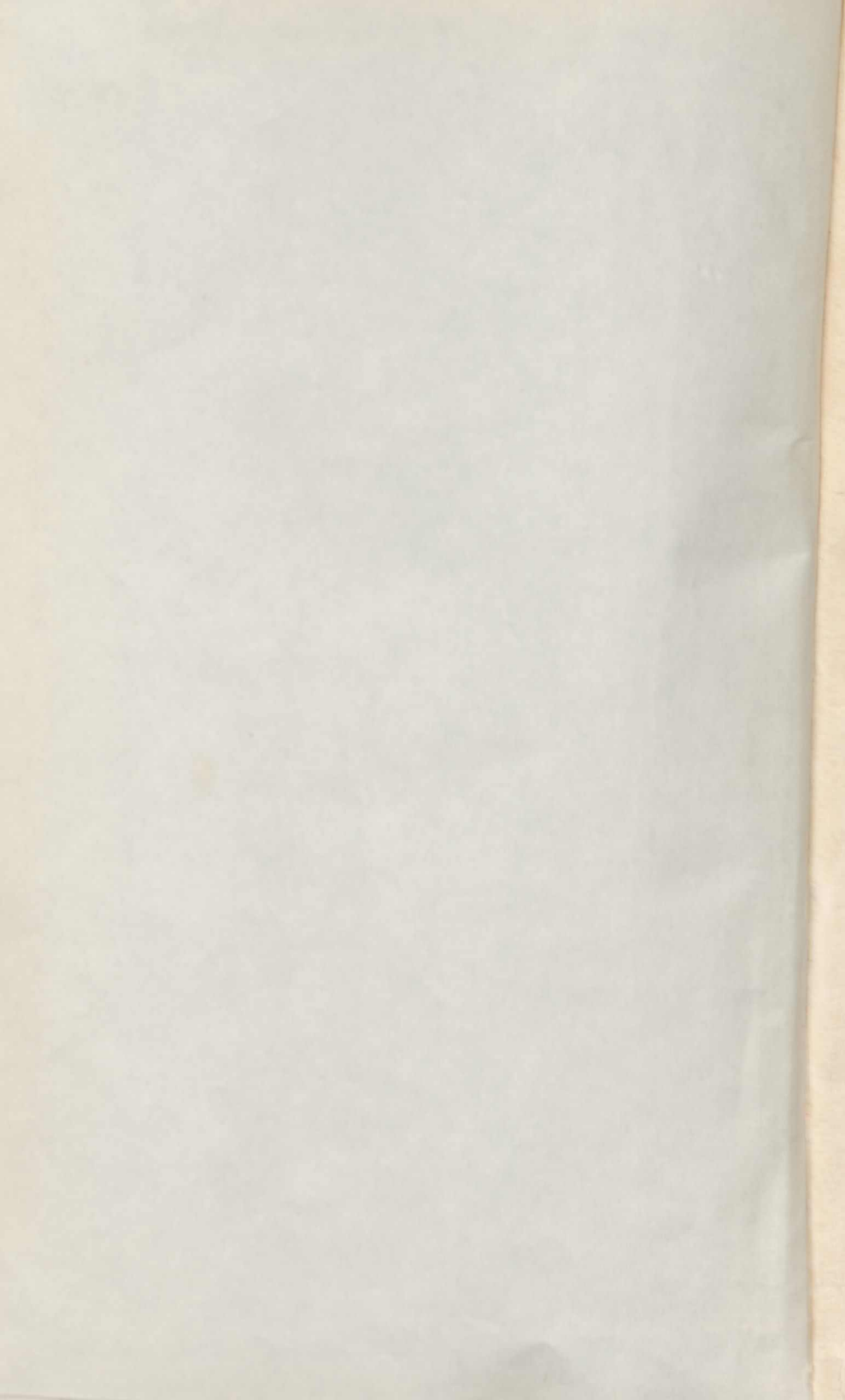


UB SALZBURG



+DM57843100





6348

Commen tar

zum

österreichischen allgemeinen

bürgerlichen Gesetzbuche

von

Dr. Leopold Pfaff und Dr. Franz Hofmann,

Professoren der Rechte an der Wiener Universität.



Erster Band.

Erste Abtheilung.



