der Entschlagung einzuräumen, weil ihr an dem Zustande der Gemeinschaft rechtlich keine Schuld beigemessen werden kann, indem sie nicht darüber verfügen darf, sondern auch jedes Geding für nichtig zu erklären, welches der Frau diese Rechtswohlthat entzieht (Art. 1453) sind bei jeder Gemeinschaft und daher auch bei der Err. Gemeinschaft vorhanden.

Warum soll nun dieses die einzige Gemeinschaftsart seyn, bei welcher jenes **beneficium** ausgeschlossen ist?

Es läßt sich für eine solche Inkonsequenz durchaus kein vernünftiger Grund auffinden. Entweder muß die Entschlagung überall statthaben, oder generell aufgehoben werden. Es fragt sich nun aber weiter:

a) sind wir überhaupt berechtiget, eine andere Interpretation an die Stelle derjenigen zu setzen, welche uns Brauer gegeben hat?

b) Giebt es eine Interpretation, die einerseits den überall anerkannten Auslegungsregeln entspricht, und andererseits nicht zu dem Resultate führt, daß das Entschlagungsrecht der Frau aufgehoben ist, sondern ungeachtet des Art. 1521 a. fortbesteht?

Was die erste Frage betrifft, so sage ich, daß wir nicht nur berechtiget, sondern sogar verpflichtet sind, dasjenige Resultat, zu welchem uns eine richtige Anwendung der Auslegungsregeln führt, unbedingt dem Ausspruche Brauers vorzuziehen, wenn dieser nicht damit übereinstimmt. Vergl. Vorträge § 25.

Anlangend die zweite Frage, so ergiebt sich allerdings eine andere Interpretation aus folgenden Betrachtungen:

1) Es sind im Allgemeinen zwei Wege denkbar, auf welchen sich eine die Gemeinschaft eingehende oder in einer solchen lebende Ehefrau davor bewahren kann, daß sie zu den Gemeinschaftsschulden beitragen muß. Der eine Weg ist dieser, daß sie schon im Heirathsvertrage sich die Freiheit von der Conkurrenz ausbedingt, oder, wenn dieses nicht geschah, so ist der andere Weg der, daß sie von den Rechtswohlthaten des Gesetzes bei Auflösung der Ehe Gebrauch macht.

Will sich die Frau im Heirathsvertrage blos dasjenige sichern, was ihr schon kraft Gesetzes zusteht, so ist natürlich ein besonderer Vorbehalt nicht nothwendig. Man kann aber auch weiter gehen.

Die Frau kann sich z. B. die schuldenfreie Zurücknahme ihres Einbringens bedingen, oder sie könnte noch weiter verabreden, daß sie überhaupt ein für allemal von den Schulden der Gütergemeinschaft frei bleiben soll, auch ohne Beobachtung der bei den Benefizien vorgeschriebenen Formen.

Fehlt es an einer Verabredung, so bleibt ihr jedenfalls das Recht der Entschlagung als weiteres und letztes Mittel.

Wenn man also sagt, die Frau könne sich frei machen, oder sie könne sich nicht frei machen, ohne daß weiter gesagt wird, welche Mittel und Wege des Freimachens gemeint seyen, so bleibt es diesen Worten nach ungewiß, ob man den einen oder andern Weg oder ob man beide zugleich gemeint, mithin im weiteren Sinne gesprochen habe.

Es müssen also die logischen Interpretationsregeln zu Hülfe genommen werden, um zu finden, ob die Worte im weiteren oder engeren Sinne aufzufassen, und letzteren Falls: ob das Freimachen durch Vertrag oder das Freimachen durch Gebrauch der gesetzlichen Rechtswohlthat gemeint sey? (natürlich ein solches Freimachen durch Vertrag, welches noch weiter gienge, als das Gesetz es ohne Vertrag der Frau gestattet).

2) Der Art. 1521 a. steht nun mit einem Artikel in Verbindung, der davon handelt, ob und in wie weit die Ehegatten im Heirathsvertrag bedingen können, daß ihnen mehr oder weniger Schulden zukommen sollen, als es sie nach dem Gesetze treffen würde.

Beide Artikel stehen überdieß in der 2ten Abtheilung des Gemein-

schaftsrechts, welche Abtheilung den Zweck hat, diejenigen Stipulationen oder doch die meisten derselben zu besprechen, welche die Ehegatten im Heirathsvertrage machen können oder auch nicht machen dürfen, um die gesetzliche Gütergemeinschaft durch Uebereinkommen in der einen oder anderen Beziehungen abzuändern, wobei der Art. 1528 die allgemeine Bemerkung enthält, daß es in Ansehung des nicht ausdrücklich oder folgeweise durch Vertrag aufgehobenen bei den Regeln der gesetzlichen Gemeinschaft verbleibe.

In dem Art. 1521 ist nun verfügt, daß da, wo die Halbtheiligkeit aufgehoben ist, kein Ehegatte durch Vertrag bedingen dürfe, daß er nach einer geringeren Rate an den Schulden konkurrire, als die Rate seines Vermögens beträgt. Natürlich kann er also auch nicht bedingen, daß er gar keine Schulden bezahle.

Daneben steht aber das Entschlagungsrecht der Ehefrau, also der gesetzliche Weg der Befreiung für dieselbe durch Verzicht auf ihren Antheil unbeschränkt fort. Wenn nun

3) der Art. 1521 a. fortfährte: auch bei der Errungenschaftsgemeinschaft könne sich kein Ehegatte frei machen, so muß schon wegen dieses innigen Zusammenhanges beider Artikel der Ausleger dahin geführt werden, daß nur von Conventionen im Ehevertrag die Rede sey, welche den Zweck haben, dasjenige, was ohne Convention Rechtens wäre, abzuändern, daß also der Art. 1521 a. gerade wie der Art. 1521 nur ein vertragsmässiges Freimachen verbieten wolle, welches die Prinzipien der gesetzlichen Gütergemeinschaft abändern soll.

Für diese beschränkende Auslegung spricht ferner ganz entschieden alles dasjenige, was oben schon angeführt wurde, um zu zeigen, daß eine entgegengesetzte Interpretation zur Ungerechtigkeit u. s. w. führen würde.

Es soll also kein Ehegatte im Heirathsvertrage ausbedingen können, daß er nicht schuldig seyn soll, nach demjenigen Antheile, welchen er an der Gemeinschaft hat, an den Schulden zu konkuriren und sie nöthigenfalls aus seinem eigenen Vermögen zu bezahlen.

Dieses setzt aber

4) in Beziehung auf die Frau nothwendig voraus, daß sie sich der Gemeinschaft überhaupt theilhaftig mache. Entschlägt sie sich, so kann von einem Antheil an den Schulden, der sie trifft, überall nicht die Rede seyn, und folgeweise auch nicht von einem Gedinge, das sie vor der Theilnahme an den Schulden in diesem Falle schützt. Macht sie sich aber theilhaftig, so muß sie trotz aller entgegenstehenden Gedingen nach ihrem Antheil zu den Schulden konkuriren und zwar mit Aufopferung ihres eigenen Vermögens, während ihre Entschlagung die rückwirkende Kraft hat, daß sie so angesehen wird, als wäre sie niemals Miteigenthümerin gewesen, und deshalb alle Theilung des Vermögens und der Schulden deshalb unterbleibt.

Es handelt sich bei der Entschlagung nur noch um die Frage, was hat die Frau an den Mann, der während der Ehe Nutznießer und Verwalter ihres Vermögens war, zu fordern, nachdem nunmehr beides aufgehört hat und der Mann schuldig ist, den Grundstock in **natura** oder im Werthe herauszugeben.

Hiernach wären wir zu dem Resultate gelangt, daß der Art. 1521 a. mehr nicht sagen will, als: „auch bei der Errungenschaftsgemeinschaft ist jedes Geding ungültig, welches den Theilnehmer an der Gemeinschaft frei machen soll, weniger als sein Antheil an dem Vermögen beträgt, an den

Schulden zu bezahlen, oder gar keine Schulden zu bezahlen. Er muß sie nöthigenfalls aus seinem vorbehaltenen und rückgezogenen eigenen Vermögen bezahlen, trotz aller entgegenstehenden Gedinge. Was aber die Frau betrifft, so bleibt ihr jedenfalls die Wohlthat der Entschlagung, und wenn sie davon Gebrauch macht, so kann von einem Antheiltreffen gar nicht mehr die Rede seyn. Es fällt die Voraussetzung des Art. 1521 a. weg.

Höchstens ließe sich behaupten, daß sie durch ein bloßes Inventarium sich nicht schützen könne. Der Art. 1521 a. wäre daher eine nähere Anwendung des Art. 1521 auf die Errungenschaftsgemeinschaft, bei welcher Halbtheiligkeit nach früherem Rechte gewöhnlich aufgehoben war. Er soll verhüten, daß man durch Gedinge nicht noch weiter gehe, als die Frau mit den Wohlthaten des Gesetzes gehen kann, sofern sie die dabei nothwendigen Vorsichtsmaßregeln, Formen und Fristen beobachtet.

Auf ähnliche Weise beschränkt der Art. 1514 a. dasjenige Geding, welches die Rechtswohlthat der Entschlagung dahin erweitern soll, daß die Frau bei der Entschlagung ihr Einbringen in die Gemeinschaft (nicht ihr liegenschaftliches oder vorliegenschaftliches Vermögen) schuldenfrei soll zurückziehen dürfen.

b. Theilweise Verliegenschaftung, sub titulo universali.

Während bei der Errungenschaft alle gegenwärtige und zukünftige Fahrniß ausgeschlossen wird, kann nach Art. 1500 die gegenwärtige oder zukünftige allein ausgeschlossen werden. Die Wirkungen sind aus dem bisherigen leicht zu entnehmen. Es bleiben auch die mit der einen oder andern Gesammtheit verbundenen Passiva ausgeschlossen.

c. Einwerfen der Activa sub titulo singulari.

Das Einwerfen in die gesetzliche Gütergemeinschaft geschieht, wie früher gezeigt wurde, **titulo universali**, d. h. in einer Gesammtheit, welche Vermögen und Schulden zugleich umfaßt.

Es können nun aber die Eheleute im Heirathsvertrage dahin sich verabreden, daß von ihrem Fahrnißvermögen nur eine bestimmte Summe als gemeinschaftlich angesehen werden soll, z. B. tausend Gulden.

Eine solche Zusage hat folgende, in der Natur der Sache gegründete Wirkungen:

1) Die Gemeinschaft erwirbt unmittelbar nicht das Eigenthum bestimmter Sachen, sondern nur das persönliche Forderungsrecht an den zusagenden Ehegatten, jene Summe baar oder in Mobilien, die jenen Werth haben, einzuschießen.

Der Ehegatte wird also Schuldner der Gemeinschaft. Art. 1501.

2) Eben deßhalb, weil die gemeinschaftliche Kasse nur einen Anspruch auf einen bestimmten Betrag hat, ist alles bewegliche Vermögen des Ehegatten, welches nach Abzug oder Bezahlung jenes Betrages übrig bleibt, **eo ipso** für verliegenschaftet erklärt, und die Gemeinschaft hat nur die Nutznießung an demselben. Es muß dem besitzenden Ehegatten bei Auflösung der Gemeinschaft zum Voraus zurückerstattet werden, wie bei der gesetzlichen Gütergemeinschaft die eingebrachten Liegenschaften, 1503, sey es nun **in natura** oder im Werth.

3) Wenn zwischen den Ehegatten oder ihren Erben Streit entsteht, ob das Versprochene wirklich eingebracht worden sey, so muß der Schuldner die Zahlung beweisen.

Wie der Beweis geführt werden kann, sagt der Art. 1502. Dieser Artikel ist so zu verstehen.

Das gewöhnliche Beweismittel für Zahlungen sind Quittungen, die derjenige ausstellt, der eine Sache empfangen hat.

Der Empfänger ist hier die gemeinschaftliche Kasse. Da aber diese im Besitze und der Verwaltung des Mannes sich befindet, so ist es der Mann. Dieser ist und bleibt im Besitze seines Vermögens und kann sich selbst keine Quittung darüber ausstellen, daß er das Versprochene wirklich inferirt habe. Ebenso wenig kann aber die Frau quittiren, weil sie nichts empfangen hat. Sie kann nur attestiren, daß der Mann so viel besitze, als er einzubringen versprochen hat. Dieses Attest geschieht nun und kann nur geschehen dadurch, daß die Frau beim Ehevertrage die Erklärung abgibt, daß sie anerkenne, daß der Mann so und so viel Mobiliar-Vermögen besitze. Nach abgeschlossener Ehe würde ein solches Anerkenntniß dem Mann nichts mehr helfen, denn das Gesetz geht von dem Gedanken aus, daß der Mann die Frau zu einem unrichtigen Bekenntnisse veranlassen oder nöthigen könnte, nachdem er die eheliche Gewalt über sie erlangt hat.

Ist daher die Anerkennung im Heirathsvertrag unterblieben, so kann sich der Mann nur durch ein öffentliches Verzeichniß seiner fahrenden Habe den Beweis erhalten. Umgekehrt verhält es sich mit der Frau. Sie zahlt an den Mann und hier sind jene Besorgnisse nicht vorhanden. Die Frau kann daher durch eine Quittung des Mannes hinlänglich ihren Beweis führen, sey sie zu dieser oder jener Zeit ausgestellt. Es stehen ihr aber außerdem auch die gewöhnlichen Beweismittel der Zahlung zu Gebot, z. B. Eidesszuschiebung an den Mann. Sie ist nicht auf eine Quittung beschränkt. Das Gesetz will nur sagen, daß zwar sie mit einer Quittung des andern Ehegatten beweisen könne, aber nicht ebenso der Mann.

4) Auch hier wird die Errungenschaft gemeinschaftlich.

5) Eine Hauptwirkung dieser Beredung ist es ferner, daß die vorehelichen Schulden von der Gemeinschaft ausgeschlossen bleiben, denn es versteht sich von selbst, daß derjenige, der **titulo singulari** veräussert, also sich zu einer Summe verpflichtet, **eo ipso** sagt, daß diese Summe nicht wieder durch Schulden verringert werden dürfe.

Was dagegen die Gläubiger betrifft, so können diese einestheils auf das eigene Vermögen ihres Contrahenten und anderntheils auf dasjenige greifen, was sich in der Gemeinschaft vorfindet. Es wird hier wie bei der Gütergemeinschaft des Art. 1498, ihnen gegenüber Alles für errungen und folgeweise für gemeinschaftliches, ihrem Zugriff unterworfenes Gut betrachtet, was nicht der Vorschrift des Art. 1499, 1405, 1415 gemäß als vorbehaltenes Gut von demjenigen Ehegatten nachgewiesen wird, der nicht zugleich persönlicher Schuldner ist.

Hat eine derartige Zahlung aus dem Gemeingute stattgefunden, so muß der schuldende Ehegatte Vergütung thun. Art. 1611.

Schließlich muß noch bemerkt werden, daß diese Art der Gemeinschaft in neuerer Zeit sehr häufig statt der Errungenschafts-Gemeinschaft gewählt wird, weil für diesen Vertrag der Art. 1521 a. nicht gilt, und durch Einwerfen einer ganz unbedeutenden Summe der Vermögensstand der Eheleute

wie bei der Errungenschaft einem Jeden erhalten und von der Gemeinschaft ausgeschlossen wird.

B. Vom Ausschlusse der Schulden aus der Gemeinschaft.

Bisher war von den Aenderungen die Rede, welche die in die Gemeinschaft fallenden Activa betreffen. Es hat sich dabei ergeben, daß mehrere dieser Gedinge, nämlich diejenigen, welche das Einbringen vermindern oder in eine bestimmte Summe verwandeln, **eo ipso** auch Einfluß auf den Ausschluß der Schulden haben, indem die vorehelichen Schulden ganz oder theilweise stillschweigend und in natürlicher Folge des Ausschlusses der Activa von der Gemeinschaft ausgeschlossen bleiben.

Das Gesetzbuch läßt nun aber auch das Geding des Ausschlusses der Schulden für sich allein zu, ohne daß deßhalb die bewegliche Habe ausgeschlossen wird. Es kann dieses entweder

1) in der Weise geschehen, daß man ausdrücklich verabredet, es soll jeder Ehegatte seine Schulden aus seinem eigenen Vermögen bezahlen, oder
2) in der Weise, daß dem andern Ehegatten versichert wird, es seyen keine Schulden vorhanden. 1510. 1513.

Ad 1. Dieses Geding hat

a. in Beziehung auf die Gläubiger keineswegs die Wirkung, daß ihnen der Zugriff auf dasjenige genommen wird, was der Ehegatte, der ihr Schuldner ist, zur Zeit der Eingehung der Ehe besessen oder wovon er in Zukunft Antheil hat.

Sie können wie vor der Ehe auf dieses Vermögen, sowie auf das errungene Gemeinschaftsvermögen greifen, um sich zu befriedigen. Sie können sogar auf das vom anderen Ehegatten eingebrachte Mobiliarvermögen greifen, wenn nicht der Bestand desselben durch ein öffentliches Vermögens-Verzeichniß in Gewißheit gesetzt ist.

Wo aber dieses geschah, kann sich der eine Ehegatte gegen die Gläubiger des andern auf den Ehevertrag berufen, und seine eingebrachten Mobilien vor dem Zugriff retten, so daß nur das vom Schuldner eingebrachte und errungene Vermögen zu ihrer Befriedigung verwendet wird. Art. 1510, Absatz 2.

b. Gegenüber von dem einen Ehegatten zum anderen hat dieses Geding die natürliche Folge, daß derjenige, dessen Schulden während der Ehe aus dem gemeinschaftlichen Vermögen bezahlt wurden, der Gemeinschaft Vergütung leisten muß.

c. Nach Auflösung der Gütergemeinschaft können sich die Gläubiger nur an den halten, der ursprünglich ihr Schuldner war.

Wie aber, wenn das Inventarium bei Eingehung der Ehe unterblieb?

Einige behaupten, daß auch beim Mangel eines Inventariums kein Ehegatte mehr für die Schulden des andern haftbar bleibe, andere nehmen in diesem Falle das Gegentheil an.

Die erstere Meinung ist wohl deßhalb unrichtig, weil sonst den Gläubigern der Frau durch Entschlagung derselben das Recht entzogen werden könnte, auf ihr Vermögen zu greifen. Bellot **III.** 186.

Ad 2. Hier gilt im Ganzen dasselbe, vergl. jedoch noch Art. 1513.

Der im Absatz 2 enthaltene Unterschied zwischen Mann und Frau hinsichtlich der Entschädigungsforderungen vor und nach Auflösung der Ehe hat seinen Grund darin, daß die Klage der Frau stets voraussetzt, daß sie

sich der Gemeinschaft theilhaftig macht, was aber, so lange diese dauert, noch ungewiß ist.

II. Abänderung hinsichtlich der Theilung der Vermögens und der Schulden.

Hieher gehören folgende Gedinge:

1) Das Geding der Frau, daß sie im Fall der Entschlagung berechtiget seyn soll, das von ihr eingebrachte Mobiliar-Vermögen ganz oder theilweise schuldenfrei zurückzuziehen. 1514. 1514 a.
2) Das Geding, daß der Längstlebende einen Voraus vor aller Theilung aus der Gemeinschaft erhalten solle. 1515—1519.
3) Das Geding ungleicher Antheile an der Gütergemeinschaft.

Das letztere hat wieder verschiedene Formen.

a. Es wird die **pars quota**, nämlich die Halbtheilung verändert, und statt der Hälfte dem einen z. B. $^2/_3$, dem andern $^1/_3$ zugewiesen. 1520—1521.
b. Es wird bedungen, daß der eine Ehegatte die ganze Gemeinschaftsmasse erhalten, und dagegen dem andern eine bestimmte Summe als sein Antheil zugewiesen seyn soll. 1522.
c. Es wird stipulirt, daß die ganze Gemeinschaft einem allein gehören, und der andere nur berechtiget seyn soll, dasjenige daraus zurückzunehmen, was er inferirt hat. 1525.

ad 1.

Dieses Geding ist **strictissimae interpretationis**, wie der Art. 1514 zeigt. Der Art. 1514 a. hat aber den eigenthümlichen Zweck dieses Gedinges aufgehoben, indem es nicht gegen die Gläubiger wirken soll und der Zweck desselben gerade in dem Falle sich wirksam zeigen würde, wann mehr Schulden als Vermögen vorhanden sind.

ad 2.

Der Voraus ist eine Schenkung aus der Gemeinschaft, die aber nicht besondere Formen bedarf, sondern als Geding des Heirathsvertrages Wirkung hat. 1516.

Die Frage, ob ein im Heirathsvertrag enthaltenes Geding eine Schenkung, oder ein vertragsmäßiges, dem Gesellschaftsrecht angehöriges Geding sey, ist aus mehreren Gründen von der größten Wichtigkeit. Einmal hinsichtlich des Art. 299, und dann wegen Verletzung des Pflichttheils hinsichtlich der Pflichterben, die der zusagende Ehegatte hinterläßt.

Der Voraus wird nur aus dem Gemeinschaftsvermögen, nicht aus dem eigenen Vermögen des zuerst verstorbenen Ehegatten erhoben, weßwegen auch die Ehefrau, wenn sie sich entschlägt, implizite auf den Voraus verzichtet. Jedoch kann sie sich auch für diesen Fall den Voraus bedingen und es kann sofort das eigene Vermögen des Mannes zur Zahlung angegriffen werden.

In keinem Falle kann der Voraus von dem Gemeinschaftsvermögen abgezogen werden, ehe die Creditoren derselben bezahlt sind. 1519.

ad 3 a.

Vergl. Art. 1520, 1521.

ad 3 b.

Dieses Geding ist ein Glücksvertrag, kraft dessen der Ehegatte, der die ganze Gemeinschaft bekömmt, persönlicher Schuldner des andern für die

Auszahlung der versprochenen Summe wird, es mag mit der Gemeinschaft wohl oder übel stehen.

Es kann dieses Geding für den einen Ehegatten selbst oder nur für die Erben des zuerst verstorbenen stipulirt werden.

Auch in diesem Falle aber verliert die Frau das Recht der Entschlagung nicht, wenn sie die Auszahlung einer bestimmten Summe versprochen hat.

Die Gläubiger verlieren dadurch das Recht nicht, sich an denjenigen Ehegatten zu halten, der ihr persönlicher Schuldner ist. Doch können sie denjenigen, der eine bestimmte Summe empfangen soll, nicht in der Eigenschaft als Theilhaber der Gemeinschaft wegen einer Forderung belangen, denn er ist dieses nicht, sondern nur ein Gläubiger des die Gemeinschaft übernehmenden Ehegatten, wie sie selbst.

ad 3 c.

Vergl. Art. 1525, wobei zu bemerken ist,

1) daß mit diesem Gedinge nothwendig der Vorbehalt der eingebrachten Fahrnisse verbunden seyn muß, sonst wäre dasselbe eine förmliche Schenkung, während die Ueberlassung der Errungenschaft, worauf sich jenes Geding mit dem obenerwähnten Vorbehalt beschränkt, nicht als Schenkung angesehen wird, weil der Vorbehalt auch im Fall einer Verrungenschaft seine Wirkung äußert.

2) Bei der Zurücknahme des Einbringens fragt es sich, ob davon die Schulden, die der Ehegatte eingebracht hat, abgezogen werden?

Zachariä **III.** S. 291 bejaht diese Frage wegen des Grundsatzes: **«bona non intelliguntur nisi deducto aere alieno.«**

Allein diese Ansicht hat ihr Bedenken. Da der eine Ehegatte dem andern die ganze Errungenschaft überläßt und sich durch den Vorbehalt einfür allemal mit der Gemeinschaft abfindet, so ist dieses Geding ähnlich dem, wo ein Ehegatte sich eine bestimmte Summe ausbedingt. Es unterscheidet sich von diesem Gedinge nur durch eine andere Bezeichnung des Gegenstandes, den man sich als Antheil vorbehält. Wie nun bei der Ausbedingung einer Summe der Ehegatte nichts an den eingebrachten Schulden zu tragen hat, so dürfte es auch hier der Fall seyn, aber natürlich unter Vorbehalt der Rechte Dritter.

III. Buch. II. Titel.

Vom Besitz.

Einleitung.

Jedes Recht an sich, es mag dinglich oder persönlich seyn, ist ein unkörperliches Wesen (être morale.) Seine Existenz kann nicht durch Augenschein wahrgenommen, sondern nur durch logische Schlußfolgerungen aus Thatsachen und Gesetzen erkannt werden.

Dagegen kann man bei dinglichen Rechten, da sie in der unmittelbaren, fortdauernden Herrschaft über eine Sache bestehen, die Handlungen und Zustände sinnlich wahrnehmen, mittelst welcher jene Herrschaft ausgeübt wird. Die Wahrnehmung solcher Handlungen führt nach der täglichen Erfahrung zu der Vermuthung, nicht nur, daß die Person, welche eine Herrschaft über eine Sache ausübt, die Absicht habe, das Recht, das sie ausübt, für sich anzusprechen, sondern daß ihr auch wirklich das Recht zustehe, das durch die Vornahme jener Handlungen sich kund gibt; denn dieses ist in der Regel der Fall, wenn auch häufige Ausnahmen stattfinden. Die also sich bildende Vermuthung hat nun bei derartigen Rechtsverhältnissen auch juristische Bedeutung.

