

25/11/52

Der Surrogationsgedanke
in der Vergangenheit
und im heutigen bürgerlichen Recht

INAUGURAL - DISSERTATION
zur
Erlangung des Doktorgrades
der
Rechtswissenschaftlichen Fakultät
der Johann Wolfgang Goethe - Universität
zu Frankfurt am Main

vorgelegt von
Otfried Brauns - Packenius
Gerichtsreferendar in Hanau am Main.

1. Gutachter: Prof. Dr. Coing

2. Gutachter: Prof. Dr. Schiedermaier

Tag der mündlichen Prüfung:

22. Juli 1952

Promotionsdatum

14. 8. 1952

Literaturverzeichnis.

- Amonn: Volkswirtschaftliche Grundbegriffe und Grundprobleme, 2.Aufl., Bern 1944.
- Bartolus: Consiliorum libri (Consilia, Tractatus et Quaestiones), Lugduni 1555.
- - : Commentaria, Bevilaqua 1573-1574.
- Beitzke : Familienrecht, München und Berlin 1947.
- Beyer : Die Surrogation bei Vermögen im Bürgerlichen Gesetzbuche, Marburg 1905.
- Buhrow : Die Surrogation im bürgerlichen Recht, Diss., Halle 1923.
- Codex Theodosianus; Ausgabe von Gustav Haenel, Bonn 1842.
- Coing : Grundzüge der Rechtsphilosophie, Berlin 1950.
- Corpus iuris civilis; Ausgabe von Krüger und Mommsen, Bd.I, Institutionen, bearbeitet von Krüger; Digesten, bearb. von Mommsen, 9.Aufl., Berlin 1908;
- Bd.II, Codex Justinianus, bearb. von Krüger, 9.Aufl., Berlin 1915;
- Bd.III, Novellen, bearb. von Schoell und Kroll, Berlin 1895.
- Demosthenes: Uebersetzung seiner sämtlichen Reden, herausgegeben von Papst, Stuttgart, 1836-1842.
- Dernburg: Pandekten, Bd.I-III, 5.Aufl., Berlin 1896-1897.
- Dietz : Erbrecht, Bonn 1943.

- Enneccerus-Kipp-Wolff: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts,
 II.Bd., Enneccerus-Lehmann: Recht der Schuld-
 verhältnisse, 13.Bearb., Tübingen 1950;
 IV.Bd, Kipp-Wolff: Das Familienrecht, 7.Bearb.
 Marburg 1931;
 V.Bd, Kipp:Das Erbrecht, 8.Bearb.,Marburg 1930.
- Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen,
 Amtl. Sammlung.
- Esser: Lehrbuch des Schuldrechts, 1.Aufl., Karls-
 ruhe 1949.
- Glück: Erläuterung der Pandekten, 2.Teil, 2.Aufl.,
 Erlangen 1800.
- Hasse: Ueber Universitas iuris und rerum, im Archiv
 für die zivilistische Praxis, 5.Bd., 1.Heft,
 2.Aufl., Heidelberg 1830.
- Heck: Grundriss des Schuldrechts, Tübingen 1929.
- -: Interessenjurisprudenz; Gastvorlesung an
 der Universität Frankfurt am Main, abgedruckt
 in der Sammlung "Recht und Staat in Geschichte
 und Gegenwart", Heft 97, Tübingen 1933.
- -: Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz,
 Tübingen 1932.
- Heumann-Seckel: Handlexikon zu den Quellen des röm.Rechts,
 9.Aufl., Jena 1907.
- v.Hippel: Zur Gesetzmässigkeit juristischer System-
 bildung, Berlin 1930.

- Höpfner: Theoretisch praktischer Kommentar über die Heineccischen Institutionen, 8.Aufl., Frankfurt am Main 1818,
- Jaeger: Kommentar zur Konkursordnung, 1.Bd., 7.Aufl., Berlin und Leipzig 1931.
- Kohler: Das Vermögen als sachenrechtliche Einheit, im Archiv für bürgerliches Recht, Bd.22, 1903.
- Lehmann: Allgemeiner Teil des BGB, 5.Aufl., Berlin 1947.
- Levy = Rabel: Index Interpolationum, Bd.I, Weimar 1929.
- Mackeldey: Lehrbuch des heutigen römischen Rechts, Bd.I, 8.Aufl., Giessen 1829.
- Mommsen (Friedrich): Erörterungen aus dem Obligatorenrecht, Heft 1, Braunschweig 1859.
- Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Berlin und Leipzig 1838.
- Mugdan: Die gesamten Materialien zum BGB, II.Bd., Berlin 1899.
- Mühlenbruch: Ueber die sogenannten iuris und facti universitates, im Archiv für die zivilistische Praxis, 17.Bd., 3.Heft, Heidelberg 1834.
- Neuhaus: Das Surrogationsprinzip im Bürgerlichen Gesetzbuch, Diss., Erlangen 1934.

- Palandt: Bürgerliches Gesetzbuch, Kurzkomentar,
7.Aufl., München und Berlin 1949.
- Planck: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch,
IV.Bd., Familienrecht, 4.Aufl., Berlin 1928;
V. Bd., Erbrecht, 4.Aufl., Berlin und
Leipzig 1930.
- Pringsheim: Der Kauf mit fremdem Geld, Leipzig 1916.
Protokolle der Kommission für die II.Lesung des Ent-
wurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Berlin
1897-99.
- Puchta: Pandekten, 4.Aufl., Leipzig 1848.
Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete
des Zivilrechts, Sammlung von Mugdan und
Falckmann.
- Reichsgerichtsräte = Kommentar zum Bürgerlichen Ge-
setzbuch,
IV.Bd., Familienrecht, 9.Aufl., Berlin 1940.
- v.Rotteck-Welcker: Enzyklopädie der Staatswissen-
schaften, Bd.13, Altona 1842.
- Sauter: Die Surrogation im BGB, Begriff und Rechts-
wirkung, Diss. , Erlangen 1934.
- v.Savigny: System des heutigen römischen Rechts, Bd.I,
Berlin 1840.
- Schulz, Fritz: History of Roman Legal Science, Oxford 1946.
- Staudinger: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch,
I.-V.Bd., 9.Aufl., München, Berlin und
Leipzig 1925 - 28.

- Thibaut: System des Pandektenrechts, Bd.I, 8.Aufl.,
Cannstadt 1834.
- Thiele: Die Surrogation nach § 1381, 1382; im Archiv
für die zivilistische Praxis, Bd.91, Tübingen
und Leipzig 1900.
- v. Tuhr: Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürger-
lichen Rechts, I.Bd., Leipzig 1910.
- Ulpian: Liber singularis regularum, Ausgabe von Paul
Krüger, Berlin 1878.
- Vangerow: Lehrbuch der Pandekten, Bd.I, 6.Aufl.,
Marburg 1851.
- Viebig: Das Surrogationsprinzip und unser Bürger-
liches Gesetzbuch, Diss., Leipzig 1933.
- Waller: Surrogation. Eine Studie aus dem modernen
Privatrecht, Diss., Bonn 1904.
- Wächter: Erörterungen aus dem römischen, deutschen
und württembergischen Privatrecht; 1. Heft,
Stuttgart 1845.
- Windmüller: Die Bedeutung und Anwendungsfälle des
Satzes *pretium succedit in locum rei, res in
locum pretii* nach gemeinem Recht und Bürger-
lichem Gesetzbuch, Diss., Heidelberg 1902.
- Windscheid: Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd.I, 4.Aufl.,
Düsseldorf 1875.
- Windscheid = Kipp: Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd.III,
9.Aufl., Frankfurt am Main 1906.

Inhaltsübersicht

	Seite
Einleitung	1
1.Kap.: Die Surrogation und ihre äussere Erscheinung	3
2.Kap.: Die Geschichte des Surrogations- gedankens	6
3.Kap.: Der Zustand der Surrogation im gemeinen Recht	18
a) Das Erbrecht	18
b) Das Familienrecht	23
c) Das Obligationenrecht	29
d) Zusammenfassung	30
4.Kap.: Die Surrogation im System des bürgerlichen Rechts	31
5.Kap.: Die Surrogation bei den Sonder- vermögen	37
6.Kap.: Die Sondervermögen im Erbrecht . . .	41
a) Nachlassverwaltung und Nachlass- konkurs	41
b) Der Erbschaftsbesitzer	44
c) Die Erbengemeinschaft	51
d) Die Nacherbschaft	59
e) Der Erbschafts Kauf	62

	Seite
7.Kap.: Die Sondervermögen im Familienrecht	63
a) Der gesetzliche Güterstand . . .	64
b) Die allgemeine Gütergemeinschaft	69
c) Die Errungenschaftsgemeinschaft	75
d) Die Fahrnisgemeinschaft	77
e) Das Kindesvermögen	78
8.Kap.: Die Sondervermögen im Schuldrecht	
und im Allgemeinen Teil	83
a) Das Gesellschaftsvermögen . . .	83
b) Der nicht rechtsfähige Verein .	86
c) Der rechtsfähige Verein	87
d) Die Stiftung	87
e) Das Sammelvermögen	88
9.Kap.: Die Surrogation bei den Sachgesam-	
heiten	88
10.Kap.: Die Surrogation bei den Einzel-	
gegenständen	95
a) Die Einzelgegenstände im Sachen-	
recht	97
b) Die Einzelgegenstände im Schuld-	
recht	102
11.Kap.: Ein Rückblick	108

Einleitung.

=====

Ueber die Surrogation ist, wie schon aus dem Literaturverzeichnis ersichtlich, bereits mehrfach geschrieben worden. Zur Ergänzung der vorhandenen Abhandlungen erscheint es aber notwendig, zwei Fragen einer näheren Betrachtung zu unterziehen.

Es ist dies zunächst die Frage nach der Herkunft der Surrogation. Deshalb folgt im Anschluss an eine kurze begriffliche Auseinandersetzung die Darstellung der Geschichte des Surrogationsgedankens, wobei die Aufmerksamkeit vor allem darauf gerichtet ist festzustellen, ob es zu irgendeiner Zeit einen allgemeinen Grundsatz der Surrogation gegeben hat.

Um zu diesen Erörterungen eine positiv-rechtliche Grundlage zu gewinnen, schliesst sich in einem besonderen Kapitel eine Untersuchung über den Zustand der Surrogation im gemeinen Recht an. Damit ist zugleich der entwicklungsgeschichtliche Hintergrund für die einzelnen Surrogationsvorschriften im BGB gewonnen.

Als zweites ist die Frage nach dem Wesen und der Funktion der Surrogation im heutigen bürgerlichen Recht zu beantworten. Bisher glaubte man, das Wesen der Surrogation hinreichend durch die Behandlung des Problems geklärt zu haben, ob die Surrogation im BGB ein Prinzip

sei oder nicht. Die vorliegende Arbeit geht von dieser Problemstellung ab und versucht, zu neuen Betrachtungsmöglichkeiten zu kommen. Dabei hat sie sich weiterhin zur Aufgabe gemacht, im Sinne einer Interessenjurisprudenz die wirtschaftliche und soziale Funktion der einzelnen Surrogationsbestimmungen zu erörtern. Aus diesem Grunde versucht sie sich nicht in einer begrifflichen Systematisierung des Stoffes, sondern betrachtet die Surrogationsvorschriften im Zusammenhang der Rechtsgebiete, wie das übrigens auch schon bei der Untersuchung des gemeinen Rechts geschieht.

Zum Zwecke einer besseren Uebersicht erfolgt jedoch eine Unterteilung der Surrogationsfälle in der Weise, dass zunächst die verschiedenen Vermögen und anschließend bestimmte Sachgesamtheiten und Einzelgegenstände betrachtet werden. Da nun die vermögensrechtliche Surrogation hauptsächlich im Familien- und Erbrecht, die Surrogation der Einzelgegenstände vor allem im Schuld- und Sachenrecht zu finden ist, werden die Bücher des BGB in umgekehrter Reihenfolge behandelt.

1. K a p i t e l :

Die Surrogation und ihre äussere Erscheinung.

=====

Das Wort Surrogation ist heute im Sinne von " Ersetzung " in Literatur und Rechtssprache allgemein geläufig. Es wird aber in seinem Bedeutungsumfang so wenig einheitlich verstanden, dass man es nicht als geschlossenen Rechtsbegriff verwenden kann. Eine anerkannte Definition gibt es nicht. Das mag seine Ursache in der vielfältigen Erscheinungsform der Surrogation haben. Denn fasst man den Begriff eng, so scheiden die zahlreichen Fälle, die Besonderheiten aufweisen, aus der Betrachtung aus. Fasst man ihn aber weit, dann werden so viele Verschiedenartigkeiten in ihm vereinigt, dass er seine Klarheit verliert.

Immerhin lässt sich sagen, dass jeder Surrogationsvorgang an folgenden 3 Merkmalen erkenntlich ist:

1. Ein bestimmter Gegenstand scheidet aus seiner bisherigen Rechtsstellung aus,
2. Ein anderer Gegenstand rückt in die frei gewordene Rechtsstellung ein,
3. Der Austausch vollzieht sich ipso iure ohne Rücksicht auf den Willen der beteiligten Personen.

Es sind dies die einzigen allgemein gültigen Merkmale der Surrogation. Lediglich aus ihnen liesse sich deshalb die Surrogation als Begriff rechtfertigen. Zwar kommen in jedem einzelnen Fall weitere ergänzende

Merkmale hinzu, doch muss der Surrogationsbegriff in dieser Hinsicht offen bleiben, denn es fehlt bei den ergänzenden Merkmalen an der Allgemeingültigkeit.

Das merkt auch Beyer ¹⁾, wenn er als 4. Merkmal des Surrogationsbegriffs behauptet, dass der neue Gegenstand durch den ausgeschiedenen Gegenstand erworben sein muss. Beyer erfasst mit dieser Begriffsabgrenzung zwar eine grosse Anzahl von Surrogationsvorgängen, muss aber den gewiss typischen Fall des § 1382 aus dem Kreis der Betrachtung herausnehmen ²⁾.

Die Bedeutung der ergänzenden Merkmale besteht nun darin, dass sie Voraussetzung und Form der Surrogation an die jeweiligen Erfordernisse des Einzelfalls anpassen. Daraus ergeben sich gewisse Unterscheidungen.

Solche bestehen zunächst im Hinblick auf den Eintritt der Surrogation. So kann der Surrogationsvorgang einmal durch Abschluss oder Vollzug eines Rechtsgeschäftes ausgelöst werden. Man spricht dann von rechtsgeschäftlicher Surrogation. Die Surrogation kann aber auch kraft Gesetzes eintreten (gesetzliche Surrogation).

Weiterhin kann der Erwerb in verschiedener Weise an die Stelle des ausgeschiedenen Gegenstandes treten. Entweder rückt der neue Gegenstand derart unmittelbar und gegenständlich in die frei gewordene Rechtsstellung ein, dass der Inhaber an ihm in gleicher Weise berechtigt ist

1) Beyer, aaO, S.6.

2) Einzelheiten im 9. Kapitel

wie an dem ausgeschiedenen Gegenstand (dingliche Surrogation). Oder der Berechtigte erwirbt an Stelle des Verlustes einen Anspruch gegen einen Dritten auf Uebertragung des Ersatzgegenstandes (obligatorische Surrogation). Auch im letzten Fall findet ein Austausch zwischen zwei Gegenständen statt. Es handelt sich allerdings um eine schwächere Ausprägung des Surrogationsgedankens ³⁾, weil der Berechtigte erst durch Inanspruchnahme einer dritten Person Zugang zum Surrogat erhält.

Schliesslich bestehen Unterschiede im Verhältnis der Surrogationsbestimmung zu den sonstigen Vorschriften. Es kann nämlich sein, dass die Surrogation alle übrigen sich ergebenden Ansprüche unberührt lässt und nur ergänzend zu ihnen hinzutritt (relative Surrogation). Es ist aber auch möglich, dass durch die Anordnung der Surrogation andere weitergehende Ansprüche ausgeschlossen werden (absolute Surrogation).

Während wir die gesetzliche und rechtsgeschäftliche Surrogation in den meisten Vorschriften vereinigt finden, haben die anderen beiden Unterscheidungsgruppen alternativen Charakter. Im übrigen lassen sich noch zahlreiche Unterschiede und Besonderheiten aufzählen. Diese sind aber zu sehr auf bestimmte Rechtssituationen beschränkt, als dass ihre abstrakte Betrachtung sinn-

3) In diesem Sinne: Neuhaus, aaO., S. 4. - Vgl. auch Staudinger, Anm. 2 b zu § 818 - Palandt, Anm. 2 a zu § 281. - Beyer, aaO., S. 7., sagt infolge zu enger Abgrenzung des Begriffes, das obligatorische Wechselverhältnis zwischen den Gegenständen sei kein Fall von Surrogation.

voll erscheint. Sie werden deshalb bei der Darstellung der einzelnen Surrogationsfälle behandelt.

2. K a p i t e l :

Die Geschichte des Surrogationsgedankens. =====

Die Surrogation lässt sich als Rechtsgedanke schon im griechischen Recht des 4. Jahrhunderts vor Christus nachweisen ⁴⁾. Sie tritt überall dort in Erscheinung, wo jemand mit fremdem Geld Sachen einkauft. Dies hängt mit der besonderen griechischen Anschauung vom Wesen des Kaufs zusammen. Die Griechen sahen nämlich ein wesentliches Merkmal des Kaufes, die Uebergabe, nicht abstrakt, sondern innerhalb des wirtschaftlichen Zusammenhangs. Deshalb waren sie der Auffassung, dass derjenige eine gekaufte Sache für sich in Anspruch nehmen könnte, von dessen Geld sie gekauft worden sei.

Als typisches Beispiel möge ein Fall des Seedarlehens dienen ⁵⁾, der in verschiedenen Abwandlungen Gegenstand von Prozessen ⁶⁾ gewesen ist:

Protos in Athen ist in Schwierigkeiten und leiht sich von Demon Geld, damit er in Syrakus Getreide einkaufen kann. Als später durch hinzutretende Verwicklun-

4) Vgl. Ausführliche Quellennachweise bei Pringsheim, aaO., S. 171 u. 192.

5) Demosthenes, Oratio 32.

6) Dem. Or. 34; 35; 50; 56.

gen dritte Personen Rechte an der Ladung geltend machen, tritt Demon ihnen entgegen und bezeichnet in allen Verhandlungen das Getreide stets als das seine, weil es ja von seinem Geld gekauft worden sei. Er sieht also das Getreide als Surrogat seines Geldes an und würde nach damaliger Anschauung das Getreide herausverlangen können, falls Protos das geliehene Geld nicht zurückzahlt.

Diese dingliche Haftung lässt sich nicht mit den Grundsätzen der Stellvertretung erklären, denn Protos erwirbt das Getreide für seinen eigenen Handel. Auch ein Darlehen mit Pfandrecht lässt sich nicht annehmen, denn es ist nichts derartiges vereinbart worden. Zudem ist im Zeitpunkt der Darlehenshingabe noch keine verpfändbare Sache vorhanden. Eine befriedigende und ungekünstelte Konstruktion ergibt sich hier nur aus dem Surrogationsgedanken; der Gläubiger sieht eben die angekauften Waren als Surrogat seines Geldes an, der Schuldner haftet je nach dem Stand seiner Geschäfte mit dem Geld oder mit der Ware.