Wien, 1877.

Wanz'sche k. k. Hof-Verlags- und Universitäts-Buchhandlung.



UB SALZBURG



+DF107748009

TA

V o r r e d e.

Ein neuer Commentar zu einem seit mehr als zwei Menschenaltern geltenden, oft und ausführlich commentirten Gesetzbuch könnte den Verdacht unnützer Büchermacherei erwecken. Wenn dann noch die Verfasser einer Schule angehören, welche gegen die bloß exegetische Methode nachdrücklichen Widerspruch erhoben hat, so laden sie überdies den Verdacht der Inconsequenz auf sich.

Allein wer die exegetische Bearbeitung und Lehre des Rechtes für nicht ausreichend erklärt, behauptet damit nicht entfernt ihre Entbehrlichkeit. So gewiß bei der systematischen Entwicklung eines positiven Rechtes unzählige Fragen überhaupt erst zum Bewußtsein kommen, an die bei der bloßen Paragraphen-Erklärung Niemand denkt, so gewiß tauchen hinwieder bei der Exegese Fragen auf, die bei der systematischen Behandlung übersehen werden oder doch in den Hintergrund treten. So Manches kann und soll im Commentar ausführlich erörtert werden, was im System nur nebenbei berührt werden kann und umgekehrt. Und so wird kaum der Unterricht, noch weniger aber die Praxis des Commentars entrathen können.

Das Richtige scheint also, daß System und Commentar einander ergänzen. Nicht mehr die Frage, ob Exegese oder Systematik steht heut in erster Reihe; nur daß auch in jedem Partikularrecht zugleich das Recht bearbeitet werde, ist unerläßlich. Aber erst eine Verbindung beider Methoden stellt für jede Frage alle Argumente zur Verfügung; gewiß bewahrt die systematische Methode sicherer vor jenen

Widersprüchen, denen die der Gesetzgebung Schritt für Schritt folgende Wissenschaft nur zu leicht verfällt; gewiß vermag sie eher große, leitende Gesichtspunkte, jene innere und äußere Vollständigkeit und namentlich jene eigenthümliche Gestaltung des Stoffes zu gewinnen, welche die Wissenschaft fordert; aber Niemand wird glauben, daß die Form des Commentars seinen Verfasser zu einer *κατὰ-πόδα*-Forschung nöthige, bei welcher er dem Manne gleiche, der um ein großes Gemälde richtig zu beurtheilen, es nur Zoll für Zoll genau besehen wollte. Wir glauben vielmehr, die Fehler, die sich so gerne mit der exegetischen Methode verbinden, lassen sich größtentheils vermeiden; wir glauben, die Form des Commentars muß kein Hinderniß sein, den Ergebnissen systematischer Untersuchungen ihre Gestalt zu geben, und darum meinen wir, unseren wissenschaftlichen Ueberzeugungen dadurch nicht untreu geworden zu sein, daß wir es unternahmen, die Resultate unserer vieljährigen Arbeiten und Forschungen in der Form eines Commentars zu veröffentlichen. Die Gründe, die uns bestimmten, diese Form zu wählen, ergeben sich von selbst aus dem Folgenden.

Unsere Literatur besitzt bereits ein systematisches Werk, und zwar ein anerkannt mustergiltiges über das österreichische Privatrecht. Ist dieses Werk auch nicht in allen Theilen ausgebaut, so erhält es doch allmählig eine Ergänzung durch die wachsende Zahl gediegener Monographien über einzelne Gebiete unseres Privatrechts. Dagegen ist noch kein größer angelegter Commentar über unser bürgerliches Gesetzbuch mit den Mitteln der modernen Wissenschaft unternommen worden, während doch wohl das Bedürfniß nach einer neuen, das ganze Gebiet unseres allgemeinen Civilrechts umfassenden eingehenden Bearbeitung kaum von irgend einer Seite bestritten werden dürfte. In einer solchen Darstellung soll vorerst Alles, was in der umfangreichen älteren österreichischen Literatur von bleibendem Werthe ist, anerkannt und erhalten werden; gewissenhaft sichtende Prüfung ist dabei freilich unerläßlich, aber die Absicht, die Vorgänger herabzusetzen, wird ihr fremd sein; denn daß wir heut mit vollkommenerer Methode arbeiten, als die alten Commentatoren, ist nicht unser Verdienst — es ist eben kein Verdienst, später geboren zu sein. Die neuere Forschung in und außerhalb Oesterreichs hat ferner eine Fülle erprobter Resultate