Die persönlichen Rechte gehen zwar auch auf ein Handeln, aber nicht der Berechtigte, sondern der Verpflichtete nimmt hier Handlungen vor und diese Handlungen sind ganz anderer Natur. Einmal erlöscht das Rechtsverhältniß in der Regel mit der Handlung des Verpflichteten, es besteht kein fortdauerndes Handlen gegenüber von einer bestimmten Sache, und dann sind jedenfalls diese Handlungen von der Art, daß man aus ihrer Beobachtung, ohne nähere Aufklärung über den unsichtbaren Grund und Zweck derselben, unmöglich auf das Vorhandenseyn einer bestimmten Verpflichtung schließen kann.

Wenn übrigens die, für die Existenz dinglicher Rechte aus deren Ausübung abstrahirte Vermuthung in der äußern Wahrnehmung einen Halt haben soll, so kann sie

1) nur da eintreten, wo ein bestimmtes Subjekt ruhig und ungestört die betreffenden Handlungen vorgenommen hat, denn sind es mehrere Personen, welche die gleiche Herrschaft ausüben wollen, und dadurch mit einander in Kollision gerathen, so kann man bei diesem Stand der Dinge weder zu Gunsten des Einen noch des Andern einen Schluß aus seinen Handlungen ziehen.

Es kann

2) die Vermuthung nicht weiter gehen, als ihre Grundlage, die äußere Erscheinung.

Die Herrschaft, die ich kraft eines dinglichen Rechtes über eine Sache ausüben darf, ist bald von größerem, bald von geringerem Umfang. Die ausgedehnteste Herrschaft gewährt das Eigenthum. Die Servituten, als losgetrennte einzelne Theile jener Herrschaft, berechtigen nur zu einer gewißen Gattung von Handlungen.

Es kommt also, wenn ich aus dem Sichtbaren auf das Unsichtbare schließen will, darauf an, welche Handlungen ich vorgenommen habe, ob sie eine unbedingte Herrschaft über die Sache, oder nur ein einzelnes Recht ankündigen, z. B. eine Servitut, und die Ausdehnung und Art der Handlungen bedingt die Ausdehnung des daraus zu folgernden Rechts.

Endlich liegt es

3) von selbst in der Denkungsweise des Menschen, daß die Stärke der Vermuthung von der Dauer des beobachteten faktischen Zustandes abhängt. Der Schluß wird um so treffender, je länger die Ausübung gedauert hat.

Aber bei noch so langer Dauer bleibt jene Vermuthung immer nur eine Vermuthung, ein Wahrscheinlichkeitsgrund, und man muß daher das Gegentheil stets für möglich halten.

Man kann sich schon in der Voraussetzung täuschen, daß der Handelnde die Absicht habe, das Recht für sich zu exerciren. Es kann ferner, auch diese Absicht vorausgesetzt, der das Recht Ausübende doch nicht ein wirklich Berechtigter seyn.

Es kann also dieser

1) zur Vornahme der Handlungen schlechthin unbefugt seyn, sey es wissentlich oder unwissentlich. Er kann
2) zwar eine Befugniß haben, aber nur eine vorübergehende, die ihm durch Gesetz oder Vertrag im Namen des wahren Berechtigten übertragen worden ist, sey es nun als **procurator** schlechthin, oder als **procurator in rem suam,** so daß er die Vortheile und Genüsse der Ausübung jener Herrschaft für sich bezieht, z. B. ein Aufbewahrer, oder ein Pächter, oder ein Nutznießer.

Diese aus der gewöhnlichen Denkungsweise und aus der Natur der Sache, beziehungsweise der Rechtsverhältnisse, abgeleiteten Sätze bilden im Allgemeinen die Grundlage des französischen Besitzrechts, während die römische Theorie, wenigstens nach Savigny's Lehre, auf dem Grundsatze beruht, daß Niemand sich eine Eigenmacht gegen einen Andern erlauben dürfe, daß jede Störung desjenigen, der einmal eine Sache hat, eine Eigenmacht sey, welche nicht zu dulden, vielmehr der **status quo** zu erhalten sey, bis die Widerrechtlichkeit desselben nachgewiesen ist.

I. Begriff und Arten des Besitzes.

Besitz im allgemeinsten Sinne des Wortes ist der Zustand der Ausübung und des Genusses der Herrschaft über eine Sache.

Umfaßt diese Ausübung die unbedingte Herrschaft, also die Inhabung einer Sache im ganzen Umfange, so bin ich im Besitze der Sache selbst, oder im Eigenthumsbesitz. Umfaßt sie nur einzelne Zweige derselben, so bin ich im Besitze eines dinglichen Rechts an der Sache, Art. 2228; sey es nun, daß ich die Handlungen selbst vornehme, oder durch Andere vornehmen lasse.

Die rechtlichen Folgen dieses Zustandes sind verschieden, je nachdem man nur die äußere Seite desselben, das Haben und Ausüben für sich allein, ohne weitere Beachtung der Gesinnungen des Besitzers, in's Auge faßt, oder je nachdem noch weiter auf diese Gesinnungen Rücksicht genommen wird.

Man unterscheidet nun

I. die detentio und die possessio im engern Sinn; die letztere setzt vor-

aus, daß der Besitzer den **animus rem sibi habendi** hat, während die **detentio** nur den äußern Zustand ohne jenen **animus** bezeichnet.

Für das Daseyn jenes **animus** streitet stets die Vermuthung und es ist also die Wirkung der blosen **detentio**, daß man ihr die Vermuthung beilegt, sie sey eine **possessio**. Art. 2230.

Die **possessio** zerfällt weiter

II. in die **possessio justa et injusta.**

Jeder, der im Besitz einer Sache oder eines Rechtes ist, muß natürlich zu einer bestimmten Zeit und durch eine bestimmte Veranlassung in den Besitz gekommen seyn.

Ist nun diese Veranlassung eine solche Thatsache gewesen, welche **in thesi** geeignet ist, Rechte zu verleihen, z. B. Vertrag, Erbgang, so ist der Besitz eine **possessio justa**, mag gleichwohl dieser Titel **in concreto kein** Eigenthum übertragen haben, weil der Autor selbst nicht Eigenthümer war. Ist aber dieses nicht der Fall, ist die Erlangung des Besitzes durch ein **factum** geschehen, was als **factum illicitum** gilt, insbesondere durch Eigenmacht, so ist die **possessio** eine **injusta.**

Aber auch hier spricht die Vermuthung zu Gunsten des Besitzers, also dafür, daß er aus einem solchen Titel besitze, der geeignet war, ihm das Recht selbst zu verleihen, also für den **justus titulus.** Art. 2230.

Man unterscheidet

III. Possessio bonae et malae fidei.

In bona fide besitzt derjenige, der zwar nicht Eigenthümer ist, aber die Thatsachen nicht kennt, aus welchen nach dem Gesetze folgt, daß er nicht mit Recht besitzt. Kennt er jene Thatsachen, so ist er **in mala fide**, mag er auch aus Rechtsirrthum der Meinung seyn, daß ihm jene Thatsachen nicht entgegen seyen. Art. 550. Vorträge §. 58.

Von selbst versteht es sich, daß derjenige, welcher nicht **justo titulo** besitzt, ein **possessor malae fidei** ist, während die **mala fides** mit einem gerechten Titel verbunden seyn kann.

Auch hier spricht die Vermuthung **für** den Besitzer, daß er in gutem Glauben besitze. Art. 2268. Man muß endlich

IV. nach französischem Rechte zwischen einem Besitze unterscheiden, der noch kein Jahr gedauert hat, und zwischen einem Besitze, der ein **Jahr** und **länger** gedauert hat.

Es ist aber diese Dauer des Besitzes

1) nicht so zu verstehen, als müsse gerade eine und dieselbe Person ein Jahr lang besessen haben. Wenn mehrere aufeinander gefolgte Besitzer Rechtsnachfolger sind, also juristisch nur **eine** Person ausmachen, so kann der spätere Besitzer die Dauer des Besitzes seines Autors zu der seinigen hinzurechnen (**accessio possessionis**). Art. 2235.

2) Auch ist das Erforderniß der Dauer des Besitzes, wenn es auf den Beweis derselben ankommt, nicht so zu verstehen, als seyen für jeden Tag oder gar jede Stunde Besitzhandlungen nachzuweisen.

Wer Besitzhandlungen aus verschiedenen Zeiträumen nachweisen kann, hat die **praesummtio pro possessione in medio tempore**, vorbehaltlich des Gegenbeweises einer Unterbrechung für sich. Art. 2234.

II. Wirkungen des Besitzes im Allgemeinen.

Hier müssen folgende Hauptfragen unterschieden werden:

A. Welches sind die Wirkungen des Besitzes, sofern man diesen als einen bloß äußerlichen Zustand ohne alle Rücksicht auf die Gesinnungen des Besitzers in's Auge faßt?

B. Welches sind die Wirkungen des Besitzes im engern Sinne und seiner verschiedenen Arten?

ad A.

Das bloße **Factum**, daß Jemand Handlungen vorgenommen hat, die als Ausübung eines Rechts in die Sinne fallen, hat für sich allein folgende Wirkungen:

1) Daß der Ausübende vor der Hand so angesehen wird, als besitze er im eigenen Namen (**praesummtio pro animo.**)

Wer also behauptet, der Inhaber besitze nicht in eigenem, sondern in seinem, des Behauptenden, Namen, der muß den Beweis führen, er mag was immer für Folgerungen aus seiner Behauptung ableiten, d. h. er mag mit einer Klage aufgetreten seyn, die voraussetzt, daß der Beklagte in seinem Namen besitze, z. B. mit einer Vertragsklage, oder er mag dem Inhaber, der sich in der Rolle des Klägers als Civilbesitzer geriren will, die Einwendung machen, daß er nicht in eigenem Namen besitze. Der Beweisführer braucht übrigens nicht darzuthun, daß der Inhaber im gegenwärtigen Augenblick **alieno nomine** besitze, sondern er hat seinen Beweis vollständig gebracht, wenn er darthut, daß der Inhaber früher einmal **alieno nomine** besessen habe, denn hier dauert die Vermuthung für eine bloße Detention fort, Art. 2232, bis der Besitzer beweist, daß die **causa possessionis** auf rechtlich zuläßige Art verändert worden sey, denn sich selbst kann man Anfang und Ursache des Besitzes nicht verändern, Art. 2242. **Nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest.**

Der Besitzer selbst muß sogar den Beweis führen, wenn er behauptet, daß er nicht in eigenem Namen besitze, denn die Vermuthung streitet nicht nur in dem Sinne für das **possidere proprio nomine**, daß der Gegner des Besitzenden im Läugnungsfalle beweispflichtig wäre, sondern der letztere muß die Vermuthung auch gegen sich gelten lassen. Wann also z. B. der Beklagte, der als Besitzer einer Sache belangt ist, läugnen will, daß er in eigenem Namen besitze, so kann dadurch der Kläger nicht beweispflichtig werden, wenn er nicht freiwillig den Beweis übernimmt, sondern der Beklagte muß seine Behauptung dadurch rechtfertigen, daß er denjenigen nennt, für welchen er besitzen will (**laudatio auctoris.**)

Er muß ihn aber auch darum nennen, wenn er **alieno nomine** besitzt, weil er in diesem Falle nicht der rechte Beklagte und nach §. 92, Abs. 4 der Proz. O. verpflichtet ist, solches anzuzeigen. Es ist daher die **nominatio auctoris** für den Besitzer in fremden Namen nicht ein Recht, sondern eine Pflicht, und die Befreiung desselben von dem Streite nur eine natürliche Folge dieser Verbindlichkeit.

Ist die Vermuthung für den juristischen Besitz, die aus dem Inhaben entspringt, durch Beweis beseitiget, so folgt daraus von selbst, daß der Besitz keine jener Wirkungen haben kann, die ihm nur unter der Bedingung eingeräumt sind, daß man in eigenem Namen besitze, und welche Wirkungen **ad B.** erörtert werden.

In Bezug auf das römische Recht lehrt Savigny (Besitz S. 15.), daß die Befreiung von dem Beweise nicht eine Folge des Besitzes, oder einer für denselben streitenden Vermuthung, sondern eine Folge des allgemeinen

Grundsatzes sey, daß einer Seits der Besitzer niemals nöthig habe, zu klagen, und daß anderer Seits der Kläger als solcher immer zuerst beweispflichtig sey.

Zwar hat Savigny's Ansicht, angewendet auf das französische Recht, in sofern Grund, als jene Vermuthung nicht eine Wirkung der **possessio civilis**, sondern schon eine Wirkung der **detentio** allein ist.

Hier aber ist die aus der Inhabung entspringende Vermuthung eine eigentliche und wahre Wirkung der Inhabung, und nicht die Wirkung jener Grundsätze des Prozesses, indem sie eines Theils der Art. 2230 ausdrücklich für eine Wirkung der Inhabung erklärt, und andern Theils die von Savigny aufgestellte allgemeinere Regel nicht immer zu den gleichen Resultaten führen würde, wie die gesetzlich ausgesprochene Vermuthung. Für's erste ist schon oben dargestellt worden, daß vermöge dieser Wirkung der Inhabung selbst der Beklagte beweispflichtig werden kann. Für's zweite gibt es Fälle, wo der Kläger in Folge jener Vermuthung vom Beweise frei ist, nämlich in allen denjenigen Fällen, wo der Kläger als Besitzer einer Sache aufgetreten ist, wo also der Besitz zu seiner **legitimatio ad causam** gehört, z. B. bei Konfessorienklagen. Ist hier die Inhabung der Sache auf Seiten des Klägers nicht im Zweifel, so nützt es dem Beklagten nichts, blos zu läugnen, daß der Kläger in eigenem Namen und aus Eigenthumstiteln besitze, sondern er muß, wenn er die **legitimatio ad causam** beanstanden will, förmliche Einreden vorschützen, welche geeignet sind, jene Vermuthung aufzuheben.

Uebrigens hat die bloße **Detentio** noch folgende Wirkungen, die auch dann eintreten, wenn konstatirt ist, daß der Inhaber nur **alieno nomine** besitze, nämlich

2) das Recht der Selbstvertheidigung bei einem eigenmächtigen Angriff, indem auch der **Detentor** diesen Eingriff abwehren darf.

3) Das Retentionsrecht, d. h. das Recht, eine Sache, die einem andern gehört, wegen einer Forderung zurückzubehalten, die man wegen dieser Sache (**propter debitum cum re conjunctum**) an den Eigenthümer der Sache zu machen hat.

Art. 867, 1749, 1948. Eine Ausnahme von dem Erforderniß der Connexität scheint der Artikel 1885 zu machen. Es behaupten jedoch viele, daß dieser Art. nur auf solche Forderungen sich beziehe, welche mit der Erhaltung der Sache in Verbindung stehen, und dieses ist auch richtig, wenn man erwägt, daß der Comodatar zugleich auch die Rechte und Verbindlichkeiten eines Depositors hat. Weiter aber geht der Art. 2082.

Ad. B.

Wenn gewiß ist, daß der Besitzer in eigenem Namen besitzt, wenn also die aus der **detentio** entspringende Vermuthung nicht widerlegt und **prossessio civilis** vorhanden ist, so hat der Besitz natürlich zunächst diejenigen Wirkungen, die schon dem Besitze ohne Rücksicht auf den **animus** eingeräumt sind. Es entsteht aber aus dem Civilbesitz die weitere Vermuthung, daß man der wirklich Berechtigte sey und diese **præsumtio** ist

I. bei beweglichen Sachen eine **præsumtio juris et de jure**, läßt also keinen Gegenbeweis zu.

Wenn also anders die **possessio civilis** selbst nicht bestritten, z. B. **ex obligatione** geklagt werden kann, so findet eine andere dingliche Klage auf Herausgabe der Sache nicht statt. Art. 2279.

Es leidet diese Regel nur dann eine Ausnahme, wenn der frühere Besitzer **contra voluntatem suam** aus der Detention der Sache gekommen ist, was bei Entwendungen und beim Verlieren einer Sache eintritt, **ibid**, oder wenn die Voraussetzungen einer **actio Pauliana** gegen den dritten Besitzer vorhanden sind. 1167. 1141.

II. Im Uebrigen ist die **præsumtio** nur eine einfache **præs. juris** und es hat die **possessio** hier folgende Wirkungen:

1) ohne Rücksicht auf die Dauer den Erwerb der Früchte, so fern und so lange die **animus** mit gutem Glauben verbunden war. Art. 549.

2) Mit Rücksicht auf Dauer, hat er die Wirkung der Besitzklagen und der erwerbenden Verjährung.

Das Erforderniß der Dauer des Besitzes ist jedoch sehr verschieden, je nachdem man blos eine Besitzklage oder die erwerbende Verjährung auf den Grund seines Besitzes stützen will.

III. Erfordernisse des Besitzes zum Behuf der Erhebung von Besitzklagen und der erwerbenden Verjährung.

Diese sind für die Verjährung (nämlich für die 30jährige Ersitzung) in Art. 2229 und für die Besitzklagen in Art. 23 des **Code de proc. resp.** in § 750 der bad. Proc. Ord. angegeben. Die Erfordernisse kommen, abgesehen von der Dauer auf dasselbe heraus. Die **possessio ad interdicta** und die **ad usucapionem** sind daher nach französischem Recht eines und dassebe, jedoch mit der Modifikation, daß die 30jährige erwerbende Verjährung durch den Beweis des Titels und durch das Dasein der **bona fides** auf 10 Jahre herabgesetzt werden kann. 2265. Es muß zum Voraus bemerkt werden, daß die Vorschrift des Gesetzes, es seyen die im Art. 2229 aufgezählten Erfordernisse nothwendig, nicht identisch ist mit der Vorschrift, daß der Besitzer es sey, welcher alle diese Erfordernisse zu beweisen hat, vielmehr ist die Beweislast nach anderen Grundsätzen zu bestimmen.

Das Gesetz verlangt

1) einen fortwährenden, ununterbrochenen Besitz. Was der Besitzer in dieser Beziehung zu beweisen hat, ist oben unter Hinweisung auf Art. 2234 schon bemerkt worden, allein die hier ausgesprochene Vermuthuug fällt weg, wenn für die Zwischenzeit vom Gegner erwiesen wird, entweder,

   a) daß der Besitzer selbst den Besitz in der Zwischenzeit aufgegeben gehabt habe, indem er z. B. eine Dienstbarkeit lange nicht mehr ausgeübt hat, obwohl zu deren Ausübung Veranlassung vorhanden war. Oder

   b) daß der Besitz **naturaliter** oder **civiliter** auf die im Art. 2242 angegebene Weise unterbrochen worden ist.

Es wird

2) ein öffentlicher Besitz verlangt, d. h. die Besitzhandlungen, welche der Besitzer zur Begründung seines Besitzstandes anführt, müssen von der Art seyn, daß derjenige, in dessen Recht etwa durch Vornahme dieser Handlungen eingegriffen worden ist, sie bemerken konnte, und daß man daher aus seinem passiven Verhalten auf eine **patientia** schlietzen darf.

Wenn z. B. mein Nachbar unter meinem Hause hin seinen Keller erweitert, so daß ich nicht gewahren kann, was er unter der Erde treibt, so

kann ein solcher Besitz keine Rechtswirkungen für Besitzklagen und Verjährung haben.

In diesem Erforderniß des Besitzes liegt der Grund, warum das Gesetz bei den unständigen nnd verborgenen Dienstbarkeiten eine Verjährung nicht zuläßt. Es sagt m. a. W. die Handlungen, die hier den Besitz ausmachen sollen, sind ihrer Natur nach nicht von der Art, daß sie den Charakter der Oeffentlichkeit an sich tragen. Sie können die längste Zeit hindurch unbemerkt vorgenommen worden seyn, wenn auch der Eigenthums-Besitzer in Wahrung seiner Freiheit nicht nachlässig war. Es soll daher der Beweis solcher Handlungen nicht als Darstellung eines öffentlichen Besitzes gelten.

Ich kann z. B. lange über ein Grundstück gegangen seyn, ehe es dem Eigenthümer möglich war, etwas davon zu gewahren. Es wäre deshalb Unrecht, einem solchen Besitz eine Wirkung zuzuschreiben, die dem Eigenthümer nachtheilig ist.

Der Besitz soll

3) ein ruhiger seyn, d. h. der Gegner darf den Besitzer in der Vornahme der Handlnngen nicht gestört haben. Die Störung ist ein **minus** der **interruptio naturalis**, denn hier wird der Besitz ganz aufgehoben, dort wird er nur beunruhiget. In diesem Sinne gebraucht auch die **l. un. D. utrubi.** die Worte „**dum super hoc ad adversario non inquietatur.**"

Uebrigens kann der Besitzer nicht angehalten werden, außer seinen Besitzhandlungen den Beweis zu führen, daß sein Gegner niemals gegen ihn mit Störungen aufgetreten sey. Es gehört dieses zum Gegenbeweis, wie die wirkliche Unterbrechung.

Der Besitz muß

4) ein unzweideutiger seyn.

Es müssen nämlich die Handlungen, welche als Besitzhandlungen ausgegeben werden, von der Art seyn, daß sie eine Ausübung desjenigen Rechts, für dessen Dasein sie eine Vermuthung bilden sollen, ausmachen, so daß man aus ihrer Vornahme nach dem gesunden Menschenverstande auf eine bestimmte Art der Herrschaft über die Sache schließen kann.

Wenn ich z. B. auf einen Platz ein Haus baue, so ist dieses wohl eine Handlung, aus deren Vornahme man unzweideutig darauf schließen kann, daß ich den Boden als mein Eigenthum behandle.

Wenn ich aber nur einige Balken oder Bretter hingelegt habe, so ist man zu dem gleichen Schlusse nicht berechtiget.

Es ist natürlich Sache des Klägers, solche Handlungen anzuführen, welche unzweideutiger Natur sind, und einen sichern Schluß zulassen.

Endlich

5) ist ein aus Eigenthumstiteln fließender Besitz d. h. eine **passessio justa** nöthig, also ein Besitz, der weder mit Gewalt, noch durch heimliche Ergreifung angefangen hat.

Aber auch für die **poss. justa** streitet die Vermuthung. Der Gegner muß also den vitiosen Anfang des Besitzes beweisen. Es wird jedoch von dem Augenblick an, wo die Gewalt beseitiget ist, der Besitz zur Verjährung tauglich. 2233.

IV. Von dem Erwerb und Verlust des Besitzes.

Hier gilt im Wesentlichen dasselbe wie nach röm. Rechte, jedoch hat das franz. Recht folgende Eigenheiten:

I. Nach römischem Rechte ist sowohl zur Erwerbung des Eigenthums als

auch zur Erwerbung des Besitzes stets **traditio** und folgenweise faktische Ergreifung des Besitzes nothwendig.

Das röm. Recht läßt nur dann eine Ausnahme zu, wenn der Besitzer den juristischen Besitz auf einen andern überträgt, und dabei ausdrücklich verabredet wird, daß der Veräußerer die **Detentio** behalten und von jetzt an **alieno nomine** besitzen soll, z. B. es verkauft Jemand sein Haus mit der Bedingung, daß er von nun als Pächter darin wohnen bleibe. Man nennt dieses ein **constitutum possessorium.**

Nach französischem Rechte ist bei der Veräusserung einer **species** eine **traditio** zur Erwerbung des Eigenthums gar nicht nothwendig, sondern der Erwerber wird durch den Vertrag allein schon Eigenthümer. Art. 1138. Wenn daher der bisherige Eigenthümer auch noch im Besitze bleibt, so kann er nach der Natur der Sache nicht mehr in eigenem Namen, sondern nur im Namen des Erwerbers besitzen.

Aus diesem Grunde muß man bei jedem solchen Vertrage, auch ohne ausdrückliche Verabredung, nach französischem Rechte annehmen, daß ein **constitutum possessorium** vor sich gegangen sey, und daß daher der bisherige Besitzer nur noch als Aufbewahrer besitze, wenn nicht ein anderes Rechtsverhältniß verabredet wurde. Art. 1136.

II. Wer ein klagbares Besitzrecht behaupten will, muß nicht nur im Allgemeinen im Besitze seyn, sondern er muß ein Jahr lang den Besitz gehabt haben, sey es selbst oder durch Mandatare, oder durch Rechtsvorfahren.

III. Verlust des Besitzes.

Was

1) den Eigenthumsbesitz betrifft, so kann man diesen ganz oder theilweise verlieren. Man verliert ihn
   a) ganz, wenn ein anderer sich in den Besitz der Sache setzt, und solche Handlungen ausübt, welche den Eigenthumsbesitz charakterisiren. Man verliert ihn
   b) theilweise, wenn ein anderer zwar nicht solche Handlungen vornimmt, welche einen Besitz der Sache selbst, dagegen aber doch solche, welche ein dingliches Recht an der Sache (die **quasi possessio juris**) ausmachen. Der Eigenthümer verliert dadurch die **possessio libertatis.**
2) Die **quasi possessio juris** verliert man wie nach röm. Rechte.