Die griechische Anschauung: "wessen das Kaufgeld - dessen die Ware" lässt sich bis ins 3. Jahrhundert nach Christus verfolgen, in welchem Diokletian Mühe hatte, dem Rechtsbewusstsein der Griechen die andere Auffassung des römischen Rechts verständlich zu machen ⁷⁾.

Denn dem römischen Recht war bis in die klassische

7) Ausführliche Quellennachweise bei Pringsheim, aaO., S.89 ff.

Zeit hinein der Begriff der Surrogation als Rechtsgedanke unbekannt. Das lässt sich in verschiedener Hinsicht begründen. Zunächst kommt es für den Eigentumserwerb beim Kauf überhaupt nicht darauf an, mit wessen Geld der Kaufpreis bezahlt wird. Der Erwerber wird bei der traditio stets dann Eigentümer, wenn der Veräußerer ihm den Besitz der Sache überträgt, die Parteien sich einig sind, dass das Eigentum auf den Erwerber übergehen soll, und eine iusta causa traditionis vorliegt.

Bei den feierlichen Uebereignungsgeschäften des älteren römischen Rechts, der mancipatio und in iure cessio, müssen gewisse äussere Formen beachtet werden, aber die Frage der Herkunft des Kaufpreises ist auch hier völlig unbeachtlich.

Somit ist im römischen Recht beim Kauf mit fremdem Geld für den Surrogationsgedanken kein Platz. Auch in anderen Fällen taucht ein solcher Grundsatz nicht auf.

Das lässt sich an der Geschichte des Wortes Surrogation nachweisen. Ein Substantiv subrogatio ist in den Quellen des römischen Rechts nicht zu finden.⁸⁾ Das Verbum subrogare dagegen taucht in zwei verschiedenen Bedeutungen auf. In den Digesten⁹⁾, dem Codex Justinianus¹⁰⁾ und dem Codey Theodosianus¹¹⁾ befindet es sich in dem Sinne von "eine Person -beziehungsweise in Anm.9 eine tutela- an die Stelle einer anderen setzen". Im

8) Heumann-Seckel, aaO., S.561.

9) D.27.1.31.: in loco tertiae tutelae quarta subroganda

10) C.6.23.28.4.: illis testibus separatim alios subrogari

11) C.Th.6.4.12.: alii in eorum locum, qui eandem dignitatem subsortiti fuerant, subrogentur;

C.Th.6.4.21.2.: in subrogandis certis quibus in diem functorum locum ordo teneatur.

liber singularis regularum Ulpiani ¹²⁾ hat es die Bedeutung: "ein Ergänzungsgesetz geben".

In beiden Fällen hat das Wort einen so eng gefassten Inhalt, dass es nicht als Ausdruck eines allgemeinen Surrogationsgedankens angesehen werden kann. Wenn aber die römischen Juristen keine **B e z e i c h n u n g** für das haben, was wir heute Surrogationsprinzip nennen, so darf man annehmen, dass ihnen auch die **V o r s t e l l u n g** als solche fremd gewesen ist.

Mit dieser Feststellung ist aber noch nicht viel gewonnen, denn die römischen Juristen der republikanischen und klassischen Zeit dachten nicht in abstrakten Rechtsgrundsätzen, sondern in praktischen Fällen. Deshalb schliesst das Fehlen einer Surrogationsidee nicht die Möglichkeit aus, dass die Römer für bestimmte Rechtsfälle Lösungen gefunden haben, die im Einzelnen auf eine Art von Surrogation hinauslaufen. Doch ist es auch insoweit mit Bestimmungen schlecht bestellt. Es kommt hier nur ein Sonderfall aus dem Recht der hereditatis petitio in Betracht.

Die Regelung der hereditatis petitio geht in der klassischen Zeit grundsätzlich dahin, dass der Erbschaftsbesitzer, der die Erbschaft versilbert und mit dem Geld eine Sache für sich selbst kauft, dem Erben nur obligatorisch auf Rückzahlung des ausgegebenen Geldes, nicht aber dinglich auf Herausgabe der einge-

12) tituli ex corpore Ulpiani, pr.3.

Wie Fritz Schulz, aaO., S.181 nachweist, stammt das Buch nicht von Ulpian, sondern von einem unbekanntem Juristen des 3. oder 4. Jhds, der sich allerdings klassischer Quellen, vor allem der Schriften des Gaius, bediente.

kauften Sache haftet ¹³). Der Erbschaftsbesitzer wird demnach Eigentümer der Sache. Deshalb kann man hier nicht von Surrogation sprechen.

Nach D. 5.3.20.1. ¹⁴) fallen dagegen auch solche Sachen unter die Erbschaftsklage, die hereditatis causa angeschafft sind. Die Einbeziehung dieser Sachen in die Erbschaft ist aber vom Willen des Erbschaftsbesitzers abhängig, beruht also nicht auf dem Surrogationsgedanken. In D. 5.3.20.1. sind noch andere Fälle aufgeführt, die scheinbar einer Surrogation entsprechen. Die Stelle kann jedoch nicht zur Betrachtung des klassischen Rechtes herangezogen werden, da sie weitgehend (vgl. eingeklammerten Text in Anm.14) interpoliert ist, wie Pringsheim ¹⁵) sehr überzeugend nachweist.

Nun wurde aber im Jahre 129 n.Chr. auf Antrag Hadrians ein Senatsbeschluss erlassen, der das Verhältnis von Erben und Erbschaftsbesitzer teilweise neu regelte ¹⁶).

13) Vgl. D. 5.3.25.1. (Ulpian): Item si rem distraxit et ex pretio aliam rem comparavit, veniet pretium in petitionem hereditatis, non res quam in patrimonium suum convertit.

14) D. 5.3.20.1. (Ulpian): Item veniunt in hereditatem etiam ea, quae hereditatis causa comparata sunt (ut puta mancipia pecoraeque et si qua alia, quae necessario hereditati sunt comparata. et si quidem pecunia hereditaria sint comparata, sine dubio venient: si vero non pecunia hereditaria, videndum erit: et puto etiam haec venire, si magna utilitas hereditatis versetur, pretium scilicet restitutoro herede. § 1 Sed) non omnia, quae ex hereditaria pecunia comparata sunt, in hereditatis petitionem veniunt.

15) Pringsheim, aaO., S.141.

16) Die oratio Hadrians zu dem sogen. Senatus Consultum Juventianum ist zum Teil in D. 5.3.22 zu finden: Displicite, patres conscripti, numquid sit aequius possessorem non facere lucrum et pretium, quod ex aliena re perceperit, reddere, quia potest existimari in locum hereditariae rei venditae pretium eius successisse et quodammodo ipsum hereditarium factum.

Danach soll beim Verkauf einer Erbschaftssache der erzielte Erlös "gewissermassen" an deren Stelle treten. Hier klingt erstmalig die Surrogation in sehr vorsichtiger Ausdrucksweise an. Hadrian sah sich zu diesem für das römische Recht völlig neuen Gedanken gezwungen, weil er die ihm dringlich erscheinende Aufgabe lösen wollte, die Erbschaft in der Hand des Besitzers möglichst als Vermögen zu erhalten, auf dass sie als ganzes zurückgegeben werden könne ¹⁷).

Zusammenfassend lässt sich zu dem klassischen römischen Recht sagen, dass ihm der Surrogationsgedanke fremd gewesen ist, mit der Ausnahme des erwähnten Senatsbeschlusses.

Demgegenüber besteht im Osten des Reiches eine im Volk erhaltene fortlaufende Tradition des Surrogationsgedankens, die auf dem Wesen des griechischen Kaufes beruht.

Diese überlieferte Anschauung hat auch auf das römische Recht ihren Einfluss ausgeübt.

Schon frühzeitig hatte sich das Recht des griechischen Seedarlehens in allen Hafenstädten des Mittelmeeres durchgesetzt. Da die Römer auf diesem Gebiet noch kein eigenes Recht entwickelt hatten, erkannten sie den alten Seehandelsbrauch an ¹⁸). Sie taten das aber gegen ihre Ueberzeugung und hatten stets grosse Mühe, das griechische Seedarlehen als Konstruktion zu verstehen und in ihr System einzuordnen.

17) Dies ergibt sich aus D. 5.3.40, welche ebenfalls einen Teil der oratio des Hadrian enthalten.

18) Vgl. D.22.2. - C. 4.33.

In der byzantinischen Zeit dringen im Wege von Gesetzen und Interpolationen weiterhin griechische Rechtsgedanken in das römische Recht ein. So gibt Justinian der Ehefrau ein dingliches Rückforderungsrecht auf die Dotalgegenstände und eine privilegierte Hypothek an diesen, schliesslich ein Vorzugspfandrecht am ganzen Vermögen des Ehemanns ¹⁹). Auch das mit Dotalgeld Gekaufte wird Eigentum der Frau ²⁰). Die Bankiers, die ein Darlehn vergeben haben, bekommen unter der Voraussetzung, dass ein schriftlicher Vertrag geschlossen und eine Generalhypothek bestellt ist, ein dingliches Zugriffsrecht an allen Sachen, die mit dem verliehenen Geld gekauft wurden ²¹). In D. 5.3.20.pr. (vgl. Anm.14) wird die hereditatis petitio auf die mit Erbschaftsgeld gekauften Sachen erstreckt. Den Mündeln steht, wie sich aus C. 7.8.6 ergibt, ein Pfandrecht an den Sklaven zu, die mit Mündelgeld gekauft worden sind. Der tutor kann daher diese Sklaven nicht freilassen. Die Aufzählung lässt sich noch um einige Fälle vermehren ²²).

Zusammenfassend kann man für die byzantinische Zeit sagen, dass in einzelnen besonders geeigneten Fällen die alte griechische Anschauung : "wessen das

19) Vgl. C.5.12.30 u. C. 8.17.12.5 (.... vel ex his aliae comparatae ...)

20) Vgl. D.23.3.54 u. D. 24.3.22.13.

21) Vgl. Nov. 136 cap.3.

22) Vgl. z.B. D. 42.5.26; D. 42.5.34; C. 8.13.27.1. (... ut liceat creditoribus ... iure hypothecae vindicare militias....)

Kaufgeld, dessen die gekaufte Sache" in das römische Recht aufgenommen wird.

Damit stehen sich nunmehr zwei verschiedene Formen der Zuweisung dinglicher Rechte gegenüber. Allgemeiner Grundsatz des byzantinischen Rechtes ist, dass die Verteilung der Sachen sich nach dem Parteilwillen richtet ²³). In den einzelnen Surrogationsfällen dagegen ordnet das Gesetz die Sachenrechte den Personen nach objektiven Gesichtspunkten, -wie Zweck und Interessenlage-, zu, ohne dass es dabei auf den Willen der Beteiligten ankommt.

Die Postglossatoren und ihre Nachfolger bauen nun das "Surrogationssystem" ebenfalls zu einem allgemeinen Rechtsgrundsatz aus, und zwar in der Formulierung: "in universitatibus iuris pretium succedit in locum rei, res in locum pretii". Daneben findet man auch den Satz: "surrogatum sapit naturam eius, cui surrogatur".

Beide Sätze decken sich in ihrer Tragweite nicht völlig. So bezieht sich der 1. Satz nur auf den Erwerb infolge eines Kaufes, während der 2. Satz jedes Umsatzgeschäft und ausserdem den Erwerb kraft Gesetzes betrifft. Entscheidend ist aber, dass beide Sätze denselben Surrogationsgedanken zum Ausdruck bringen.

Dass die Juristen des älteren gemeinen Rechts die Surrogation als Prinzip behaupten, erklärt sich aus dem

23) Vgl. I.2.1.40 (de rerum divisione): Per traditionem quoque iure naturali res nobis acquiritur: nihil enim tam conveniens est naturali aequitati, quam voluntatem domini, volentis rem suam in alium transferre, ratam haberi.

Wesen ihrer Arbeit. Sie versuchten nämlich, einen allgemeinen Begriff der universitas zu entwickeln. Dabei unterschieden sie zwischen einer universitas iuris und einer universitas facti (s.rerum s.homini). Unter ersterer verstanden sie, was wir heute als ein Vermögen bezeichnen würden, letztere ist im Sinne einer Sachgesamtheit aufzufassen. Nun vervollständigten sie das neue Dogma, indem sie sagten, die beiden universitates unterschieden sich rechtlich dadurch, dass bei der universitas iuris das Surrogationsprinzip gelte, bei der universitas facti dagegen nicht.

Wann diese ganze Lehre aufgekommen ist, lässt sich nicht genau bestimmen. Jedenfalls sind in den Quellen der klassischen Zeit und noch bei Bartolus²⁴) derartige Unterscheidungen nicht zu finden. Dennoch glaubte man später allgemein, das Surrogationsprinzip aus dem corpus iuris herauslesen zu können. Man berief sich hauptsächlich auf D. 5.3.22, wo ja, wie oben angeführt, der Surrogationsgedanke tatsächlich zum Ausdruck kommt. Dann brachte man diese Stelle mit D. 5.3.20.10²⁵) in Verbindung, wonach der Senatsbeschluss unter Hadrian auch auf das peculium castrense und auf andere universitates Anwendung finden soll. Damit glaubte man das Surrogationsprinzip an Hand der Quellen begründet zu haben.

24) Consiliorum libri und Commentaria.

25) D.5.3.20.10.: non solum autem in hereditate utimur senatus consulto, sed et in peculio castrensi, vel alia universitate.

Das Dogma vom Surrogationsprinzip in dem geschilderten Sinn fand überall unbestrittene Anerkennung und schleppt sich nun durch die Jahrhunderte von einer Generation auf die andere. Bis ins 19. Jhd. wird die Lehre in allen möglichen Variationen immer wieder vorgetragen. So erkennen Glück²⁶) und Höpfner²⁷) die Lehre in ihrem ganzen Umfang an, während z.B. Thibaut²⁸) und Mackeldey²⁹) Einschränkungen machen, aber gegen den Grundsatz als solchen nichts einzuwenden haben.

Da erscheinen zwei bedeutsame Aufsätze, die den Anstoss zu einem völligen Umschwung der Meinungen geben. In einer 1822 veröffentlichten Schrift weist Hasse³⁰) nach, dass der Begriff universitas nach den Quellen dahin zu verstehen sei, dass er mehrere selbständige Sachen oder Rechte umgreift, die wohl "als Einheit angesehen werden, wobei denn aber immer nur ein juristischer Vereinigungspunkt nötig ist"³¹). Da dieser Vereinigungspunkt in jedem Fall ein anderer sei, lasse sich ein allgemeiner Begriff der universitas nicht aufstellen. Deshalb sei auch die Unterscheidung zwischen universitas iuris und facti unhaltbar. Schliesslich könne man auch den Grundsatz "res succedit in locum pretii et pretium in locum rei" nicht mehr als gemeinsames Merkmal aller universitates iuris anerkennen, weil diesem Satz in jedem Einzelfall eine andere Bedeutung und Grenze zukomme³²).

26) Glück, aaO., § 172a.

27) Höpfner, aaO., § 278.

28) Thibaut, aaO., § 175.

29) Mackeldey, aaO., § 150.

30) Ueber universitas iuris un rerum; im Archiv für die zivilistische Praxis, aaO.

31) Hasse, aaO., S.6.

32) Vgl. Hasse, aaO., S.7.

In ähnlicher Richtung bewegt sich auch die Abhandlung Mühlenbruchs³³), die 1834 im Archiv für die zivilistische Praxis erscheint. Mühlenbruch beschäftigt sich eingehend mit den Quellen, aus denen man das Surrogationsprinzip abgeleitet hatte. Er stellt fest, dass in D. 5.3.22. die Surrogation nur für einen Sonderfall bei der hereditatis petitio ausgesprochen ist. In Bezug auf D. 5.3.20.10., nach welcher ja angeblich die Surrogation "et in peculio castrensi, vel alia universitate" angewendet werden soll, weist er nach, dass hier lediglich dem Inhaber eines peculiums oder einer anderen universitas die -früher umstrittene- Befugnis eingeräumt werde, "gleich einem selbständigen Bürger sich einen eigentlichen heres zu ernennen"³⁴).

Die Digestenstelle behandelt also gar nicht das Surrogationsprinzip, sondern die Frage der Testierfähigkeit eines filius familias. Der Zusatz vel in alia universitate endlich soll ausdrücken, dass alle universitates für den Fall einer successio per universitatem wie eine hereditas zu behandeln seien.

Mühlenbruch legt so im einzelnen dar, dass es im römischen Recht eine Surrogationsregel nicht gegeben habe, dass vielmehr erst später durch Missverständnis der Quellen und aus dem Hang zum Dogmatisieren diese entstanden sei. Da die ganze Lehre nicht nur historisch falsch,

33) Ueber die sogen. iuris und facti universitates; im Archiv für die zivilistische Praxis, aaO.

34) Vgl. Mühlenbruch, aaO., S.341 u. 342.

sondern auch praktisch wertlos sei, ja zu neuen Irrtümern führe, müsse sie völlig aufgegeben werden.

Wenn Mühlenbruch zeigt, dass die quellenmässige Begründung des Surrogationsprinzips unhaltbar ist, so werden seine Ausführungen durch neuere Arbeiten bestätigt³⁵). Insbesondere hat Bonfante³⁶) den Nachweis erbracht, dass die Worte vel alia universitate in D. 5. 3.20.10 interpoliert sind.

Die Ansichten von Hasse und Mühlenbruch setzen sich allmählich durch. Als erste lassen Puchta³⁷) und Savigny³⁸) die Surrogationsregel als falsch und frei erfunden fallen. Windscheid³⁹), Wächter⁴⁰), Vangerow⁴¹) und Dernburg⁴²) folgen nach.

Um 1850 war die Lehre vom Surrogationsprinzip endgültig überwunden. Der Surrogationsgedanke aber lebte als Einzelercheinung in zahlreichen Bestimmungen des gemeinen Rechts unverändert fort. Ueberhaupt ist festzustellen, dass die wechselnde Geschichte des Dogmas sich lediglich in der Rechtstheorie abspielt und auf die Rechtsentwicklung in den einzelnen Gebieten keinen entscheidenden Einfluss ausübt. Die Lehre war ja auch nur ein Wunsch, die Fülle der verschiedenartigen Surro-

35) Vgl. Pringsheim, aaO., S.140.

36) Nachweis bei Levy-Rabel, Index Interpolationum, Anm. zu D.5.3.20.10.

37) Puchta, aaO., § 149, Abm.Q.

38) Savigny, aaO., § 56, S. 378.

39) Windscheid, aaO., § 42, Anm.6.

40) Wächter, aaO., S.5.

41) Vangerow, aaO., § 71, S.124.

42) Dernburg, aaO., Bd.I, § 68, Anm.10.

gationsbestimmungen nach einem einheitlichen Gesichtspunkt zu ordnen.

Die hartnäckige Tradition des Dogmas wird jedoch erklärlich, wenn man sich vergegenwärtigt, dass die Surrogationsbestimmungen im gemeinen Recht sehr zahlreich sind und gerade in den Rechtsgebieten auftreten, die im täglichen Leben des Einzelnen eine grosse Rolle spielen.

Deshalb soll eine kurze Darstellung der Surrogationsbestimmungen folgen, wie sie sich im gemeinen Recht zeigen. Dadurch werden zugleich die Vorschriften des heutigen bürgerlichen Rechts, die in Ansehung der Surrogation weitgehend auf dem gemeinen Recht fussen, aus der Entwicklung heraus verständlich.