an's Licht gestellt, die es gilt, mit einiger Vollständigkeit zu verwerthen. Auch sonst ist der Stoff ein anderer und reicherer geworden, seit in den fünfziger Jahren die letzte namhafte zusammenfassende Arbeit auf diesem Gebiete geleistet wurde. Zahlreiche Gesetze haben seither unser bürgerliches Recht in wesentlichen Punkten umgestaltet, und so tief greifende Aenderungen herbeigeführt, daß eine bloße Einführung oder gelegentliche Einschaltung der neuen Bestimmungen nicht genügt, dieselben vielmehr in den Zusammenhang des alten Rechtes wissenschaftlich eingefügt werden müssen. Nicht minder hat eine reiche, zum Theil in bequemer Weise ersichtlich gemachte Spruchpraxis neue Fragen der Wissenschaft gestellt und großentheils auch selbst schon befriedigend beantwortet.

Außer diesem neuen Stoff, den Literatur, Praxis und Gesetzgebung bieten, standen uns auch neue Hilfsmittel zur Erforschung des alten zur Verfügung. Die entgegenkommende Güte Sr. Excellenz des Herrn Justizministers Dr. Glaser, für welche wir ihm hiemit unseren wärmsten Dank aussprechen, gestattete uns die Benutzung eines unschätzbaren Interpretationsmittels, das bisher keinem Commentator nach Zeiller zugänglich war. Wir meinen die officiellen Materialien zum bürgerlichen Gesetzbuch, namentlich die Sitzungsprotokolle der Hofcommission, in welchen das Gesetzbuch seine letzte Gestalt erhielt. Dadurch wurde der Bearbeitung unseres bürgerlichen Rechtes die nachträgliche Lösung einer Aufgabe zugleich gestellt und ermöglicht, die heutzutage in Beziehung auf ein neues Gesetz überhaupt die erste zu sein pflegt, die man in Angriff nimmt. Die Gegenwart läßt die Arbeit der Gesetzgebung sich im Lichte der Oeffentlichkeit vollziehen; die Motive des Gesetzentwurfes liegen vor Aller Augen, ehe das Gesetz als solches beschlossen ist, und Berathung und Beschlußfassung erfolgen im Schooße des Parlaments. Dagegen ist unser bürgerliches Gesetzbuch von Staatsbeamten — und allein von solchen — berathen und redigirt, und sind ihre Berathungen der Oeffentlichkeit bisher nie zugänglich gemacht worden. Erst jetzt erlaubt die Gunst der Zeit, was in Frankreich sofort, in Preußen seit geraumer Zeit gestattet war, die Benutzung der Materialien des Civilgesetzbuches zu wissenschaftlicher Arbeit. Und so liegt denn ein

Theil unserer Aufgabe darin, ein unfreiwilliges, mehr als sechzig-jähriges Versäumniß der österreichischen Civilistik nachzuholen. Wir können nicht umhin, an dieser Stelle Herrn Ministerialrath von Sarrasowsky, der zuerst diese Materialien benutzt und auf ihre Wichtigkeit öffentlich aufmerksam gemacht hat, für die gütige Bereitwilligkeit bestens zu danken, mit welcher er uns zur Erlangung und Herbeischaffung dieser Dokumente behilflich war.

Neben diesem wichtigsten neuen Hilfsmittel, von dem kaum bemerkt zu werden braucht, daß seine umfassende erste Benutzung in keiner anderen als der Form des Commentars eine gleich übersichtliche sein kann, darf es nur als etwas Nebensächliches erwähnt werden, daß wir die italienische Literatur des österreichischen Civilrechtes mehr, als bisher geschehen ist, berücksichtigt haben.

Dies die Momente, in denen sich der vorliegende Commentar schon äußerlich von seinen Vorgängern unterscheidet, und die allein schon seine Existenzberechtigung begründen dürften.