In allen Fällen ist aber der Besitz erst dann verloren, wenn von dem Verluste an gerechnet ein Jahr abgelaufen ist, ohne daß Klage erhoben wurde, denn erst durch Ablauf eines Jahres hat der Gegner einen Besitz erworben, der den bisherigen Besitzer ausschließt, weil nicht zwei Personen zugleich eine Sache ausschließlich besitzen, oder der Eine in der **possessio libertatis** und der Andere in einer **quasi possessio juris** seyn kann.

V. Von den Besitzklagen insbesondere.

Die Besitzklagen sind ein Mittel, durch Anrufung der richterlichen Hülfe den Besitz zu konserviren und zwar auf den alleinigen Grund hin, weil man bisher besessen hat. Sie unterscheiden sich also von den dinglichen Klagen dadurch, daß bei den letzteren, obwohl sie ebenfalls auf die Conservation oder Wiedererhaltung des Besitzes einer Sache gehen können, doch der Grund, aus welchem man das Begehren stellt, ein anderer ist. Die dingliche Klage stützt sich auf das Dasein des Rechtes selbst, die

Besitzklage stützt sich aber blos darauf, daß der Besitz, folglich die Vermuthung für das Recht vorhanden sey.

Dadurch daß das Gesetz dem blosen Besitzstande Klagen einräumt, wird der Besitz ein selbstständiges Recht, ein **jus possessionis**, indem jeder Zustand ein Recht ist, den man mit Klagen erhalten kann.

Es kann also der Eine das Recht des Besitzes an einer Sache, und ein Anderer das wahre und eigentliche Recht ohne Besitz haben. Für jenen streitet die Vermuthung, welche von den letzteren durch den Beweis seines Rechts beseitiget werden kann, indem er ein wahres und somit stärkeres Recht hat, als das blose **jus possessionis**.

Das römische Recht unterscheidet eine Menge einzelner Interdikte oder Besitzklagen und hat daneben noch eine **actio publiciana**, welche die **possessio ad usucapionem** gewährt.

Das französische Recht ist in dieser Beziehung höchst einfach. Es unterscheidet kaum die **interdicta retinendae et recuperandae possessionis**, je nachdem eine bloße Verhinderung in der Ausübung, oder eine förmliche Aufhebung des Besitzes vor sich gegangen ist. Der Unterschied zeigt sich nur im Begehren des Besitzklägers, und nach rein französischem Recht auch noch in der Wirksamkeit der Klage gegen Dritte.

Zur nähern Erörterung sind folgende Fragen zu beantworten:

A. Wer ist zur Erhebung einer Besitzklage legitimirt?

Diese Frage beantwortet sich im Allgemeinen dahin, daß nur der Civilbesitzer, nicht aber ein **detentor ad causam** legitimirt ist.

Wer jedoch kraft eines dinglichen Rechts an einer Sache, insbesondere kraft einer persönlichen Dienstbarkeit eine Sache im Namen eines andern besitzt, kann die Besitzklagen, die der wahre Besitzer gegen dritte Störer hat, **utiliter** und im Namen desselben als **procurator in rem suam** erheben, weil er zugleich in der **quasi possessio juris** gestört ist. §. 745. 746. 749 der Proz. Ord. Art. 1428. des **C. c.**

Es steht diese **actio utilis** ferner dem provisorisch **in bona absentis** Eingewiesenen zu.

Die cit. Stellen der Proz. Ord. sind nicht so zu deuten, als sey damit gesagt, diesen Personen stehe eine Besitzklage zum Schutze ihres Besitzes gegen den Eigenthümer selbst zu. Diese Frage ist nach anderen Regeln zu beurtheilen, insbesondere nach § 747, sonst würde man zu dem Resultate kommen, daß der **Immissus in bona absentis** eine Besitzklage gegen den rückgekehrten Eigenthümer habe, in dessen Namen er besitzt.

B. Welches sind die Erfordernisse einer Besitzklage?

1) Im Allgemeinen.

a) Es sind oben die Erfordernisse des Besitzes angegeben worden. Es wurde ferner bereits bemerkt, daß der Besitz ein Jahr lang gedauert haben muß. Diese Eigenschaften muß nun der Besitz haben, wenn er klagend verfolgt werden will. Damit ist aber nicht gesagt, daß der Besitzkläger alle diese Eigenschaften beweisen müsse. Nur sofern der Besitzkläger nach den früher angegebenen Regeln überhaupt beweispflichtig ist, muß er auch die Eigenschaften seines Besitzes nachweisen. Wo aber die Vermuthung für ihn streitet, ist es Sache des Beklagten, das Gegentheil darzuthun, um die Besitzklage zu zerstören.

b) Eine Besitzklage kann nur dann erhoben werden, wenn der Be-

sitz zerstört, d. h. entweder ganz entzogen oder durch fremde Einwirkung beunruhiget ist.

Beides kann im Allgemeinen nicht durch Worte und Redensarten, sondern nur durch Thathandlungen geschehen, welche beurkunden, daß ein Anderer ein Recht an die Sache anspricht (**trouble de fait**). Es leidet jedoch diese Regel folgende Ausnahme:

α. Diejenigen, welche eine Sache in fremdem Namen besitzen, können nach Art. 2238 dadurch Besitzer in eigenem Namen werden, daß sie dem Recht des Eigenthümers Widerspruch entgegensetzen, sey es durch Thathandlungen oder durch eine urkundliche Erklärung, daß man das Recht des bisherigen Civilbesitzers nicht mehr anerkenne.

Ist ein solcher Widerspruch erfolgt, so beginnt der bisherige **Detentor civiliter** zu besitzen und sein Besitz wird zur Verjährung tauglich. Es wäre nun höchst ungerecht, wenn der bisherige Besitzer sich nicht durch eine Klage in seinem Civilbesitze erhalten könnte, sondern petitorisch klagen müßte.

β. Man verliert ferner die **quasi possessio juris** eines Rechts zuweilen durch bloße Unterlassung oder durch Widerspruch, z. B. wenn die dem dinglichen Recht entsprechende Verbindlichkeit in einer jährlichen Leistung besteht.

Wenn der Beklagte nun plötzlich die Verbindlichkeit zu liefern, widerspricht, also die **quasi possessio** nur durch Widerspruch stört, so muß auch hier eine Besitzklage eingeräumt seyn, obwohl kein **trouble de fait** stattgefunden hat.

Unsere Proz. Ord. scheint zwar an diesen Fall in § 750 Absch. 2 nicht speziell gedacht zu haben, allein man muß dem ohngeachtet das Gesetz aus dem Landrecht in dem angegebenen Sinne ergänzen, indem dieses die **mutatio causæ possessionis** für eine Eigenmacht erklärt und solche in beiden Fällen vorliegt, im letzten deshalb, weil der bisher belastete Besitz in einen unbelasteten verwandelt werden soll. 544 **c**.

c) Es kann ein Dritter thätlich in meinen Besitz eingreifen, ohne die Absicht zu haben, irgend eine Rechtsansprache darauf zu gründen, sondern es geschieht nur aus Muthwillen oder Bosheit, um mir einen Schaden zuzufügen oder sich einen augenblicklichen Vortheil zu verschaffen, z. B. es läuft Jemand über einen angepflanzten Acker, stiehlt mir Früchte von demselben u. dgl.

Hier kann ich zwar auf Entschädigung klagen, aber eine Besitzklage ist nicht an ihrem Orte. Die Art. 1725 und 1726 unterscheiden offenbar zwischen eigentlichen Besitzstörungen, die mit einer Ansprache, mit einem **animus rem sibi habendi** verbunden sind, und zwischen Thätlichkeiten der angegebenen Art. Während bei den ersteren der Civilbesitzer klagend auftreten muß, der Pächter aber nicht **ad causam** legitimirt ist, gestattet der Art. 1725 bei bloßen Thätlichkeiten dem Pächter die Klage, was hinsichtlich der **legitimatio ad causam activa** höchst inkonsequent wäre, wenn man eine Besitzstörung darin sehen wollte.

2) Im Besondern.

Da nur öffentliche Handlungen einen Besitz begründen, und das Gesetz durch Art. 691 die Wirkungen eines Besitzstandes bei gewissen Servituten darum nicht anerkennt, weil die Handlungen, die ihre Ausübung ausmachen, des Charakters der Oeffentlichkeit schon ihrer Natur nach entbeh-

ren, so sollte konsequenterweise hier auch keine Besitzklage statt finden, sondern nur die **actio confessoria.**

Es hat aber der § 747 hier ebenfalls Besitzklagen unter der Bedingung zugelassen, daß mit der Besitzklage zugleich ein **justus titulus** nachgewiesen wird, was ganz der Natur und dem Charakter des Besitzprozesses widerstreitet, da in diesem Prozesse in keiner Weise auf das Recht, sondern nur auf den Besitz als Vermuthung für das Recht gesehen werden soll.

C. Wer ist als Beklagter zu belangen?

Nach dem Geist des franz. Rechts kann

1) bei bloßen Störungen ohne förmliche Aufhebung des Besitzes natürlich nur der Störer belangt werden, oder diejenigen, die in seinem Namen oder Interesse die Störung vorgenommen haben, sey es, daß der eigentliche Störer Auftrag gegeben hat oder sich dadurch, daß er die Störung hintendrein billiget, wenn sie für ihn geschah, nach dem Grundsatz, „**ratihabitio mandato comparatur**" der Störung theilhaftig macht.

Ist dagegen

2) der Besitz förmlich aufgehoben, folglich der bisherige Besitzer gänzlich entsetzt und ein anderer im Besitze der Sache selbst, so kann ich nach franz. Rechte innerhalb eines Jahres gegen jeden possessorisch auftreten, der sich im Besitze befindet, und nicht blos gegen denjenigen, der die Entsetzung vorgenommen hat.

Diese Ausdehnung der Besitzklagen ersetzt die **actio publiciana** des röm. und das **remedium spolii** des kan. Rechts. (Vergl. jedoch **Troplong de la vente Nr. 235** und **de la prescription Nr. 230** und **Nr. 238.**)

Aber in Baden hat man auch hier durch den § 752 die Besitzklage auf den Störer oder dessen allgemeine Rechtsnachfolger beschränkt, während noch im Art. 544 c. Absch. 2 nicht zwischen allgemeinen und besondern Rechtsfolgern unterschieden wurde.

Wenn mich also Jemand aus meinem Hause vertreibt, und den selbst eingenommenen Besitz einem Dritten überläßt, so kann ich keine Besitzklage mehr anstellen, oder doch wenigstens außer dem Schadenersatz nichts damit erzielen. Dies war nun freilich auch nach dem römischen Recht so, allein hier war noch eine **actio publiciana** statthaft.

D. Vertheidigung des Beklagten.

Sobald der Besitzkläger dasjenige dargethan hat, was er nach dem Obigen darthun muß, ist die Reihe an dem Beklagten, die Mängel des klägerischen Besitzes hervorzuheben und zu beweisen. Einreden, die den Rechtsstand betreffen, werden nur angenommen, wenn sie in **continenti liquid** gemacht werden, oder die Besitzklage nach § 747 erhoben ist. § 754 der Proz. Ord.

Nach dem Bisherigen ist nun die Erläuterung des Art. 544 c. des bad. Landrechts nicht schwierig.

Es will so viel sagen:

1) Der Civilbesitzer einer Sache hat vor Gericht die Vermuthung für sich, daß er Eigenthümer sei, und muß also auch in so lange wie ein Eigenthümer behandelt werden, als nicht der Gegenbeweis geführt ist.

2) Dieses kann nur auf folgende Weise geschehen:

a) Dadurch, daß man beweist, der Gegner besitze gar nicht **civiliter,** sodern in fremdem Namen, also insbesondere dadurch, daß man

ein Vertragsverhältniß nachweißt, kraft dessen der Gegner in fremdem Namen besitzt.

b) Dadurch, daß man ein besseres Besitzrecht nachweist. Ein besseres Besitzrecht hat derjenige, welcher ein Jahr lang besessen hat, während der Gegner noch kein Jahr im Besitze ist, auch nicht nachweisen kann, daß er den Besitz von dem vorausgegangenen Besitzer auf gerechte Weise erworben hat, sondern durch Eigenmacht in den Besitz gekommen ist.

c) Dadurch, daß ich eine dingliche Klage erhebe, aus welcher folgt, daß der Beklagte mein Recht anerkennen muß. (Vergl. die Lehre von der **rei vindicatio.**)

V. Von der Verjährung.

Hierüber ist einstweilen nur im Allgemeinen Folgendes zu bemerken:

1) Bei allen dinglichen Rechten — Eigenthum und Dienstbarkeiten — die unständigen und verborgenen jedoch ausgenommen, führt derjenige Besitz, welcher eine Besitzklage begründet, in 30 Jahren zur erwerbenden Verjährung. 690. 2262.

Es wird also hier die aus dem Besitz entspringende Vermuthung zur **præsumtio juris et de jure** erhoben.

2) Außerdem kennt aber der **C. c.** hinsichtlich des Eigenthums noch eine kürzere Art der erwerbenden Verjährung, sofern nämlich **justus titulus** und **bona fides** auf Seiten des Besitzers nachgewiesen werden, was bei der 30jährigen Ersitzung nicht nothwendig ist. Art. 2265.

III. Buch. Titel 16—19.

Pfandrecht.

§ 1. Einleitung.

Der Gläubiger kann seinen Schuldner, im Falle dieser nicht freiwillig bezahlt, gerichtlich belangen und nach erwirktem rechtskräftigen Urtheil

1) die Güter desselben auspfänden lassen. Er kann,

2) in den durch Art. 2059 ff. bezeichneten Fällen — aber auch nur in diesen Fällen, darauf antragen, daß der Schuldner persönlich verhaftet werde, bis die Zahlung erfolgt ist. Dieser Zwangs- oder Exekutionsarrest ist nicht zu verwechseln mit demjenigen persönlichen Arrest, welcher auf den Grund des Prozeßrechts zur Sicherheit des Gläubigers in gewissen Fällen begehrt werden darf.

§ 680 Proz. Ord. (Doch scheint man im Art. 2060 a. Absatz 11. beide Arreste miteinander verwechselt zu haben.)

Das Recht der Auspfändung erstreckt sich auf alle Güter des Schuldners, soweit sie veräußerlich sind, und soweit sie nicht zur Competenz gehören, Art. 2217 b. c. § 851. 938. 1015. 1022 der Proz. Ord., die einzelnen Gegenstände oder Rechte mögen sich schon zur Zeit der Entstehung der Forderung im Besitze des Schuldners befunden haben, oder erst später erworben worden sein, Art. 2092. Wegen dieses Rechts auf die **pignoris capio**, welches jeder Gläubiger kraft seines Forderungstitels und ohne weitere Bedingungen genießt, bezeichnet der Art. 2093. das Vermögen des Schuldners als das gemeinsame Unterpfand seiner Gläubiger, und Brauer nennt es nicht unpassend das natürliche Pfandrecht derselben.

Dieses Recht ist aber nicht genügend, die Gläubiger für alle Fälle sicher zu stellen. Mag auch der Schuldner bei der Entstehung der Forderung hinlängliche Mittel zur Zahlung besitzen, so kann er doch

1) durch Eingehung weiterer Verbindlichkeiten sein Vermögen mit Schulden überladen, wo alsdann durch die Conkurrenz mehrerer Gläubiger mit dem gleichen natürlichen Pfandrecht die gänzliche Befriedigung jedes Einzelnen unmöglich wird, Art. 2093.

Der Schuldner ist

2) durch dieses Pfändungsrecht nicht gehindert, über sein Vermögen zu disponiren — es zu veräußern und bei der Veräußerung einzelner Vermögenstheile giebt das Pfändungsrecht der Gläubiger nicht auch die Befugniß, dem neuen Besitzer wegen der Schulden des vorigen die erworbene Sache hinwegnehmen zu lassen.

Nur wenn das gesammte Vermögen oder ein ideeller Theil desselben auf andere Personen übertragen wird, muß man, und zwar namentlich auch wegen des Art. 2093 behaupten, daß der Erweber von den Creditoren auf Bezahlung belangt werden kann. Vorträge S. 132. Zwar giebt der Art. 1167 den Creditoren das Recht, nachtheilige und fraudulöse Veräußerungen anzufechten; doch ist dieses Schutzmittel nicht wirksam genug für die Gewißheit der Befriedigung und es haben deßhalb die Gesetze den einzelnen Gläubigern erfolgreichere Mittel an die Hand gegeben, nemlich die Möglichkeit der Erlangung von Pfand- und Vorzugsrechten. Kraft derselben erwerben einzelne Creditoren

1) das Recht, vor anderen Creditoren aus dem ganzen Vermögen, oder doch aus einzelnen Theilen desselben ihre Befriedigung zu begehren (**droit de préférence**). Sie erlangen dadurch

2) in Ansehung liegender Güter das weitere Recht, auch gegen jeden Erwerber dessetben die Zahlung oder die Wiederabtretung des Gutes zu verlangen (**droit de suite**). Diese Vorrechte nennt Brauer das bürgerliche Pfandrecht.

Damit jedoch diese Rechte, welche die Sicherheit des Verkehrs und damit diesen selbst befördern sollen, auf der anderen Seite nicht den entgegengesetzten Erfolg hervorbringen, indem dritte Personen durch die Unkenntniß bestehender Vorrechte getäuscht werden können, ist

a) in Ansehung von Mobilien ein **droit de suite** um so weniger zugelassen worden, als diese ohnedies nicht vindizirt werden können Art. 2279. Hier kann der Gläubiger sich nur durch eigene Besitznahme des Pfandes, oder durch Hinterlegung desselben (Faustpfand) gegen Veräußerung und gegen den Zugriff anderer Creditoren schützen. Es ist

b) das System der Publizität und der Spezialität der Vorrechte auf Liegenschaften im Gesetzbuche angenommen — wenn auch nicht strenge, und ohne Ausnahmen durchgeführt worden. Kraft dieses Systems haben Vorrechte auf Liegenschaften in der Regel nur dann ein **droit de préférence** und ein **droit de suite**, wenn und soweit sie in bestimmte öffentliche Bücher eingetragen sind, und dadurch zur Kenntniß der Interessenten gelangen können. Die Formalität des Eintrages ist übrigens nicht für die rechtliche Entstehung, sondern nur für die Realisirung der Wirksamkeit eines erworbenen Pfandrechts gegen dritte Personen nothwendig. Kraft der Spezialität muß die Summe, wofür Güter verpfändet werden, so wie bei vertragsmäßigen Unterpfändern das Object, welches verpfändet werden soll, genau angegeben sein.

Obwohl sich das Pfandrecht des C. c. in sehr vielen Beziehungen wesentlich von dem des gemeinen Rechts unterscheidet, und zwar namentlich durch das eben erwähnte System der Oeffentlichkeit und Spezialität, so sind doch viele Grundsätze, die aus dem inneren Wesen des Pfandrechts z. B. aus seiner accessorischen und untheilbaren Natur fließen, die nemlichen geblieben, so, daß in dieser Beziehung Manches und insbesondere die allgemeinsten Regeln als bekannt oder doch als leicht verständlich durch Vergleichung des gemeinen Rechts vorausgesetzt werden können.

Der Titel 17 handelt zunächst von denjenigen besonderen Rechten auf Befriedigung, die durch Aushändigung eines Vermögenstheils an den Gläubiger oder an einen Dritten zu diesem Zweck erworben werden (Einsatzpfandvertrag, **nantissement**). Der 18. Titel handelt von dem eigentlichen Pfandrecht, von den Vorzugsrechten und Unterpfändern.

An den Bestimmungen des franz. Rechts ist durch das badische Manches — wohl nicht selten aus Mißverständniß — geändert und verwirrt gemacht worden, wie sich in der Folge ergeben wird. Ferner ist es auch in dieser Lehre gar häufig sehr fühlbar, daß das Zivilrecht mit dem Prozeßrecht im innigsten Zusammenhange steht, und daß daher viele Bestimmungen lückenhaft und unanwendbar bleiben mußten, weil es an den entsprechenden Verfügungen in unserem Prozesse fehlt, oder die im C. c. enthaltenen Sätze nicht zu unserem Verfahren passen.

Ueber das badische Pfandrecht sind hauptsächlich zu vergleichen Bekk diegliche Rechte, Karlsruhe 1831, Stempf das Gantrecht, Frei-

burg 1844. Doch kann man die in diesen Schriften entwickelten Ansichten nicht überall billigen.

XVII. Titel.

§ 2. Von dem Einsatzpfandvertrag (nantissement).

Das Wesen dieses Vertrags besteht darin, daß der Schuldner, oder auch ein Dritter für den Schuldner, dem Gläubiger resp. einem Dritten den Besitz einer Sache zur Sicherheit für seine Forderung einräumt Art. 2071. 2077. Je nachdem die Sache eine bewegliche oder unbewegliche ist, fällt der Vertrag im ersteren Falle unter den Begriff eines Faustpfandes (gage) und im zweiten Falle unter den eines Nutzpfandes (antichrese). Beide Verträge sind Realverträge, indem sie nur durch die traditio wirksam werden, und sie gewähren kein dingliches Recht gegen dritte Besitzer (droit de suite).

§ 3. I. Von dem Faustpfand.

I. Erfordernisse:

A. in materieller Beziehung:

1) eine bewegliche Sache, sei es nun eine körperliche oder unkörperliche (Schuldforderung) 2072. 2075. Da bei körperlichen Sachen der Besitz als Eigenthum gilt, und der wahre Eigenthümer keine Klage gegen denjenigen Dritten hat, dem die Sache von seinem Mitcontrahenten überliefert wurde, so folgt hieraus nothwendig, daß auch die Verpfändung einer fremden beweglichen Sache, so bald sie zu diesem Zwecke übergeben ist, gegen den wahren Eigenthümer eben so wirksam sein muß, als es eine Veräußerung gewesen wäre. Der Zusatz 2077 a., welcher diese Folgerung aus Art. 2279 mißkennend, etwas anderes festsetzen wollte, Brauer IV. S. 91., sanctionirt seinen Worten nach diesen Grundsatz.

2) Uebergabe der Sache an den Gläubiger oder einen Dritten, sofern nicht der eine oder der andere die Sache ohnedies schon besitzt, in welchem Falle nur der Besitztitel verändert wird, wie bei einem constitutum possessorium. 2075. Bei Schuldforderungen ist die Uebergabe der Schuldurkunde und die Signifikation an den Schuldner nöthig, Letzteres jedoch nicht.

bei Urkunden, die auf jeden Inhaber lauten. Bei diesen genügt die Uebergabe der Urkunde. Regbl. 1837. Nro. 19. S. 129.

B. Formelle Erfordernisse zur Wahrung des Vorrechts gegen dritte Personen (nicht zur Gültigkeit der Pfandbestellung zwischen Gläubiger und Schuldner). Sofern der verpfändete Gegenstand 75 fl. werth ist (nach dem Urtext: sofern er 75 fl. übersteigt) ist nöthig:

1) Errichtung einer öffentlichen Urkunde oder Eintrag der Privaturkunde in öffentliche Bücher Art. 2074 und Regbl. von 1826 **nro. X**, welche Urkunde
2) die schuldige Summe, und
3) die genaue Bezeichnung des Pfandobjekts enthalten muß. Für den Beweis der Pfandbestellung zwischen Gläubiger und Schuldner gelten die allgemeinen Grundsätze insbesondere Art. 1341.

II. Wirkungen des Vertrages.

A. Rechte des Pfandgläubigers.

1) Recht auf gerichtlichen Verkauf im Fall der Nichtzahlung der Forderung, wofür das Pfand bestellt wurde — Verbot aller ändernden Gedinge, insbesondere der **lex commissoria**. 2078.
2) Recht auf vorzügliche Befriedigung vor anderen Kreditoren Art. 2102. Abs. 2.
3) Retentionsrecht wegen anderweiter Forderungen. Der Urtext giebt dieses blos in Ansehung solcher Forderungen, welche
   a) nach der Pfandbestellung entstanden, und
   b) vor der Bezahlung der eigentlichen Pfandschuld fällig geworden sind, während das Landrecht (2083) wie die **l. un. C. etiam ob chirogr. pec.** 8. 27. in den Worten: „**at si in possessione fueris constitutus: nisi ea quoque pecunia tibi a debitore reddatur vel offeratur quæ sine pignore debetur, eam restituere propter exceptionem doli mali non cogeris**“ die Bedingung a. nicht kennt.
4) Recht auf Vergütung der **impensæ necessariæ et utiles** 2080, und des durch fehlerhafte Beschaffenheit erlittenen Schadens. 1721. Abs. 2.

B. Pflichten des Pfandgläubigers sind:

1) Bewahrung der Sache als guter Hausvater 2080. Wegen Mißbrauch vergl. Art. 2082.
2) Abrechnung der Erträgnisse an der Forderung, Art. 2081.