3. K a p i t e l :

Der Zustand der Surrogation im gemeinen Recht.
=====

Die Surrogationsvorschriften des gemeinen Rechts sollen in der Reihenfolge betrachtet werden, in welcher sie innerhalb der Rechtsgebiete auftreten. Auf diese Weise erschliesst sich ihre Bedeutung und ihre vielfältige Erscheinungsform am deutlichsten.

a) Das Erbrecht.

Im Erbrecht kommt die Surrogation bei zwei Klagen zur Anwendung, nämlich bei der allgemeinen hereditatis petitio und der besonderen hereditatis petitio fideicommissaria.

Die hereditatis petitio ist die Klage des Erben gegen denjenigen, der die Erbschaft pro herede oder pro possessore besitzt. Sie ist auf Herausgabe aller zum Nachlass gehörenden Gegenstände gerichtet.

Die Frage einer Surrogation wird nun für den Erben wichtig, sobald der Erbschaftsbesitzer in Ansehung des Nachlasses Verfügungen trifft. Umfang und Art der Surrogation sind hier von Fall zu Fall verschieden. Aus der sehr kasuistischen Regelung lassen sich vier Grundfälle herausstellen, die sich jeweils danach unterscheiden, ob der Erbschaftsbesitzer Anschaffungen oder Veräußerungen vornimmt und ob er gutgläubig oder bösgläubig ist.

Erwirbt der gutgläubige Erbschaftsbesitzer eine Forderung, indem er beispielsweise Gelder der Erbschaft als Darlehen hingibt, so haftet er nur, soweit er bereichert ist. Der Erbe kann von ihm also lediglich die Abtretung der Forderung verlangen (D.5.3.22.). Erwirbt der gutgläubige Erbschaftsbesitzer eine Sache, so fällt diese Sache in die Erbschaft und unterliegt damit der hereditatis petitio. Dabei ist Voraussetzung, dass die Sache entweder mit Erbschaftsmitteln angeschafft ist oder die Anschaffung für die Erbschaft von grossem Nutzen ist (D.5.3.20). In jedem Falle muss es sich um eine Anschaffung im Interesse der Erbschaft handeln. Wenn diese Voraussetzungen erfüllt sind, so sollen aber dennoch nicht alle Gegenstände, die mit Erbschaftsgeld angeschafft sind, der hereditatis petitio unterliegen (D.5.3.20.1). Der Sinn dieser neuen Einschränkung ist an sich

unverständlich und bis heute nicht befriedigend erklärt⁴³).

Erwirbt der bösgläubige Erbschaftsbesitzer einen Gegenstand, so kommt es für die Frage der Surrogation darauf an, ob der Erbe die Erbschaft bereits angetreten hat oder nicht. Anschaffungen v o r Erbschaftsantritt fallen in die Erbschaft und unterliegen der hereditatis petitio, wenn der Gegenstand im Interesse der Erbschaft angeschafft ist. Anschaffungen n a c h Erbschaftsantritt gehören nicht zur Erbschaft. Dem Erben steht bei solchen Gegenständen nur ein Verschaffungsanspruch gegen den Erbschaftsbesitzer zu. Ist die Herausgabe oder Verschaffung der erworbenen Gegenstände nicht möglich, so hat der Erbschaftsbesitzer den vollen Kaufpreis zu erstatten (D.5.3.20, pr.- § 3).

Veräussert der gutgläubige Erbschaftsbesitzer Gegenstände des Nachlasses, so ist er zur Herausgabe des Gegenwertes insofern verpflichtet, als er darum bereichert ist (D.5.3., leges 20.6.c; 23; 25.11; 36.4). Daneben kann der Erbe auch die verkaufte Sache beim Käufer vindizieren, falls dieser bösgläubig war (D.5.3.25.17). Der Erbe kann beide Ansprüche geltend machen, doch lässt sich nur einer von beiden durchsetzen, denn dem anderen steht jeweils die exceptio doli entgegen.

Veräussert der bösgläubige Erbschaftsbesitzer Gegenstände des Nachlasses, so kann der Erbe mit der hereditatis petitio den vollen Gegenwert herausverlangen (D.5.3.18.pr.).

43) Vgl. nähere Darstellung bei Beyer, aaO., S.24 ff.

Handelt es sich um eine Veräusserung, die im Interesse des Nachlasses nicht notwendig war, so kann der Erbe den Erbschaftsbesitzer wahlweise auch auf die Sache haftbar machen. Der Erbschaftsbesitzer wird dann als *fictus possessor* angesehen (D.5.3.20.6.c).

Wie der Ueberblick zeigt, tritt der Surrogationsgedanke in dieser verzweigten Regelung sehr stark hervor. Deshalb versuchten viele Schriftsteller, hier eine bestimmte rechtliche Ordnung zu erkennen oder gar im Rahmen der *hereditatis* einen Grundsatz der Surrogation herauszulesen. Die Ausgestaltung ist aber doch zu kasuistisch, als dass dieser Versuch zweckmässig erschiene. Immerhin lässt es sich nicht leugnen, dass die Regelung *de lege ferenda* zu einer Systematisierung reif war.

Viel klarer als bei der *hereditatis petitio* tritt die Surrogation bei der *hereditatis petitio fideicommissaria* in Erscheinung. Es ist dies eine Klage, die auf dem sogen. Erbschaftsvermächtnis fusst.

Das Erbschaftsvermächtnis weist gegenüber dem allgemeinen Vermächtnis die Besonderheit auf, dass der Erbe (Fiduziar) die Erbeneigenschaft durch Abtretung der Erbschaft in Form einer Willenserklärung (Restitution) auf den Vermächtnisnehmer (Fideikommissar) überträgt. Der Fideikommissar kann alsdann mit einer dinglichen Klage, der *hereditatis petitio fideicommissaria*, die Erbschaft herausverlangen.

Hat nun der Fiduziar in der Zeit vom Antritt der

Erbschaft bis zur Restitution Verfügungen vorgenommen, so taucht wieder die Frage auf, ob sich die hereditatis petitio fideicommissaria auf die angeschafften Gegenstände und den Gegenwert für die Veräußerungen erstreckt.

Eine solche Ersetzung von Vermögensgegenständen kann aber nur dann eintreten, wenn die Verfügungen des Erben rechtswirksam sind. Dies ist nicht immer der Fall. Um nämlich den Fideikommissar davor zu schützen, dass der Fiduziar den Nachlass vor der Herausgabe verschleudert, erliess Justinian ein absolut wirkendes Veräußerungsverbot⁴⁴). Danach sind die Verfügungen des Fiduziars grundsätzlich nichtig; der Fideikommissar kann die Nachlassgegenstände von jedem Besitzer herausverlangen.

Unter gewissen Umständen ist es dem Fiduziar aber gestattet, Verfügungen vorzunehmen. So darf der Erbe diejenigen Verfügungsgeschäfte tätigen, die zur Erhaltung des Nachlasses notwendig sind oder die dem Willen des Erblassers entsprechen. Hat der Erblasser dem Fiduziar unbeschränkte Verfügungsbefugnis eingeräumt, so braucht der Fiduziar dem Fideikommissar nur das letzte Viertel des Nachlasses zu erhalten (fideicommissum eius quod supererit)⁴⁵).

Soweit der Erbe nach diesen Bestimmungen rechtswirksam über den Nachlass verfügen kann, findet auch die Surrogation statt: Die mit Erbschaftsgeldern angeschafften Gegenstände fallen in die Erbschaftsmasse; werden

44) Vgl. C.6.43.3.§ 2 - § 4.

45) Diesen Schutz des letzten Viertels hat Justinian in Nov. 108 angeordnet.

die neuen Gegenstände verkauft, so wird der Erlös Bestandteil der Erbschaft. Es tritt also eine wechselseitige dingliche Ersetzung ein⁴⁶). Der Satz "res succedit in locum pretii et pretium in locum rei" gilt hier in wörtlicher Bedeutung.

b) Das Familienrecht.

Im Familienrecht hat der Surrogationsgedanke für das eheliche Güterrecht und für das Kindesvermögen Verwendung gefunden.

Im ehelichen Güterrecht ist die sogenannte dos von Bedeutung. Darunter versteht man eine Vermögensvermehrung, welche die Frau dem Manne als Beitrag zu den Lasten der Ehe mitbringt⁴⁷). Die dos wird Eigentum des Mannes. Sie ist aber keine Schenkung, denn bei eintretendem Vermögensverfall oder bei Auflösung der Ehe werden die Dotalgegenstände wieder Eigentum der Frau und können von ihr vindiziert werden⁴⁸).

Die Berechtigung des Mannes an der dos beschränkt sich schliesslich auf das Recht der Verwaltung und Fruchtziehung. Damit stellt sich die dos, wie Justinian es wollte, als Vermögen der Frau dar. Hier wird jetzt die Surrogationsfrage wichtig, nämlich ob die aus Verfügungen

46) Vgl. D.31.70.3. u. 71 pr.

47) Vgl. Windscheid-Kipp, aaO., § 492.

48) Dies bestimmte Justinian. Vgl. C.5.12.30. Er geht dabei von der Ueberlegung aus, dass die dos naturaliter im Eigentum der Frau verbleibt, und diese Sachlage nicht durch die subtilitas legum, wonach der Mann die dos erwirbt, verdunkelt werden soll.

des Mannes über die dos gewonnenen Ersatzgegenstände wieder in das Frauengut fallen oder nicht.

Dabei ist zunächst zu beachten, dass der Mann im Interesse des Frauengutes Veräußerungen von Dotalgrundstücken nicht vornehmen darf⁴⁹). Eine Verfügung, die gegen dieses Verbot verstösst, ist unwirksam. Die Frau kann also im Falle der Rückgabe der dos die Grundstücke von ihrem Mann und jedem Dritten herausverlangen. Wollte man hier eine dingliche Ersetzung des Grundstücks durch den Kaufpreis eintreten lassen, so würde damit die verbotswidrige Veräußerung faktisch wirksam und zugleich die Verfügungsschranke für den Ehemann beseitigt.

Deswegen kann eine Surrogation nur bei erlaubten Verfügungen des Mannes in Betracht kommen. Hier tritt auch tatsächlich eine Ersetzung in der Weise ein, dass der aus einem Geschäft des Mannes über Dotalgegenstände erlangte Gegenwert in die dos fällt⁵⁰).

Daneben kann es auch ohne Verfügungsgeschäfte des Mannes zu einer Surrogation kommen. Wenn nämlich der Mann durch Entziehung, Zerstörung oder Beschädigung eines Dotalgegenstandes durch einen Dritten kraft Gesetzes einen Ersatzanspruch erwirbt, so wird dieser Anspruch, beziehungsweise das in Erfüllung des Anspruchs Geleistete, Bestandteil der dos⁵¹).

Schliesslich kann eine Surrogation von Dotalgegenständen auch durch Vereinbarung zwischen den Ehegatten

49) C.5.13.15. (lex unica).

50) Vgl. D.23.3.54 u. D.24.3.22.13.

51) D.23.3.78.4.

herbeigeführt werden. Eine solche permutatio dotis, durch welche ein Gegenstand aus der dos ausscheidet und dafür ein anderer Gegenstand eintritt, hat aber nur dann eine vollständige Surrogation zur Folge, wenn der Austausch für die Ehefrau vorteilhaft ist ⁵²).

Aus den dargelegten Fällen wird deutlich das Bestreben sichtbar, der Ehefrau die dos dem Wert nach zu erhalten.

Es ist nun zu erörtern, wie die Rechtsverhältnisse beim Kindesvermögen aussehen, und welchen Zweck die Surrogationsvorschriften hier verfolgen.

Ursprünglich konnte ein Hauskind kein eigenes Vermögen haben. Alles, was es erwarb, wurde Eigentum des Vaters. Da diese wirtschaftliche Unselbständigkeit für die älteren Hauskinder unerträglich war, insbesondere wenn sie im Leben bereits auf eigenen Füßen standen, wurden ihnen bald gewisse vermögensrechtliche Befugnisse eingeräumt.

Zunächst erfahren diejenigen Vermögensstücke eine rechtliche Sonderstellung, die der Vater dem Sohn zur Lebensführung überliess (peculium profectitium). Diese Gegenstände unterliegen in tatsächlicher Hinsicht der Herrschaft des Hauskindes. Der Vater bleibt aber in rechtlicher Beziehung der alleinige Inhaber.

So kann der Sohn tatsächliche Handlungen vornehmen, aber keine Rechtswirkungen erzeugen. Er kann z.B. die ihm überlassenen Schafe scheren und die Wolle zu Kleidern

für sich verarbeiten, nicht aber die Schafe oder die Wolle rechtswirksam verkaufen.

Das Recht zu freier Verfügung (*libera administratio*) erhält der Sohn erst, wenn er von seinem Vater ausdrücklich hierzu ermächtigt wird. Aber auch nach dieser Ermächtigung ist das *peculium* noch Vermögen des Vaters.

In der Kaiserzeit erweitert sich die Vermögensfähigkeit des Sohnes. Er kann von nun an als eigenes und freies Vermögen behalten, was er im Kriegsdienste, z.B. an Sold, Beute, Geschenken und Waffen, erwirbt (*peculium castrense*). Da gleiche gilt von dem Erwerbe, den der Haussohn durch eine Advokatur, ein Hof- oder Staatsamt macht (*peculium quasi castrense*).

Im gemeinen Recht verlieren die Pekulien an Bedeutung, weil hier der Haussohn durch die sog. *emancipatio saxonica* gewaltfrei wird. Unter der *emancipatio saxonica* ist eine wirtschaftlich selbständige Lebensführung des Sohnes zu verstehen, bei welcher aller Erwerb sein Eigentum wird. Dies Vermögen unterliegt dann der Verwaltung und Nutzniessung des Vaters (*adventitium regulare*). Doch kann auch diese Beschränkung des Sohnes ausgeschlossen sein. So wird freies Kindesvermögen (*adventitium irregulare*) der Erwerb, bei welchem der Zuwendende bestimmt, dass die Verwaltung und Nutzniessung des Vaters ausgeschlossen sein solle, oder bei welchem der Vater auf seine Rechte verzichtet. Erbt das Hauskind etwas von seinen Geschwistern ab intestato, so werden diese Gegenstände ebenfalls Bestandteil des *adventitium irregulare*, falls

der Vater Miterbe war ⁵³).

Es ist nun die Frage der Surrogation für diese verschiedenen Vermögensgruppen zu betrachten.

Für das *peculium profectitium*, das rechtlich Vermögen des Vaters ist, gilt eine Surrogation kraft Gesetzes in der Weise, dass alles, was als Ersatz für die Entwendung oder Beschädigung von Pekuliargegenständen dem Vater erworben wird, wieder in das *Pekulium* fällt. Dabei ist es gleichgültig, ob der Ersatz in Ansprüchen besteht oder in Gegenständen, die in Erfüllung der Ersatzansprüche geleistet werden ⁵⁴).

Bei der Frage, ob auch Verfügungsgeschäfte des Hauskindes zu einer Surrogation führen können, müssen wir das *peculium profectitium sine administratione* von demjenigen *cum administratione* unterscheiden. Hat der Sohn keine Verwaltungsermächtigung, so kann er nicht wirksam verfügen. Da die Surrogation sich als rechtliche Wirkung einer Verfügung darstellt, kann sie beim *peculium profectitium sine administratione* nicht in Betracht kommen. Mit der *administratio peculii* dagegen kann der Haussohn gültig über Pekuliargegenstände verfügen. Hier tritt auch wieder absolute dingliche Surrogation ein; die veräußerte Sache wird Eigentum des Erwerbers und der erlangte Gegenstand tritt *ipso iure* an ihre Stelle ⁵⁵).

Zugunsten des *peculium castrense, quasi castrense*

53) Vgl. über *adventitium irregulare*: Dernburg, aaO., Bd. III, § 35.

54) Vgl. D. 47.2.52.26. - D. 15.1.7.5. - D. 15.1.9.1. - D. 15.1.7.6.

55) Vgl. Beyer, aaO., S. 72.

und des adventitium irregulare, die sich als freie Vermögen des Kindes darstellen, findet ebenfalls dingliche Surrogation statt, soweit es sich um Verfügungen des Haussohnes handelt⁵⁶). Wegen der kraft Gesetzes entstehenden Ansprüche oder erlangten Wertmittel (z.B. als Ersatz für Zerstörungen) ist dagegen eine Surrogationsvorschrift nicht zu finden. Sie ist auch nicht vonnöten, denn da der Sohn in Ansehung der drei genannten Vermögensteile von der väterlichen Gewalt befreit ist, erwirbt er diese Ansprüche ohnehin aus eigenem Recht.

Als letztes sind die sogenannten regulären Adventitionen zu behandeln, bei denen es sich um das allgemeine Vermögen des Kindes handelt, das der Verwaltung und Nutzniessung des Vaters unterliegt. Die gesetzliche Regelung verfolgt hier den Zweck, das Kind vor einem Vermögensverlust durch die Massnahmen des Vaters zu bewahren. Daher ist der Vater im Interesse der Substanzerhaltung grundsätzlich nicht berechtigt, Veräusserungen vorzunehmen. Dieser Grundsatz kennt - von einem in diesem Zusammenhang unbeachtlichen Sonderfall des Erbrechts abgesehen- nur eine Ausnahme: der Vater darf nämlich solche Gegenstände veräussern, die dem Kindesvermögen zur Last fallen oder irgendwie schädlich sind⁵⁷). Eine solche Verfügung ist rechtswirksam, wenn sie im Namen des Kindes erfolgt⁵⁸). In diesem Fall erlangt der Erwerber das Eigentum an der veräusserten Sache. Der erworbene Gegenwert fällt ipso iure in das Adventizvermögen des

56) Vgl. C.12.36.1.4.

57) Vgl. C.6.61.8.5. u. C.6.61.8.6 am Ende.

58) Vgl. C.6.61.8.5.

Kindes. Dadurch wird der eingetretene Eigentumsverlust wirtschaftlich wieder ausgeglichen.

c) Das Obligationenrecht.

Im Obligationenrecht ist die Grundsituation für die Surrogationsidee eine völlig andere als im Familien- und Erbrecht. Bisher handelte es sich immer um ein Vermögen, hinsichtlich dessen meist zwei Personen dinglich oder obligatorisch berechtigt waren und bei welchem die Surrogation ein Hilfsmittel war, um eine geordnete Vermögensverwaltung zu ermöglichen und dabei die Substanz zu erhalten.

Dagegen steht im Schuldrecht nur ein Gegenstand zwischen zwei Personen, und zwar in der Weise, dass der Gläubiger eine bestimmte Leistung zu fordern, der Schuldner sie zu erbringen hat. Es kann hier nun der Fall eintreten, dass die geschuldete Leistung beim Schuldner untergeht und dieser durch den Untergang einen anderen Gegenstand, z.B. einen Schadensersatzanspruch, erwirbt. Dann ist eine Surrogation insofern denkbar, als der neue Gegenstand an die Stelle des alten tritt und zum Schuldinhalt wird.

Eine solche Surrogation findet aber nur dann statt, wenn der Gläubiger die Gefahr des Untergangs der geschuldeten Leistung zu tragen hat. Er soll dann als Ausgleich für sein Risiko die Surrogate der Leistung erhalten⁵⁹).