Unsere Richtung ist wesentlich dieselbe, welche in Oesterreich zuerst und mit bahnbrechendem Erfolge Unger eingeschlagen hat. In seiner Schule haben wir die Ueberzeugung gewonnen, daß die Gesetze, wie alle geschichtlichen Erscheinungen, nicht ohne eingehende geschichtliche Forschung verstanden werden können, daß man den Boden und die Atmosphäre kennen müsse, auf dem und in der ein positives Recht erwachsen ist. Darum ist auch der älteren gemeinrechtlichen Literatur eine eingehendere Berücksichtigung geworden, als ihr wissenschaftlicher Gehalt zu verdienen scheint.

Es ist ein noch immer weitverbreitetes Vorurtheil, als ob die Juristen dieser Richtung der Praxis ein neues Recht aufzudrängen suchten, als ob das abgeschaffte „gemeine Recht“ durch eine Hinterthür wieder eingeschmuggelt, und — in Verkennung der Grenzen zwischen positiver Jurisprudenz und Rechtspolitik — das gegebene Recht nach subjectiver Wohlmeinung gebogen und gedreht würde. Gegen solche Vorurtheile sollte uns schon die Thatfache sichern, daß wir jahrelange Arbeit an die Durchforschung der Materialien gewendet haben, aus denen das Gesetzbuch entstanden ist. Hatte Unger seine ganze Kraft einsetzen müssen, um den lange unterbrochenen Zusammen-

hang der österreichischen mit der deutschen Privatrechtswissenschaft wieder herzustellen, so konnten wir, ohne diesen preiszugeben, wieder eine ganz besondere Sorgfalt auf die heimischen Erkenntnißquellen verwenden; und damit muß der letzte Schein verschwinden, als ob nach gemeinrechtlichen Theorien entschieden würde, wo nach österreichischen Gesetzen zu entscheiden ist. Andererseits darf aber auch nicht verkannt werden, daß es eine besondere Wissenschaft eines Partikularrechtes nicht gibt; die Beziehungen auf gemeines und sonstiges ausländisches Recht dürfen heut nicht mehr als todttes Material in den Anmerkungen figuriren. Was für das eine Rechtssystem gewonnen wird, muß für alle gewonnen sein, und so wird das gemeine Recht für die partikularen, diese für jenes, wie die Mundarten für die Schriftsprache, und die partikularen unter einander sich wechselseitig von Werth und Bedeutung. Nur die rechte Grenze zu finden, ist hier oft nicht leicht. Gar manche Sätze unseres Rechtes haben die größte äußerliche Aehnlichkeit z. B. mit Sätzen des römischen Rechtes, und sind doch ihrem innersten Wesen nach etwas anderes (z. B. die Vorschriften über die sogen. hinkenden Geschäfte). Da heißt es, der naheliegenden Versuchung widerstehen, unser Recht zurückzuromanisiren, und die Eigenartigkeit unseres Rechtes, wo sie besteht, energisch betonen, — gleichviel ob ihre Wurzel in einem Mißverständniß des gemeinen Rechtes liegt oder selbständigen Erwägungen entstammt; nur muß eben auch nachgewiesen werden, ob das Eine oder das Andere der Fall ist, und darf umgekehrt auch Selbständigkeit unseres Rechtes nicht affectirt werden, wo sie nicht vorhanden ist.

Und auch der Vorwurf sollte endlich verstummen, als ob eine nergelnde und pietätlose Kritik gegen unser heimisches Gesetzbuch gekehrt würde. Wir wiederholen, was Unger schon vor fast fünfzehn Jahren gesagt: daß das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch unter den Gesetzeswerken seiner Zeit „einen ehrenvollen, wenn nicht gar den ersten Platz einnimmt“ und daß es „schwer fallen dürfte, ein Gesetzbuch der neueren Zeit namhaft zu machen, welches zu dem gegenwärtigen Stande der Wissenschaft in einem so günstigen Verhältniß stünde, wie das bürgerliche Gesetzbuch zu der Jurisprudenz seiner Zeit“ (Verlassenschaftsabhandlung S. 1). Wir fügen hinzu, daß wir von aufrichtiger

Achtung namentlich für Zeiller's Gesetzgebungskunst und von der Ueberzeugung erfüllt sind, daß das österreichische allgemeine bürgerliche Gesetzbuch nicht nur in der Geschichte des Rechtes, sondern auch des deutschen Schriftthums immer mit Anerkennung genannt werden wird. Man vergleiche nur den an der Grenze der letzten Jahrhunderte noch immer vorherrschenden Popsstyl in der deutschen Rechtswissenschaft mit der edlen, schlichten, rein-deutschen Ausdrucksweise unseres Gesetzbuches!