3) Herausgabe der Sache nach Erlöschung der Schuld.

C. Rechte und Pflichten des Schuldners Art. 2079. 2071 a.

Anmerkungen.

1) Wenn das Pfandobject dem Pfandgläubiger wider seinen Willen aus dem Besitze kömmt, so hat er gegen den Pfandschuldner die Vertragsklage, gegen dritte Personen aber **utiliter** (Art. 1166) die **rei vindicatio.** 2279.

2) Das obenerwähnte Retentionsrecht unterscheidet sich, wie das Retentionrecht überhaupt, sehr wesentlich von dem Faustpfandsrechte selbst und zwar insbesondere dadurch, daß es kein Vorzugsrecht vor anderen Gläubigern gewährt.

3) Ueber die Untheilbarkeit vergleiche Art. 2083 und unten.

§ 4. II. Nutzpfandvertrag.

Dieser Vertrag besteht darin, daß man eine unbewegliche Sache wegen einer eigenen Schuld oder wegen der Schuld eines Dritten dem Gläubiger zum Genusse überläßt, damit er den Ertrag zunächst an den Zinsen und sodann an dem Kapital selbst in Abrechnung bringe. Dieser Vertrag kann gegen dritte Personen immer nur durch Urkunden bewiesen werden. Vorträge S. 209. Art. 2085.

Es kann mit einem Unterpfandsrecht auf die Sache selbst verbunden werden (Art. 2091 a.) und man kann statt der wechselseitigen Abrechnung bedingen, daß der Ertrag mit den Zinsen der Schuld konpensirt sein soll, Art. 2089, jedoch muß dieses Geding wenigstens in so weit als unerlaubt betrachtet werden, als es die Bestimmungen über den erlaubten Zinsfuß übersteigt Art. 1907 a. ff.

Dieses Nutzungsrecht ist ein persönliches Recht und wirkt nach Brauer **IV.** S. 711 nicht gegen die Gläubiger, welche früher oder später ein Vorzugs- oder Unterpfandsrecht auf die Liegenschaft erlangt haben d. h. der Nutzpfandgläubiger soll nicht verlangen dürfen, daß diese Gläubiger sich nur an das Grundeigenthum halten, und ihm den Genuß überlassen, bis er bezahlt ist.

Zachariä **II.** S. 549 behauptet übrigens, daß der Nutzpfandgläubiger sein Recht, wie der Miethsmann, gegen einen spätern Erwerber der Liegenschaft behaupten könne. Wenn dieses richtig ist, so ist nicht wohl einzusehen, warum ihm Zachariä dieses Recht gegen einen späteren Unterpfandsgläubiger absprechen will und mit besserem Rechte behauptet **Boileux commentaire ad** Art. 2091, daß ein gehörig beurkundetes Nutzpfand den späteren Unterpfands-

gläubiger in so weit vorgehe, als diese nur durch Veräußerung des Grundeigenthums sich befriedigen dürfen. Vergleiche im Uebrigen die Art. 2085—2091.

XVIII. Titel.

Von den Vorzugs- und Unterpfandsrechten.

§ 5. Begriff und Unterschied.

Den gemeinen oder Handschriftsgläubigern stehen bei dem Zugriff auf das Vermögen des Schuldners die Vorzugs- (privilegirten) und die Unterpfands- (Hypothekar) Gläubiger gegenüber. Das Wesen des Vorzugsrechtes besteht darin, daß

1) das Gesetz selbst einer bestimmten Forderung und zwar

2) wegen ihres Entstehungsgrundes ein Vorrecht auf Befriedigung verleiht. Art. 2093. Nur auf das durch den Faustpfandvertrag entstehende Vorzugsrecht ist diese Definition nicht passend.

Das Unterpfandsrecht ist ein auf einer unbeweglichen Sache (2118) haftendes dingliches oder — besser gesagt — sachartiges Recht, kraft dessen die unbewegliche Sache dem Gläubiger gleichsam als dessen Schuldner zur Zahlung verpflichtet ist. Art. 2114 vergl. mit Vangerow Pandekten **I.** S. 734.

Die Unterschiede zwischen einem Vorzugs- und Unterpfandsrechte sind folgende:

1) Das Vorzugsrecht entsteht, das Faustpfand ausgenommen, nur durch das Gesetz, niemals durch Vertrag, während das Unterpfandsrecht durch Gesetz, richterliches Urtheil (d. h. als gesetzliche Wirkung eines Urtheils) und durch Vertrag entstehen kann.

2) Das Unterpfandsrecht hat nur Liegenschaften, bald einzelne, bald alle Liegenschaften des Schuldners zum Gegenstand und gewährt stets ein **droit de suite**, sofern es gewahrt ist. Das Vorzugsrecht dagegen hat bald das ganze bewegliche und unbewegliche Vermögen zugleich, bald

a) nur einzelne Fahrnisse, oder

b) nur einzelne Liegenschaften zum Gegenstand, aber nicht alle Liegenschaften oder alle Fahrnisse, vergl. jedoch Art. 2098 a. Abs. **II.**

Es hat, soweit es Fahrnisse berührt, kein **droit de suite** d. h. keine sachartige Natur, sondern gewährt nur ein **droit de préférence.**

3) Die Vorzugsrechte bedürfen, soweit sie

a) auf das gesammte Vermögen, oder

b) auf Fahrnisse gegeben sind, keines Eintrags, um den Vorrang vor anderen Kreditoren zu genießen. Dagegen ist bei Vorzugsrechten auf Liegenschaften und ebenso bei Unterpfandsrechten der Eintrag wenigstens als Regel vorgeschrieben, um diesen Rechten den Vorrang vor den Handschriftsgläubigern, und ihnen eine sachartige Natur, **droit de suite**, zu verleihen.

Ist der Eintrag unterlassen, oder nicht gehörig geschehen, so fällt nach dem franz. Recht beides weg, und der Kreditor steht ungeachtet des ihm zukommenden aber nicht gewahrten Pfandrechts den Handschriftsgläubigern gleich.

In Baden ist aber für solche Gläubiger, deren Pfandrechte nicht gewahrt sind, unglücklicher Weise eine besondere Rangordnung (**IV.** Klasse) im Ganturtheil geschaffen worden, Art. 2218 **a.**, in welcher sie den Chirographargläubigern dennoch vorgehen.

4) Bei einer Collision mehrerer Vorzugsrechte auf denselben Gegenstand entscheidet über den Vorrang die Eigenschaft der Forderung, nicht die Zeit der Entstehung oder des Eintrages — **privilegia non æstimantur ex tempore, sed ex causa.** Bei Unterpfandsrechten aber kommt es, soweit sie eines Eintrages bedürfen und nicht ausnahmsweise auch ohne Eintrag wirken, 2135, auf den Tag des Eintrags im Pfandbuche an, **qui potior tempore, potior jure.** 2134.

5) Bei einer Collision zwischen Vorzugsrechten auf der einen und zwischen Unterpfandsrechten auf der anderen Seite ist es

a) sowohl nach bad. als nach franz. Rechte ausser Zweifel, daß die Vorzugsrechte, welche das gesammte Vermögen umfassen, 2104, den Unterpfandsrechten ohne Rücksicht auf Alter und Eintrag vorgehen. Das gleiche gilt

b) nach franz. Recht zwischen Vorzugs- und Unterpfandsrechten, welche auf dieselbe Liegenschaft gehen, 2095. Das Vorzugsrecht geht auch hier dem, wenn gleich früher eingetragenen Unterpfand vor. Es liegt darin nicht nur keine Unbilligkeit, sondern gerade das Gegentheil. Wenn z. B. **A.** das Geld hergeliehen hat, um eine Liegenschaft zu verbessern, welche dem **B.** verpfändet ist, so ist es gewiß nicht unbillig, daß der

Mehrwerth, den jene Liegenschaft erhalten hat, zunächst zur Zahlung des **A.** verwendet werde **nam æquum est neminem damno alterius locupletiorem fieri.** Der **B.** würde sonst offenbar auf Kosten des **A.** eine bessere Befriedigung erlangen, als er ohne die Verwendung durch das Geld des **A.** erhalten hätte. Der Art. 2106 steht nicht entgegen. Er will nur sagen, daß zur Wirksamkeit des Vorzugsrechts überhaupt der Eintrag nöthig sei, nicht aber, daß der Tag des Eintrags über das Verhältniß dieser Wirksamkeit gegenüber von anderen Vorrechten entscheide.

Boileux commentaire ad Art. 2106.

In Baden hat nun aber Brauer nach seinen Erläuterungen **IV.** S. 120 den Art. 2095 dahin aufgefaßt: ein Vorzugsrecht sei jene Eigenschaft einer Forderung, wodurch das Gesetz bewogen ward, ein natürliches Pfandrecht in ein bürgerliches nicht nur umzuwandeln, sondern es auch anderen älteren, mit bürgerlichem Pfandrecht versehenen, wenn nur nicht früher zum Pfandbuch eingetragenen, Pfandgläubigern, in gewissen Vermögensstücken vorzusetzen. Der in den unterstrichenen Worten ausgesprochene Beisatz enthält einen Irrthum und eine dem franz. Recht fremde Beschränkung; allein eben dieser Irrthum ist in den ohnedies sehr verunglückten Art. 2218 a. insbesondere in den Absatz 3 desselben übergegangen, so, daß nicht, wie Brauer glaubte, Uebereinstimmung mit den früheren Verfügungen, sondern ein Widerspruch mit denselben durch jenen Absatz 3 hervorgerufen wurde.

Die Praxis richtet sich nun nach Art. 2218 a. Absatz 3 ohne sich viel Mühe zu geben, den Widerspruch zu beseitigen. Um denselben möglichst unschädlich zu machen und mit der Billigkeit zu vereinigen muß man von folgendem Grundsatze ausgehen.

So oft das Vormögen des Schuldners dadurch vermehrt wird, daß er eine neue Liegenschaft erwirbt, oder eine bereits erworbene einen größeren Werth erlangt, so haben nach Art. 2104 diejenigen Personen, auf deren Kosten die Erwerbung ꝛc. geschah, ein Vorzugsrecht auf das vom Schuldner Erworbene und beziehungsweise auf den Mehrwerth der Liegenschaft. Dieses Vorzugsrecht geht **eo ipso** mit der Vermehrung des schuldnerischen Vermögens in dieses über und eben deßhalb ist es juristisch unmöglich, daß ältere Unterpfandsrechte das neu Hinzugekommene früher umfassen können, als es

von dem Vorzugsrecht umfaßt wird, denn dieses trifft mit dem Momente der Erwerbung zusammen. Sollte auch der Eintrag des Vorzugsrechtes nicht mit der Erwerbung zusammenfallen, so kommt es doch nur darauf an, ob der Eintrag in den gesetzlich vorgeschriebenen Fristen geschah Art 2106 ff. Wird diese Frist beobachtet, so hat der Eintrag für die Bewahrung rückwirkende Kraft. Wird dagegen die Frist versäumt, so kann zwar noch immer ein Eintrag geschehen, allein dieser Eintrag hat nun nach Art. 2113 keine rückwirkende Kraft mehr, sondern es gilt das Vorzugsrecht nur noch als ein Unterpfandsrecht d. h. es wirkt nur von dem Tage des Eintrages.

Gewöhnlich wird nun aber in der Praxis dem Eintrag die rückwirkende Kraft in allen Fällen abgesprochen, und dem Vorzugsrecht nur dann den Vorrang von den ältern Pfandrechten gestattet, wenn der Eintrag mit der Erwerbung zusammenfällt.

Vergl. Bekk dingliche Rechte § 76.

Da jedoch der eine Artikel des Landrechts die gleiche Gesetzeskraft hat, wie der andere, so muß man den Widerspruch nach den allgemeinen Grundsätzen der Interpretation möglichst zu heben suchen.

§ 6. I. Von den Vorzugsrechten insbesondere. (2tes Kapitel.)

Von den Vorzugsrechten handelt das 2te Kapitel und bestimmt:

1) welchen Forderungen und worauf ihnen ein Vorzugsrecht gebühre Art. 2098 a. — 2106.

2) was geschehen müsse, um den **ipso jure** gegebenen Vorzugsrechten, so weit sie auf Liegenschaften gehen, das **droit de préférence** und **droit de suite** zu bewahren, denn soweit sie Fahrnisse berühren ist der Eintrag unnöthig 2107.

Was nun die erstere Frage betrifft, so kann die Erörterung derselben am schicklichsten mit der Darstellung der Rangordnung der Vorzugsrechte verbunden und einstweilen auf die Art. selbst verwiesen werden.

Anlangend die Bewahrung, so gelten darüber theils solche Regeln, welche den Vorzugsrechten mit den Unterpfandsrechten gemeinsam sind, theils haben erstere besondere Vorschriften. Es ist daher zweckmäßiger die Grundsätze über die Bewahrung der Vorzugsrechte mit denen über die Bewahrung der Unterpfandsrechte zusammenzustellen.

§ 7. II. Von den Unterpfandsrechten.
(3tes Kapitel.)

A. Begriff, rechtliche Natur, Entstehungsgründe und Gegenstand.

I. Das innere Wesen eines Unterpfandsrechts (2114) sowie seine Wirkungen sind im Allgemeinen dieselben geblieben, wie nach gemeinem Rechte.

Es ist darüber folgendes zu bemerken:

1) Das Pfandrecht ist ein sachartiges accessorisches Recht einer Forderung, welche nach den früher entwickelten Grundsätzen zu dem beweglichen Vermögen gehört. Obgleich nun das accessorische Pfandrecht sachartiger Natur ist, kann es dennoch niemals die Wirkung haben, daß eine Forderung deßhalb, weil sie mit Pfandrecht versehen ist, zu dem unbeweglichen Vermögen gehört. Wohl aber gehört eine mit Vorzugsrecht versehene Forderung **resp.** Schuld in der Regel zu dem unbeweglichen Vermögen, aber nicht deßhalb, weil sie mit Vorzugsrecht versehen ist, sondern wegen ihres Entstehungsgrundes, der zugleich auch ein Vorzugsrecht bewirkt. Vergl. das Gütergem.-Recht.

2) Nach gemeinem Rechte streitet man bekanntlich über die beiden Fragen:

a) welche Wirkung ein für eine natürliche Verbindlichkeit bestelltes Unterpfand habe,

b) ob und in wie weit man auch für künftige Forderungen ein Unterpfand bestellen könne?

Vergl. Vangerow Pandecten **1.** S. 737 u. 762.

ad a. Mit Recht wird diese Frage von
Boileux ad. Art. 2114.
bejaht; denn durch das ausdrückliche Versprechen einer **naturalis obligatio,** welches in der Verpfändung einer Sache für dieselbe liegt, wird sie in eine civilrechtliche Forderung umgewandelt.

ad b. Unbezweifelt ist, daß man auch für bedingte und betagte Forderungen ein Pfand bestellen kann, welches von dem Tage des Eintrags wirkt. Im übrigen aber kommt es, wie nach röm. Recht, darauf an, ob ein **pactum de contrahendo** vorliegt, oder das Existentwerden der künftigen Obligatio rein von der Willkühr des Schuldners abhängt. Vergl. Vangerow l. c. Mit Recht nehmen daher die franz. Ge-

richtshöfe trotz der Zweifel Mancher an,

Duranton X. p. 349.

daß derjenige, welcher einem Anderen einen Kredit eröffnet, wie es bei Handelsleuten häufig vorkömmt, für seine künftigen Forderungen vom Tag des Eintrags ein Pfandrecht erwerben könne, denn es liegt hierin ein **pactum de contrahendo.**

3) Die Untheilbarkeit des Pfandrechts bewirkt:

a) daß das Pfandrecht trotz der theilweisen Erlöschung der Schuld bis zu ihrer gänzlichen Auflösung in seinem ursprünglichen Umfange bestehen bleibt,

b) daß jeder einzelne Theil des Pfandobjects für die ganze Schuld haftet und daher eine Vertheilung desselben unter mehrere Besitzer nichts destoweniger ein **actio hypothecaria** gegen jeden Besitzer eines einzelnen Theils auf Bezahlung der ganzen Forderung zuläßt.

II. Aus dem Zweck des Unterpfandes folgt, daß sein Gegenstand

1) eine unbewegliche,

2) der Veräußerung und zwar

3) einer selbständigen Veräußerung unterworfene Sache sein must.

Aus diesem Grunde kann nur eine von Natur aus unbewegliche selbständige Sache und ein cessibles dingliches Recht wie die Nutznießung und Erbdienstbarkeiten, soweit sie noch bestehen, verpfändet werden, nicht aber Grunddienstbarkeiten und unveräußerliche Personalservituten oder solche Gegenstände, die nur durch ihre Bestimmung unbeweglich sind; insbesondere auch nicht eine Klage auf Erlangung einer unbeweglichen Sache, die sich noch im juristischen Besitze eines Anderen befindet. Art. 2129. Abs. 2.

Ueber die Ausdehnung des Pfandrechts auf die Pertinenzien der Sache vergl. 2114 a. 2133. und das gemeine Recht.

III. Entstehungsarten siehe Art. 2116. 2117.

§ 8. B. Von den einzelnen Arten der Unterpfänder.

1) gesetzliche (2121).

Ein gesetzliches Unterpfand ist dasjenige, welches zu Gunsten bestimmter Personen und bestimmter Forderungen unmittelbar aus dem Gesetze entspringt, und daher zu seinem Dasein keiner weiteren Handlungen der Menschen bedarf, wenn auch zu seiner Bewahrung.

Es erstreckt sich auf alle gegenwärtigen und zukünftigen Liegenschaften des Schuldners.

Ein solches Unterpfandsrecht haben und zwar

I. ein stillschweigendes d. h. ein solches, welches selbst ohne Eintrag ebenso wirksam ist, wie ein eingetragenes:

A. die Ehefrau an den Liegenschaften des Ehemannes,

1) von dem Tag der geschlossenen Ehe an für die Rückforderung aller Gelder oder sonstiger fahrender Habe, welche sie unter der Bedingung der Wiedererstattung in die Ehe eingebracht sowie für Alles, was ihr der Mann im Ehevertrag an Vermögensrechten versprochen hat. Ebenso für die Entschädigungsforderungen, die ihr wegen nachläßiger Verwaltung ihres Eigenthums zustehen.

2) von einem relativen Datum:

a) wegen Ersatzes derjenigen Summen, die ihr während der Ehe durch Erbschaft oder Schenkungen angefallen und der Wiedererstattung unterworfen sind, vom Tag des Anfalls der Erbschaften und Schenkungen,

b) wegen den Schulden, die sie als Interzedentin für den Mann kontrahirt hat (vergl. das Güterrecht der Ehegatten) von dem Tag der Entstehung der Schuld,

c) wegen des Verkaufes ihrer Liegenschaften von dem Tage der Veräußerung.

Ist kein Heirathsvertrag gemacht worden und daher die gesetzliche Gütergemeinschaft eingetreten, so gebührt ihr dieses Unterpfandsrecht für alle Ersatzforderungen, die ihr bei der gesetzlichen Gütergemeinschaft zukommen.

Das Unterpfandsrecht umfaßt zwar alle Liegenschaften des Mannes und die Ehefrau kann im Heirathsvertrag nicht darauf verzichten, allein es kann beschränkt werden Art. 2140 ff. 2161.

B. Die Minderjährigen und Entmündigten an den Liegenschaften ihres Vormundes von dem Tag der übernommenen Vormundschaft an für alle Forderungen, die aus der Vormundschaft entspringen, selbst für dasjenige, was der Vormund dem Mündel schon vor der Vormundschaft schuldete, **nam debuit a se exigere.** Es macht keinen Unterschied in Ansehung des Datums, wenn und soweit dem Mündel das Vermögen erst später angefallen ist. In Ansehung der elterlichen Vormundschaft ist wohl zu unterscheiden, ob die Eltern das Vermögen der

Kinder wirklich als Vormünder oder allein als Nutznießer besitzen. Das letztere ist der Fall, so lange die Ehe dauert, und erst mit Auflösung der Ehe nimmt der Ueberlebende die Eigenschaft eines Vormundes an, weßhalb auch erst von da an das Unterpfandsrecht beginnt, Art. 390, gleichviel übrigens, ob sie daneben ein Nutznießungsrecht haben, oder nicht. Vergl. auch Art. 2140 ff. 2161.

II. Ein gesetzliches nur durch Eintrag und von diesem an wirksames Unterpfandsrecht haben

1) die juristischen Personen
2) die Standes- und Grundherrn an den Gütern ihrer Verrechner.

§ 9. 2) Richterliches Unterpfand Art. 2123.

Dieses Unterpfand ist nicht etwa ein solches, welches der Richter einer Parthei zuspricht, oder eine **pignoris capio** wie das **pignus judiciale** nach römischem Recht, sondern es ist eine gesetzliche Wirkung, welche das franz. Recht

1) jedem richterlichen Urtheile beilegt, welches den Beklagten zu einer Leistung verfällt, sei das Urtheil in **contumaciam** oder auf rechtliche Verhandlungen ergangen, sei es ein wirkliches Urtheil, oder nur eine provisorische Verfügung, sei es endlich bereits in Rechtskraft erwachsen oder nicht. Doch muß im letzteren Falle das Pfandrecht natürlich als nichtkonstituirt betrachtet werden, sobald eine zweite Sentenz ergangen ist, welche die frühere aufhebt und die Rechtskraft erlangt hat, denn so lange die aufhebende oder abändernde Sentenz nicht rechtskräftig geworden ist, muß das provisorisch erworbene Unterpfand fortbestehen.

In dieser Beziehung ist an dem franz. Recht in Baden nichts geändert. Das franz. Recht legt

2) jene Wirkung auch der freiwilligen Anerkenung und der richterlichen Erklärung der Aechtheit einer Privaturkunde bei. Nach dem **Code de proced.** Art. 195 kann nemlich derjenige, welcher eine Privaturkunde hat, bei dem Richter darauf antragen, daß der Schuldner vorgeladen werde, um die Aechtheit anzuerkennen oder abzuläugnen, wenn auch noch keine Klage auf das Recht selbst erhoben ist, zu dessen Beweis die Urkunde dient. Im Widerspruchsfalle wird die Aechtheit untersucht und ein Erkenntniß darüber gefällt. Dieses Verfahren ist nach dem deutschen

Prozeßrecht nicht in Uebung, sondern es erfolgt die Anerkennung, Abläugnung und Untersuchung nur **incidenter** bei der Klage über das Recht selbst, welches durch die Urkunde bewiesen werden soll. Dadurch wurde Brauer veranlaßt, den eingeklammerten Zusatz zu machen, welcher im Wesentlichen darin besteht, daß eine **confessio in jure** bei einer Klage auf das Recht selbst die Wirkung haben soll, daß der Gläubiger ein richterliches Pfandrecht erwirbt.

Es ist dabei alles in der Ordnung, und namentlich der nach einem Gesetz von 1807 auch in Frankreich geltende Satz, daß die Schuld verfallen sein muß. Aber die Frage erregt einigen Zweifel, ob es denn nothwendig sei, daß der Kläger mit seiner Klage eine Privaturkunde vorgelegt haben müsse, oder ob es auch ohne Antizipation des Beweises durch eine Urkunde an der **confessio in jure** genüge?

In der Regel folgt auf die **confessio in jure** noch ein richterliches Urtheil **resp.** ein Zahlungsbefehl, § 373 der Proc.-O. und dann giebt dieses Erkenntniß das Pfandrecht. Indessen wird man nach dem Satze **confessus in jure pro judicato habetur,** auch der bloßen **confessio** diese Wirkung beilegen müssen. In Frankreich wird diese Wirkung nicht nur denjenigen Urtheilen zugeschrieben, die vom Civilrichter ausgehen, sondern einem jeden Urtheil das von einer mit Gerichtsbarkeit für den konkreten Fall versehenen Behörde ausgeht, z. B. von einer Verwaltungsbehörde in administrativ kontentiösen Rechtssachen. **Boileux II. ad** Art. 2123. Duranton p. 391.

Bei uns aber wurde schon die Ansicht aufgestellt, daß der Art. 2123 nur auf solche Urtheile anwendbar sei, welche vom Civilrichter erlassen werden. Annalen **IV.** 128.

Allein es ist auch bei uns kein genügender Grund vorhanden, einem Anspruche deßhalb, weil er nicht streng civilrechtlich ist, das Unterpfandsrecht zu versagen.

Ueber schiedsrichterliche und ausländische Urtheile vergl. noch § 951 ff. u. § 206 der Proc.-Ord.

Das richterliche Unterpfand erstreckt sich auf gegenwärtige und zukünftige Liegenschaften, aber es bewirkt nur, sofern es eingetragen ist, und von dieser Zeit an eine Location in dritter Ordnung.

§ 10. 3) Vertragsmäßiges Unterpfand.