59) Vgl. I. 3. 23. 3: ... commodum eius esse debet, cuius periculum est. Ferner D. 50. 17. 10 (de diversis regulis iuris antiqui): Paulus libro tertio ad Sabinum: Secundum naturam est commoda cuiusque rei eum sequi, quæ sequentur incommoda.

Da die Gefahr des zufälligen Untergangs im gemeinen Recht stets beim Gläubiger liegt ⁶⁰), hat die Surrogation im Obligationenrecht nicht geringe Bedeutung. Ihren Geltungsreich hat Friedrich Mommsen ⁶¹) in dem Satz umrissen:

"Wenn durch ein und dasselbe Ereignis auf der einen Seite eine völlige oder teilweise Unmöglichkeit der geschuldeten Leistung herbeigeführt, auf der anderen Seite ein commodum gewonnen ist, so steht der Anspruch auf das commodum demjenigen zu, der in Ansehung dieses bestimmten Ereignisses die Gefahr trägt."

d) Zusammenfassung.

Die Darstellung der Surrogationsvorschriften im gemeinen Recht ergibt kein einheitliches Bild. Zwar tritt eine Surrogation kraft Gesetzes für den Verlust von Vermögensgegenständen ziemlich gleichmässig bei der dos, den Pekulien, dem adventitium irregulare, der hereditas und dem commodum ein, doch findet die Surrogation infolge der zahlreichen Verfügungsbeschränkungen nur selten statt. Auch sind ihre Ziele und damit zugleich die technische Durchführung in jedem Fall von anderer Art.

Die Surrogation wird im späteren gemeinen Recht nach Belieben als technisches Mittel herangezogen, um einen bestimmten wirtschaftlichen Wert trotz des Austauschs des werttragenden Gegenstandes zu erhalten. Eine rechtstheoretische Verbindung der Anwendungsfälle ist nicht vorhanden.

60) Vgl. z.B. die Parömie: periculum est emtoris (s. locatoris).

61) Friedr. Mommsen, aaO., S.144.

4. K a p i t e l :

Die Surrogation im System des bürgerlichen Rechts. =====

Die geschichtliche Betrachtung hat gezeigt, dass es lediglich im griechischen Kaufrecht einen allgemeinen Rechtsgedanken der Surrogation gegeben hat. Im römischen und im gemeinen Recht sind Surrogationsbestimmungen nur für einzelne Fälle bekannt.

Zwar ist man in der Entwicklung der Rechtswissenschaft seit dem Beginn des usus modernus Pandectarum immer wieder bestrebt, aus den römischen Quellen einen Rechtsgrundsatz der Surrogation abzuleiten, doch sind diese Versuche früher oder später gescheitert.

Als nun das BGB die einzelnen Surrogationsregeln des gemeinen Rechts übernimmt und weiter ausbaut - ohne sich allerdings generell zu äussern -, finden sich wieder eine Reihe von Schriftstellern⁶²), die aus den zahlreichen Surrogationsparagrafen übergeordnete Gesichtspunkte herausfinden und danach ein einheitliches Rechtssystem der Surrogation aufstellen wollen. Nach eingehender Untersuchung stellen sie aber fest, dass sich nicht alle Vorschriften in das System einordnen lassen und dass entsprechende Bestimmungen fehlen, wo solche zu erwarten gewesen

62) Vgl. vor allem Waller, aaO., insbes. S. 40-101.
Thiele, aaO., insbes. S. 2 - 4.
Kohler, aaO., S. 15.
Buhrow, aaO., S. 15-119.
Windscheid, aaO., S. 3.

wären. Sie kommen dann mehr oder weniger zu dem Ergebnis, dass es auch im BGB bei der Vielgestaltigkeit der Situationen und Regelungen ein Surrogationsprinzip nicht gibt.

Lediglich Viebig⁶³) will die Existenz eines Grundsatzes der Surrogation beweisen. Er schreibt:⁶⁴)

" Das Surrogationsprinzip besagt eben lediglich, dass in allen Fällen, in denen für einen Schaden am Vermögen -ganz gleich wodurch er entstanden ist- vom Gesetzgeber Ersatzstücke -ganz gleich nach welchem Gesichtspunkte- bestimmt worden sind, diese Ersatzstücke auch wirklich in das ersatzbedürftige Vermögen gelangen müssen. Es bezieht sich also demnach das Surrogationsprinzip nicht auf die Frage des Ersatzes, sondern auf die des Ersetzens und ist als solches in unserem Rechtssystem ganz und gar einheitlich durchgeführt."

Viebig lässt alle Unterschiede auf sich beruhen und erblickt in dem Umstand, dass in jedem Falle von Surrogation ein Gegenstand in irgendeiner Weise an die Stelle eines anderen tritt, ein Prinzip.

In der Tat kehrt der Austauschgedanke in allen Vorschriften wieder. Wenn dem nicht so wäre, würde wohl noch niemand versucht haben, die Surrogationsbestimmungen zueinander in Beziehung zu setzen.

Diese Gemeinsamkeit zu einem Prinzip zu erheben, geht aber nicht an. Unter einem Prinzip ist im erkenntnistheoretischen Sinne derjenige Grundgedanke zu verstehen, aus welchem die übrigen Erkenntnisse abgeleitet,

63) Viebig, aaO., S.36.

64) Viebig, aaO., S.55.

durch welche dieselben begründet, bedingt oder bewiesen werden ⁶⁵). Es muss sich dabei um einen Anfangsgedanken als Ausgangspunkt handeln. Das ist der Surrogationsgedanke aber nicht. Er ist vielmehr der Endgedanke, der sich als Lösung eines Problems anbietet.

Es trat dann die Erscheinung ein, dass sich Probleme, die verschieden waren, weil sie aus verschiedenen Grundsituationen entstanden, mit demselben Endgedanken lösen liessen, der dann je nach der Lage verschiedene Gestalt annahm.

Deshalb kann die Surrogation nicht, wie Viebig meint, ein Prinzip oder Grund-Satz sein.

Wollte man aber im Sinne Viebigs von einem Surrogationsprinzip sprechen, so wäre damit gar nichts gewonnen, denn der Begriff wäre viel zu allgemein gehalten. Es würde zu viel Verschiedenartiges umfassen und niemand würde wissen, welche Fälle er dem Begriff noch unterordnen könne und welche nicht. Das Wesen der Begriffe besteht aber gerade in ihrem einheitlichen Gehalt und den scharfen Umrissen.

Der von Viebig aufgestellte Begriff des Surrogationsprinzips ist daher nicht verwertbar; er besagt nicht mehr als es das Wort Surrogation in seiner verschwommenen Bedeutung ohnehin schon tut.

Deshalb bleibt weiterhin die Tatsache bestehen, dass es ein Surrogationsprinzip als Rechtsbegriff nicht gibt ⁶⁶).

Mit dieser Feststellung enden stets die

65) Vgl. v. Rotteck-Welcker, aaO., S. 133.

66) So auch RG, 94, 20, 105, 87. - Palandt, Anm. 2a zu § 281. Sauter, aaO., S. 9. - Neuhaus, aaO., S. 76. - Staudinger, Vorbem. IV zu § 90.

Ausführungen in den Monographien und Kommentaren. Doch ist damit das Problem noch nicht erschöpft. Vielmehr taucht nun die Frage auf, warum der Versuch, die Surrogation als Rechtsgrundsatz zu beweisen, misslang.

Diese neue Fragestellung zwingt uns, das Wesen der Surrogation näher ins Auge zu fassen. Das ist eohl bisher noch nicht in der richtigen Beleuchtung geschehen. Man ist bisher von der Tatsache ausgegangen, dass bei jeder Surrogation ein Gegenstand untergeht oder sonst aus seiner früheren Rechtsstellung ausscheidet und ein neuer Gegenstand an seine Stelle tritt. Wenn man aus diesem Vorgang einen Rechtsgrundsatz ableiten will, geht man aber bewusst oder unbewusst von der Vorstellung aus, dass es sich bei der Surrogation um eine Erscheinung handelt, die logisch-notwendig in unserer Rechtsordnung enthalten ist und nur aus ihr herausgeschält zu werden bräuchte. Danach müsste sich nun die Surrogation entweder aus sich heraus erklären lassen oder aber der Unterfall eines anderen Begriffes unseres Rechtssystems sein.

Aus sich heraus lässt sich jedoch der Vorgang nicht deuten. Das haben alle diejenigen Schriftsteller versucht, die aus den einzelnen Surrogationsvorschriften das Prinzip gewinnen wollten.

Will man die Surrogation grösseren Begriffen unterordnen, so wäre zu untersuchen, ob sie sich als ein Rechtsinstitut ⁶⁷) oder als subjektives Recht ansehen lässt.

67) Eine solche Auffassung klingt verschiedentlich dem Sinne nach an, z.B. bei Sauter, aaO., S.4, der eine Reihe von Surrogationsvorschriften mit dem Institut der Stellvertretung vergleicht.

Rechtseinstitut nennt man den Inbegriff der auf Rechtsverhältnisse einer bestimmten Art bezüglichen Rechtsvorschriften⁶⁸). Entscheidend ist also, dass es sich um ein einheitliches Rechtsverhältnis handelt, wobei die Rechtsvorschriften, die es regeln, ganz verschieden sein können.

Bei der Surrogation ist es aber umgekehrt. Die einzelnen Rechtsvorschriften sind insoweit einheitlich, als sie alle den Austauschgedanken irgendwie zum Ausdruck bringen. Sie finden jedoch auf Rechtsverhältnisse unterschiedlicher Art Anwendung. Ein Rechtseinstitut ist die Surrogation also nicht.

Es fragt sich, ob sie ein subjektives Recht darstellt. Darunter versteht man die durch eine Rechtsvorschrift hergestellte günstige Lage einer bestimmten Person, unter der Voraussetzung, dass der Schutz dieser Lage von ihrem Willen abhängig ist⁶⁹). Wenn nun z.B. § 2019, I den Anspruch des Erben auf Herausgabe der Erbschaft auf gewisse Surrogate erstreckt oder § 1381 die Surrogate von Gegenständen des eingebrachten Gutes wieder in das eingebrachte Gut fallen lässt, so wird durch diese Vorschriften die rechtliche Situation des Erben, beziehungsweise der Ehefrau, jeweils günstiger gestaltet. Doch tritt dieser Austausch stets ipso iure und unabhängig von dem Willen der Beteiligten ein. Dem subjektiven Recht ist aber wesentlich, dass es den Personen eine gewisse Willensherrschaft verleiht⁷⁰).

68) Definition ähnl. Lehmann, aaO., S.50.

69) Definition ähnl. Lehmann, aaO., S.51.

70) Vgl. v.Tuhr, aaO., S.56.

Da § 2019, I und § 1381 sowie eine Reihe weiterer Vorschriften ⁷¹) dem Berechtigten die Befugnis einer Bestimmung durch den eigenen Willen nicht einräumen, können die genannten Surrogationsregeln keine subjektiven Rechte darstellen.

Es zeigt sich also, dass sich das Wesen der Surrogation in seiner heutigen rechtlichen Ausgestaltung nicht aus den Ordnungsbegriffen ⁷²) unserer Rechtsordnung ableiten lässt. Dies ist der innere Grund für den Misserfolg der bisherigen Dogmatisierungsversuche.

Nach diesem negativen Ergebnis können wir nur dann zu neuen Erkenntnissen kommen, wenn wir den Rahmen der bisherigen Erörterungen verlassen.

Wir werden dann feststellen, dass die Surrogation ein besonderes technisches Hilfsmittel ist, das in jedem Einzelfall einem besonderen materiellen Rechtsgedanken zum Siege verhelfen soll. Der Gedanke der Surrogation wird bestimmt durch die Zwecke, denen er dient. Diesen Zwecken muss sich deshalb die weitere Betrachtung zuwenden ⁷³).

Am Ausgangspunkt dieser Betrachtung finden wir nun bestimmte Aufgaben, welche dem Gesetzgeber gestellt waren und die er mit dem Mittel des Surrogationsgedankens löst, um dergestalt einen vorbestimmten rechtspolitischen Zweck zu erreichen. Dabei lässt sich aus den mannigfachen Formen, in welchen die Surrogationsvorschriften als Mittel in Erscheinung treten, schon jetzt schliessen, dass die Aufgaben und Zwecke ebenfalls unterschiedlich sein müssen.

Die weitere Untersuchung kann deshalb nur in der Weise

71) z.B. §§ 1370, 1473, 1638, II, 2041.

72) Vgl. Heck, Begriffsbildung, S.62 u.63.

73) Vgl. Coing, aaO., S.274.

fortgeführt werden, dass wir jede Surrogationsvorschrift einzeln erörtern, und zwar im Hinblick auf die gestellte Aufgabe und den erstrebten Zweck.

Bei einer solchen Darstellung lassen sich diejenigen Surrogationsparagrafen, die von einer weitgehend ähnlichen Grundsituation ausgehen und welche deshalb auch weitgehend gleich ausgestaltet sind, zu Gruppen zusammenfassen. Doch muss betont werden, dass eine umfassende Systematisierung des Stoffes unter den bezeichneten Gesichtspunkten weder möglich noch beabsichtigt ist.

Die erstrebte Betrachtungsweise, die sich -dem Zug der modernen Anschauung⁷⁴) folgend- von der Gegenstandstheorie abwendet, hat dafür den Vorteil einer realistischen Erfassung der sozialen Wirklichkeit, von welcher die Rechtsnormen ja nur ein Abglanz sind.

5. K a p i t e l :

Die Surrogation bei den Sondervermögen. =====

Surrogationsbestimmungen finden sich überall im BGB. Hauptanwendungsgebiet aber ist das Recht der verschiedenen Sondervermögen. Diese Tatsache wird verständlich, wenn man sich zunächst die rechtliche Lage des Vermögens im allgemeinen klar macht.

Das "Vermögen" ist ein überwiegend volkswirtschaft-

74) v.Hippel, aaO., S.34/35. - Esser, aaO., im Vorwort. Heck, Interessenjurisprudenz, S. 27 ff.

licher Begriff, denn man versteht darunter denjenigen Güterbestand, welcher einer Person zur Befriedigung ihrer Bedürfnisse zur Verfügung steht. Dabei werden die einzelnen Güter hauptsächlich nach ihrem Geld- oder Tauschwert angesehen ⁷⁵).

Für das bürgerliche Recht ist das Vermögen kein geschlossener Begriff. Das Gesetz enthält keine Definition. Man kann aber sagen, dass in juristischer Hinsicht das Vermögen aus der Summe aller geldwerten Rechte einer Person ⁷⁶) besteht, denn das BGB behandelt diesen Inbegriff in verschiedener -z.B. haftungsrechtlicher- Beziehung als Einheit. Mit einer derartigen Feststellung haben wir zwar nicht alle Merkmale des Vermögens gekennzeichnet, aber doch den Kreis der in Betracht kommenden Gegenstände abgesteckt, und das genügt für unsere Erörterung. Im Einzelnen kann es sich bei diesen Gegenständen um dingliche oder obligatorische Rechte, das Erbrecht oder Immaterialgüterrechte handeln.

Wenn nun der Inhaber mit seinem Vermögen arbeitet, indem er es in den wirtschaftlichen Verkehr einschaltet, so hat das rechtlich meist einen ständigen Wechsel in der Zusammensetzung des Vermögens zur Folge; einige Gegenstände scheiden durch ihren Untergang oder durch Veräußerung aus, andere treten durch originären oder derivativen Erwerb von seiten des Inhabers in das Vermögen ein. Dabei ist wichtig, dass das Vermögen durch alle Veränderungen hierdurch eine organische Einheit bildet, denn nur als

75) Vgl. hierzu Amonn, aaO., S. 40. - v. Tuhr, aaO., S. 314 ff.
76) Vgl. Staudinger, Vorbem. IV zu § 90.

bleibende Kraft kann es ein Element im Wirtschaftsleben und von produktivem Wert sein.

Diese Kontinuität ist nun bei dem allgemeinen Vermögen gewahrt, weil grundsätzlich aller Erwerb einer Person in ihr Vermögen fällt, wenn sie nur einen darauf gerichteten Willen besitzt. Hat die Person einen Gegenstand gegen Hingabe irgendwelcher Mittel erworben, so tritt die Vermögensvermehrung sogar ohne Rücksicht darauf ein, ob die Mittel aus dem eigenen oder einem fremden Vermögen stammen⁷⁷).

Schliesst nun jemand ein Rechtsgeschäft ab, in welchem er mit eigenen Mitteln einen Gegenstand erwirbt, so haben wir einen Grundfall von Surrogation bei Vermögen, denn hier scheidet ein Gegenstand aus dem allgemeinen Vermögen der Person aus, und es wird ein neuer Gegenstand erworben, der mit dem Erwerb ipso iure in das allgemeine Vermögen der Person eintritt und damit rechtlich und wirtschaftlich die Stelle des alten Gegenstandes einnimmt.

Die Surrogation ist hier eine Folge der Struktur unseres Rechtssystems. Deshalb ist für das allgemeine Vermögen eine besondere Surrogationsvorschrift nicht notwendig und im übrigen auch nicht vorhanden. Ja, man redet in diesem Zusammenhang meist gar nicht von Surrogation.

Nun kann es sein, dass bestimmte Teile eines Vermögens besondere Aufgaben erfüllen sollen und deshalb einer besonderen Regelung unterworfen sind. Man spricht dann von Sondervermögen. Ein Sondervermögen ist zum Beispiel

77) Dies ist eine Folge der abstrakten Ausgestaltung der Uebertragungsakte im deutschen Recht.

das Vorbehaltsgut der Ehefrau, weil es im Gegensatz zu ihrem allgemeinen Vermögen nicht der Verwaltung und Nutzniessung des Ehemanns unterliegt.

Schliesst nun die Ehefrau ein Rechtsgeschäft ab, in welchem sie mit Mitteln des Vorbehaltsgutes einen neuen Gegenstand erwirbt, so fällt dieser Gegenstand nach der Ordnung unseres Rechtssystems, wie dargestellt, in das allgemeine Vermögen der Ehefrau. Das aber steht in der Nutzverwaltung des Mannes, der dann auch in Wahrnehmung seiner Rechte eine Sache, die sich die Frau vielleicht für ihren persönlichen Gebrauch angeschafft hat, gemäss §1373 in Besitz nehmen kann. Die Ehefrau hat dann zwar Eigentum erworben, aber der wirtschaftlich beabsichtigte Erfolg des Geschäfts ist nicht eingetreten.

Darüber hinaus ist auf die Dauer die Kontinuität des Vorbehaltsgutes als Vermögen gefährdet, denn wenn nur aus ihm Gegenstände ausscheiden und neuer Erwerb zum Vorbehaltsgut nicht möglich ist, so wird seine Substanz bald erschöpft sein. Die Ehefrau wird sich deshalb wohl aller Geschäfte enthalten, einmal, weil sie ihre Mittel nicht so schnell verbrauchen will, zum anderen, weil sie tatsächlich nichts für sich allein erwerben kann.

Nun besteht aber, wie dargestellt, der Wert eines Vermögens rechtlich gerade darin, dass es zeitlich eine organische Einheit bildet, indem es sich bei jedem Erwerb wieder ergänzt, und dass der Inhaber deshalb über die Vermögensmittel auch zu seinem alleinigen Vorteil verfügen kann.