Woher, wenn nicht aus dieser Liebe und Pietät, hätte unser Lehrer und hätten wir die Geduld und Entsagung geschöpft, um die Kraft der besten Jahre an das Studium dieses Gesetzes zu wenden? Wer hätte je sich so hingegeben an das, was er geringschätzt?! — Aber freilich, den Gesetzverfassern Unfehlbarkeit beizulegen, wie selbst der verdienstvolle M. Schuster (Ztschft. f. österr. Rechtsgel. 1831 II. Bd. S. 112, 116, 118) that, oder zu meinen, das Gesetzbuch vermöge heute nach sechsundsechzig Jahren noch allen Anforderungen des Lebens und der Wissenschaft zu genügen, — das scheint uns etwas Anderes zu sein als Pietät und Patriotismus. Deshalb trugen wir kein Bedenken, auf Mängel des Gesetzes aufmerksam zu machen.

Eine ebenso offenmüthige Kritik haben wir der Spruchpraxis gegenüber, wo wir ihren Ergebnissen nicht zustimmen konnten, geübt. Daß damit das Ansehen der Gerichtshöfe geschmälert würde, ist nicht zu fürchten; hat doch das Ansehen der berühmtesten Rechtslehrer selbst in den Augen der Studierenden nie dadurch gelitten, wenn gegen manche ihrer Ansichten Widerspruch erhoben worden ist. Auch wird kein Einsichtiger daran Anstoß nehmen, wenn in der Praxis eines und desselben Gerichtshofes Widersprüche nachgewiesen werden. Sind es doch fast nie dieselben Männer, welche das eine und das andere Mal geurtheilt haben. Gleichförmigkeit der Praxis, wenn auf wissenschaftlicher Uebereinstimmung ruhend, ist eine schöne Sache; aber der richterliche Beruf würde seiner Erhabenheit beraubt, wenn der Richter, statt nach seinem besten Wissen und Gewissen, nach Präjudicaten urtheilen würde (vgl. bei S. 8). Gleichwol ist die Kenntniß derselben für ihn und noch mehr für den Anwalt unentbehrlich. Deshalb wird in diesem Werke die Spruchpraxis sorgfältig berücksichtigt, wobei auch die Wissenschaft bereichert wird; denn „der besondere

Streitfall liefert Gedanken und dient zur Probe" (Mohl Staatsrecht, Völkerrecht u. s. w. I. S. 73). Doch wurden nicht alle veröffentlichten Rechtsfälle, sondern nur solche angeführt, die uns wirklich instructiv erschienen.

Am wenigsten haben wir Mißverständnisse zu befürchten, wo wir unsere Kritik gegen Ansichten anderer Schriftsteller kehren. Nur ein Punkt sei hervorgehoben. Wenn wir zuweilen eine Behauptung als sicheres Wissen dem Irrthum entgegensetzen (so z. B. bei S. 541, S. 1353), so geschieht dies dort, wo wir durch die Protokolle in der glücklichen Lage waren, authentischen Aufschluß über Fragen zu erhalten, die ohne diesen dunkel bleiben mußten; wir können uns darauf nichts zu Gute halten.