I. Materielle Erfordernisse

1) in Ansehung der Forderung, wofür es bestellt wird, vergl. Art. 2132 und oben.
2) in Ansehung des Gegenstandes. Das bedungene Unterpfand kann nur
a) auf gegenwärtige (vergl. jedoch Art. 2130)
b) speziell zu bestimmende
Liegenschaften des Verpfänders konstituirt werden (2129)
3) in Ansehung der Person des Verpfänders und seiner Rechte an dem Pfandobject.
a) Fähigkeit und Recht zur Veräußerung. Die Veräußerung eines fremden Grundstücks wird durch die spätere Erwerbung nicht gültig wegen Art. 2129, obwohl dieses zuweilen behauptet wird z. B. von Stempf Gantrecht S. 150, welcher die **Ratihabito** einer von einem Unfähigen gemachten Verschreibung mit der von einem Nichteigenthümer ausgegangenen zu verwechseln scheint. Die Verpfändung eines Unfähigen kann allerdings später ratihabirt werden, aber nicht zum Nachtheil inzwischen erworbener Rechte. Vorträge S. 197.
b) unwiderrufliches Eigenthumsrecht. Der Art. 2125 erklärt sich von selbst aus der Rechtsregel: **nemo plus juris in alium transferre potest, quam ipse habet.**

II. Formelle Erfordernisse. Das Verfahren bei einer Unterpfandsverschreibung ist in Baden zum Theil abweichend von dem Verfahren, wie es im **C. c.** vorgeschrieben ist, vergl. unten.

Für beide Rechte gilt übrigens der Grundsatz des Art. 2127, daß zur Gültigkeit eine öffentliche Urkunde nothwendig ist, welche die Forderung und die verpfändeten Liegenschaften genau bezeichnen muß. Sie wird in Baden von dem Amtsrevisorate ausgefertiget § 26 des **II. E. E.**

§ 11. Von der Eintragung im Allgemeinen.

Wie die Bewilligung eines Pfandrechts mit dem Eigenthumsrecht an dem Pfandobject in der genauesten Verbindung steht, so auch die Eintragung der Vorrechte (Inskription) mit der Eintragung des Eigenthums selbst (Transcription). Während in Frankreich die Transcription nur bei einigen Erwerbarten vorgeschrieben ist, bildet sie in Baden ein allgemeines Erforderniß für jeden Erwerb liegender Güter, wenn der Erwerber nicht blos dem Autor gegenüber, sondern auch gegen Aussen d. h. gegen jeden dritten als Eigenthümer

und folgeweise als zur Verpfändung berechtiget gelten will, Vorträge § 30.

Für die Transkription sind die Grundbücher bestimmt, welche von den Ortsgerichten — jetzt dem Gemeinderath — einer jeden Gemeinde über die Besitzveränderungen derjenigen liegenden Güter geführt werden, die einen Theil der Ortsgemarkung bilden. Gehört ein Güterdistrict zu keiner bestimmten Ortsgemarkung, so wird das Grundbuch in Bezug auf diesen District von dem Amtsrevisorat desjenigen Bezirkes geführt, in welchem der District gelegen ist. Diese durch die Lage der Güter bedingte Competenz (**Forum rei sitae**) ist eine ausschließliche. Der Eintrag von einer hiernach nicht competenten Behörde ist nichtig. Die gehörige Beschaffenheit der Grundbücher erfordert

1) eine genaue Beschreibung der Ortsgemarkung und der dazu gehörigen Güter;
2) den Eintrag aller Eigenthumsveränderungen durch Einschreibung der Rechtsgeschäfte, auf welchen sie beruhen (Contractenprotokoll).

Sehr häufig findet man aber bei den Gemeinden nur den letzteren Theil, während es an dem ersteren fehlt.

Die diese Bücher führenden Behörden haben, so oft eine Transkription von einem Erwerber begehrt wird, zu untersuchen, ob nach dem Inhalt eben jener Bücher der Autor selbst als Eigenthümer zu betrachten, d. h. als solcher eingetragen sei. Ist dieses nicht der Fall, so haben sie die Transkription zu verweigern. Im anderen Falle aber geschieht sie mit Beifügung der etwaigen Bedingungen und Beschränkungen, unter welchen der Autor Eigenthümer war. Durch diese Transkription bestätiget also die buchführende Behörde, daß der Erwerbung hinsichtlich der Autorschaft nichts im Wege stehe und diese Bestätigung nennt man die ortsgerichtliche Gewährung. Dadurch, daß das Rechtsgeschäft, wodurch die Eigenthumsveränderung entstanden ist, in seinem ganzen Umfange, mit allen einzelnen Bedingungen u. s. w. in das Grundbuch eingetragen wird, kann sich jeder Betheiligte oder wer immer ein Interesse hat, sich darnach zu erkundigen, ersehen, in welcher Weise, um welchen Preis u. s. w. der jetzige Besitzer Eigenthümer geworden ist. Soweit nun das Gesetz einer aus dem Erwerb entstandenen Forderung Vorzugsrecht giebt, ist schon durch den Eintrag in dieses Grundbuch das Vorzugsrecht zur Offenkundigkeit gebracht, weil jeder, der aus dem Grundbuch ersieht, daß und was der Erwerber wegen des Erwerbes

herauszuzahlen hat, zugleich wissen muß, daß diese Forderung mit einem Vorzugsrecht kraft Gesetzes versehen ist. Darum hat das Gesetz für derartige Fälle den Eintrag in das Grundbuch auch zur Wahrung der Vorrechte für genügend erklärt Art. 2108, 2109.

Andere Vorrechte aber müssen in das besonders zu führende Pfandbuch eingetragen werden.

In Frankreich führen diese Bücher die Hypothekenbewahrer, in Baden die Pfandgerichte, welche ebenfalls durch den Gemeinderath, resp. das Amtsrevisorat gebildet werden, wie bei den Grundbüchern.

Wenn der Eintrag auf bestimmte Liegenschaften Wirksamkeit haben soll, so muß der Schuldner, gegen welchen der Eintrag begehrt wird, im Grundbuch als Eigenthümer erscheinen.

Die gesetzlichen und richterlichen Vorrechte haben also nur auf diejenigen Güter eine Kraft, welche nach dem Grundbuch dem Schuldner gehören, und soweit sie sich auf künftige Güter des Schuldners erstrecken, umfassen sie diese erst von dem Momente an, wo die Transkription zu Gunsten des Schuldners erfolgt ist, wenn er gleich schon früher das Eigenthum erworben hat. Umgekehrt können die vom Autor bewilligten Pfandrechte sich auf alle Güter erstrecken, die als sein Eigenthum eingetragen sind, möchte er auch das Eigenthum daran veräußert haben, so lange diese Veräußerung nicht transkribirt wurde. Art. 1583 a.

Wenn ferner Jemand ein Unterpfand durch Vertrag konstituiren will, so muß er sich durch das Grundbuch als Eigenthümer ausweisen und das Pfandgericht, welches zugleich das Grundbuch führt, ist dem Gläubiger gegenüber verpflichtet, genau nachzuforschen, ob der Verpfänder und unter welchen Bedingungen er Eigenthümer sei, Art. 2127 a. Abs. 1., ferner: ob nicht schon andere Pfandlasten im Pfandbuche eingetragen seien, ibid. Abs. 2, um den Gläubiger resp. die Behörde, bei welcher der Pfandvertrag abgeschlossen wird, von dem Stand der Dinge in Kenntniß zu setzen. Ueberdies muß nach Abs. 3 der Werth der Pfandobjecte abgeschätzt, und dabei der niederste Werth angegeben werden, den dasselbe nach dem im letzten Jahre üblich gewesenen Preise hat, damit der Gläubiger auf keine Weise getäuscht werden kann.

Auch die Competenz zur Inskription ist ein ausschließliches **forum rei sitæ.**

Wer einen Eintrag begehrt und an dem Orte der Inscription nicht seinen Wohnsitz hat, muß daselbst einen Wohnsitz wählen d. h. einen Bevollmächtigten aufstellen, an den alle Verfügungen der öffentlichen Behörden zugestellt werden können, welche der Eintrag veranlassen möchte. 2156. 2152. 2183.

Was nun die Form der Inscription betrifft, so bestimmt das Gesetz

1) die Beschaffenheit der Pfandbücher überhaupt Art. 2201, Pfandbuchs-Instruction von 1822,
2) die Beschaffenheit der einzelnen Einträge.

Mit den letzteren haben wir uns hier vorzugsweise zu befassen, und zwar in nachfolgenden einzelnen Punkten:

§ 12. 1) welche Vorrechte müssen eingetragen werden und wohin?

Schon aus dem Obigen ergiebt sich, daß nur die Vorrechte auf Liegenschaften eines Eintrags bedürfen, nicht aber Vorrechte auf Mobilien oder auf das gesammte Vermögen; denn diese haben das **droit de préférence** ohne Eintrag. Soll jedoch den auf das gesammte Vermögen verliehenen Vorzugsrechten des **droit de suite** in Ansehung der Liegenschaften des Schuldners gesichert werden, so bedarf es hiezu allerdings eines Eintrags in das Pfandbuch.

Von der Nothwendigkeit eines Eintrags sind befreit

1) nach dem franz. Recht die Pfandrechte der Ehefrauen und der Minderjährigen, 2135, d. h. sie wirken auch ohne Eintrag gerade so, als ob sie eingetragen wären, aber es ist nichts destoweniger den Schuldnern zur Pflicht gemacht, die Eintragung zu veranlassen. Art. 2136 ff. § 27 des **II.** E. E. Sehr bestritten aber ist, welchen Einfluß das Aufhören des persönlichen Verhältnisses, welches diese Pfandrechte begründet, also die Auflösung der Ehe, die Volljährigkeit, oder die Aufhebung der Entmündigung auf die fernere Wirksamkeit jener Pfandrechte ohne Eintrag ausübe?

Daß die betreffenden Personen **resp.** ihre Erben durch die Auflösung des Verhältnisses das Pfandrecht selbst nicht verlieren, versteht sich von selbst, aber kann dieses Pfandrecht auch jetzt noch das **droit de préférence** und das **droit de suite** ohne Nachholung des Eintrages ansprechen, oder muß nunmehr ein

Eintrag erfolgen? Nach der richtigen Ansicht muß man folgendes behaupten:

a) das Pfandrecht erstreckt sich auf gegenwärtige und zukünftige Güter und ist also bei Auflösung jenes Verhältnisses auf alle diejenigen Güter erworben, welche der Schuldner zur Zeit der Auflösung besitzt. Auf später erwerbende Güter aber kann es nicht ausgedehnt werden.

b) Soweit es erworben ist, besteht es auch ohne Eintrag fort. Laukhard Rechtsfälle I. S. 296. A. M. ist Bekk dingl. Rechte § 58.

2) nach badischem Recht sind weiter vom Eintrag befreit die Vorzugsrechte für die Ablösungskapitalien der Erbdienstbarkeiten und Grundpflichtigkeiten. Regbl. 1825. Nro. 8. 1832. Nro. 1. S. 10. 1833. Nro. 49. S. 269.

An dem Eintrag des Erwerbtitels in das Grundbuch genügt es aus den oben angeführten Gründen:

1) beim Vorzugsrecht des Verkäufers Art. 2108.

2) beim Vorzugsrecht des Miterben wegen den Gleichstellungsgeldern Art. 2109.

§ 13. 2) Veranlassung, Form und Zeit der Inskription.

Eine Inskription darf niemals von Amtswegen geschehen und ebenso wenig darf, nachdem sie geschehen ist, von Amtswegen etwas daran verbessert werden, denn es handelt sich hier um reine Privatrechte und zwar nicht blos um das Interesse derjenigen, für welche der Pfandeintrag wirken soll, sondern auch um das Interesse der anderen Kreditoren, die durch den Eintrag in ihrem Rechte geschmälert werden können, also ein Interesse gegen den Eintrag haben. Es müssen

I. bei den Vorzugsrechten und richterlichen Unterpfändern der Gläubiger oder diejenigen, welche befugt sind, seine Rechte geltend zu machen, den Eintrag begehren. Vergl. jedoch Art. 2108. 2136 ff. Es müssen die Urkunden vorgelegt werden, welche die mit Vorrecht begabten Forderungstitel enthalten und das Pfandgericht hat dieselben wörtlich in das Pfandbuch einzutragen. Es sind ferner die weiteren Vorschriften der Art. 2148—2150 zu beobachten, wovon **unten sub. III.** Ueber die Erfordernisse des Eintrags der Vorzugs-

rechte der Baumeister u. s. w. sowie derjenigen, die zum Neubau Geld vorgeschossen haben, vergl. Art. 2110.

Für einzelne Vorzugsrechte ist eine bestimmte Zeit vorgeschrieben, wenn sie als Vorzugsrechte wirken sollen, nemlich

1) für den Eintrag der Gleichstellungsgelder 60 Tage, Artikel 2109, sofern dieses Vorzugsrecht nicht schon durch den Eintrag des Erwerbtitels in das Grundbuch gewahrt sein sollte, was stets der Fall sein muß, wenn der Erwerbtitel in gehöriger Ordnung eingetragen ist. Ist dieses nicht geschehen, so muß die Eintragung, welche nachgeholt wird, nicht in das Grundbuch, sondern in das Pfandbuch geschehen. Bekk l. c. S. 141.
2) Die Gläubiger und Vermächtnißnehmer, welche ihr Vorrecht auf Befriedigung aus den Liegenschaften der Erbschaft, gegenüber von den Gläubigern des Erben wahren wollen, müssen dieselben innerhalb 6 Monaten nach dem Anfalle des Erbes auf jede dazu gehörige Liegenschaft eintragen lassen. Art. 2111. 878.

Ein innerhalb dieser Fristen erfolgter Eintrag hat rückwirkende Kraft auf den Tag der Theilung resp. des Erbanfalls und die inzwischen erfolgten Einträge müssen ihnen nachstehen, denn der allgemein lautende Art. 2218 a. kann diese speziellen Bestimmungen in keinem Falle aufheben.

Nach Ablauf dieser Frist kann zwar der Eintrag noch erfolgen, aber ohne rückwirkende Kraft. 2113.

Der Art. 2111 ist in Verbindung mit Art. 880 so zu verstehen: Wenn die Erbschaftsgläubiger die Separation begehren, so gehen sie stets den Handschriftsgläubigern des Erben in Ansehung der Befriedigung aus denjenigen Erbliegenschaften vor, welche der Erbe noch besitzt, mögen sie nun den Eintrag begehrt haben oder nicht. Wenn aber der Erbe die Güter verpfändet oder veräußert hat, oder wenn überhaupt Unterpfandsrechte von den Kreditoren des Erben erworben wurden, so können die Gläubiger der Erbschaft ein **droit de préférence** oder ein **droit de suite**

1) vom Erbanfall an nur in sofern geltend machen, als sie innerhalb 6 Monaten den Eintrag bewirkt haben, und
2) nach Ablauf dieser 6 Monate können sie durch den Eintrag ihr Vorrecht nur gegenüber von den ihnen nachfolgenden Einträgen oder späteren Veräußerungen geltend machen.

3) der Art. 2105 a. giebt den Untersuchungskosten ein Vorzugsrecht auf das Vermögen der Verurtheilten, wenn sie innerhalb zwei Monaten vom Tag des Urtheils an in das Pfandbuch eingetragen werden, jedoch unbeschadet aller früherer Unterpfandsrechte. Für's erste kann der Eintrag hier nur in Ansehung des Vorrangs auf Liegenschaften vorgeschrieben sein, nicht in Ansehung des Vorrangs auf Fahrnisse, denn die letzteren haben mit den Pfandbüchern überall nichts zu schaffen. Sodann ist dieses sogenannte Vorzugsrecht eben deßhalb, weil es nur vom Tag des Eintrags wirkt und keinen Vorrang vor früheren Unterpfändern ansprechen kann in Wahrheit kein Vorzugsrecht, sondern insoweit es Liegenschaften berührt, nur ein gesetzliches Unterpfandsrecht, gemäß Art. 2113.

Auch dieser Artikel verdankt seine unrichtige Fassung einer unrichtigen Ansicht über das Wesen der Vorzugsrechte nach franz. Recht.

II. Hinsichtlich der gesetzlichen Unterpfandsrechten vergleiche 2153.

III. In Ansehung der bedungenen Unterpfänder weicht das badische Recht von dem französischen zum Theil sehr wesentlich ab.

1) Nach französischem Rechte wird zuerst das Unterpfandsrecht durch eine öffentliche Urkunde bewilliget (2127) und dann erst folgt der Eintrag desselben in das Pfandbuch.

2) Nach badischem Rechte aber schreibt der § 22 das **II.** Einf. Edicts ein umgekehrtes Verfahren vor, welches sich am einfachsten durch die Einsicht einer Schuld und Pfandurkunde erläutert.

Nach beiden Rechten aber muß der Eintrag in das Pfandbuch die Erfordernisse des Art. 2148 haben.

In wie weit die Unterlassung einer hier vorgeschriebenen Formalität die Nichtigkeit des Eintrags herbeiführe, muß nach Anleitung des Art. 6 **k.** beurtheilt werden. Der Zweck dieser Vorschriften ist, daß dritte Personen in keinem Falle benachtheiliget werden, und bestimmt aus dem Pfandbuch ersehen können, welche Liegenschaften und für welche Forderungen sie verpfändet sind.

Es muß also jedenfalls der Titel der Forderung, **resp.** das Urtheil und bei denjenigen Vorrechten, welche nicht alle Liegenschaften ergreifen, das Pfandobject sowie das Datum des Eintrags selbst genau angegeben sein. Jedoch ist zu bemerken, daß der französische

Text in Art. 2148 Abs. 3 nicht den Titel der Forderung, sondern den des Vorrechts meint. Vergl. Zachariä II. § 278.

§ 14. 3) Kosten des Eintrags.
(Vergl. Art. 2155.)

§ 15. 4) Wirkungen des Eintrags.

Diese ergeben sich im Allgemeinen schon aus dem Zwecke des Eintrags. Sie bestehen nemlich in der Erlangung der **droits de préférence** und **de suite**.

Dabei ist aber noch folgendes zu erwähnen:

1) Unterpfandsrechte, die an demselben Tage eingetragen wurden, haben gleiche Vorrechte **pro rata** der Forderungen. 2147. Die an demselben Tage eingetragenen Vorzugsrechte gehen ihnen aber vor.

2) Das Vorrecht wirkt zunächst auf die Hauptsumme oder das Kapital sodann aber auch für die Zinse oder Renten zweier Jahre und für diejenigen, welche nach Erhebung der Klage verfallen (laufende Zinsen). Es ist nicht nothwendig, daß die Zinse jener zwei Jahre gerade diejenigen seien, welche in den letzten zwei Jahren vor der Klage verfallen sind. Das Gesetz giebt das Vorrecht für zweijährige Zinsen im Allgemeinen. Doch dürfen dieselben natürlich nicht verjährt sein. Art. 2277. Diese Zinsen, welche das **droit de préférence** genießen, können auch von dem mit der **actio hypothecaria** verfolgten dritten Besitzer verlangt werden. Der Art. 2168 spricht zwar von allen fälligen (ist ein Druckfehler und soll heißen „klagbaren") Zinsen, allein es können Zinse, welche kein **droit de préférence** genießen nicht wohl ein **droit de suite** ansprechen. Zachariä II. § 285. Diejenigen Zinsen, welche hiernach nicht schon Kraft der Inskription des Kapitals ein Vorrecht haben, können übrigens dadurch ein solches erlangen, daß der Gläubiger die Inskription der Rückstände begehrt.

Soweit jedoch eine Hypothek überhaupt keines Eintrages bedarf, genießen auch alle Zinsen ohne Eintrag das Vorrecht wie das Kapital.

Für die Prozeßkosten wirkt das Pfandrecht ebenfalls, wenn dieselben inskribirt werden. 2148. Abs. 4.

§ 16. 5) Ausstreichung und Minderung des Eintrags.

Nach Art. 2154 erlöscht die Kraft des Eintrags (nicht das Vorrecht selbst) nach zehn Jahren. Dieser Artikel gilt jedoch in Baden nicht. Regbl. 1819 Nro. 23.

Unter einer Minderung des Eintrags versteht man das Begehren des Schuldners, daß ein Eintrag, welcher mehr Liegenschaften umfaßt, als zur Sicherheit des Gläubigers nothwendig ist, auf das Nöthige beschränkt und im Uebrigen gestrichen werde. Dieses Recht findet nur statt bei Vorzugsrechten, gesetzlichen und richterlichen Unterpfändern, nicht aber bei bedungenen Pfandrechten und nicht in denjenigen Fällen, wo schon früher durch Vertrag das gesetzliche Unterpfand beschränkt wurde, nemlich nach den Art. 2140. 2141. Vergleiche im Uebrigen die Art. 2161—2165 und den Art. 2163 mit dem Art. 2132.

Die Löschung eines Pfandeintrags kann begehrt werden:

1) wenn der Gläubiger mittelst einer öffentlichen Urkunde, oder in Person bei dem Pfandgerichte seine Einwilligung dazu giebt;
2) wenn ein rechtskräftiges — auf eine Löschungsklage hin erlassenes — Urtheil den Eintrag für erloschen erklärt. Die Klage auf Erloschenerklärung eines Eintrags kann von jedem erhoben werden, der ein rechtliches Interesse dabei nachweist, nicht blos von dem Eigenthümer der Liegenschaft. Sie kann sich hinsichtlich des **fundamentum agendi** darauf stützen, daß
   a) der Eintrag von Anfang an ohne einen gültigen Rechtsgrund, also ohne das wirkliche Dasein eines Vorrechts erfolgt ist,
   b) daß das Vorrecht aus irgend einem Grunde, namentlich wegen Erlöschung der Schuld selbst, aufgehört hat und endlich,
   c) daß der Eintrag formell nichtig sei 2160. Dieser letzte Klagegrund steht jedoch dem Schuldner selbst nicht zu, weil gegen ihn das Pfandrecht auch ohne Eintrag wirkt. Ueber das **Forum** für diese Klagen siehe Art. 2159. Es ist das **Forum rei sitae**, aber einer Prorogation empfänglich, folglich kein **Forum exclusivum.**

§. 17. Von der **actio hypothecaria.**
(6tes Kapitel Art. 2166—2179.)

Die hier niedergelegten Regeln für die Verfolgung der Vorrechte auf Liegenschaften gegen den dritten Inhaber stimmen im Allgemeinen mit den römischen Grundsätzen der **actio hypothecaria**

überein. Sie geht aber nach Art. 2167 zunächst auf Zahlung der Pfandschuld und der Beklagte, wenn er nicht **ex obligatione** selbst für die Schuld haftet, hat das Recht, das Pfandgut statt der Zahlung abzutreten. 2173. Ueber Art. 2108 vergl. oben.

Das im Art. 2169 beschriebene Verfahren hängt mit der franz. Prozeßform bei exekutorischen Titeln zusammen und paßt nicht zu unserem Gerichtsverfahren. Bei uns kann es sich nur fragen, ob im einzelnen Falle nach den Vorschriften der Prozeßordnung ein abgekürztes Verfahren zuläßig und verlangt ist, oder nicht. Die Klage muß bei dem **Forum rei sitac** erhoben werden, 2174. Das **beneficium excussionis** steht nach den Art. 2170. 2171 nur demjenigen zu, welcher nicht persönlich haftet, mithin blos als Besitzer der Liegenschaft, und auch diesem nur in so fern, als die **actio hypothecaria** aus einem generellen Pfandrecht entspringt, also namentlich bei den Pfandrechten der Art. 2121. 2123. Auch muß zugleich nachgewiesen werden, daß andere dem Gläubiger verpfändete Liegenschaften im Besitze des Schuldners sich befinden, wie denn überhaupt das **beneficium excussionis** auch für den Bürgen sehr beschränkt ist Art. 2023.

Aus dem Art. 2177 folgt ferner, daß man dem Beklagten die Einrede gestatten muß, daß er vor der Erwerbung selbst ein Pfandrecht hatte, welches dem des Klägers vorgeht, denn es leben auch alle anderen dinglichen Rechte wieder auf, welche der Pfandbesitzer hatte und welche durch die Consolidation erloschen waren.

Ueber die Früchte, Verschlimmerungen und Verbesserungen vergl. Art. 2173. 2176.

Der Beklagte tritt durch die Befriedigung des Klägers **ipso jure** in dessen Rechte ein und kann den Autor auf Gewährleistung belangen 2178. 1251.

§ 18. Erlöschung der Vorzugs- und Pfandrechte. Purgationsverfahren.

(7., 8. und 9tes Kapitel.)

Die Erlöschungsgründe sind in Art. 2150 angegeben. Von dem Erlöschungsgrunde unter Abs. 3 handlen das 8te und 9te Kapitel ausführlich.

I. In Ansehung der Verjährung ist folgendes zu bemerken:

1) Wenn der Schuldner selbst im Besitze des Pfandobjects ist, fällt die Verjährung des Pfandrechts mit der Verjährung der Forderung zusammen.