Um den Sondervermögen diese rechtliche Stellung zu verschaffen, musste man sie von dem allgemeinen Vermögen, zu welchem sie in Beziehung stehen, unabhängig machen. Das geschah durch besondere Vorschriften, wonach in gewissen Fällen und in einem gewissen Umfang der Erwerb nicht in das allgemeine, sondern in das besondere Vermögen einer Person fällt und damit die rechtliche Stellung der aus dem Sondervermögen ausscheidenden Gegenstände übernimmt. Es geschah also durch die Surrogation.

Ob und in welcher Weise diese Surrogation im Einzelnen durchgeführt ist, soll die Betrachtung der verschiedenen Sondervermögen des BGB ergeben.

6. K a p i t e l :

Die Sondervermögen im Erbrecht.

=====

Im Erbrecht ist der Nachlass Gegenstand unserer Betrachtung; er tritt in verschiedenen Situationen als Sondervermögen auf.

a) Nachlassverwaltung und Nachlasskonkurs.

Hat jemand eine Erbschaft gemacht, die stark verschuldet oder überschuldet ist, so wird er zum Schutze seines allgemeinen Vermögens die Haftung für Nachlassverbindlichkeiten auf den Nachlass beschränken. Das tut er durch Einleitung der Nachlassverwaltung oder des

Nachlasskonkurses. Damit unterliegt der Nachlass einer besonderen Regelung und ist also ein Sondervermögen.

Hatte nun der Erbe vor der Anordnung der Verwaltung oder des Konkurses Rechtsgeschäfte über den Nachlass abgeschlossen, durch welche Nachlassmittel veräussert und neue Gegenstände erworben wurden, so würde der Erwerb nach den allgemeinen Grundsätzen in das allgemeine Vermögen des Erben fallen und dadurch der späteren Nachlassverwaltung oder dem Konkurs entzogen sein.

Im Interesse der Nachlassgläubiger muss aber auch dieser Erwerb erfasst werden können. Deshalb bestimmt §1978,I, dass nach Anordnung der Nachlassverwaltung oder der Eröffnung des Nachlasskonkurses der Erbe den Nachlassgläubigern für die bisherige Verwaltung des Nachlasses ebenso verantwortlich ist, als wenn er von der Annahme der Erbschaft an die Verwaltung für sie als Beauftragter zu führen gehabt hätte. Hat der Erbe vor Annahme der Erbschaft schon erbschaftliche Geschäfte besorgt, so ist er insoweit als Geschäftsführer ohne Auftrag anzusehen.

Mit dieser Regelung ist erreicht, dass der Erbe als Beauftragter nach §667, als auftragloser Geschäftsführer nach §§681,667 alles herauszugeben hat, was er aus der Geschäftsbesorgung erlangt. Soweit also bei der Veräusserung eines Nachlassgegenstandes durch den Erben ein Erwerb gemacht wird, soll dieser an die Stelle des Verlustes treten.

Da nun aber der Erbe gemäss §1978,I als Geschäfts-

fürher der Nachlassgläubiger anzusehen ist, steht nach §667 der Anspruch auf Herausgabe des Erlangten unmittelbar den Nachlassgläubigern zu. Das hat für die Nachlassverwaltung oder den Nachlasskonkurs zur Folge, dass der Erbe lediglich den ursprünglichen Nachlass an den Verwalter herauszugeben hat, den Neuerwerb aber gleich an die Nachlassgläubiger abführen müsste. Dadurch würde die vermögensrechtliche Einheit des Nachlasses zerstört und die ordnende Tätigkeit des Verwalters beeinträchtigt. Deshalb bestimmt §1978,II, dass die den Nachlassgläubigern nach §1978,I zustehenden Ansprüche als zum Nachlass gehörig gelten sollen. Auf diese Weise kommt der Neuerwerb ebenso wie das ursprüngliche Vermögen in die Hand des Verwalters. Die neu erworbenen Gegenstände nehmen nunmehr wirklich die rechtliche Stellung der ausscheidenden Objekte ein; wir können jetzt von einer Surrogation sprechen.

Ergeben sich aus einem Veräußerungsgeschäft des Erben weitergehende Ansprüche (z.B. Schadensersatzansprüche aus §679), so werden diese von der Regelung des §1978,I u.II nicht berührt. Die Surrogation hat hier also nur relative Wirkung⁷⁸). Sie soll ja auch nur die Befugnisse des Verwalters im Interesse einer ungehinder- ten Abwicklung der Verwaltungsgeschäfte erweitern, nicht aber beschränken.

Nach der bisherigen Betrachtung will es scheinen, als ob §1978 nur den Erwerb behandelt, der durch Rechts-

78) Definition vgl. S.5.

geschäfte des Erben herbeigeführt worden ist. Ueber die Unklarheit des Wortlauts hinaus darf man nach dem Sinn der Vorschrift aber schliessen, dass, wenn eine rechtsgeschäftliche Surrogation angeordnet ist, die gesetzliche Surrogation erst recht zulässig sein soll⁷⁹).

b) Der Erbschaftsbesitzer.

Es handelt sich hier um den Fall, dass der Nachlass vom Erblasser in den Besitz einer Person gekommen ist, die unrichtigerweise behauptet Erbe zu sein. Die rechtliche Stellung des wahren Erben soll nun durch das Dazwischentreten des Erbschaftsbesitzers möglichst keinen Schaden erleiden. Da der Nachlass im Normalfall als ein Vermögen vom Erblasser in die Hände des Erben gekommen wäre, soll der Erbe in dieser besonderen Lage den Nachlass ebenfalls als Ganzes herausverlangen können. Deshalb gibt ihm §2018 einen einheitlichen dinglichen Gesamtanspruch⁸⁰) gegen den Erbschaftsbesitzer.

Dieser Erbschaftsanspruch erfasst in der Formulierung des §2018 nur die ursprünglichen Nachlassgegenstände. Der Besitzer wird jedoch inzwischen das Nachlassvermögen zur Befriedigung seiner wirtschaftlichen Bedürfnisse herangezogen haben, was sich rechtlich in der Weise auswirkt, dass einzelne Gegenstände aus dem Nachlassvermögen ausscheiden und der Besitzer dafür neue Sachen oder Rechte erwirbt.

79) So auch Beyer, aaO., S.245.

80) Dietz, aaO., S.151; Palandt, Einführung vor § 2018; Kipp, Erbrecht, § 66, I.

Diese neuen Gegenstände müssten dem Erben als Ausgleich für den Verlust zugute kommen. Tatsächlich ergeben die allgemeinen Vorschriften Ansprüche, mit denen der Erbe den neuen Erwerb herausverlangen kann. Mit den allgemeinen Anspruchsmöglichkeiten ist ihm aber nicht gedient, denn je mehr neue Gegenstände statt der alten in die Hand des Erbschaftsbesitzers kommen, desto stärker löst sich der Gesamtanspruch des §2018 in Einzelansprüche von unterschiedlicher Natur auf. Zudem würde der Neuerwerb an Sachen in das Eigentum des Erbschaftsbesitzers gelangen, während die ursprünglichen Nachlasssachen ja im Eigentum des Erben standen. Durch das selbständige rechtliche Schicksal des Neuerwerbs würde die Kontinuität des Nachlasses als einheitliches Vermögen unterbrochen. Um nun sowohl die Auflösung des Gesamtanspruches als auch den Zerfall des Vermögens zu verhindern, ordnet §2019,I an, dass der Neuerwerb Bestandteil des Nachlasses wird, folglich unmittelbar gegenständlich dem Erben zusteht und dem Anspruch des §2018 unterliegt.

Da der Neuerwerb nach §2019,I auf diese Weise in die rechtliche Stellung der ausgeschiedenen Erbschaftsgegenstände eintritt, und zwar ohne Rücksicht auf den Willen der Beteiligten ⁸¹⁾, handelt es sich hier um die Anordnung einer Surrogation mit dinglicher Wirkung ⁸²⁾.

Den Umfang der Surrogation bestimmt §2019,I dergestalt, dass all das surrogiert wird, "was der Erbschaftsbesitzer durch Rechtsgeschäft mit Mitteln der

81) Im gemeinen Recht kam es dagegen noch auf die subjektive Absicht des Erbschaftsbesitzers und eine objektive Beziehung des Erwerbs zum Nachlass an.

82) Definition vgl. S.5 oben.

Erbschaft erwirbt."

Es muss sich also zunächst um den Erwerb irgendeines Rechtes -einschliesslich des Besitzes- handeln. Diesen Erwerb muss der Erbschaftsbesitzer gemacht haben, und zwar mit "Mitteln der Erbschaft." Fraglich ist, was man darunter verstehen soll.

Nach Beyer ⁸³⁾ und Windmüller ⁸⁴⁾ ist der Ausdruck rein juristisch aufzufassen. Danach sind nur diejenigen Gegenstände Mittel der Erbschaft, die dinglich zum Nachlass gehören.

Dieser Auffassung steht aber die Tatsache entgegen, dass man nach dem Sprachgebrauch unter Mitteln wirtschaftliche Werte versteht. Ferner ist das Wort schon in § 45 KO gebraucht, wo es allgemein auf seine wirtschaftliche Bedeutung hin ausgelegt wird ⁸⁵⁾. Es ist nicht einzusehen, warum bei § 2019, I eine andere Auslegung gelten soll. Schliesslich ist zu bedenken, dass es sich in § 2019, I -ebenso wie in § 45 KO- darum handelt, ein Vermögen in seinem tatsächlichen Umfang zu erfassen. Das ist nur möglich, wenn man alle zum Nachlass gehörigen Gegenstände ihrem wirtschaftlichen Wert gemäss ⁸⁶⁾ heranzieht, anstatt nach deren Rechtsnatur zu unterscheiden.

Deshalb sind unter Mitteln alle beweglichen und unbeweglichen Sachen sowie diejenigen Rechte zu verstehen, die einen Vermögenswert verkörpern, also nicht nur ding-

83) Beyer, aaO., S.126.

84) Windmüller, aaO., S.83.

85) Vgl. Jaeger, aaO., Anm.7 zu § 45.

86) So auch Staudinger, Anm.2, b zu § 2019.

liche Rechte, sondern auch obligatorische Ansprüche auf Zahlung einer Geldsumme, auf Rückgabe verliehener oder vermieteter Sachen, auf Verschaffung dinglicher Rechte usw.

Die Mittel müssen stets aus der Erbschaft stammen, wenn der Erbe Eigentümer der erworbenen Sachen werden soll. Kommen dagegen die Mittel nur zum Teil aus dem Nachlass, zum anderen Teil aber aus dem Vermögen des Erbschaftsbesitzers, so entsteht an den erlangten Sachen Miteigentum zwischen Erben und Erbschaftsbesitzer.

Endlich ist noch zu beachten, dass nach § 2019, I eine Surrogation nur für den Erwerb durch Rechtsgeschäft stattfindet. Es wird also eine wirksame Verfügung des Erbschaftsbesitzers über Nachlassgegenstände vorausgesetzt⁸⁷⁾. Doch kann darüber hinaus von dem Erwerb, der sich ohne vermittelndes Rechtsgeschäft kraft Gesetzes vollzieht, nichts anderes gelten. Das ergibt sich aus der weiten Fassung des § 2018 sowie aus dem Umstand, dass § 2021 den § 818 für anwendbar erklärt, nach dessen 1. Absatz der Erwerb kraft Gesetzes herauszugeben ist⁸⁸⁾. Es findet also gesetzliche und rechtsgeschäftliche Surrogation des Erwerbs an dinglichen Rechten und Forderungen⁸⁹⁾ statt.

Daraus würde sich ergeben, dass auch die gezogenen Nutzungen zum Nachlass gehören, und insbesondere die Früchte ipso iure Eigentum des Erben würden. Doch nimmt

87) Vgl. Planck, Anm. 2 zu § 2019, -Staudinger, Anm. 2, a zu § 2019, Beyer, aaO., S. 133, a.M. Dietz, aaO., S. 153.

88) In diesem Sinne Beyer, aaO., S. 136, Palandt, Anm. 3 zu § 2019, Staudinger, Anm. 2, a zu § 2019.

89) Bei Forderungen unter Berücksichtigung des Schutzes für gutgläubige Schuldner (§ 2019, II). Näheres folgt auf Seite 49.

§ 2020 die Gebrauchsvorteile und Früchte ausdrücklich von der Regelung des § 2019 aus. Er führt eine obligatorische Herausgabeverpflichtung ein, deren Umfang sich gemäss § 2021 nach Bereicherungsrecht richtet. Der Gesetzgeber wollte auf diese Weise dem gutgläubigen Erbschaftsbesitzer in Ansehung der Nutzungen den Einwand des Wegfalls der Bereicherung erhalten⁹⁰).

Da nun die zivilen Früchte durch Rechtsgeschäft mit Mitteln der Erbschaft erworben werden, entstand die Frage, ob sie nach § 2020 oder nach § 2019 zu behandeln seien. Zur Klärung des Problems ist davon auszugehen, dass § 2020 die obligatorische Herausgabeverpflichtung auch auf diejenigen Früchte erstreckt, an denen der Erbschaftsbesitzer Eigentum erworben hat. Da der Erbschaftsbesitzer an ihnen also Eigentum erlangen kann, hat der Gesetzgeber hier wohl einen dinglichen Anfall zur Erbschaft nicht gewünscht⁹¹). Es kann deshalb für die Zivilfrüchte nichts anderes gelten als für die anderen Nutzungen auch.

Wenn wir soeben die Frage erörtert haben, ob bei Nutzungen, insbesondere Zivilfrüchten, § 2019 Anwendung findet, so muss betont werden, dass dies nur wegen der Sondervorschrift des § 2020 nicht der Fall ist. Begrifflich können nämlich auch Nutzungen "durch Rechtsgeschäft mit Mitteln der Erbschaft" erworben werden. Allerdings können wir dann nicht mehr von Surrogation sprechen,

90) Vgl. Protokolle, Bv.V, S.714, 715; Einschränkungen macht Staudinger, aaO., Anm.2 zu § 2020.

91) So die Protokolle, Bv.V, S.174 u.715, Kipp, Erbrecht, § 68, II, 4, Palandt, Anm.1 zu § 2020.

denn die Surrogation setzt das Ausscheiden eines Vermögensgegenstandes voraus, damit ein anderer Gegenstand an seine Stelle treten kann. Bei den Nutzungen aber handelt es sich um die Erscheinung, dass ein bestimmter Gegenstand im Vermögen ist, auch darin verbleibt und dabei Erträgnisse abwirft, die dann zu dem Vermögen hinzukommen. Es findet also keine Ersetzung, sondern eine Zuwachsung statt. Die Erscheinung des Zuwachses durch Nutzungen ist aber für § 2019 wegen der Vorschrift des § 2020 ohne Bedeutung. Auch an den anderen Stellen des Gesetzes, an denen wir eine gleichlautende Surrogationsvorschrift wiederfinden, wird -wie wir noch sehen werden- durch eine besondere Bestimmung für den Zuwachs an Nutzungen eine Ausnahmereglung getroffen, so dass wir es bei jedem Erwerb "mit Mitteln" eines Vermögens stets mit einem Fall reiner Surrogation zu tun haben.

Eine Besonderheit gilt nach § 2019, II noch für die Surrogation von Forderungen. Hier müssen die Interessen des Schuldners einer solchen Forderung dergestalt berücksichtigt werden, dass der Schutz seines guten Glaubens erweitert wird. Bei einer Zession gelangt die Forderung in der Regel von dem Vermögen des Veräußerers in das allgemeine Vermögen des Erwerbers. Für diesen Fall greift der Gutgläubensschutz der §§ 406 bis 408 ein. Erwirbt aber ein Erbschaftsbesitzer eine Forderung durch Rechtsgeschäft mit Mitteln der Erbschaft, so gelangt die Forderung nicht in sein allgemeines Vermögen,

sondern nach § 2019,I in das dingliche herausgabepflichtige Erbschaftsvermögen und steht damit dem Erben zu. Durch die dingliche Surrogation des § 2019,I wird also ausnahmsweise eine andere Person als der Erwerber zum Inhaber der Forderung. Diese Tatsache kann der Forderungsschuldner nicht kennen. Deshalb muss sein guter Glaube auch in dieser besonderen Hinsicht geschützt werden. Das tut § 2019,II mit den Worten: "Die Zugehörigkeit einer in solcher Weise erworbenen Forderung zur Erbschaft hat der Schuldner erst dann gegen sich gelten zu lassen, wenn er von der Zugehörigkeit Kenntnis erlangt; die Vorschriften der §§ 406 bis 408 finden entsprechende Anwendung."

Es ist nun noch auf das Verhältnis der Surrogation des § 2019 zu den anderen Bestimmungen über den Erbschaftsanspruch einzugehen. Wir kommen damit zu der -schon im gemeinen Recht erörterten- Frage, ob sich im Falle entgeltlicher Veräußerungen des Erbschaftsbesitzers der Anspruch des Erben auf die Surrogate der ausgeschiedenen Gegenstände beschränkt, oder ob er noch weitergehende Ansprüche geltend machen kann, zum Beispiel Schadensersatzansprüche nach § 2023 oder § 2025.

Da sich Surrogations- und Schadensersatzvorschriften im Gesetz unabhängig gegenüberstehen, kann der Erbe nach Belieben die Surrogate oder den Schadensersatz verlangen. Bei der Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen ist aber zu berücksichtigen, dass der Erbe stets nach § 2019 schon Eigentümer der Surrogate ist. Es muss deshalb eine

Vorteilsausgleichung stattfinden, dergestalt dass sich der Erbe auf seinen Schadensersatzanspruch den Wert der erlangten Surrogate anrechnen lassen muss.

Es ergibt sich damit, dass die Surrogation des § 2019 andere Ansprüche nicht ausschliesst, sondern nur im Umfang beeinträchtigt. Sie hat mithin keine absolute, sondern nur eine relative Wirkung⁹²⁾.

c) Die Erbengemeinschaft.

Hinterlässt der Erblasser mehrere Erben, so wird der Nachlass gemeinschaftliches Vermögen der Erben (§ 2032). Damit tritt neben das allgemeine Vermögen, das jedem Erben allein gehört, der Nachlass als Sondervermögen, das allen Erben zur gesamten Hand zusteht.

Die Verwaltung des Nachlasses durch die Erben wird es nun mit sich bringen, dass einzelne Bestandteile des Nachlasses veräussert und dafür andere Gegenstände erworben werden. Auch entstehen teilweise für den Verlust von Nachlassbestandteilen kraft Gesetzes Ersatzansprüche. Es kommt nun darauf an, dass der Nachlass trotz dieser Veränderungen als Vermögen, d.h. seinem wirtschaftlichen Wert nach, erhalten bleibt. Seine Erhaltung ist sowohl für die Befriedigung der Nachlassgläubiger als auch für die spätere Auseinandersetzung zwischen den Erben notwendig. Dies Ziel kann mit den

92) Vgl. S.5.

allgemeinen Vorschriften nicht erreicht werden. Haben z.B. die Erben einen zum Nachlass gehörigen Schrank verkauft, so scheidet dieser Gegenstand mit der Uebereignung aus dem Nachlass aus. Der Kaufpreisanspruch als Gegenwert steht allen Erben als Gläubigern zu. Da es sich um eine teilbare Leistung handelt, ist gemäss § 420 jeder Erbe berechtigt, den anteilmässig auf ihn entfallenden Betrag einzuziehen. Das Geld würde dann in das jeweilige allgemeine Vermögen des Erben fliessen. Dadurch werden die Nachlassgläubiger geschädigt, insbesondere wenn die Haftung auf den Nachlass beschränkt ist. Auch die Rechtslage der Erben als Gemeinschaft verschlechtert sich, weil der Gegenwert nicht mehr ihrer gemeinsamen Verwaltung unterliegt.