Diese Benutzung der Protokolle nun „ist keine so leichte Arbeit, als es den Anschein hat. Nicht allein deswegen, weil die Bemerkungen über die einzelnen (Paragraphen) oft an den verschiedensten Orten zu suchen sind, sondern namentlich auch aus dem Grunde, weil die Berathungen verschiedene Phasen durchlaufen haben, und dabei die Anschauungen der Versammlung sich in Nebenpunkten, ja mitunter selbst in Hauptpunkten änderten. Dies ist aber aus der den einzelnen Paragraphen betreffenden Debatte nicht immer erkennbar, sondern ergibt sich nur aus einer Vergleichung auch der über andere Bestimmungen erfolgten Verhandlungen.“ Diese Worte eines Commentators und zugleich Mitredactors des allgemeinen deutschen Gesetzbuches (Friedrich v. Hahn Comm. 2. Aufl. I. Bd. Einleitung S. LV) gelten für unser Gesetzbuch, wie aus der Geschichte seiner Entstehung klar werden wird, in noch höherem Maße. Um so weniger durften wir unsere Arbeit auf bloße nach der Ordnung der Paragraphen angereihte Auszüge aus den Materialien beschränken; vielmehr erschien es geboten, vorerst solche zur Veröffentlichung in dieser Gestalt gar nicht bestimmte Auszüge mit größter Genauigkeit anzufertigen, dann aber das auf diesem Wege Gewonnene in die Darstellung zu verarbeiten, damit der Leser nicht den ganzen ermüdenden Weg der Forschung mit uns nochmals zurücklegen müsse.

Ist aber diese letztere Arbeit bei dem Umstande, als wir einen Commentar aus Zeiller's Feder besitzen, nicht unnöthig? Die Ver-

gleichung der beiden Werke wird die Antwort geben. Hier nur wenige Bemerkungen.

So groß der Werth von Zeiller's Commentar ist, so hat man doch oft seine Autorität überschätzt, nicht bedenkend, daß Zeiller nicht der Verfasser unseres Gesetzbuches ist, da seiner Redaction bereits ein fertiger Text, das sogenannte Westgalizische Gesetzbuch, zu Grunde lag, und daß er selbst diesen Text zuweilen mißverstanden hat (z. B. das Wort „nur“ in §. 545; s. Westg. G. B. II. §. 342). Auch ist seine Ansicht nicht immer die der Mehrheit der Redactoren gewesen (ein Beispiel bei §. 541). Zuweilen vergißt er wol auch, was er in den Berathungen selbst gesagt (ein Beispiel bei §. 779). Auch ist der Commentar im Hinblick auf das dringende Bedürfniß rasch geschrieben, zum Theile noch vor Beendigung der Redaction, weshalb die allegirten Paragraphenzahlen so auffallend oft unrichtig sind, weil die Zählung später noch geändert wurde. Dazu kommt, daß jeder Schriftsteller zunächst mit Rücksicht auf seine Zeitgenossen schreibt, und Zeiller unmöglich wissen konnte, was einem Enkelgeschlechte bekannt, was fragwürdig erscheinen werde. Endlich ist es ein Irrthum zu glauben, die Urheber eines Gesetzbuches hätten die sicherste Kenntniß von seinem Inhalt. Noch fehlt ihnen jener Ueberblick, den sich die Späteren erwerben. Kommt doch noch in den Protokollen der letzten Lesung (30. November 1809) die Aeußerung vor: Ein Satz (der Schlußatz des §. 551) solle aufgenommen werden, „wenn diese Vorschrift nicht schon irgendwo im Gesetzbuch enthalten sein sollte.“ Dem Mitglied einer Redactionscommission ist das bis dahin geltende Recht klarer gegenwärtig, als das, an dessen Schaffung eben gearbeitet wird. Wie leicht wird übersehen, was in einer Sitzung vor Jahren beschlossen worden war! Und deshalb schien uns nicht nur gegenüber Zeiller's Commentar, sondern auch — und noch mehr — gegenüber manchen gelegentlichen Aeußerungen der Redactoren in den Debatten kritische Vorsicht geboten. Ueberhaupt haben wir uns immer gegenwärtig gehalten, daß nur das sanctionirte Gesetz, nicht auch — so groß ihr dogmengeschichtliches Interesse sein mag — die in den Materialien ausgesprochenen theoretischen Meinungen einzelner oder aller Redactoren für uns maßgebend sein können (s. S. 187 f.).