2) Wenn aber ein Dritter im Besitze ist, so kommt diesem die erwerbende Verjähruug der Freiheit des Gutes neben der Einrede der Extinctivverjährung gegen die Hauptschuld zu Statten. Für die erstere Verjährung kommen zunächst die Regeln des Art. 2265 zur Anwendung. Es muß jedoch bei der 10 resp. 20jährigen Ersitzung der Erwerbtitel in das Grundbuch eingetragen sein, und erst von dem Eintrage an läuft die erwerbende Verjährung der Freiheit. Im übrigen ist bestritten

a) ob das Erforderniß der **bona fides** dahin zu verstehen sei, daß sich der Erwerber für den wahren Eigenthümer halten müsse, so, daß er in 10 Jahren das Eigenthum erwerben konnte, oder dahin, daß er im guten Glauben über die Freiheit des Gutes sein müsse?

b) ob es bei der Verschiedenheit der Zeiträume von 10 resp. 20 Jahren auf den Wohnsitz des Pfandgläubigers oder des Titelgebers ankomme?

Zur Beantwortung beider Fragen sagt Zachariä **II.** S. 187 Not. 4, daß man auf das Verhältniß des Pfandbesitzers gegen den wahren Eigenthümer, nicht aber auf das Verhältniß desselben gegenüber von dem Pfandgläubiger sehen soll. Dieses ist aber gewiß unrichtig, denn es würde ja in allen Fällen, wo der Veräußerer der wahre Eigenthümer war, und also kein Dritter existirt, der Eigenthumsansprüche hat, an einer Person fehlen, deren Verhältniß zu dem Besitzer als Maßstab für die **bona fides** und die Dauer der Verjährung dienen könnte. Es muß deßwegen in Uebereinstimmung mit fast allen anderen Rechtslehrern die entgegengesetzte Ansicht angenommen werden. Doch begründet es noch keine **mala fides**, wenn die Vorrechte zur Zeit des Erwerbs eingetragen waren, denn sie könnten dem ohngeachtet erloschen sein.

Jedenfalls verjährt die **actio hypothecaria** gegen den dritten Inhaber nach Art. 2262 in 30 Jahren. Ueber die Unterbrechung der Verjährung gelten die allgemeinen Grundsätze Art. 2242 ff. und ebenso über den Stillstand. 2251 ff.

II. Der Untergang des Pfandobjects begründet ebenfalls eine Erlöschung.

Ist ein Gebäude abgebrannt, so besteht das Vorrecht noch auf dem Grund und Boden und die Brandentschädigungsgelder bilden eine Zugehörde, welche mit der Baustelle als ein auf dieselbe radizirtes und den Werth des Gebäudes vertretendes Recht unter der Bedingung des Wiederaufbaues versteigert werden können. Regbl. 1840 Nro. 28 S. 213.

III. Nach Art. 2189 erlöscht ein Pfandrecht ferner dadurch, daß das Pfandgericht dem Erwerber einer Liegenschaft nach geschehener Transkription des Erwerbtitels ein Zeugniß über die auf dem Gute haftenden Unterpfänder ausgestellt und im Zeugniß das betreffende Unterpfandsrecht ausgelassen hat.

Dem Gläubiger bleibt nur das Recht der Regreßklage gegen das Pfandgericht, oder eine Klage auf den Kaufschilling, falls dieser nicht schon bezahlt oder an andere Kreditoren rechtskräftig verwiesen ist.

Auf ähnliche Weise geht ein Pfandrecht vorbehaltlich des Rückgriffs dadurch verloren, daß es aus Uebersehen bei einer Pfandbuchserneuerung nicht in das neue Pfandbuch übertragen wird. Regbl. v. 1826 Nro. 10.

IV. Purgationsverfahren.

Schon die l. 6. C. de remissione pignoris 8. 26. verfügte: **Si eo tempore, quo prædium distrahebatur programmate admoniti creditores, cum præsentes essent, jus suum executi non sunt, possunt videri obligationem pignoris amisisse.**

Das Purgationsverfahren des franz. Rechts ist eine weitere Ausbildung dieser Regel, nur ist es mit unendlich vielen Förmlichkeiten umgeben. Es ist ein Mittel für den Erwerber eines Grundstücks, dieses von den darauf haftenden Pfandlasten und somit von dem droit de suite dadurch zu befreien, daß er den Pfandgläubigern den Werth des Gutes zu bezahlen anbietet.

Dieses Verfahren findet nur bei freiwilligen Veräußerungen statt, nicht aber bei Versteigerungen im Exekutionswege, denn im letzteren Falle zahlt der Steigerer nach richterlicher Anweisung und wird dadurch von allen weiteren Ansprüchen frei.

Beim freiwilligen Verkauf unterscheidet das Gesetz zwei Verfahrungsarten, nemlich

1) das ausnahmsweise gegenüber von den Vorrechten der Minderjährigen, Mundlosen und Ehefrauen eintretende Verfahren (9tes Kapitel)

2) das gewöhnliche, welches sich auf alle anderen Unterpfänder bezieht und selbst auf diejenigen der vorhin genannten Personen, sofern ihre Vorrechte eingetragen sind.

Der Erwerber, welcher von diesem Rechte Gebrauch machen will, muß, ehe er mit der **actio hypothecaria** angegriffen wird, oder längstens innerhalb eines Monats von der ihm zugestellten Klage den eingetragenen Gläubigern die im Art. 2183 genau beschriebene Urkunde zustellen lassen mit dem Erbieten, die Pfandlasten der fälligen und nichtfälligen Forderungen sogleich zu bezahlen, soweit der Preis oder der Werth des erworbenen Gutes reicht.

Jeder eingetragene Gläubiger kann nun die öffentliche Versteigerung begehren, muß aber hiebei die im Art. 2186 angegebenen Formalitäten bei Strafe der Nichtigkeit einhalten, sonst bleibt es bei der vom Erwerber angebotenen Summe und dieser wird durch Auszahlung oder Hinterlegung derselben frei.

Im anderen Falle aber gilt die Veräußerung zum Vortheil der Gläubiger für aufgelöst, und das Gut ist zur Befriedigung derselben im Exekutionswege zu verkaufen. Vergl. im Uebrigen den Art. 2187 ff. und wegen dieses Verfahrens gegenüber der stillschweigenden gesetzlichen Unterpfäuder Art. 2193—2196. In Baden wird dieses Verfahren seltener exercirt als in Frankreich.

§ 19. Pflichten der buchführenden Behörden. (10tes Kapitel.)

Diese bestehen im Allgemeinen darin, daß

1) jedem, der es verlangt, wenigstens die Einsicht der Bücher, wie es deren Zweck mit sich bringt, gestattet werden muß. Sie sind ferner verpflichtet, Zeugnisse über die Eintragungen, sowie darüber, daß nichts eingetragen ist, auszustellen und Abschriften unter den im Art. 2196 a. angegebenen Einschränkungen auszuliefern.
2) Sie müssen bei Ausstellung dieser Zeugnisse und Abschriften auf's gewissenhafteste verfahren, und auf das getreuste den Inhalt der Bücher beurkunden.
3) Sie müssen die rechtmäßig verlangten Einträge ungesäumt, pünktlich und in der gesetzlich vorgeschriebenen Form besorgen. Wenn jedoch eine Pfandverschreibung bereits im Werke ist und das Pfandgericht zu diesem Zwecke Zeugnisse (einen Pfandbuchsextract) ausgestellt hat, so kann inzwischen und zwar zwei

Monate lang nach Art. 2199 a. ff. nur eine fürsorgliche Eintragung anderer Unterpfänder geschehen, weil die Realisirung der vorhabenden Verpfändung, wenn sie in jener Frist erfolgt, rückwirkende Kraft hat, also den inzwischen erfolgten Einträgen vorgeht. Um die innere Gültigkeit der Vorrechte hat sich das Pfandgericht nichts zu bekümmern, wohl aber hat nach § 26 des **II.** Einf. E.

4) das Amtsrevisorat bei bedungenen Unterpfänder zu prüfen, ob es an den rechtlichen Erfordernissen zur Verpfändung rücksichtlich der Personen des Gläubigers (?) und des Schuldners und der zu verpfändenden Sache nicht mangle.

Wird nun von diesen Behörden irgend ein Versehen begangen, so haften sie für allen Schaden, der daraus entsteht, 2127 a. und namentlich haftet auch die Pfandschreiberei wegen ordnungswidriger Taxation der Güter.

Ob Sammtverbindlichkeit der einzelnen Mitglieder dieser Behörden eintrete, ist bestritten, vergl. Art. 1382 d. u. 2127 a., sofern kein **dolus** vorliegt. Einige wollen aus den Worten des Art. 2127 a. „jeder Aussteller obiger Zeugnisse haftet für allen Schaden" eine Sammtverbindlichkeit ableiten, allein dieser Art. meint bei dem Worte „jeder" offenbar nicht jedes einzelne Mitglied der einen oder anderen Behörde, sondern „jede Behörde" nemlich das Ortsgericht sowohl als das Pfandgericht, von welchen beiden Behörden vorher die Sprache war.

Ausser der Verpflichtung zum Schadenersatze können die betreffenden Behörden wegen Ordnungswidrigkeiten im dienstpolizeilichen Wege gestraft werden. 2202.

§ 20. Rangordnung der Kreditoren im Konkurse. (Art. 2218 a.)

Was im 19ten Titel über die Exekution im Allgemeinen gesagt ist, muß mit der Prozeßordnung Titel 42 in Verbindung gebracht werden. Was die Rangordnung insbesondere betrifft, so ist im Konkurse allernächst dasjenige von der Konkursmasse auszuscheiden, was dem Gemeinschuldner nicht gehört, und mit einer dinglichen oder persönlichen Klage von derselben heraus gefordert wurde, z. B. wenn in Folge des Art. 1184 auf Vertragsauflösung geklagt und eine hingegebene Sache zurückgefordert wurde.

Das wirkliche Vermögen des Gemeinschuldners ist entweder

1) solches, worauf ein bürgerliches Pfandrecht haftet und zur Befriedigung dieser Gläubiger nothwendig ist, oder es ist
2) freies oder gemeines d. h. nur mit natürlichem Pfandrecht belastetes Vermögen. Dahin gehört Alles, was nicht zur Befriedigung der bevorrechteten Gläubiger nothwendig oder ihnen nicht verhaftet ist.

Das letztere kömmt in der letzten (5ten) Klasse zur Vertheilung. Es ist möglich, daß ein Gläubiger, obwohl er in der 2., 3. oder 4ten Ordnung steht, dennoch aus den ihm verhafteten Vermögenstheilen wegen Unzulänglichkeit derselben nicht befriediget wird, während anderes gemeines Vermögen in der 5ten Ordnung zur Vertheilung kömmt. Da nun durch den Erwerb eines bürgerlichen Pfandrechts das natürliche Pfandrecht nicht verloren geht, so kommen jene Gläubiger der früheren Klassen mit ihren Verlusten auch in der 5ten Ordnung mit den Handschriftsgläubigern zur Theilnahme.

I. Ordnung.

Hieher kommen diejenigen Kreditoren, welche ein Vorzugsrecht auf das gesammte Vermögen haben. Zu ihrer Befriedigung wird allernächst das gemeine Vermögen verwendet. Reicht dieses nicht hin, so wird das Erforderliche der **IV.** Klasse abgezogen. Reicht auch dieses nicht hin oder ist keines vorhanden, so wird den Kreditoren der 2ten und 3ten Ordnung ein Abzug **pro rata** ihres Empfanges gemacht Art. 2218 **b.**

Es ist zwar über diese Frage schon viel gestritten worden, weil Brauer **IV.** S. 269 seine Worte zum Schaden der Gerechtigkeit selbst anders deuten wollte, als sie im Interesse der Gerechtigkeit wirklich lauten, und auch in Frankreich wird wegen Art. 2104. 2105 über diesen Punkt gestritten, allein wir haben keine Ursache, von dem Wortlaut des Zusatzes 2218 **b.** abzugehen. Bad. Archiv **II.** S. 273.

Die einzelnen Kreditoren sind folgende und in folgender Ordnung, wobei im Allgemeinen zu bemerken ist, daß diese Vorzugsrechte mit Ausnahme der Gerichtskosten und Staatsforderungen auf humanen Rücksichten gegen den Gemeinschuldner beruhen, damit ihm nicht bei kundwerdender Insolvenz alle Subsistenzmittel entzogen werden.

1) Die Gantkosten, nemlich Sporteln, Gebühren der im Namen der Masse handelnden Personen, Kosten der Versteigerungen

und Bekanntmachungen; aber nicht die im Interesse eines einzelnen Gläubigers entstandenen Kosten.

2) Kosten für das Begräbniß des Gemeinschuldners, wenn über seinen Nachlaß Koncurs ausbricht, oder er während dem Konkurse stirbt.

Sie richten sich nach seinem Stande. Die Trauerkosten, Trauerkleider u. s. w. sind nicht darunter begriffen und ebensowenig die Begräbnißkosten seiner Angehörigen. Anders der l. 17. **D. de rebus aut. jud. poss.**

3) Kosten der letzten Krankheit. Man versteht darunter gewöhnlich diejenige Krankheit, an welcher der Gemeinschuldner gestorben ist und nicht diejenige, welche im Hinblick auf den Gantausbruch seine letzte war.

Dieses ist aber für die Aerzte, welche einen der Insolvenz nahen Schuldner zu behandeln haben, eine schlechte Aufmunterung, seine Wiedergenesung zu bewirken, da sie hierdurch ihr Vorzugsrecht verlieren. Es ist daher dem Geiste des Gesetzes angemessener, darunter die letzte Krankheit vor dem Gantausbruch und unter den Kosten dieser Krankheit die Kosten der Aerzte, Apotheker und Krankenwärter zu verstehen, soweit sie nicht verjährt sind 2271. 2272.

4) Dienstlohn der Dienstleute vom verflossenen und laufenden Jahr. Das laufende Jahr ist dasjenige, welches in die Zeit der Gant hineinfällt.

In wie weit der Begriff Dienstleute auszudehnen sei, ist bestritten. Zachariä **II.** S. 82 Not. 9. Taglöhner und Stückarbeiter sind nicht darunter zu verstehen, weil diese nicht zum Gesinde gehören, wohl aber auch solche, die **operas liberales** leisten und in Diensten stehen z. B. Handlungsdiener.

5) Lieferungen für Lebensbedürfnisse nach 2101 Abs. 5 von den letzten 6 Monaten, soweit sie von Handelsleuten geliefert und zum gewöhnlichen Unterhalt — nicht zum Luxus — gehören. Es sind darunter nicht blos **cibaria** gemeint, sondern auch Holz u. dergl.

6) Unverjährte Beiträge zur Brandversicherungsanstalt für Gebäude, oder derjenigen, die sie Namens des Schuldners bezahlt haben, Regbl. 1839 Nro. 21 S. 175 u. 1840 Nro. 28 S. 214.

7) Steuern und Hoheitsabgaben für das laufende und verflossene Rechnungsjahr.

Hieher gehören auch Gerichtssporteln, Gemeindeabgaben, oder was irgend einer Verrechnung öffentlicher Anstalten an Abgaben geschuldet wird.

8) Unverjährte Apothekerrechnungen von einer anderen als der letzten Krankheit.

II. Ordnung.

Diese ist für die Vorzugsrechte auf einzelne Fahrnisse oder eine Gesammtheit von Fahrnissen bestimmt. Das franz. Recht kennt ein — alle Fahrnisse des Schuldners umfassendes Vorzugsrecht nur in der Weise, daß das Vorzugsrecht das gesammte Vermögen überhaupt berührt. Der Zusatz 2098 a. Abs. II. 1 vergl. mit 2102 b. hat aber ein Vorzugsrecht geschaffen, welches die bewegliche Habe des Schuldners überhaupt umfaßt. Es nimmt den letzten Platz in dieser Ordnung ein. Unter den übrigen Kreditoren dieser Klasse ist die Rangordnung gleichgültig, so lang ihre Vorrechte nicht auf denselben Gegenstand gerichtet sind. In einem solchen Kollisionsfalle aber entscheidet zunächst der Grundsatz, daß die Vorzugsgläubiger, die an Sachen, welche, weil und so lange sie in ihrem Besitze sind, ein Vorzugsrecht haben, insbesondere die in Art. 2101 Abs. 2. 5. 6. 7. genannten Gläubiger den anderen vorgehen, wenn ihnen keine Unredlichkeit bei der Besitznahme gegenüber von anderen Vorzugsgläubigern zur Last fällt, arg. Art. 1141. Die Reihenfolge ist demnach diese:

1) der Faustpfandgläubiger auf das ihm für die Forderung versetzte Object. Wußte er jedoch, daß ein anderer Gläubiger ein Vorrecht hatte, z. B. der Verkäufer, so geht er diesem nach.

2) der Gastwirth auf die in seinem Gasthofe eingebrachten Sachen eines dort eingekehrten Reisenden, so lange sie in seinem Gasthofe sich befinden.

3) der Frachtführer auf die verführten Gegenstände wegen seines Lohnes und seiner Auslagen. Die Auslieferung der Sachen gilt im Zweifel als Verzicht auf das Vorrecht.

4) die Forderungen der öffentlichen Kassen an die Dienstkaution der Verrechner.

5) die Saat- und Aerndtekosten auf den Ertrag der Aerndte.

6) die Gülten und Erbzinsen von dem laufenden und den zwei letzverflossenen Jahren auf den Ertrag des Zinsgutes 2102 a. 710 F. g.

7) die zur Erhaltung einer Sache aufgewendeten Kosten, Auslagen, Arbeitslohn.

8) der Kaufschilling unbezahlter Mobilien. Dieser Gläubiger hat verschiedene Rechte. Er kann

a) den Kaufschilling fordern,

b) die Sache zurücknehmen, sofern die im Art. 2102 Abs. 4 angegebenen Bedingungen vorhanden sind. Fehlt es an diesen Bedingungen, so kann er

c) nach Art. 1184 auf Auflösung des Vertrags klagen.

Die Stellung seines Vorzugsrechts ist eine relative. Es geht jedenfalls dem Gläubiger sub Nro. 7 nach, den anderen Kreditoren aber vor, sofern der Käufer beweist, daß die anderen Bevorrechteten Kenntniß davon hatten, daß der Kaufschilling noch nicht bezahlt ist.

9) der Mieth- und Pachtzins in der (Art. 2102 Abs. 1) bezeichneten Weise und auf die dort genannten Gegenstände, wobei folgendes zu bemerken ist;

a) Wegen des sicheren Datums vergl. Art. 1328.

b) Unter Pachtgüter versteht der Art. offenbar nicht einzelne Grundstücke, sondern Pachtung von Landgütern mit Hauswirthschaft.

c) Sind die Illata fremdes Eigenthum, so kommt es darauf an, ob der Bestandgeber dieses wußte oder nicht. Im ersteren Falle kann er dem Eigenthümer gegenüber kein Vorzugsrecht geltend machen, sofern ihn dieser von seinem Rechte in Kenntniß gesetzt hat, als die Sachen inferirt wurden.

d) Unter Einrichtung versteht man nur solche Gegenstände, welche zum ständigen Gebrauche oder zur Verzierung in den Zimmern umhergestellt oder aufgehängt sind. Ausgeschlossen sind die Gegenstände, die man in den Schränken aufzubewahren pflegt, Gelder, Lebensmittel, Depositen. Art. 533 f.

e) Der Bestandgeber hat eine Art von droit de suite auf die aus dem Hause oder Hofe geschafften Gegenstände, sofern er sie innerhalb 14 resp. 40 Tagen reklamirt, wie der Abs. 1 des Art. 2102 solches genauer angiebt.

10) die in Art. 2102 b. bezeichneten Forderungen.

III. Ordnung.

In diese Ordnung kommen die gewahrten oder keiner Wahrung bedürfenden Vorrechte auf Liegenschaften. Jedes Vorrecht wird aus

denjenigen Liegenschaften befriediget, die ihm verhaftet sind. Wenn die nämliche oder die nämlichen Liegenschaften mehreren Forderungen verhaftet sind, so kann die Kollision dreifacher Art sein, nemlich

1) es kollidiren mehrere Vorzugsrechte unter sich,

2) es kollidiren Vorzugsrechte und Unterpfänder,

3) es kollidiren Unterpfänder untereinander.

Nach franz. Recht machen diese Collisionen keine Schwierigkeiten.

Der Vorrang unter den Vorzugsrechten ist durch die Eigenschaft der Forderung bestimmt, und durch Art. 2103 festgestellt.

Die Vorzugsrechte gehen jedenfalls den Unterpfändern vor. Zwischen den Unterpfändern selbst entscheidet entweder der Tag des Eintrags oder bei denjenigen, die ohne Eintrag wirken, das Alter der Entstehung.

In Baden macht die zweite Art der Kollision Schwierigkeiten, die schon oben § 5 berührt wurden. Art. 2218 a. Abs. 3.

IV. Ordnung.

Diejenigen, welche die Wahrung ihrer Vorrechte unterlassen haben, werden hier vor den Handschriftsgläubigern gerade so befriediget, wie wenn sie dieselben gewahrt hätten, sofern nämlich von der 3ten Klasse etwas übrig bleibt. Zuerst werden die Vorzugsrechte, dann die Unterpfandsrechte, und zwar letztere nach dem Alter der Entstehung, da der Eintrag nicht entscheiden kann, befriediget.

V. Ordnung.

Hier konkurrirt jeder Gläubiger, der in den früheren Klassen keine Zahlung erhalten hat und die Vertheilung geschieht pro rata der Forderungen. Nur die Geldstrafen müssen allen anderen Forderungen dieser Ordnung nachstehen.

III. Buch. Titel 20.

Von der Verjährung.

Troplong de la prescription. Paris et Bruxelles 1836.

§ 1. Einleitung.

Die Verjährung ist ein Rechtsinstitut, kraft dessen ein Zustand der Ausübung eines Rechts oder des Unterlassens der Erfüllung einer Verbindlichkeit, welcher dem Rechte einer Person widerspricht oder doch widersprechen könnte, seiner längeren Dauer wegen für rechtmäßig erachtet werden soll. Sie unterscheidet sich hiernach wesentlich von den Fristen, welche das Civilgesetzbuch für Erhebung von Klagen auf Umstossung eines Vertrages festgesetzt hat, denn diese Klagen haben den Zweck, ein nach der Strenge des Gesetzes schon verlornes Recht durch **restitutio in integrum** wieder zu erlangen. Der inzwischen bestehende Zustand ist kein rechtswidriger, sondern er ist nur anfechtbar. Vorträge § 35. Die nothwendige Folge des Eintritts der Verjährung ist, daß

1) derjenige, der bisher in Ausübung einer Befugniß rechtswidrig gehandelt hat, eben deßhalb, weil er auch fernerhin das Recht als das seinige ausüben darf, ein Recht erwirbt und daß folgeweise der gegenseits Interessirte ein bisher gehabtes Recht verliert; daß
2) derjenige, welcher rechtswidrig die Erfüllung einer Verbindlichkeit unterlassen hat, von dieser befreit wird und daß folgeweise die Klage des Forderungsberechtigten erlöscht.

Die Gesetze sehen nun bei der Zulassung einer Verjährung entweder auf das active Verhalten desjenigen, der ein Recht erwerben soll, nemlich auf den Besitz d. h. die Ausübung eines Rechts, oder es liegt der Grund der Verjährung in dem passiven Verhalten desjenigen, der ein Recht wegen Nichtverfolgung desselben verliert. Im ersteren Fall ist eine Ersitzung oder eine erwerbende Verjährung, im letzteren Falle eine Versitzung oder eine erlöschende Verjährung vorhanden.

Das franz. Recht kennt nur diese beiden Arten der Verjährung und keine unfürdenkliche, aber die Zeiträume und Erfordernisse der Er- und Versitzung sind für einzelne Rechte sehr verschieden bestimmt, namentlich die Zeiträume der erlöschenden Verjährung.

Alle Ansprüche und Klagen ohne Unterschied sind einer 30jährigen Versitzung unterworfen d. h. sie gehen jedenfalls durch 30jährige Nichtübung verloren. Art 2262.

Ebenso ist für die Ersitzung derjenigen dinglichen Rechte, die überhaupt durch Verjährung erworben werden können, die längste Zeit auf 30 Jahre bestimmt.

Es kann aber in denjenigen Fällen, wo mit dem passiven Verhalten des Berechtigten die positive Ausübung eines Rechtes auf Seite des Gegners konkurrirt, nemlich bei dinglichen Klagen, eine erwerbende und eine erlöschende Verjährung im Laufe sein, und je nach Beschaffenheit des dinglichen Rechts die erstere vor der zweiten ihr Ziel erreichen z. B. bei der **rei vindicatio** unbeweglicher Sachen gegenüber einem titulirten und gutgläubigem Besitzer. 2265. Sind die Voraussetzungen für beide Verjährungen vorhanden, ist insbesondere neben der erwerbenden Verjährung auch die Zeit für die erlöschende abgelaufen, so ist das Recht auf doppeltem Wege sowohl durch die Einrede der Ersitzung als der Versitzung zerstörbar.

§ 2. Allgemeine Grundsätze.

A. Die Motive der Verjährung sind **publici juris**, wenn gleich das dadurch erworbene Recht der Klage oder Einrede der freien Disposition des Berechtigten überlassen ist.