Um diese Benachteiligung der Nachlassgläubiger und der Erbengemeinschaft zu vermeiden, musste der Gesetzgeber besondere Vorkehrungen treffen. Das hat er mit der Vorschrift des § 2041 getan, in welcher die dingliche Surrogation angeordnet wird: Der Neuerwerb gehört zum Nachlasse, tritt also ipso iure in die Rechtsstellung der ausgeschiedenen Gegenstände ein.

Die Surrogation erstreckt sich gemäss § 2041 auf dasjenige,

"was auf Grund eines zum Nachlass gehörenden Rechtes oder als Ersatz für die Zerstörung, Beschädigung oder Entziehung eines Nachlassgegenstandes oder durch ein Rechtsgeschäft erworben wird, das sich auf den Nachlass bezieht."

§ 2041 bestimmt hier den Umfang der Surrogation mit drei Klauseln, die an anderen Stellen des Gesetzes wiederkehren und stets die gleiche Bedeutung haben ⁹³).

Eine eingehende Betrachtung dieser Formulierungen ist deshalb notwendig.

Der Erwerb auf Grund eines zum Nachlasse gehörenden Rechts umfasst alles, was mit Hilfe dieses Rechts irgendwie erlangbar ist. Er kann einmal in demjenigen bestehen, was in Erfüllung einer Nachlassforderung geleistet wird. Er kann sich weiterhin aus den Erträgnissen eines Nachlassrechts zusammensetzen. Als solche kommen in Betracht: Ersitzung, Zuwachs durch Verbindung und Vermischung, Schatzfund, Gewinn aus einem Lotterielos, das ja als Recht eine Gewinnchance verkörpert, schliesslich noch Gebrauchsvorteile und Früchte des Rechts. Dabei ist gleichgültig, ob die Rechtsfrüchte im natürlichen Wege anfallen, wie z.B. Bodenerzeugnisse als Früchte des Pachtrechts, oder durch ein Rechtsgeschäft erworben werden, wie z.B. Pachtzins als Frucht der Unterverpachtung des Pachtrechts. Es fallen also der gesetzliche wie auch der rechtsgeschäftliche Erwerb unter die Klausel. Es ist hier aber zu erwähnen, dass ein rechtsgeschäftlicher Erwerb sich nur auf diejenigen Gegenstände bezieht, welche in Ausübung eines Nachlassrechtes durch Verwirklichung seines Inhaltes anfallen. So sind die durch Veräusserung eines Nachlassrechtes erworbenen Gegenstände nicht der Ertrag, sondern der Gegenwert des veräusserten Rechts. Dieser Gegenwert ist nicht

93) Dies ergibt sich aus den Protokollen, Bd.II, S.709 und Bd.VI, S.326.

auf Grund eines Rechtes, sondern auf Grund eines selbständigen Rechtsgeschäfts angefallen.

Vergleichen wir die beiden möglichen Erwerbsgruppen, nämlich den Erwerb als Erfüllung und als Ertrag eines Rechts, so ergibt sich, dass wir es nur bei der Erfüllung mit einem Fall von Surrogation zu tun haben. Denn hier scheidet die Forderung durch Erlöschen aus, und das in Erfüllung der Forderung Geleistete tritt dafür in den Nachlass ein. Die Forderung wird also durch den geleisteten Gegenstand ersetzt. Bei den Erträgnissen dagegen bleibt das Nachlassrecht erhalten. Es kommen nur seine Nutzungen noch zum Nachlass hinzu. Dabei findet kein Gütertausch statt. Deshalb haben wir es nicht mit einer Surrogation, sondern mit der bereits bei § 2019 erwähnten Erscheinung des Zuwachses zu tun.

Bei dem Erwerb, der als Ersatz für die Zerstörung, Beschädigung oder Entziehung eines Nachlassgegenstandes gemacht wird, ist dagegen klar, dass er sich stets durch Surrogation vollzieht, denn er gelangt ja "als Ersatz" für den Untergang oder das Ausscheiden eines Gegenstandes in den Nachlass. Auch sonst bereitet der Wortlaut der Klausel keine Schwierigkeiten.

Die Zerstörung oder Beschädigung eines Nachlassgegenstandes kann durch schuldhafte Eingriffe Dritter verursacht sein. Es wird dann der Ersatz in der Regel in einem Schadensersatzanspruch aus unerlaubter Handlung bestehen. Aber auch aus schuldlosen Beeinträchtigungen durch Dritte können nach § 1004 Ansprüche auf Unterlassung oder Be-

seitigung der Beeinträchtigung gegeben sein. Endlich gehört nicht hierher, was als Ersatz für zufällige Einwirkungen anfällt, beispielsweise Ansprüche aus einer Versicherung. Die Versicherung muss jedoch über Nachlassgegenstände abgeschlossen sein. Dagegen kommen Brand-, Hagel-, Vieh- und Transportversicherungen in Betracht, nicht aber persönliche Versicherungen gegen Unfall oder Krankheit. Dass alle Versicherungsansprüche als Ersatz für einen Nachlassgegenstand erst durch ein Rechtsgeschäft, dem Versicherungsvertrag vermittelt werden, ist dabei ohne Bedeutung. Die Klausel umfasst also neben dem gesetzlichen auch den rechtsgeschäftlichen Erwerb. Das war schon bei dem Erwerb "auf Grund eines Rechtes" der Fall. Nur muss hier wie dort beachtet werden, dass Rechtsgeschäfte, bei denen ein Nachlassgegenstand kraft Vertrages ausscheidet, nicht in Betracht kommen. Das Rechtsgeschäft darf sich nicht auf den Nachlassgegenstand, sondern nur auf den Erwerb des Ersatzes beziehen; wir haben es also nicht etwa mit einer rechtsgeschäftlichen, sondern der gesetzlichen Surrogation zu tun.

Unter der "Entziehung" eines Nachlassgegenstandes hat der Gesetzgeber ⁹⁴⁾ vor allem Eingriffe öffentlich-rechtlicher Art, wie Enteignung oder Zwangsversteigerung, verstanden. Der Ersatz besteht hier in den Ansprüchen auf Entschädigung oder auf den Ueberschuss vom Versteigerungserlös. Allerdings wird der Versteigerungsüberschuss nur in seltenen Fällen nach § 2041 surrogiert werden, weil der Erlös bei der Zwangsversteigerung von

94) Motive, Bd.IV, S.177, 501.

Grundstücken schon nach § 92 ZVG, bei der Versteigerung von Pfandsachen schon nach § 1247 in die Rechtsstellung des ausscheidenden Gegenstandes eintritt.

Ersatz für die Entziehung eines Gegenstandes sind ferner die Verzugszinsen wegen verspäteter Leistung der geschuldeten Geldsumme (§ 288) und die Renten für einen Ueberbau (§ 912) oder Notweg (§ 917), denn im ersten Fall wird dem Berechtigten die Leistung, im zweiten Fall der Besitz an einem Teil des Grundstücks vorenthalten.

Zu der dritten Gruppe von Gegenständen, die der Surrogation des § 2041 unterliegen, gehört dasjenige, "was durch ein Rechtsgeschäft erworben wird, das sich auf den Nachlass bezieht."

Die Vorschrift geht von dem Vollzug eines gültigen Rechtsgeschäfts aus und behandelt damit lediglich eine rechtsgeschäftliche Surrogation, wie sie uns schon in § 2019, I begegnet ist. In beiden Fällen muss es sich um ein Rechtsgeschäft handeln, durch welches ein Nachlassgegenstand ausscheidet und ein neuer Gegenstand in das Vermögen eintritt, denn nur bei solchen Austauschgeschäften ist überhaupt die Möglichkeit einer Ersetzung gegeben. Da § 2041 jedoch keine Beschränkungen hinsichtlich der Art des Rechtsgeschäftes an sich aufstellt, so ist klar, dass auch derjenige Erwerb in den Nachlass fällt, der durch ein anderes als ein Umsatzgeschäft erlangt wird. Es kommen hier neben der Surrogation also auch Fälle von Zuwachs in Betracht.

In jedem Falle aber muss das Rechtsgeschäft nach dem

Wortlaut des § 2041 zu dem Nachlass in einer Beziehung stehen. Fraglich ist, wie diese Beziehung beschaffen sein muss. Die herrschende Ansicht ⁹⁵⁾ lässt einen wirtschaftlichen Zusammenhang genügen, verlangt diesen aber in objektiver und subjektiver Hinsicht ⁹⁶⁾. Unter objektiver Beziehung ist der Fall zu verstehen, dass ein Rechtsgeschäft über einen Gegenstand des Nachlassvermögens abgeschlossen wird. Der Erwerb ist dann wie in § 2019,I durch Rechtsgeschäft mit Mitteln des Nachlasses erlangt. Die Surrogationsklausel des § 2019,I ist also in der dritten Surrogationsform des § 2041 enthalten. Doch kommt bei § 2041 noch das Erfordernis einer subjektiven Beziehung zwischen Nachlass und Rechtsgeschäft hinzu. Dadurch wird der Kreis der surrogationsfähigen Rechtsgeschäfte verringert und die rechtsgeschäftliche Surrogation des § 2041 in ihrem Umfang enger als diejenige des § 2019,I. Die erforderliche subjektive Beziehung besteht nun darin, dass das Rechtsgeschäft nach dem Willen der Miterben für den Nachlass abgeschlossen wird. Dabei muss sich die Tatsache, dass die Miterben im Interesse des Nachlasses handeln, erkennbar aus den Umständen ergeben ⁹⁷⁾.

95) Vgl. Staudinger, Anm.2,c zu § 1370, Planck, Bem.zu § 1370, RGR-Komm., Bem.4 zu § 1370, Palandt, Anm.2 zu § 1370, RG 87,100; 92,139, KG DRW 44,190, Neuhaus, aaO., S.23, Dietz, aaO., S.136.

96) Beyer begnügt sich mit einer subjektiven o d e r objektiven Beziehung (Vgl.aaO,S.223 ff.); Kipp setzt voraus, dass das Rechtsgeschäft subjektiv für den Nachlass abgeschlossen ist und objektiv mit ihm in Zusammenhang gebracht werden kann (vgl.aaO. Fam.R. § 46,I 3c u.Erb.R. § 82, VII 2a).

97) Wie ja in unserer Rechtsordnung stets nur der geäußerte und nicht der innere Wille massgebend ist. Vgl. RG 92/136.

Vergleicht man die drei Klauseln des § 2041 in ihrem Verhältnis zueinander, so stellt man fest, dass sie sich nicht nur ergänzen, sondern auch teilweise überschneiden. Dies gilt insbesondere für den Fall, dass ein Gegenstand auf Grund eines Nachlassrechtes erworben wird, aber nicht kraft Gesetzes, sondern durch Vermittlung eines Rechtsgeschäfts anfällt. Dann handelt es sich regelmässig zugleich um einen Erwerb durch ein Rechtsgeschäft, das sich auf den Nachlass, nämlich auf ein Nachlassrecht, bezieht. Als Beispiel sei angeführt die Versicherung eines Nachlassrechtes. Die Versicherungsleistungen treten hier sowohl auf Grund des Nachlassrechtes als auch durch den sich auf den Nachlass beziehenden Versicherungsvertrag ein.

Damit haben wir den Umfang der Surrogation beim Nachlassvermögen einer Miterbengemeinschaft umschrieben. Die Surrogate treten, wie erwähnt, in den Nachlass ein. Sie sind Gegenstand der Verwaltung und der späteren Auseinandersetzung. Ebenso wie das ganze Vermögen sind sie gemäss § 2033 der Verfügungsmacht einzelner Erben entzogen.

Bestehen die Surrogate aus Forderungen, so ist hier wie in § 2019,II zugunsten des Forderungsschuldners, der nicht wissen kann, zu welchem Vermögen die zedierte Forderung nun gehört, der Gutgläubensschutz nach §§ 406 bis 408 vorgesehen.

d) Die Nacherbschaft.

Zu den Grundsätzen unserer Gesellschaftsordnung gehört die Freiheit des Eigentums. Diese findet in der Rechtsordnung unter anderem darin Ausdruck, dass der Inhaber eines Vermögens nicht nur seine Erben bestimmen, sondern noch darüber hinaus die weitere Folge der Vermögensinhaber festsetzen kann. Diesem Zweck diene im gemeinen Recht der Universalfideikommiss. Das BGB führte statt dessen das Institut der Nacherbschaft ein. Danach kann der Erblasser einen Erben in der Weise einsetzen, dass dieser erst Erbe wird, nachdem ein anderer zuvor Erbe gewesen ist. Das Vermögen fällt also zuerst einem Vorerben, später einem Nacherben an.

Eine solche Anordnung erreicht nur dann ihren Zweck, wenn das Gesetz dafür sorgt, dass der Nachlass in der Hand des Vorerben zugunsten des Nacherben erhalten bleibt. Deshalb ist der Vorerbe, obwohl grundsätzlich unbeschränkter Eigentümer, durch Beschränkungen der Verfügungsmacht und durch die Pflicht zur ordnungsgemässen Verwaltung so gebunden, dass er das Anwartschaftsrecht des Nacherben auf die Substanz des Nachlasses kaum vereiteln kann.

Um den Nachlass auch über den Untergang von Vermögensgegenständen sowie über Rechtsgeschäfte, die dem Vorerben erlaubt sind, hinweg als Vermögen zu erhalten, führt § 2111 das für diese Fälle bewährte Hilfsmittel der Surrogation ein. Dadurch wird weiterhin erreicht, dass der Nachlass als Sondervermögen von dem allgemeinen

Vermögen des Vorerben getrennt bleibt und später als Ganzes an den Nacherben herausgegeben werden kann.

Da die Surrogation des § 2111 eine Vorsorge zugunsten des Nacherben ist, kommt sie auch nur für den Fall des Eintritts der Nacherbfolge zur Wirkung. Alles, was der Vorerbe nach § 2111 erlangt, erwirbt er darum zunächst für sich, nicht etwa für den Nacherben.

Mit den Worten, dass der Erwerb "zur Erbschaft gehört", bringt § 2111 eine dingliche Surrogation zum Ausdruck. Daraus ergibt sich, dass die Verfügungsbeschränkungen und sonstigen Verpflichtungen des Vorerben sich nicht nur auf den ursprünglichen Nachlass, sondern auch auf die Surrogate beziehen. Im übrigen ist die Anordnung einer *d i n g l i c h e n* Surrogation für den Nacherben von geringer Bedeutung, denn er hat bei Eintritt der Nacherbfolge gemäss § 2130 nur einen obligatorischen⁹⁸⁾ Anspruch auf die Herausgabe der Erbschaft.

Die Surrogation des § 2111 erstreckt sich auf dasjenige, "was der Vorerbe auf Grund eines zur Erbschaft gehörenden Rechtes oder als Ersatz für die Zerstörung, Beschädigung oder Entziehung eines Erbschaftsgegenstandes oder durch Rechtsgeschäft mit Mitteln der Erbschaft erwirbt."

Es findet also eine umfassende Surrogation statt. Sie kommt in drei Klauseln zum Ausdruck, die uns schon von § 2041 und § 2019, I her bekannt sind und hier bei gleichem Wortlaut auch die gleiche Auslegung erfahren. Es

98) So Neuhaus, aaO., S. 46 - Staud., Bem. II, 3 zu §§ 2130-2132 - a.M. Planck, Bem. 4, c zu § 2130, der annimmt, dass der Anspruch teilweise dinglich sei, nämlich soweit der Vorerbe Sachen herauszugeben hat, die ursprünglich oder kraft Surrogation zur Erbschaft gehören.

kann insoweit auf das bei § 2041 und § 2018, I Gesagte verwiesen werden. In gleicher Weise kommt auch bei der Surrogation von Forderungen, die durch Rechtsgeschäft erworben werden, zugunsten des Schuldners der besondere Gutgläubensschutz zur Anwendung (§ 2111, I, 2).

Die Vorschrift des § 2111 erstreckt sich nicht auf den Erwerb, der dem Erben als Nutzung gebührt. Die Nutzungen wachsen also nicht der Erbschaft zu, sondern gehören in das allgemeine Vermögen des Vorerben. Der Grund für diese Ausnahmeregelung liegt in dem Umstand, dass der Vorerbe ja zunächst Herr des Nachlasses ist und als solcher sämtliche Nutzungen behalten darf. Er soll nun in diesem Recht nicht dadurch geschmälert werden, dass diejenigen Nutzungen, die er auf Grund eines zur Erbschaft gehörenden Rechtes oder durch Rechtsgeschäft mit Mitteln der Erbschaft erwirbt, nach § 2111 der Erbschaft zuwachsen und später mit ihr herausgegeben werden müssen. Deswegen mussten die Nutzungen ausdrücklich von der Regelung des § 2111 ausgenommen werden.

Durch die Surrogationsvorschrift soll der Nacherbe in seinen Belangen geschützt, aber nicht beeinträchtigt werden. Er ist deshalb in seinen Ansprüchen gegen den Vorerben nicht auf die Surrogate von Erbschaftsgegenständen beschränkt, sondern kann unabhängig von der Bestimmung des § 2111 weitergehende Ansprüche geltend machen, die sich aus dem Rechtsverhältnis zwischen Vorerben und Nacherben ergeben. Die Surrogation hat hier also wie bei § 2019 nur eine relative Wirkung.

e) Der Erbschafts Kauf.

Eine Erbschaft gelangt grundsätzlich in das allgemeine Vermögen des Erben. Es ist nun dem Erben freigestellt, die ihm angefallene Erbschaft als Ganzes an einen Dritten zu verkaufen. Findet ein solcher Erbschafts Kauf statt, so erhebt sich die Notwendigkeit, den Nachlass von dem allgemeinen Vermögen des Erben wieder zu trennen. Zu diesem Zweck hat das Gesetz in § 2374 genau festgesetzt, welche Gegenstände dem Erbschafts Kauf unterliegen. Es sind dies die zur Zeit des Verkaufs vorhandenen Erbschaftsgegenstände mit Einschluss dessen, was der Erbe vor dem Verkauf auf Grund eines zur Erbschaft gehörenden Rechtes oder als Ersatz für die Zerstörung, Beschädigung oder Entziehung eines Erbschaftsgegenstandes oder durch ein Rechtsgeschäft erlangt hat, das sich auf die Erbschaft bezieht.

Wir finden hier die drei bei § 2041 erörterten Surrogationsklauseln im Wortlaut wieder. Sie werden an dieser Stelle aber nicht benutzt, um dem Erben die Surrogate der ausgeschiedenen Gegenstände zukommen zu lassen. Eine solche Anordnung ist beim Erbschafts Kauf gar nicht vonnöten, da bis zum Verkauf ja die Erbschaft in das allgemeine Vermögen des Erben gehört, in welches auch aller Erwerb des Erben gelangt. Die Surrogationsklauseln werden hier vielmehr zur Klärung der Frage verwendet, in welchem Umfang der Erbe zur Uebertragung des Nachlasses verpflichtet ist. Auf diese Weise wird die Erb-

schaft nachträglich als Sondervermögen und damit als eine organische Einheit behandelt, bei welcher auf Grund der Betrachtung als Ganzes der inzwischen vollzogene Gütertausch unwesentlich ist, weil die Surrogate an die Stelle der ursprünglich vorhandenen Gegenstände treten. In diesem Sinne haben wir wieder einen Fall von Surrogation. Da aber mit Hilfe der Surrogationsklauseln nur die obligatorische Uebertragungsverpflichtung abgegrenzt werden soll, hat die Surrogation hier keine dingliche, sondern lediglich obligatorische Wirkung 99).