Unser Verhalten zur Rechtsgeschichte war durch folgende Erwägungen bestimmt: In der Josephinischen Zeit, in der die Codificationsarbeiten ihre ersten Früchte zu tragen anfangen, beginnt der Faden zu zerreißen, der das österreichische bürgerliche Recht mit dem gemeinen verbindet. Bis dahin hatte das gemeine Recht in Oesterreich die nämliche Bedeutung als praktisches Recht, die ihm noch heut in den Ländern des gemeinen Rechtes zukommt. Bis zu dieser Zeit — regelmäßig nicht noch weiter — mußte daher zurückgegriffen werden. Nur ist die Darstellung der österreichischen Rechtsgeschichte in unserem Commentar, der ein dogmatisches Lehrbuch für den Lernenden und ein Handbuch für den Praktiker sein will, keine ex professo zu lösende Aufgabe; das Rechtsgeschichtliche ist uns nur ein Hilfsmittel für die Dogmatik. Wir wollen nicht einmal eine erschöpfende innere Geschichte der Codification geben — schon darum, weil es den Codificationsarbeiten an dem engen pragmatischen Zusammenhang in sich selbst fehlt.

Eine umfassende Benutzung der Literatur wurde uns erleichtert durch die Gefälligkeit der Leiter der Hof- und der Universitäts-Bibliothek, sowie der Bibliotheken des k. k. Justizministeriums und des k. k. obersten Gerichtshofes; ihnen allen sprechen wir hier unseren Dank aus.

Bereitwillig räumen wir ein, daß die Ausführung in dem vorliegenden Werke nicht so gleichmäßig ist, als eine strenge Kritik vielleicht fordern möchte. In den allgemeinen Lehren konnten wir, sollte Selbständiges geleistet werden, uns nicht so kurz fassen, als in manchen späteren Partien der Fall sein wird. Daß die Redaktionsgeschichte trotz des verdienstlichen Buches von Harraowsky so ausführlich gehalten ist, mag damit entschuldigt werden, daß es an einer solchen, welche zuverlässig und vollständig gewesen wäre, in den Gesamtdarstellungen unseres bürgerlichen Rechtes bisher fehlte, und gerade hier, zum Theil auf Grund eigener mühsamer Quellenforschung eine wenigstens nach gewissen Seiten hin abschließende Arbeit geliefert werden konnte.

Um aber zu verhüten, daß der Commentar, in diesem Maßstabe weitergeführt, einen Umfang erhalte, der seiner Brauchbarkeit Eintrag thäte, haben wir folgende Einrichtung getroffen. Wo die Beweis-

führung für eine neue Ansicht einen zu breiten Raum erfordert, wird sie einem besonderen Aufsatze vorbehalten, und nur das Resultat (meist unter Andeutung der wichtigsten Argumente) im Commentar mitgetheilt. Diese Aufsätze werden zusammen mit monographischen Darstellungen einiger bisher vernachlässigter Partien und einigen Auszügen aus den Protokollen ein eigenes Werk bilden, das den Titel „Excurse“ führen wird. Dieses Werk wird nun freilich in einem Abhängigkeitsverhältniß zu dem Commentar stehen, nicht aber umgekehrt dieser zu jenem. Der Commentar ist auch ohne die Excurse ein in sich abgeschlossenes Werk und die Verweisungen auf sie haben keine wesentlich andere Bedeutung, als wenn hinsichtlich irgend einzelner Punkte, der Kürze wegen, auf die erschöpfende Darstellung in dem Werke eines anderen Autors verwiesen wird.

Anfangs wollten wir den Gesetzestext, der sich ohnehin in jedes Juristen Händen befindet, weglassen und nur die Paragraphenzahlen beibehalten. Da uns dies jedoch von mehreren Seiten widerrathen wurde, verwendeten wir für denselben — nach dem Vorbilde französischer Commentatoren — kleinen Druck und benutzten diese Gelegenheit, einen ganz correcten Text herzustellen (s. bei Abs. X des Kundm. Pat., bes. S. 112 N. 142). Der raschen Auffindbarkeit wegen steht über den Seiten die Paragraphenzahl. Am Schlusse des Werkes werden verschiedene Register demselben Zwecke dienen. Auch über die Antheile des einen und des anderen Autors, soweit sie sich überhaupt scheiden lassen, wird dann berichtet werden. Es wird dies aber nichts an der Thatsache ändern, daß wir für den gesammten Inhalt gemeinschaftlich einstehen. Auch liegt wenig daran, zu wissen, was der Eine, was der Andere geschrieben hat; sondern Alles kommt darauf an, ob unser Werk in Lehre und Leben, in Schule und Gericht als nützlich sich erweisen werde.

Wien im December 1876.

Die Verfasser.