Daher kann man nicht auf die Einrede der Verjährung zum Voraus verzichten oder die Zeit der Verjährung verlängern, wohl aber kann man auf den Gebrauch einer vollendeten Verjährung verzichten und die Zeit der Versitzung durch Uebereinkommen abkürzen. Was jedoch von dem Verzicht auf Rechte überhaupt gilt, ist auch hier anwendbar. Art. 2219 **b.** bis 2223, 2225. Eine natürliche Folge des möglichen Verzichts ist es, daß der Richter diese Einrede, sowenig als eine andere suppliren darf und was der Zusatz 2223 **a.** sagt, war ganz unnöthig zu bestimmen, weil da, wo Jemand nicht gültig auf ein Recht verzichten kann, die **legitimatio standi in judicio** fehlt und in Folge dessen nicht nur die unterlassene Vorführung dieser **exceptio**, sondern das ganze gerichtliche Verfahren ungültig ist.

Die weitere Bestimmung des Art. 2224, daß die Einrede der Verjährung eine **exceptio privilegiata** in Ansehung der Eventualmaxime sein soll, ist durch § 293 der Proz.-Ord. aufgehoben.

B. Die juristischen Personen haben in Ansehung der Verjährung keine Privilegien mehr, weil sie mit weniger Ausnahme, vergl. z. B. Art. 2121, den physischen Personen im Civilrecht überhaupt gleichgestellt sind. 2227. Dagegen lauft

1) keine Verjährung gegen Minderjährige und Entmündigte d. h. sie fängt während dieses Zustandes nicht an, und wenn sie vorher angefangen hat, so werden die während jenes Zustandes verflossenen Jahre nicht mitgerechnet. Diese Wohlthat genießen jedoch die Minderjährigen nur in Ansehung der 10- **resp.** 20- und der 30jährigen Verjährung, (2262. 2265. 690) indem die Gesetze bei allen kürzeren Verjährungen eine Ausnahme von dieser Regel gemacht haben 2252. 2278 und viele früher vorgekommenen Stellen.

Bei untheilbaren Rechtsverhältnissen muß natürlich diese Wohlthat auch denjenigen Betheiligten zu gut kommen, welche sie sonst nicht haben würden z. B. Art. 710.

2) Rechtsstreitigkeiten zwischen Ehegatten müssen möglichst vermieden werden, weil solche auf den häuslichen Frieden störend einwirken. Die Ehegatten sollen daher auch nicht indirect, nemlich durch die Besorgniß der Verjährung veranlaßt werden, während der Ehe Klagen zu erheben, die sie in Rechtsstreitigkeiten miteinander verwickeln; sei es nun, daß die Klage direct gegen den anderen Ehegatten gerichtet ist, oder daß die Klage der Frau (denn bei den Klagen des Mannes kann dieses nicht vorkommen) indirect z. B. durch Streitverkündung den Mann berühren würde. Hieraus erklären sich die Art. 2253. 2255. 2256 Abs. 2.

Wo aber diese **ratio legis** nicht eintritt, läuft die Verjährung gegenüber von dritten Personen. Art. 2254.

Bei Klagen, die erst **soluto matrimonio** angestellt werden können, oder wenigstens die Auflösung der Gemeinschaft voraussetzen, kann die Verjährung vor jenen Ereignissen aus den **sub C.** angegebenen Gründen nicht laufen.

C. Ein Recht, das gesetzlich nicht bestehen kann, ist durch Verjährung ebenso wenig als durch Vertrag erwerblich. 2226. Umgekehrt kann ein Zustand, der nichts rechtswidriges an sich hat, eine **res meræ facultatis,** durch seine Dauer niemals in ein Recht verwandelt werden. 2232. 2232 a. Nur der Art. 707 macht hiervon eine

Ausnahme, indem er den Nichtgebrauch positiver Servituten auch ohne ein Entgegenhandeln des Verpflichteten als Grund einer Verjährung zuläßt, wodurch diese Verjährung den Charakter einer erlöschenden Klagenverjährung annimmt.

Im übrigen aber ist es eine natürliche Folge jenes Satzes, daß die **actio finium regundorum** und die **actio fam. herc. vel. com. div.** keiner Verjährung unterworfen sind, da der fortdaurende Zustand verwirrter Grenzen oder einer Gemeinschaft kein rechtswidriger ist. Es folgt daraus ferner, daß da, wo kein Grund zur Klage vorhanden, **actio nondum nata** ist, auch keine Verjährung laufen kann. 2241 a. 2256. 2257 Abs. 1. Inkonsequent ist die im Art. 2257 a. angegebene Entscheidung der früheren Streitfrage, von welcher Zeit an das **jus reluendi pignoris** verjähre, indem es nach diesem Art. schon von dem Pfandvertrag an verjähren soll.

D. Die Zeit der Verjährung wird nach Tagen nicht nach Stunden berechnet und der Alauf des letzten Tages ist auch der Ablauf der Verjährung. 2260. 2261.

E. Der Lauf der Verjährung wird theils durch Rechtshandlungen (bürgerlich), theils durch Thathandlungen, Besitzentsetzung (natürlich) unterbrochen. Die erstere Unterbrechung findet bei allen Verjährungen statt, die letztere nur bei der erwerbenden Verjährung. Art. 2242—2250.

§ 3. I. Erwerbende Verjährung

1) des Eigenthums,

a) 10 **resp.** 20jährige Ersitzung 2265—2269.

Hier kommt theils die Beschaffenheit des Besitzes theils die Dauer desselben in Betracht. Sie ist dem römischen Rechte nachgebildet und erfordert, wie in diesem, **justus titulus et bona fides**, vergl. im Uebrigen die Lehre vom Besitz.

b) 30jährige Ersitzung des Eigenthums. Von dieser handelt zwar das Gesetzbuch nicht ausdrücklich.

Da jedoch die Folge eines 30jährigen ungestörten Besitzes in Verbindung mit Art. 2262 darin besteht, daß Jeder, der ein Klagrecht auf die Sache hatte, solches verloren hat, so muß man nothwendig den Besitzer als Eigenthümer der Sache betrachten, eben weil sie ihm von Niemanden mehr abgestritten werden kann.

2) der Servituten, vergl. die Lehre von den Dienstbarkeiten und Art. 2264.

§ 4. II. Erlöschende Verjährung.

Die allgemeine Regel ist in Art. 2262 enthalten.

Bei Leistungen die jährlich wiederkehren, begründet die Bezahlung einer einzelnen Leistung eine Unterbrechung der Verjährung Art. 2248.

Da nun aber der Schuldner nach Ablauf von 30 Jahren doloser Weise die Verjährung vorschützen und die Replick der Unterbrechung trotz der wirklich erfolgten Zahlung abläugnen könnte, so, daß dem Gläubiger wegen des Beweises der Zahlung rosp. Unterbrechung Verlegenheiten bereitet werden könnten, so ist dem Gläubiger das Recht eingeräumt, nach Ablauf von 28 Jahren die Renovation der Urkunde zu begehren, damit durch die Ausstellung einer neuen Urkunde ein neues Anerkenntniß erwirkt, und die Verjährung unterbrochen wird. Der Nichtgebrauch dieses Rechts hat übrigens nur die Folge, daß der Gläubiger, wenn ihm nach 30 Jahren die Einrede der Versitzung entgegengehalten wird, zusehen mag, wie er die Unterbrechung beweisen kann. Dieses ist der Sinn des Art. 2263, den Brauer bei Art. 701 f. c. gänzlich mißverstanden hat.

Von der Regel, daß eine Klage erst in 30 Jahren verjährt sei, hat nun das Gesetzbuch eine große Reihe von Ausnahmen gemacht, die theils in dem letzten Abschnitte theils in früheren Artikeln enthalten sind. Doch muß man

1) bei den Bestimmungen, die früher vorkommen, stets zwischen bloßen Fristen zur Erhebung einer Umstoßungsklage und der eigentlichen Verjährung unterscheiden.

2) Die im Art. 2272—2275 aufgeführten Verjährungen fallen strenge genommen ebenfalls nicht unter den Begriff der Erlöschung des Klagerechts, sondern es wird nur die Vermuthung begründet, daß die Zahlung erfolgt sei, wie sich aus der Bestimmung des Art. 2275 ganz deutlich ergiebt, indem hier dem Gläubiger nach Ablauf der Verjährungs-Zeit der Beweis offen steht, daß die Zahlung noch nicht erfolgt sei.

§ 4. III. Unterbrechung der Verjährung.
(Vergl. Art. 2242—2250.)

Die bürgerliche Unterbrechung durch Klagenerhebung oder durch ausdrückliche und stillschweigende Anerkennung des Rechts von Seiten desjenigen, der durch die Verjährung etwas gewinnen soll, ist allen Verjährungen gemeinschaftlich.

Die natürliche Unterbrechung der erwerbenden Verjährung erläutert sich aus der Lehre vom Besitz.

Der letzte Artikel handelt von den Verjährungen, die vor 1810 begonnen haben.

Sind dieselben

1) nach dem neuen Rechte gar nicht zuläßig, so können sie unter demselben nicht vollendet, sondern nur in sofern beachtet werden, als sie schon vor 1810 vollendet waren. 691.

2) Sind sie auch nach dem neuen Rechte zuläßig, aber es sind die Erfordernisse verschieden zwischen dem alten und neuen Recht, so sind sie nach dem alten Recht zu beurtheilen, jedoch mit der Modification, daß eine Verjährung, zu deren Vollendung nach früherem Rechte von 1810 an noch mehr als 30 Jahre erforderlich wären, dennoch mit 30 Jahren also mit dem Jahr 1840 vollendet sein soll.

VII. Titel.

Von der Vaterschaft und Kindschaft.

Einleitung.

Dieses wechselseitige Verhältniß zweier Personen kann auf drei verschiedenen Wegen herbeigeführt werden, nemlich

1) auf rein natürlichem Wege, durch Zeugung allein — natürliche Kinder,
2) auf rein bürgerlichem Wege, durch das Rechtsgeschäft der Adoption — Adoptiv-Kinder,
3) auf bürgerlichem und natürlichem Wege zugleich, d. h. durch die Zeugung mit einer Person, mit welcher man eine gültige oder doch vermeintlich gültige Ehe eingegangen hat, eheliche Kinder.

Ist im letzteren Falle die Ehe der Zeugung vorausgegangen, so sind die Kinder legitimi. Das Gesetzbuch handelt zunächst in zwei Kapiteln von der ehelichen Kindschaft, sodann von der Legitimation, von den natürlichen Kindern, und von der Adoption.

Von der ehlichen Vaterschaft und Kindschaft.

Von der ehelichen Abstammung eines Kindes hängen sehr bedeutende Rechte ab, und es ist sowohl im Interesse des Kindes, als auch im öffentlichen Interesse von hoher Wichtigkeit, über den Beweis dieser Abstammung gesezliche Regeln aufzustellen.

Es ist dies um so nothwendiger, als die gewöhnlichen Regeln über die Beweisführung bestrittener Thatsachen keine Anwendung leiden können.

Es ist nämlich ganz unmöglich, eine völlige Gewißheit dafür beizubringen, daß ein Kind von bestimmten Eltern erzeugt sei, denn man kann nicht in die Geheimnisse der Natur eindringen. Nur die Negative läßt sich nach Umständen erweisen, daß eine bestimmte Mannsperson nicht der Vater eines Kindes sein kann, keineswegs aber, daß er es wirklich ist, es müßte denn die Ehe-

frau erwiesener Maßen von allem Verkehr mit andern Männern abgeschnitten gewesen sein.

Wenn daher das Gesetz im Falle eines Streits über die eheliche Abstammung nicht einen unmöglichen Beweis von den Kindern fordern wollte, so mußte es eine Vermuthung aufstellen, und diese Vermuthung ist die röm. Rechtsregel: „**pater est, quem nuptiae demonstrant.**“ Art. 312.

Es hat also ein Kind mehr nicht als das zu beweisen, daß es 1) von einer bestimmten Weibsperson geboren wurde, und daß dieselbe 2) in der gesetzlich unterstellten Zeit der Conception mit dem behaupteten Vater verheirathet war. Ist dieser Beweis vorhanden, oder sind diese Thatsachen nicht bestritten, so ist die Reihe an dem gesetzlich präsumirten Vater, den Gegenbeweis gegen diese Vermuthung zu führen.

Es müssen demnach zwei Fälle der Beweisführung unterschieden werden, nämlich

1) der Beweis jener Thatsachen, von welchen die Vermuthung, **pater est** u. s. w. abhängt;
2) der Gegenbeweis gegen diese Vermuthung.

Die Klage, welche die erstere Beweisführung von Seiten des Kindes bezweckt, ist eine Klage auf Anerkennung des Familienstandes. Die Klage des Vaters ist eine spezielle Art der Klagen auf Aberkennung eines Familienstandes, die Klage auf Abläugnung (**action en désaveu**). Der **C. c.** stellt nun im ersten Kapitel die schon erwähnte Vermuthung als allgemeine Regel auf und bestimmt sodann, wie und unter welchen Bedingungen der Vater den Gegenbeweis führen oder m. a. W. eine Abläugnungsklage erheben könne, wo jene Vermuthung gegen ihn vorliegt.

Das **II.** Kapitel handelt von der Beweisführung des Kindes, welches erst darthun muß oder will, daß es von einer verheiratheten Mutter empfangen wurde und daher jene Vermuthung für sich habe.

Es ist zum Verständniß der einzelnen Bestimmungen und zur Verhütung von Verwechslungen höchst nothwendig, diese zwei verschiedenen Fälle strenge zu sondern.

I. Kapitel.

Von der Abläugnungsklage des Vaters.

Damit die Regel **pater est etc.** Anwendung leide, muß dargethan sein, daß die Conception des Kindes **durante matrimonio**

stattgefunden hat, und dies wird vermuthet, wenn mindestens 180 Tage oder längstens 300 Tage vor der Geburt die Mutter verehelicht war.

Sobald die Geburt mit diesen Zeiträumen nicht übereinstimmt, so greift auch die Vermuthung nicht Platz, also

1) dann nicht, wenn die Frau vor dem 180sten Tage nach der Heirath niedergekommen ist;
2) dann nicht, wenn sie später als 300 Tage nach aufgelöster Ehe das Kind geboren hat.

Da jedoch im ersteren Falle der Erfahrung noch das Kind in der Regel die Frucht eines anticipirten Beischlafes des Bräutigams ist, so gilt auch hier das Kind für ehlich, wenn der Ehemann nicht in der im Art. 316 angegebenen Zeit eine Verläugnungsklage auf den Grund der zu frühen Niederkunft anstellt.

Zur Begründung der Abläugnungsklage gehört in diesem Falle mehr nicht als die Nachweisung, daß das Kind vor dem 180sten Tage geboren wurde. Der Ehemann wird aber mit dieser Verläugnungsklage abgewiesen, wenn eine derjenigen Thatsachen gegen ihn dargethan wird, die in dem Art. 314 angeführt sind.

Im zweiten Falle, nämlich bei einer Geburt, die nach dem 300sten Tage von der Eheauflösung an gerechnet, erfolgt, darf nach den Worten des Art. 316 die Vaterschaft bestritten werden. Dies will aber nicht heißen, daß auch hier in bestimmter Frist eine Verläugnungsklage erhoben werden muß, sondern nur, daß es dem Ehemann oder dessen Erben zu jeder Zeit frei steht, die Anerkennung auf diesen Grund hin zu verweigern, falls ein solches Kind die Rechte eines ehlichen in Anspruch nehmen wollte.

Sind dagegen alle Voraussetzungen zur Anwendung der Vermuthung **pater est etc.** vorhanden, so ergiebt sich aus dem vorliegenden Kapitel für diese Klage folgendes:

1) Der Vater kann seine Abläugnung nur innerhalb der Zeitfrist geltend machen, welche in dem Art. 316 genau fixirt ist;
2) die Abläugnung kann geschehen
   a) durch eine förmliche Klage des Vaters,
   b) durch eine Protestation, welche aber nur dann Wirkung hat, wenn sie in der gedachten Frist eingelegt und ein Monat darauf die Klage erhoben wird, wie der Art. 318 sagt. Sie kann
   c) im Weg der Einrede alsdann geschehen, wenn etwa das

Kind oder seine Vertreter zuerst auf Anerkennung klagen und die Frist zur Klage des Vaters gegen das Kind noch nicht abgelaufen sein sollte. Auch kann die Einrede nur auf solche Thatsache gestützt werden, auf welchen die Klage beruhen kann (Abs. 3), sofern nicht der Ausnahmsfall des Satzes 325 vorliegt, wovon später.

3) Zur Begründung der Klage oder **exceptio** wird in der Regel die Angabe und der Beweis solcher Thatsachen verlangt, aus welchem die physische Unmöglichkeit sich ergiebt, daß der Ehemann Vater ist. Diese physische Unmöglichkeit kann nach der Natur der Sache nur dadurch dargethan werden, daß
   a) der Mann während der entscheidenden 120 Tage wegen Abwesenheit von seiner Frau mit dieser gar nicht in Berührung kommen konnte;
   b) dadurch, daß die Impotenz des Mannes überhaupt oder doch während jener Zeit nachgewiesen wird.

Den Beweis der Entfernung hat das Gesetz unbedingt zugelassen, er muß aber **strictissime** geführt werden und bloße Separation, wobei ein Beischlaf noch denkbar ist, genügt nicht, sie mag aus was immer für einem Grunde veranlaßt sein. Dagegen ist der Beweis der zweiten Thatsache, nämlich der Impotenz nicht unbedingt zulässig, sondern es kommt auf den Grund der Impotenz an.

Die Impotenz rührt entweder 1) daher, daß der Mann, obwohl im Besitz äusserlich unversehrter Geschlechtstheile, dennoch von Natur aus zu schwach ist, um den Beischlaf zu exerziren, oder es ist 2) die Zeugungsfähigkeit durch einen Unglücksfall, z. B. durch Verstümmlung, aufgehoben worden.

Nur der Beweis des letzteren Grundes der Impotenz wird zugelassen, nicht aber der Beweis des ersteren, oder der natürlichen Impotenz, und zwar deßhalb, weil der Beweis der Kraftlosigkeit der Geschlechtstheile auf der einen Seite ebenso trüglich, als auf der andern schmutzig ist, während die durch einen Unglücksfall herbeigeführte Impotenz durch ärztlichen Augenschein ohne große Schwierigkeiten herzustellen ist.

Einen besondern Fall der Zulässigkeit der Abläugnungsklage enthält der Art. 313, über dessen wahren Sinn die Ausleger nicht einig sind.

Er spricht von dem Ehebruche der Frau und von der Verheimlichung ihrer Niederkunft.

Gewiß ist nun, daß der Beweis eines Ehebruches für sich allein nicht genügt, um darzuthun, daß der Ehemann nicht der Vater des Kindes sei, weil er trotz eines Ehebruchs seiner Frau Vater des Kindes sein kann. Es ist ferner einleuchtend, daß das Bemühen der Frau, ihre Niederkunft dem Manne zu verheimlichen, als ein indirektes Bekenntniß ihrer Schande angesehen werden muß; denn sonst hat sie keinen Grund zu der Verheimlichung.

Ebendeßhalb hat nun auch das Gesetz hier eine Ausnahme gemacht. Worin besteht sie aber?

Einig ist man zunächst darüber, daß die Ausnahme sich nicht auf die Erleichterung des Beweises der Impotenz beziehe, daß es vielmehr hier stets bei der allgemeinen Regel bleibe und daß unter dem Vortrag aller Thatsachen nur Thatsachen mit Ausnahme der Impotenz gemeint seien, und zwar solche Thatsachen, die geeignet sind, die Ueberzeugung herbeizuführen, daß der Ehemann nicht Vater sei. Es ist also erlaubt, statt des oben erwähnten strengen Beweises einen Vermuthungsbeweis zu führen. Dagegen bewegt sich der Streit um die Frage, ob ausser der Verheimlichung auch ein Ehebruch bewiesen sein müsse, um weiteren Vermuthungsgründen, die z. B. hergenommen sind aus dem Alter, einer Krankheit des Mannes, aus einer Entfernung, die einen Beischlaf zwar nicht unmöglich aber unwahrscheinlich macht u. dgl., Eingang zu verschaffen. Zachariä **III.** p. 344, legt diesen Artikel dahin aus: Die Verheimlichung begründe eine **praesumptio adulterii** und wenn diese Vermuthung durch andere Gründe unterstützt werde, so reiche sie zur Verläugnungsklage hin. Andere dagegen verlangen den Beweis der Verheimlichung und des Ehebruches und lassen dann erst die weiteren Vermuthungsgründe zu.

Die letztere Meinung hat die meisten Schriftsteller für sich, und in Baden muß sie deßwegen als die richtige angesehen werden, weil bei der wirklich dunklen Fassung des Art. 313 der von demselben Falle redende und aus dem **C. c.** entlehnte §. 30 der Ehe-Ordn. zur Erläuterung benützt werden muß. Diese Erläuterung ist auch in der That klar im Sinne der letzteren Meinung im § 30. enthalten.

Ausser dem Ehemanne selbst ist kein Mitglied der Familie berechtiget, statt dessen die Abläugnungsklage zu erheben, es sei denn, daß derselbe während der Abläugnungsfrist stirbt, ohne das Kind

anerkannt zu haben. In diesem Falle sind die Erben dazu legitimirt. Art. 317.

Bestritten ist, ob die Erben auch dann hiezu berechtiget seien, wenn sie die Erbschaft ausschlagen? Da aber auch in diesem Falle ein Interesse der Familie vorhanden bleibt, daß sich kein fremdes Kind in die Familie eindränge, und da die Standesklagen nicht zu den Vermögensrechten gehören, folglich auch nicht einen Theil der ausgeschlagenen Vermögensmasse bilden, so muß man auch in diesem Falle die Klage den Erben gestatten.

Delvincourt Tom. II. p. 14.

II. Kapitel.

Von der Anerkennungsklage des Kindes oder von dem Beweise der ehelichen Kindschaft.

Das Kind ist alsdann in dem Falle, eine Anerkennungsklage zu erheben, wenn ihm gegenüber von der Familie, aus welcher es ehlich abstammen will, diejenigen Thatsachen bestritten werden, von welchen die Anwendung der **praesumtio: pater est etc.** abhängen. Diese Thatsachen sind:

I. daß es von der bestimmten Weibsperson geboren wurde;

II. daß dieselbe in den betreffenden 120 Tagen verheirathet gewesen ist, sei es auch noch so kurze Zeit.

Von selbst versteht es sich, daß hiebei nöthigenfalls auch der Beweis der Identität des Klägers mit demjenigen Kinde dargethan werden muß, welches unter den angegebenen Umständen geboren wurde.

Was zunächst den Beweis des ehlichen Standes der angeblichen Eltern betrifft, so vergleiche darüber den Art. 197.

Anlangend den Beweis, daß das Kind von der bestimmten Mutter geboren wurde, mit welcher der angebliche Vater in den 120 Tagen verehlicht war, so ist allernächst zu bemerken, daß dieser Beweis dem Kinde erleichtert werden mußte, da es als hülfloses Wesen der Willkühr und Nachlässigkeit derjenigen Personen Preis gegeben ist, denen die Pflicht obliegt, für die gehörige und wahre Beurkundung der Abstammung des Kindes in den Standesbüchern Sorge zu tragen.

Das Gesetz spricht von drei Wegen der Beweisführung:

1) von der durch den Eintrag im Geburtsbuche;
2) von dem Beweise, der aus einem gehörig constatirten Besitzstande folgt, und
3) von dem Beweise durch Zeugen.

Was man unter dem Standesbesitz zu verstehen habe, erläutert der Art. 321 zur Genüge, und wenn die Thatsachen, welche einen solchen Besitz begründen, abgeläugnet sind, so können sie durch Zeugen dargethan werden.

Es sind gar verschiedene Lagen denkbar, in welchen sich ein Kind hinsichtlich der Konstatirung der Vaterschaft befinden kann, und diese verschiedene Verhältnisse muß man stets vor Augen haben, um die einzelnen Bestimmungen des Code richtig aufzufassen.

Möglicher Weise kann

I. ein Kind laut seiner Geburtsakte ein ehliches Kind bestimmter Eheleute sein, es kann noch überdies den Besitzstand der Ehlichkeit gegenüber von diesen Eltern für sich haben, d. h. es kann auch von diesen Eltern als ehliches Kind stets behandelt worden sein, und dennoch andere Personen zu Eltern haben, wie es denn mancherlei Gründe geben kann, einen solchen Betrug zu spielen, z. B. wegen Erbschaften. Es könnte daher auch einem Kinde einfallen, einen andern Familienstand anzusprechen als denjenigen, für welchen sowohl die Geburtsurkunde als der Besitzstand spricht. Oder es könnte die Familie den mit der Geburtsurkunde und dem Besitz übereinstimmenden Stand des Kindes zu bestreiten suchen.

Hier hat aber der Art. 318 eine Grenze gezogen und verfügt, daß weder das Kind zu einer derartigen Reklamation, noch die Familie zu einer Abläugnung zuzulassen sei.