7. K a p i t e l :

Die Sondervermögen im Familienrecht. -----

Im folgenden werden wir das Vermögen der Ehefrau und des Ehemannes sowie das Kindesvermögen zu betrachten haben. Die familienrechtlichen Beziehungen dieser Personen untereinander, die ja nicht nur persönlicher Art sind, sondern auch vermögensrechtliche Verknüpfungen^B enthalten, stellten den Gesetzgeber vor besondere Aufgaben, zu deren Lösung er den Surrogationsgedanken einsetzte.

99) So auch Neuhaus, aaO., S.48.

a) Der gesetzliche Güterstand.

Im gesetzlichen Güterstand unterliegt das allgemeine Vermögen der Ehefrau nach § 1363 als eingebrachtes Gut der Verwaltung und Nutzniessung des Ehemannes. Um der Frau eine beschränkte wirtschaftliche Selbständigkeit zu bewahren, ist ein besonderer Teil ihres Vermögens, das Vorbehaltsgut, dem Einfluss des Mannes entzogen. Was im einzelnen zu diesem verwaltungs- und nutzungs-freien Vermögen gehört, ist in den §§ 1366 bis 1370 aufgezählt. Danach kann das Vorbehaltsgut kraft Gesetzes, kraft Rechtsgeschäfts und durch Surrogation entstehen. Vorbehaltsgut durch Surrogation ist nach § 1370 "was die Frau auf Grund eines zu ihrem Vorbehaltsgute gehörenden Rechtes oder als Ersatz für die Zerstörung, Beschädigung oder Entziehung eines zu dem Vorbehaltsgute gehörenden Gegenstandes oder durch ein Rechtsgeschäft erwirbt, das sich auf das Vorbehaltsgut bezieht."

Es wird also auch hier eine dingliche Surrogation angeordnet, die den gleichen Umfang hat, wie wir ihn bei § 2041 festgestellt und erörtert haben. Auch die technische Funktion dieser Vorschrift ist bereits dargestellt ¹⁰⁰); es soll der durch das Vorbehaltsgut nach § 1370 herbeigeführte Erwerb nicht nach den allgemeinen Vorschriften in das allgemeine Vermögen der Ehefrau und auf diesem Wege in die Nutzverwaltung des Mannes gelangen, sondern wieder zu dem Vorbehaltsgut gehören, damit

100) Vgl. Seite 40.

Einheit und Wert des Sondervermögens über den -durch den Gebrauch bedingten- Wechsel oder das Zuwachsen einzelner Gegenstände hinweg erhalten bleiben.

Wenden wir uns nun der Betrachtung des eingebrachten Gutes zu, so finden wir in § 1381 eine Surrogationsvorschrift. Sie enthält insofern eine Besonderheit, als wir die Surrogation bisher nur im Zusammenhang mit dem Sondervermögen einer Person kennengelernt haben, in welchem Falle die Surrogation dazu diene, das Sondervermögen von dem allgemeinen Vermögen getrennt zu halten. Diese Notwendigkeit ergibt sich bei dem allgemeinen Vermögen der Ehefrau, dem eingebrachten Gut, nicht. Dafür ist aber eine Abgrenzung von dem Vermögen des Ehemannes erforderlich. Das zeigt die folgende Ueberlegung:

Der Ehemann hat neben seinem eigenen Vermögen auch das eingebrachte Gut seiner Frau in Besitz. Er ist nach § 1374 verpflichtet, das eingebrachte Gut ordnungsgemäss zu verwalten. Diese Pflicht wird zuweilen den Abschluss von Rechtsgeschäften erforderlich machen. Da der Mann die Geschäfte abschliesst, werden die erworbenen Gegenstände auf ihn übertragen. Der Erwerb würde also ohne Rücksicht auf die Herkunft der Mittel, die er in das Geschäft einsetzt, in sein Vermögen gelangen. Stammen die Mittel aus dem eingebrachten Gut, so würde bei Austauschgeschäften das Vermögen des Mannes auf Kosten des eingebrachten Gutes bereichert. Zwar wird man sich darüber klar sein, dass dieser Erwerb der Frau

gebührt. Es werden sich auch obligatorische Ansprüche der Frau auf den Erwerb ergeben. Aber das genügt nicht. Auf die Dauer wird man nicht mehr wissen, welche neuen Gegenstände "wirtschaftlich" der Frau gehören und welche dem Manne zustehen.

Um hinsichtlich des anfallenden Erwerbs eine klare Trennung des Mannesvermögens vom eingebrachten Gut zu sichern, bestimmt § 1381:

"Erwirbt der Mann mit Mitteln des eingebrachten Gutes bewegliche Sachen, so geht mit dem Erwerbe das Eigentum auf die Frau über, es sei denn, dass der Mann nicht für Rechnung des eingebrachten Gutes erwerben will. Dies gilt insbesondere auch von Inhaberpapieren und von Orderpapieren, die mit Blankoindossament versehen sind."

Die erworbenen beweglichen Sachen werden in dieser Weise Eigentum der Frau und treten damit an die Stelle der veräußerten Mittel, die aus dem eingebrachten Gut der Frau kamen.

Im Einzelnen setzt § 1381 voraus, dass die Sachen "mit Mitteln" des eingebrachten Gutes erworben sein müssen. Der Ausdruck ist derselbe wie in § 2019. Er umfasst hier wie dort Sachen und alle Rechte von Vermögenswert. Weiterhin müssen die Mittel aus dem eingebrachten Gut stammen. Verwendet der Mann also Mittel des Vorbehaltsgutes, so wird er selbst Eigentümer des Gegenwertes und es bedarf eines besonderen Uebertragungsaktes, um der Frau das Eigentum zu verschaffen.

5 Ein Erwerb mit Mitteln des Vorbehaltsgutes² verlangt dagegen nicht, dass ein Gegenstand aus dem eingebrachten Gut ausscheiden muss. Es kann vielmehr ein Gegenstand des eingebrachten Gutes Nutzungen gestatten; ein Grundstück, das die Frau in die Ehe eingebracht hat, kann Früchte bringen. Wir haben es dann nicht mehr mit einer Surrogation, sondern mit der schon bei § 2019 festgestellten Erscheinung des Zuwachses zu tun. Der Zuwachs anan Nutzungen ist aber aus der Regelung des § 1381 herausgenommen, denn nach § 1383 erwirbt der Mann die Nutzungen des eingebrachten Gutes in der Weise und in demselben Umfange wie ein Niessbraucher. Früchte fallen demgemäss nach § 1039 in das Eigentum des Ehemannes und nicht in das der Ehefrau. Dies Nutzniessungsrecht des Mannes soll den Ausgleich für seine Verpflichtung darstellen, das eingebrachte Gut zu verwalten und der Frau Unterhalt zu gewähren.

Als weitere Besonderheit ist zu erwähnen, dass § 1381 nicht schlechthin jeden Erwerb mit Mitteln des Vorbehaltsgutes² der Surrogation unterwirft, sondern sich auf bestimmte erworbene Gegenstände beschränkt. Es kommen nach Abs.I nur bewegliche Sachen, insbesondere auch Inhaberpapiere und blankoindossierte Orderpapiere, in Betracht. Was den Erwerb von Rechten anbetriift, so gelangen nach Abs.II in das eingebrachte Gut nur diejenigen Rechte, welche an beweglichen Sachen bestehen, oder andere Rechte, zu deren Uebertragung der Abtretungsvertrag genügt. Ausser der Abtretung dür-

fen hier weitere Rechtsakte nicht erforderlich sein. Auch der formelle Abtretungsvertrag liegt schon jenseits der in § 1381,II gezogenen Grenze¹⁰¹).

Die bezeichneten Gegenstände werden Bestandteil des Vermögens der Frau, es sei denn dass der Mann nicht für Rechnung des eingebrachten Gutes erwerben will. Wenn das Gesetz hier den Willen des Mannes berücksichtigt, darf das nicht zu der Annahme verleiten, dass der Erwerb nun auf Grund der Absicht des Ehemannes in das Vermögen der Frau gelangt. Der Vorgang des § 1381 liefe dann unter Umständen auf eine Stellvertretung hinaus. Vielmehr ist der Wille des Ehemannes neben anderen objektiven Erfordernissen eine subjektive Voraussetzung für die Surrogation, die dann auf Grund gesetzlicher Anordnung eintritt. Man kann der Gesetzesstelle aber etwas anderes entnehmen, nämlich dass in § 1381 nur ein Erwerb durch Rechtsgeschäft gemeint ist, denn ein Erwerb kraft Gesetzes vollzieht sich ja ohne den Willen des Ehemannes. Deshalb konnte der Gesetzgeber in der Klausel "Erwerb mit Mitteln" die Worte "durch Rechtsgeschäft" weglassen, während er sie in § 2019 zur Kennzeichnung der rechtsgeschäftlichen Surrogation gebrauchen musste.

Wir haben bisher stets davon gesprochen, dass die Surrogate nach § 1381 in das Vermögen der Frau fallen. Es bleibt aber die Frage offen, ob der Erwerb nun zu ihrem allgemeinen Vermögen oder zum Vorbehaltsgut gehört. Die Antwort findet sich nicht in § 1381. Sie er-

101) Vgl. OLG Breslau, aaO., Bd.18, S.260.
Staudinger, Anm.2,b zu § 1381.

gibt sich jedoch aus dem Grundsatz, dass jeder Erwerb einer Person in ihr allgemeines Vermögen fällt. Danach werden also die Surrogate des eingebrachten Gutes wieder eingebrachtes Gut. Eine Ausnahme gilt gemäss §1366 für die persönlichen Gebrauchsgegenstände der Frau. Diese werden Vorbehaltsgut, auch wenn sie von dem Ehemann mit Mitteln des eingebrachten Gutes angeschafft worden sind.

In diesem Zusammenhang ist weiterhin die Surrogation von Haushaltsgegenständen der Frau nach § 1382 von Bedeutung. Diese Vorschrift wird aber wegen ihrer Besonderheiten erst im 9. Kapitel besprochen.

b) Die allgemeine Gütergemeinschaft.

Haben die Ehegatten durch einen Vertrag die allgemeine Gütergemeinschaft vereinbart, so wird das gegenwärtige und zukünftige Vermögen von Mann und Frau gemeinschaftliches Vermögen beider Ehegatten. Da dieses Gesamtgut nun das allgemeine Vermögen der Ehegatten darstellt, gelangt der Erwerb wieder in diese Masse, ohne dass es einer Surrogationsbestimmung bedarf.

Neben dem gemeinschaftlichen Gesamtgut besitzen die Ehegatten als besonderes Vermögen noch je ein Sondergut und ein Vorbehaltsgut.

Zu dem Sondergut gehören diejenigen Gegenstände eines Ehegatten, die nicht durch Rechtsgeschäft übertragbar sind. Für die genannten Gegenstände musste

eine Sonderregelung getroffen werden, weil sie mangels Uebertragbarkeit nicht von dem Vermögen eines Ehegatten auf das Gesamtgut übergehen konnten.

Nach §§ 1439, 1525 liegt die Verwaltung beider Sondergüter in der Hand des Ehemannes. Die bei dieser Tätigkeit erworbenen Gegenstände fallen wegen des Fehlens einer Surrogationsbestimmung ¹⁰²) in das allgemeine Vermögen des Ehegatten, also in das Gesamtgut. Auch der Zuwachs an Nutzungen wird Bestandteil des Gesamtgutes. Dies ergibt sich für das Sondergut des Mannes aus § 1525, I. Für das Sondergut der Frau ist es nach § 1525, II den §§ 1373 bis 1383 zu entnehmen. Es werden hier unter anderem die Surrogationsbestimmungen der §§ 1381 und 1382 für entsprechend anwendbar erklärt. Diese Vorschriften besagen, dass Haushaltsgegenstände und der mit Mitteln des Sondergutes der Frau gemachte Erwerb an bestimmten Gegenständen wieder in das Vermögen der Frau fallen. Gemeint ist, wie dargestellt, das allgemeine Vermögen. Das war im gesetzlichen Güterstand das eingebrachte Gut. Bei der Gütergemeinschaft ist es aber das Gesamtgut. Eine Erneuerung des Sondergutes der Frau kann also durch diese Bestimmungen nicht stattfinden. Es ergibt sich die überraschende Tatsache, dass die §§ 1381/82 bei der entsprechenden Anwendung auf das Sondergut der Ehefrau ihres Surrogationscharakters entkleidet werden.

Lediglich in einem Fall ergibt sich die Möglichkeit einer Surrogation bei beiden Sondergütern, nämlich dann,

102) § 1439 schliesst die nach der Verweisung an sich zuständige Surrogationsvorschrift des § 1524 ausdrücklich aus.

wenn die Surrogate des Sondergutes ebensowenig wie die ursprünglichen Gegenstände durch Rechtsgeschäft übertragen werden können. Hier tritt die Surrogation auf Grund der engen Verknüpfung des Erwerbs mit der Person des Erwerbenden ein.

Die beiden Vorbehaltsgüter sollen den Ehegatten neben der persönlich und vermögensrechtlich gemeinsamen Lebensführung eine beschränkte wirtschaftliche Selbständigkeit erhalten. Jeder Ehegatte kann deshalb in völliger Unabhängigkeit über sein Vorbehaltsgut verfügen.

Das Vorbehaltsgut entsteht kraft Rechtsgeschäfts. Zur Wahrung seines Bestandes als Sondervermögen findet eine dingliche Surrogation statt, die von § 1440, II durch Verweisung auf § 1370 angeordnet wird. Die Verweisung ist durch den Umstand gerechtfertigt, dass die Vorbehaltsgüter der allgemeinen Gütergemeinschaft die gleiche Aufgabe haben wie das Vorbehaltsgut der Ehefrau im gesetzlichen Güterstand. Es gilt hier, was wir an früherer Stelle zu § 1370 gesagt haben.

Die allgemeine Gütergemeinschaft endigt durch Auflösung der Ehe, durch Vertrag oder durch Gestaltungsurteil. Mit der Beendigung dieses Güterstandes hört die vermögensrechtliche Gemeinschaft der Ehegatten grundsätzlich auf. Jeder Ehegatte erhält wieder ein abgesondertes allgemeines Vermögen. Durch diesen Umstand tritt eine völlige Umkehrung in den vermögensrechtlichen Eigenschaften der verschiedenen Gütermassen ein. Die je-

weiligen Sondergüter und Vorbehaltsgüter werden ohne weiteres Bestandteil des neuen allgemeinen Vermögens eines Ehegatten, da sie bisher schon ein abgesondertes Dasein führten. Eine Surrogationsbestimmung ist hier nicht mehr notwendig, da nach dem bekannten Grundsatz jeder Erwerb eines Ehegatten in das neue allgemeine Vermögen gelangt.

Ganz anders ist demgegenüber die Lage des Gesamtgutes. Zur Auflösung der daran bestehenden Gemeinschaft muss eine Auseinandersetzung stattfinden. Zu diesem Zwecke wird das Gesamtgut einer besonderen Regelung unterworfen; es bildet nunmehr ein Sondervermögen.

Es kommt nun darauf an, das Gesamtgut als Vermögen solange zusammenzuhalten, bis es teilungsfähig geworden ist. Dazu ist notwendig, dass aller Erwerb, der in der Zwischenzeit durch Gesetz oder Rechtsgeschäft anfällt und der dem Gesamtgut gebührt, weil er ihm seine Entstehung verdankt, wieder zu dem Gesamtgut gehört. Diesem Erfordernis hat § 1473 Rechnung getragen, indem er eine dingliche Surrogation anordnet. Die Vorschrift stimmt mit dem Inhalt des § 2041 überein, auf dessen Besprechung verwiesen wird.

Tritt die Auflösung der Ehe durch den Tod eines Gatten ein, so bedeutet dieser Umstand nicht in allen Fällen auch das Ende der Gütergemeinschaft. Sind nämlich gemeinschaftliche Abkömmlinge vorhanden, so wird die Gütergemeinschaft zwischen dem überlebenden Ehegatten und den Abkömmlingen fortgesetzt. Dadurch soll

das Familienvermögen unmittelbar allen Familienmitgliedern zugute kommen. Das Gesetz geht hier von dem überlieferten Gedanken der Familieneinheit aus, der leider in der heutigen Zeit an Bedeutung sehr verloren hat. Deshalb ist auch das Institut wenig zeitgemäss ¹⁰³).

Die fortgesetzte Gütergemeinschaft erstreckt sich nur auf das bisherige eheliche Gesamtgut. Sondergut und Vorbehaltsgut des Verstorbenen unterliegen dem allgemeinen Erbrecht. Das Vorbehaltsgut des überlebenden Ehegatten dagegen bleibt weiterhin sein Sondervermögen und unterliegt gemäss § 1486,I der dinglichen Surrogation nach § 1370. Auch die Rechtslage des entsprechenden Sondergutes bleibt mangels besonderer Vorschriften unverändert. Der durch das Sondergut erlangte Erwerb fällt also wie bisher in das Gesamtgut.

Das Gesamtgut selbst steht nunmehr dem überlebenden Ehegatten und den Abkömmlingen gemeinschaftlich zu. Doch ist seine vermögensrechtliche Bedeutung jeweils verschieden. Für den Ehegatten stellt es sich immer noch als allgemeines Vermögen dar. Der Erwerb des Ehegatten fällt also in das Gesamtgut. Eine Ausnahme bilden hier nur die Surrogate von Gegenständen des Vorbehaltsgutes, die ja nach § 1486,I wieder zum Vorbehaltsgut gehören.

Für die Abkömmlinge dagegen bestimmt sich das allgemeine Vermögen nach § 1485,II. Das Gesamtgut gehört nicht dazu, es bildet insoweit ein Sondervermögen. Das bedeutet, dass der Erwerb, den die Abkömmlinge mit Mit-

103) Vgl. hierzu Beitzke, aaO., S.84.

teln des Gesamtgutes tätigen, in ihr allgemeines Vermögen fällt. Dies Ergebnis liegt nicht im Sinne einer Erhaltung des Gesamtgutes als selbständiges Vermögen. Eine Surrogationsvorschrift wäre angebracht, ist aber im Gesetz nicht enthalten. Beyer¹⁰⁴) versucht deshalb, hier die Surrogation durch eine a fortiori- Argumentation zu begründen: wenn das Gesetz nach beendigter fortgesetzter Gütergemeinschaft in § 1497,II durch Verweisung auf § 1473 eine dingliche Surrogation anordne, so müsse die Surrogation erst recht bei bestehender fortgesetzter Gütergemeinschaft gelten.