II. Das Kind ist zwar nach der Geburtsurkunde das ehliche Kind bestimmter Ehegatten, allein es hat keinen Besitzstand für sich, d. h. diejenigen, welche nach der Geburtsurkunde seine Eltern sind, haben es nicht als Kind behandelt, sei es nun, daß das Kind als unehlich vor der Welt gegolten hat, oder daß es von andern Eltern für ein ehliches Kind behandelt wurde.

Hier hat das Kind durch die Geburtsurkunde einen hinlänglichen Beweis und der mangelnde oder widersprechende Besitzstand kann ihm nicht entgegen gehalten werden, denn es trägt

daran keine Schuld, daß die als Eltern eingetragenen Personen es nicht als Kind behandelt haben. Art. 319.

Wie ist es aber dann zu halten, wenn die Geburtsurkunde zwar außer Zweifel setzt, von welcher Mutter das Kind abstamme, und auch der ehliche Stand dieser Mutter bewiesen ist, dagegen aber der Mann nicht als Vater in der Geburtsurkunde genannt, wenn vielmehr gar kein Vater oder ein anderer als Vater angegeben ist? Beweist auch hier die Geburtsurkunde für sich allein gegen den Ehemann?

Darüber streitet man und die Praxis schwankt. Vergl. Zacharia **III.** S. 340, **not.** 1.
wo die Frage bejaht wird. Es laßt sich auch in der That aus jenem Mangel der Geburtsurkunde mehr nicht ableiten, als daß er für eine Verheimlichung der Geburt spricht, und daß er dem Ehemann oder dessen Erben die Abläugnung erleichtert, nicht aber, daß das Kind bessere Beweise beibringen müsse.

III. Das Kind hat keine Urkunde dafür, daß es von den Eltern abstammt, welche es für seine ehlichen Eltern erklärt, allein es hat den Besitz gegenüber von denselben für sich, indem es stets als ein ehliches Kind von ihnen behandelt wurde.

Hier genügt der Beweis des Besitzstandes Art. 320, 321.

IV. Das Kind behauptet die ehliche Abstammung von gewissen Eltern und hat weder eine Geburtsurkunde noch einen Besitz gegenüber von denselben für sich (**à defaut de titre et de possession constante** — unrichtig im Landrecht übersetzt), oder es ist zwar eine Urkunde über die Geburt vorhanden, allein diese sagt, daß das Kind von andern oder von unbekannten Eltern geboren sei (es ist also insbesondere auch nicht die rechte Mutter angegeben) und das Kind behauptet, daß diese Urkunde die Unwahrheit enthalte. Hier wird

1) das Kind selbst zum Zeugenbeweise über die Richtigkeit seiner Behauptungen zugelassen, jedoch nur unter der Voraussetzung, daß entweder

a. der Anfang eines schriftlichen Beweises vorhanden ist, Art. 1348, oder

b. vor der Zulassung des Zeugenbeweises bereits solche Thatsachen unbestritten vorliegen, welche die Behauptung des Kindes wahrscheinlich machen. Art. 323, 324. Diese Voraussetzungen sind selbst im Falle des Art. 46 nothwendig. Dagegen ist hier aber auch

2) dem Gegner des Kindes jede Art von Gegenbeweis zugestanden, d. h. derselbe ist nicht wie bei der Abläugnungsklage darauf beschränkt, die Unmöglichkeit aus bestimmten Thatsachen zu deduziren, sondern was immer dienlich sein mag, dem Richter die Ueberzeugung von dem Gegentheile der Behauptung des Kindes beizubringen, muß als Beweismittel zugelassen werden, wären es auch nur dringende Vermuthungen. In den Fällen **II.** und **III.** dagegen findet ein solcher Gegenbeweis nicht statt, sondern es kommt alles darauf an, ob die Abläugnungsklage versäumt ist oder nicht. Im ersteren Falle ist der Gegenbeweis gänzlich abgeschnitten. Im letzteren Falle kann er nur in solchen Beweisen bestehen, die eine Abläugnungsklage rechtfertigen, und diese Beweise sind nur dann in ähnlicher Art, wie nach Art. 325 privilegirt, wenn der Fall des Art. 313 vorliegt. Jedoch bleibt stets der Unterschied zwischen beiden Fällen, daß auch im Falle des Art. 313 **jcto** 316 eine Frist zur Abläugnung gegeben ist, im Falle des Art. 325 aber nicht.

Die Art. 326—331 bedürfen keiner Erläuterungen.

III. Kapitel.

Von den natürlichen Kindern.

Die natürlichen Kinder sind diejenigen, welche von zwei Personen gezeugt wurden, die nicht mit einander getraut sind, oder deren Ehe mit Wissen beider an einem **imp. dirimens** litt; und in Folge dessen für nichtig erklärt wurde. Man theilt dieselben, wie nach gem. Rechte, in **naturales** im eigentlichen Sinne, **adulterini et incestuosi** ein. Diese letzteren beiden sind, als aus einem Verbrechen hervorgegangen, viel härter durch das Gesetz behandelt, als die **naturales**, obwohl auch diese letzteren, als Früchte eines unerlaubten Umganges im Code ziemlich strenge behandelt wurden. Sie haben vor den **adult. et incest.** den Vorzug, daß sie anerkannt und selbst **per subsequens matrimonium** zu ehlichen Kindern gemacht werden können, während solches bei den ersteren nicht der Fall ist.

I. Abschnitt.

Von der Legitimation.

Die Legitimation unehlicher Kinder tritt kraft Gesetzes, d. h. ohne weitere Erklärung der Eltern ein, wenn sie vor der Ehe von beiden Eltern anerkannt sind, und anerkannt werden konnten, (also nicht die **adult. et incest.**). Die Legitimation hat die in Art. 333 angegebene Wirkung. Siehe auch Art. 332. Wird das vor der Ehe gezeugte Kind erst während der Ehe geboren, so tritt der Art. 314 ein. Eine nach der Heirath erfolgte Anerkennung hat die Legitimation nicht zur Folge, weil das Gesetz besorgt, daß Eheleute, welche keine Kinder zu bekommen fürchten, auf diesem Wege fremde Kinder einführen und die Regeln der Adoption umgehen könnten.

Uebrigens ist es gleichgültig, auf welchem Wege die Anerkennung vor der Heirath bewirkt wurde, ob freiwillig oder durch richterliches Urtheil, soweit letzteres zulässig ist. Das Urtheil hat sogar rückwirkende Kraft, wenn die Klage vor der Heirath erhoben war, wie jedes Urtheil in der Regel auf den Tag der Klage zurückwirkt.

II. Abschnitt.

Von der Anerkennung natürlicher Kinder.

Der Ausdruck „natürliche Kinder" in der Ueberschrift dieses Abschnitts umfaßt nur die natürlichen Kinder im engern Sinne des Wortes, mit Ausschluß der **adult. et incestuosi** (ehewidriger Kinder). Es ergiebt sich dieses aus Art. 335 und 342.

Es ist also alles Folgende nur auf die ersteren anwendbar.

Diese natürlichen Kinder sind nun entweder

1) solche, deren Abstammung von Vater oder Mutter, oder von beiden zugleich auf eine in dem Gesetze gebilligte Weise hergestellt ist, anerkannte natürliche Kinder, oder es sind
2) solche, bei welchen ein gesetzlicher Beweis der Abstammung fehlt.

Die letzteren haben in rechtlicher Beziehung keine Verwandtschaft, und können daher auch keine Rechte ansprechen, welche aus

dem Verwandtschaftsverhältniß entspringen (vergl. jedoch dasjenige, was nachher von der Alimentation gesagt werden wird).

Die ersteren dagegen haben

a) das Recht auf Erziehung und Ernährung gegen die Eltern oder denjenigen Elterntheil, der juristisch als solcher bekannt ist. 383. 383 a. Nicht minder haben sie

b) gewisse Rechte an den Nachlaß der Eltern. Art. 756 ff.

Der gegenwärtige Abschnitt handelt vorzugsweise von der Frage, wie die Vaterschaft oder Mutterschaft eines unehlichen Kindes juristisch hergestellt werden könne. Es sind dafür zwei Wege bezeichnet, nämlich

I. das aus freiem Antrieb hervorgehende Bekenntniß der Eltern oder eines derselben.

II. Das richterliche Urtheil auf Klage des Kindes (**action en reclamation d'état**), die jedoch bestimmten Einschränkungen unterworfen ist.

ad I.

Unter einem freiwilligen Bekenntniß oder einer freiwilligen Anerkennung versteht das Gesetz nicht nur eine solche Erklärung, welche ohne Betrug und Zwang abgelegt wurde, sondern sie bildet den Gegensatz von einem solchen Bekenntniß, zu dessen Ablegung eine richterliche Aufforderung, z. B. in Folge einer Klage, oder einer Untersuchung ergangen ist.

Was nun die innern und äussern Erfordernisse der Anerkennung betrifft, so ist

1) Jeder fähig, ein unehliches Kind anzuerkennen, der überhaupt bei gesundem Verstand und in das männliche Alter gekommen ist. Selbst der Minderjährige kann es ohne Zuzug des Vormundes, weil die Anerkennung die Erfüllung einer natürlichen Verbindlichkeit ist. Zach. **III.** 399.

Man vergl. jedoch Art. 337 über die Wirkungen der während einer Ehe anerkannten (und vorher erzeugten) Kinder.

Jeder Elterntheil kann aber nur für sich allein das Kind anerkennen, und die Angabe des einen hat gegen den andern keine Wirkung. Art. 337.

Fähig anerkannt zu werden, sind die natürlichen schon vor ihrer Geburt als **nascituri**, nicht aber nach ihrem Tode, es sei denn nicht zum eigenen, sondern zum Vortheile der Nachkommen derselben. (Zach. l. c.)

2) Die Anerkennung ist eine Willenserklärung, wodurch man sich den juristischen Folgen der einbekannten Thatsache unterwirft. Es gelten daher mit den bereits bemerkten Ausnahmen die allgemeinen Regeln der Willenserklärungen.

Jedoch bedarf es keiner Acceptation, obwohl sie sonst bei allen Rechtsgeschäften erfordert wird.

3) Die Anerkennung muß in der Geburtsurkunde, oder wenn sie später geschieht, in einer öffentlichen Urkunde mit bestimmten Worten (334 a.) erfolgen.

Die Zusicherung von Alimenten giebt zwar ein Klagrecht auf diese, aber nicht die übrigen Wirkungen der Anerkennung.

Eine Privaturkunde genügt also nicht zur Anerkennung, und nach französischem Recht ebensowenig zu einer Vaterschaftsklage. Letzteres muß jedoch in Baden wegen Art. 340 a. angenommen werden, weil die Privaturkunde jedenfalls ein aussergerichtliches freiwilliges Bekenntniß enthält. Ebenso kann nach beiden Rechten eine Privaturkunde als Beweismittel zur Klage gegen die Mutter benützt werden. Art. 340.

Wer zur Errichtung der öffentlichen Urkunde competent sei, muß aus den allgemeinen Bestimmungen über die Errichtung öffentlicher Urkunden beurtheilt werden und es kann die Anerkennung auch gelegenheitlich der Errichtung einer öffentlichen Urkunde zu einem andern Zwecke geschehen, z. B. im Testamente. Bestritten ist, ob die bürgerlichen Standesbeamten zur Aufnahme einer Anerkennung competent seien, die erst nach dem Eintrage der Geburt stattfindet.

Der Art. 62 sagt aber deutlich, wie eine spätere Anerkennung in dem Geburtsbuch eingetragen werden soll, und es wäre äusserst gezwungen, zu behaupten, daß nur die Abschrift einer vor dem Staatsschreiber erfolgten Anerkennung, nicht aber eine Anerkennung vor dem Standesbeamten gemeint sei. Die Gültigkeit einer Anerkennung können nicht nur die Anerkennenden, sondern alle Interessenten, deren Vermögensrechte davon abhängen und streitig sind, anfechten. 339.

ad II.

Eine Klage auf Anerkennung kann in der Regel nie gegen den Vater, wohl aber stets gegen die Mutter (341) erhoben werden, denn der Art. 340 verbietet alle Nachfragen, wer Vater eines Kindes sei, unter welcher Form sie vor Gericht vorkommen,

und welchen Zweck sie haben mag — ob den Vortheil oder Nachtheil des Kindes.

Es mag also die Thatsache, daß Jemand Vater eines unehlichen Kindes sei, aus was immer für einem Grunde in einem Rechtsstreite behauptet werden, sie ist niemals zum Beweise auszusetzen.

Ausnahmen von dieser Regel enthält

1) der Art. 340 Absatz 2;
2) für Baden der Art. 340 a.;
   a) im Fall eines förmlichen Concubinats,
   b) im Fall einer Quasi Nothzucht,
   c) im Fall eines freiwilligen Bekenntnisses, d. h. eines solchen, welches nur mündlich oder schriftlich, aber nicht in einer nach Art. 334 beschaffenen Urkunde geschehen ist, und
   d) bei einer zufälligen Ueberweisung, d. h. es kann der in einer strafrechtlichen Untersuchung wegen Unzucht erhobene Beweis nicht im Civilwege benützt werden.

Es ist nämlich in Baden bei einer unehlichen Schwängerung die polizeiliche Verfolgung dieses Vergehens und die civilrechtliche Wirkung desselben zu unterscheiden. Wenn auch vor dem bürgerlichen Richter keine Nachfrage stattfindet, so kann doch nach bestehenden Verordnungen — Rgsbl. 1809, Nro. 27.
„ 1812, „ 21.
eine polizeiliche Untersuchnng eingeleitet werden, und solche unter gewissen Bedingungen (sofern nämlich der Schwängerer unaufgefordert von der Dirne angegeben wird und sich Verdachtsgründe gegen denselben herausstellen), auch auf den muthmaßlichen Schwängerer ausgedehnt werden. Das Resultat dieser Untersuchung kann nun in keinem Falle die civilrechtlichen Wirkungen der Anerkennung haben und ebensowenig können Geständnisse oder sonstige Beweise, die sich in der polizeilichen Untersuchung ergeben, zu einer Standesklage benützt werden. Dies will der Art. 340 a. andeuten.

Anhang.

Rechte auf Alimentation der nicht anerkannten unehlichen und der ehwidrigen Kinder.

Den Kindern, welche nicht anerkannt sind, oder nicht anerkannt werden können ist durch Art. 762 und 762 a. wenigstens ein Recht

auf Alimentation gegen ihre Eltern zugesichert. Sie können also im gerichtlichen Wege z. B. auf den Grund polizeilich oder strafrechtlich ergangener Erkenntnisse den Vater auf Ernährung belangen, oder die Vormünder können es in ihrem Namen thun. Dieses ist aber auch das einzige ihnen zustehende Recht. Nach der Stellung des Art. 762 und 762 a. im Erbrecht könnte es noch überdies scheinen, daß dieser Anspruch erst gegen den Nachlaß erhoben werden kann. So glaubt auch Brauer. Allein dies ist durchaus irrig und schon an sich aller Vernunft widersprechend, weil sonst die Kinder inzwischen verhungern könnten. Nur so viel ist richtig, daß diese Alimentationspflicht mit der weit umfassenderen Erziehungspflicht nicht verwechselt werden darf.

Die oben angeführten bad. Verordnungen geben über die Größe dieser Alimente Ziel und Maß.

Sie bestimmen ferner, daß öffentliche Cassen, welche die unehlichen Kinder wegen deren Armuth ernähren müssen, die Rechte der Kinder gegen den Vater zu ihrer Befriedigung geltend machen können (Art. 1166.).

VIII. Titel.

Von der Adoption.

Die Adoption ist ein feierliches, unwiderrufliches Rechtsgeschäft, kraft dessen zwischen dem Adoptanten und Adoptirten ein, der ehlichen Vaterschaft und Kindschaft ähnliches Rechtsverhältniß begründet, das bisherige Familienverhältniß des Adoptirten aber nicht aufgehoben wird. Der Adoptirte erwirbt also neue Rechte, verliert aber die bisherigen nicht.

Der Zweck dieses Instituts geht dahin, den Personen, welche keine ehlichen Kinder haben, obwohl sie verheirathet sind, oder eine Ehe abschließen könnten, Gelegenheit zu geben, ihren Drang nach Ausübung elterlicher Wohlthaten zu befriedigen.

Ungeachtet dieses wohlthätigen Zweckes ist die Adoption durch gesetzliche Erfordernisse beschränkt, damit sie das ehelose Leben nicht befördere.

In gewissen Fällen treten Ausnahmen von diesen Beschränkungen theils 1) rücksichtlich der gewöhnlichen Bedingungen, theils 2) rücksichtlich der Formen der Erklärung ein. Diese Ausnahmen

nennt man privilegirte Adoptionen (**adoptio remuneratoria art.** 345 und **adoptio testamentaria art.** 366.).

Die Pflegvaterschaft (**tutelle officieux**) ist ein Wohlthätigkeitsvertrag, kraft dessen sich Jemand verpflichtet, einen Minderjährigen auf eigene Kosten zu ernähren, zu erziehen und überhaupt für ihn und seine Güter zu sorgen.

Sie ist also eine freiwillige Uebernahme der vormundschaftlichen Pflichten auf eigene Kosten. Sie dient zur Vorbereitung und Erleichterung der Adoption.

Aus dem Begriff, Zweck und der gesetzlichen Beschränkung der Adoption ergeben sich folgende Resultate:

1) Die Adoption ist ein Rechtsgeschäft und fordert deßhalb Einwilligung beider Theile. Der Adoptirte muß volljährig sein, ausgenommen im Falle des Art. 345, vergl. Art. 346.

2) Die Adoption kann nicht beliebig stattfinden, sondern es sind bestimmte Bedingungen hinsichtlich des Alters und vorausgegangener 6jähriger Pflege nothwendig.

Diese Bedingungen sind im ersten Abschnitte genau angegeben.

Ob auch natürliche Kinder von ihren Eltern adoptirt werden können, ist in Frankreich streitig wegen des Art. 908, welcher, wie man sagt, dadurch umgangen würde. Bejaht wird dennoch die Frage von Zachariä **III.** S. 378, und so muß sie in Baden nach Zusatz 345 a. entschieden werden.

3) Die Adoption ist ein feierliches Rechtsgeschäft, d. h. es muß einestheils die Einwilligung in bestimmten Formen abgegeben und anderseits von der Obrigkeit **prævia causæ cognitione** bestätigt werden. Auch ist der Eintrag der Bestätigung in die bürgerlichen Standesbücher nothwendig.

Ueber das Verfahren bei der Adoption vergl. Art. 353—360. Eine Ausnahme hievon macht die **adoptio testamentaria** im Falle des Art. 365.

4) Die Adoption ist unwiderruflich.

Sie kann weder **ad diem** noch **sub conditione** eingegangen, noch **mutuo dissensu** aufgelöst werden.

Sie wird unwiderruflich perfect durch die Bestätigung, jedoch **sub conditione** des vorgeschriebenen Eintrags. 359.

Mit der Unwiderruflichkeit ist aber das Recht der Anfechtung wegen Mangel der gesetzlichen Erfordernisse nicht zu verwechseln. Streitig ist, ob dieses Recht auch den Erben zukomme? Die Frage

ist arg. art. 360 in allen andern als in dem in diesem Artikel genannten Falle zu verneinen.

5) Anlangend die Wirkungen der Adoption, so sind sie in Art. 348 bis 352 angegeben und das Erheblichste über diese Artikel muß im Erbrecht zur Sprache kommen.

Das Nähere über die Pflegvaterschaft siehe in Art. 361—371.

IX. Titel.

Von der elterlichen Gewalt.

Diese unterscheidet sich schon dadurch von dem römischen Recht, daß sie eine elterliche und nicht blos eine väterliche Gewalt ist, indem nicht blos der Vater, sondern auch die Mutter nach französischem Rechte diese Gewalt haben kann, wenn sie gleichwohl während der Ehe der Vater allein ausübt. Art. 373. Sie ist aber auch im Prinzipe sehr abweichend.

Die Römer betrachteten jene Gewalt als einen Ausfluß des Eigenthums an den Kindern und daher kommt die **unitas personæ** zwischen Vater und Hauskind. Sie ist die Summe aller Rechte und Pflichten zwischen Vater und Kind.

Das französ. Recht dagegen betrachtet die in der elterlichen Gewalt liegende Rechte theils als ein nothwendiges, theils als ein billiges Annexum der den Eltern obliegenden Pflicht, die Kinder zu erziehen, weil die Erziehung ohne derartige Rechte und insbesondere ohne das Recht auf Gehorsam und Erzwingung des Gehorsams nicht möglich ist.

Es ist daher überall keine **unitas personæ** vorhanden (387) und es können Verträge selbst zwischen dem Vater und seinen Kindern stattfinden, soweit sie zwischen einem Vormunde und Mündel mit Beobachtung der erforderlichen Formen erlaubt sind. Nur dürfen die Verträge nach ihrem Inhalt, dem Wesen und den Folgen der elterlichen Gewalt nicht widerstreiten, weil die Eltern diese ihre Rechte nicht veräussern können.

Die Rechte im Einzelnen bestehen:

1) in einer genau begrenzten persönlichen Gewalt der Eltern über die Kinder, Art. 371—384. In Bezug auf das Einsper-

ren-lassen der Kinder Art. 376 ff. ist namentlich der Unterschied zwischen den einzelnen, im Gesetze berührten, Fällen von Erheblichkeit, daß die Verhaftung bald auf den alleinigen Antrag des Vaters geschehen kann, bald eine causæ cognitio der Obrigkeit vorausgehen muß.

2) In Genußrechten an dem eigenen Vermögen der Kinder 384 bis 387, womit von selbst die Verwaltung verbunden ist.

3) In der Verwaltung desjenigen Vermögens, welches von der Nutznießung ausgenommen ist. Art. 386, 387, 389.

Folgendes ist hierüber zu bemerken:

1) Bei Schenkungen an die Kinder kann gültig bedungen werden, daß den Eltern die Verwaltung nicht zustehen soll, weil ihnen ja selbst die Nutznießung entzogen werden kann.

2) Die Nutznießung steht nur den ehlichen Eltern zu, nicht aber auch denjenigen, die ein natürliches Kind anerkannt haben. Vergl. 303 a.

3) Ueber die Lasten dieser Nutznießung wurde schon früher das Nöthige bemerkt, soweit sie die Erziehung nach dem Vermögen der Kinder zum Gegenstande haben. Anlangend die weiteren, in Art. 385 genannten, Lasten, so sind dieses solche, welche theils mit dem Besitze des Vermögens überhaupt, theils mit der Erwerbung desselben verbunden sind. Wenn nämlich bei dem Erwerbe des Vermögens Rückstände und Kapitalzinse zu entrichten, oder die Krankheits- und Begräbnißkosten desjenigen, von dem das Vermögen herrührt, z. B. des Erblassers, zu bestreiten sind, so sollen diese Kosten nicht aus dem Kapitalstock, sondern aus den Revenüen bestritten werden. Sie dürfen daher den Kindern bei der Auslieferung des Vermögens nicht aufgerechnet werden.

4) Das Endziel der Nutznießung ist in Art. 384 angegeben, und man hat darum das 18te Jahr festgesetzt, weil man besorgte, daß sonst die Eltern die Gewalts-Entlassung verzögern möchten, um desto länger im Vermögens-Genusse zu bleiben.

Durch den § 8. Absatz 3. des 1. EE. ist jedoch für Baden eine Abänderung getroffen und das Endziel der Nutznießung in der Regel auf das Eintreten der Volljährigkeit festgesetzt.

5) Wenn die Kinder sterben, so hört nach französ. Rechte die aus der elterlichen Gewalt entspringende Nutznießung auf, weil sie als ein Aequivalent der Erziehungslast erscheint.

In Baden existirt jedoch eine Verordnung vom Jahr 1819, Regsbl. Nro. X., wornach unter Hinweisung auf Art. 620 im Fall des Todes die Nutznießung dennoch bis zum 18ten Jahre fortdauern soll.

Der Art. 620 paßt aber hieher durchaus nicht und man scheint überdies — in Bezug auf den **terminus ad quem** — nicht mehr an den § 8. des 1. E. E. gedacht zu haben.

Es wird dieser Verordnung die Gesetzeskraft bestritten, weil sie nur vom Justitzministerium, nicht aber vom Regenten selbst publizirt ist, und wenn man diese Meinung anerkennt (Vorträge § 6.), so muß man auch bei uns die Nutznießung, als mit dem Tode des Kindes erloschen, betrachten.

6) Mit der Nutznießung hört nicht nothwendig die Verwaltung auf, wo sie noch für die Kinder nothwendig ist. Wo aber die Verwaltung nicht als Folge der Nutznießung erscheint, mithin dasjenige Vermögen betrifft, welches von der Nutznießung ausgeschlossen ist, Art. 387, müssen die Eltern natürlich über Hauptstock und Einkünfte Rechnung ablegen, während sie bei der Nutznießung nur über den Hauptstock Rechnung zu thun schuldig sind, Art. 389.