Dieser Auffassung muss widersprochen werden. Die Vorschrift des § 1473 regelt gemäss § 1471 den Rechtszustand des Gesamtgutes von der Beendigung der allgemeinen Gütergemeinschaft bis zur Auseinandersetzung. In diesem Uebergangsstadium bedarf das Gesamtgut zu seiner Erhaltung eines besonderen Schutzes, der ihm durch die Anordnung der Surrogation gewährt wird. Bei bestehender fortgesetzter Gemeinschaft ist aber die Lage und Zweckbestimmung des Gesamtgutes eine andere. Hier soll das Gesamtgut nicht verteilt werden, sondern dem gemeinsamen Fortkommen der Beteiligten dienen. Wegen dieses Unterschiedes lässt sich die genannte Surrogationsvorschrift nicht auf die bestehende fortgesetzte Gütergemeinschaft ausdehnen. Wir müssen deshalb -leider- den Mangel des Gesetzes in Kauf nehmen.

Endigt die fortgesetzte Gütergemeinschaft, so findet gemäss § 1497,I in Ansehung des Gesamtgutes die Auseinandersetzung statt, für welche nach § 1497,II

104) Beyer, aaO., S.308.

im Hinblick auf die Surrogation das gleiche gilt wie für die allgemeine Gütergemeinschaft.

c) Die Errungenschaftsgemeinschaft.

Der zu behandelnde Güterstand wird von vier verschiedenen Vermögensmassen bestimmt.

Zunächst haben die Ehegatten ein Gesamtgut als gemeinschaftliches Vermögen, zu welchem ihr Erwerb während der Errungenschaftsgemeinschaft gehört (§ 1519). Dies Gesamtgut bildet zugleich das allgemeine Vermögen, sodass bei Umsatzgeschäften mit Mitteln des Gesamtgutes eine Surrogation stattfindet, ohne dass es einer besonderen Vorschrift bedarf.

Weiterhin hat jeder Ehegatte ein eingebrachtes Gut, dessen Zusammensetzung sich aus den §§ 1520 bis 1523 ergibt. Es handelt sich hier um abgesonderte Vermögen, für welche die Gefahr besteht, dass die Surrogate von ausscheidenden Gegenständen in das Gesamtgut abwandern und dadurch eine Vermögensauflösung eintritt. Zur Vermeidung dieser Folgen ordnet § 1524 die dingliche Surrogation an, wonach dasjenige wieder eingebrachtes Gut ist, was ein Ehegatte mit Hilfe seines eingebrachten Gutes erwirbt. Der Umfang der Surrogation ist der gleiche wie in § 2041, was in der entsprechenden Wiederholung des Wortlauts zum Ausdruck kommt. Ausgenommen ist der Erwerb aus dem Betrieb eines Erwerbsgeschäftes. Ein derartiger Erwerb wird deshalb gemäss

§ 1519,I Gesamtgut. Die Ausnahme erklärt sich aus dem Sinn der Errungenschaftsgemeinschaft: Die Ehegatten arbeiten für ihren gemeinsamen Unterhalt, deshalb soll auch der Erwerb aus dieser Arbeit gemeinschaftliches Vermögen werden ¹⁰⁵).

Das eingebrachte Gut wird nach § 1525,I vom Manne für Rechnung des Gesamtgutes in der Weise verwaltet, dass die gezogenen Nutzungen zum Gesamtgut gehören. Der Mann verwaltet nach § 1525,II auch das eingebrachte Gut der Frau. Dieser Umstand macht zum Schutze des Frauenvermögens eine weitere Surrogationsvorschrift erforderlich. Nach § 1524 tritt die Surrogation nämlich nur dann ein, wenn ein Ehegatte in Ansehung seines eingebrachten Gutes tätig wird. Die Vorschrift erstreckt sich also nicht auf den Erwerb, den der Mann als Verwalter des Frauenvermögens erlangt. Deshalb findet gemäss § 1525,II in diesem Falle die gleiche Surrogation statt, wie sie entsprechend für das eingebrachte Gut im gesetzlichen Güterstand gilt (§§ 1381 und 1382).

Während der Mann mit seinem eingebrachten Gut nach Belieben verfahren kann, muss sich die Frau in Ansehung ihres eingebrachten Gutes die Verwaltung des Mannes gefallen lassen. Um nun auch der Frau eine gewisse vermögensrechtliche Freiheit zu geben, kann sie als freies Sondervermögen ein Vorbehaltsgut besitzen (§ 1526). Zu dessen Schutze kommt aus den bekannten Gründen die Surrogationsvorschrift des § 1370 zur Anwendung.

105) Vgl. Motive IV, S.502 ff.

Nach Beendigung der Errungenschaftsgemeinschaft findet hinsichtlich des Gesamtgutes eine Auseinandersetzung statt. Es tritt wieder die bekannte Erscheinung ein, dass die abgesonderten Vermögen nunmehr das allgemeine Vermögen der Ehegatten darstellen, während das Gesamtgut zum Zwecke der Auseinandersetzung als Sondervermögen behandelt wird. Um das Gesamtgut durch alle Rechtsgeschäfte hindurch bis zur Teilung als Sondervermögen zu erhalten, bedarf es der Anordnung einer Surrogation. Diesem Erfordernis entspricht §1546 durch Verweisung auf § 1473.

Eine fortgesetzte Errungenschaftsgemeinschaft ist gesetzlich nicht vorgesehen und kann vertraglich auch nicht vereinbart werden.

d) Die Fahrnisgemeinschaft.

Das bewegliche Vermögen und die Errungenschaft werden in der Fahrnisgemeinschaft zum Gesamtgut beider Ehegatten. Da aller Erwerb in das Gesamtgut fällt, stellt es mithin das allgemeine Vermögen dar. Eine Surrogationsvorschrift ist also insoweit nicht notwendig.

Jedem Ehegatten steht ein eingebrachtes Gut zu, dessen Zusammensetzung sich aus den §§ 1551 bis 1554 ergibt. Da es sich um ein Sondervermögen handelt, ist zur Wahrung der vermögensrechtlichen Kontinuität eine Surrogation erforderlich. Diese wird in § 1554 durch Verweisung auf § 1524 angeordnet. Hinsichtlich der Ver-

waltung des eingebrachten Gutes beider Ehegatten durch den Mann und der damit erforderlich werdenden Surrogationsbestimmung für das eingebrachte Gut der Frau gelten gemäss § 1550,I die entsprechenden Vorschriften der Errungenschaftsgemeinschaft.

Ein Vorbehaltsgut kann auch hier nur die Ehefrau besitzen. Es kommt über §§ 1549, 1440,II die Surrogation des § 1370 zur Anwendung.

Wird die Fahrnisgemeinschaft beendet, so findet in Ansehung des Gesamtgutes eine Auseinandersetzung nach den für die allgemeine Gütergemeinschaft geltenden Vorschriften statt (§ 1549). Es sei auf die obigen Ausführungen verwiesen.

Eine fortgesetzte Fahrnisgemeinschaft tritt nur ein, wenn sie durch Ehevertrag vereinbart ist (§ 1557). Ist ein solcher Vertrag geschlossen, so richten sich Eintritt, Durchführung und Auseinandersetzung der fortgesetzten Fahrnisgemeinschaft kraft zwingenden Rechts nach den Regeln, die für die allgemeine Gütergemeinschaft gelten (§ 1549). Insoweit ergeben sich auch hier für die Surrogation keine neuen Fragen.

e) Das Kindesvermögen.

Im römischen Recht der Republik übte der Vater die Herrschaft über das Kind im eigenen Interesse aus. Dieser Zustand wandelte sich mit der veränderten Anschauung im Laufe der folgenden Jahrhunderte. In der

neuzeitlichen Gesetzgebung dient die väterliche Gewalt dem Schutze des Kindes. Demzufolge obliegt dem Vater die Sorge für Person und Vermögen des Kindes einschliesslich der gesetzlichen Vertretung. Insbesondere ist das Kind in seiner Verfügungsfähigkeit beschränkt und dafür dem Vater die Pflicht zur Verwaltung des Kindesvermögens auferlegt.

Es kommt nun im Interesse der Erhaltung des Kindesvermögens darauf an, dass der Erwerb, den der Vater im Rahmen seiner Verwaltungstätigkeit mit Hilfe des Kindesvermögens erlangt, wieder in das Kindesvermögen fällt. Handelt es sich um einen Erwerb, den der Vater als erkennbarer Vertreter des Kindes macht, so erwirbt das Kind die neuen Gegenstände nach den Grundsätzen der Stellvertretung. Soweit der Vater nicht als Stellvertreter auftritt, erwirbt er für sich. Zwar hat das Kind obligatorische Ansprüche auf diesen Erwerb, doch stellen sie keinen ausreichenden Ersatz für den dinglichen Verlust an den ausgeschiedenen Vermögensstücken dar, weil sie nur ein Recht auf Uebertragung des Erwerbs durch den Vater auf das Kind geben. Deshalb ordnet § 1646 die dingliche Surrogation für alle diejenigen Fälle an, in denen der Vater mit Mitteln des Kindesvermögens bewegliche Sachen oder bestimmte Rechte erwirbt. Ansonsten stimmt die Vorschrift wörtlich mit § 1381 überein, auf dessen Betrachtung wir deshalb verweisen können.

Dabei soll nicht unbeachtet bleiben, dass in der Rechtsstellung des Vaters gegenüber der des Ehemannes

Unterschiede bestehen, und zwar in Ansehung der Vertretungsmacht (s.o.) und der Rechtslage bei Eintritt des Konkurses, in welchem die Ansprüche des Kindes gegen den Vater wegen dessen Vermögensverwaltung gemäss § 54 Ziff.5 KO bevorrechtigt sind, die entsprechenden Ansprüche der Ehefrau dagegen nicht ¹⁰⁶).

Dennoch sind aber die für die Anordnung einer Surrogation wesentlichen Gesichtspunkte in beiden Fällen gleich. Der Vater wird ebenso wie der Ehemann das seiner Verwaltung unterworfenen Vermögen nach aussen hin wie sein eigenes behandeln und es erscheint fraglich, ob er sich über die Notwendigkeit klar wird, den mit fremdem Vermögen gemachten Erwerb auf den Eigentümer durch einen besonderen Akt zu übertragen ¹⁰⁷). Die sich hieraus ergebenden Schwierigkeiten räumt die Surrogation aus.

Während so das allgemeine Vermögen des Kindes der Verwaltung und nach § 1649 auch der Nutzniessung des Vaters unterworfen ist, sind bestimmte Vermögensbestandteile besonderen Zwecken untergeordnet.

Zunächst erstreckt sich die **V e r m ö g e n s -**
v e r w a l t u n g des Vaters nicht auf diejenigen Gegenstände, welche dem Kind von Dritten hinterlassen oder unentgeltlich zugewendet werden mit der Bestimmung, dass der Erwerb der Verwaltung des Vaters entzogen sein soll (§ 1638,I). Diese Gegenstände erhalten eine besondere Rechtsstellung, die ihren Sinn darin hat, dass dritte Personen, z.B. die Eltern oder sonstigen Ver-

106) Vgl. Protokolle IV, S.571.

107) Vgl. hierzu Protokolle IV, S.571.

wandten der Ehefrau, dem Kind Wertmittel zukommen lassen können, ohne dass der Vater darauf Einfluss nehmen kann. Um nun dieser Ansammlung verschiedener Gegenstände den Charakter eines besonderen Vermögens zu geben, wird in § 1638, II die dingliche Surrogation angeordnet. Dadurch bleiben die von der Verwaltung des Vaters ausgeschlossenen Werte ohne Rücksicht auf die jeweilige wirtschaftliche Form als übergegenständliche Einheit erhalten.

Die Surrogation stimmt in ihrem Umfang bei entsprechend gleichem Wortlaut mit derjenigen des § 1370 überein.

Eine weitere Gruppe von Vermögensgegenständen ist der **N u t z n i e s s u n g** des Vaters entzogen. Zu diesem sogenannten freien Vermögen gehören gemäss §§ 1650 und 1651 die persönlichen Gebrauchsgegenstände des Kindes, sein Erwerb durch Arbeit oder durch einen ihm gestatteten selbständigen Betrieb eines Erwerbsgeschäftes sowie diejenigen Gegenstände, die ihm als nutzungs-frei hinterlassen oder zugewendet worden sind. Das Gesetz verfolgt mit dieser Regelung verschiedene Zwecke.

In Ansehung der persönlichen Gebrauchsgegenstände erklärt sich die Nutzungsfreiheit aus dem Verwendungszweck und Sinn dieser Sachen. Ihr Wert besteht ja im wesentlichen darin, dass das Kind sie benutzen, und zwar allein benutzen kann.

Der Erwerb, den das Kind durch seine Tätigkeit erlangt, ist der Nutzniessung des Vaters nicht unterworfen, damit dem Kind der Gewinn eigener Tätigkeit auch

selbst zugute kommt und nicht etwa der Vater den Vorteil von der Tüchtigkeit des Kindes hat.

Was die Hinterlassenschaft oder die Zuwendung Dritter anbetrifft, so gilt das bereits für das verwaltungsfreie Vermögen Gesagte entsprechend.

Um all diese Gegenstände zu einem Sondervermögen mit eigener Kontinuität zusammenzufassen, ordnet § 1651,II durch Verweisung auf § 1638,II eine dingliche Surrogation an. Es kann übrigens auch auf Grund des § 1650 eine Surrogation eintreten, wenn nämlich persönliche Gebrauchsgegenstände des Kindes veräussert und dafür andere Sachen angeschafft werden, die selbst wieder für den persönlichen Gebrauch des Kindes bestimmt sind ¹⁰⁸).

Nutzungsfreies Vermögen kann darüber hinaus noch in grösserem Umfang entstehen ¹⁰⁹). Es ist z.B. möglich, dass der Vater auf seine Nutzniessung ganz oder teilweise verzichtet oder ihm das Vormundschaftsgericht dies Recht entzieht. Auch in diesem erweiterten freien Kindesvermögen treten dann die Surrogate wieder an die Stelle ausscheidender Gegenstände ¹¹⁰).

Unter den Voraussetzungen der §§ 1684 u.1685 geht die elterliche Gewalt vom Vater auf die Mutter über. Der Personenwechsel beeinflusst die mit der Surrogation zusammenhängenden Fragen in keiner Weise (vgl. § 1686).

108) Vgl. Motive IV, S.774 ff.

109) Vgl. Umfassende Uebersicht bei Staudinger, Ann.1 zu § 1651.

110) Vgl. Staudinger, Ann.1,f u.h zu § 1651, Planck, Bem.II zu § 1651.

8. Kapitel :

Die Sondervermögen im Schuldrecht und im Allgemeinen Teil =====

In den hier zu behandelnden Rechtsgebieten befinden sich lediglich zwei Sondervermögen, für welche das Gesetz eine Surrogation vorsieht. Es sind dies die Vermögen der Gesellschaft und des nicht rechtsfähigen Vereins.

a) Das Gesellschaftsvermögen.

Unter einer Gesellschaft versteht das BGB den vertraglichen Zusammenschluss mehrerer Personen zur Erreichung eines gemeinsamen Zwecks. Die Gesellschaft wird, um erfolgreich arbeiten zu können, in der Regel eines Vermögens bedürfen. Sie ist aber keine juristische Person und kann folglich kein eigenes Vermögen haben. Die ihr zur Verfügung stehenden Mittel werden deshalb in der Weise zu einem "Gesellschaftsvermögen" zusammengefasst, dass sie gemeinschaftliches Vermögen aller Gesellschafter werden. Jeder Gesellschafter besitzt damit einen gesamthänderisch gebundenen Gesellschaftsanteil. Während aber die Einzelvermögen der Gesellschafter mit der Person ihres Inhabers und dessen privaten Interessen verknüpft sind, sollen die vereinigten Gesellschaftsanteile den besonderen Aufgaben der

Gesellschaft dienen. Wegen dieser Unterschiede im Zweck ist es notwendig, das Gesellschaftsvermögen von den Privatvermögen getrennt zu halten. Der Gesetzgeber führt die Trennung herbei, indem er durch die Anordnung einer Surrogation das Gesellschaftsvermögen zu einem Sondervermögen mit eigener Kontinuität ausgestaltet.

Gemäss § 718,II gehört deshalb der Erwerb auf Grund eines zu dem Gesellschaftsvermögen gehörenden Rechtes oder als Ersatz für die Zerstörung, Beschädigung oder Entziehung eines zu dem Gesellschaftsvermögen gehörenden Gegenstandes wieder zum Gesellschaftsvermögen.

Der Umfang der Surrogation wird hier mit der bekannten Formulierung festgelegt. Es fällt aber auf, dass die sonst übliche dritte Klausel fehlt, die den Erwerb durch ein Rechtsgeschäft betrifft, das sich auf das Sondervermögen bezieht. Der Grund für diese Abweichung liegt in der Abfassung von § 718,I. Danach werden ausser den Beiträgen der Gesellschafter auch "die durch die Geschäftsführung für die Gesellschaft erworbenen Gegenstände" Bestandteil des Gesellschaftsvermögens. Ein Erwerb, der im Wege der Geschäftsführung erlangt wird, vollzieht sich aber gewöhnlich durch ein Rechtsgeschäft. Deshalb konnte in § 718,II die Erwähnung der dritten Klausel unterbleiben.

Da der rechtsgeschäftliche Erwerb nach § 718,I durch Geschäftsführung für die Gesellschaft zustande kommt, entsteht die Frage, ob er im Wege dinglicher Surrogation oder nach den Grundsätzen der Stellvertretung in das

Gesellschaftsvermögen gelangt. Der Wortlaut des Gesetzes lässt beide Auslegungen zu. Es sei insbesondere festgestellt, dass man die Möglichkeit einer Auslegung im Sinne der Stellvertretung nicht mit der Begründung ablehnen kann, die Gesellschaft sei keine Rechtspersönlichkeit und könne deshalb nicht durch einen Stellvertreter handeln, denn die Formulierung des Gesetzes ist ungenau und es ist vielmehr eine Geschäftsführung "für die Gesellschafter" gemeint. Es sprechen jedoch einige Gründe für die Annahme einer rechtsgeschäftlichen Surrogation. Hätte der Gesetzgeber in § 718,I an das Institut der Stellvertretung gedacht, so würde er wahrscheinlich die Bestimmung als überflüssig weggelassen haben, weil ja nach den allgemeinen Regeln über die Stellvertretung der Erwerb ohnehin in das Gesellschaftsvermögen gelangen würde. Weiterhin liegt der Gedanke nahe, dass die Anführung der rechtsgeschäftlichen Surrogationsklausel in § 718,II nur deshalb unterblieben ist, weil man glaubte, die rechtsgeschäftliche Surrogation schon in § 718,I zum Ausdruck gebracht zu haben. Vor allem aber fällt der Umstand ins Gewicht, dass § 720 in Ansehung von erworbenen Forderungen unter Bezugnahme auf § 718,I den erweiterten Schutz des gutgläubigen Forderungsschuldners einführt, wie wir ihn nur im Zusammenhang mit der Surrogation kennen.

Es erscheint somit die Auffassung gerechtfertigt, dass gemäss § 718,I aller Erwerb, den ein Geschäftsführer bei seiner Tätigkeit für die Gesellschaft erlangt,

ipso iure in das Gesellschaftsvermögen fällt, ohne dass der Geschäftsführer offen als Stellvertreter aufzutreten braucht ¹¹¹).

Abschliessend sei bemerkt, dass die Unterschiede in der Auffassung des § 718, I praktisch eine gewisse Annäherung erfahren. Es kann nämlich ein Erwerb auch ohne das Erfordernis einer offenen Stellvertretung auf Grund der von der Rechtsprechung ¹¹²) entwickelten Lehre von der Uebereignung "an wen es angeht" in das Gesellschaftsvermögen gelangen ¹¹³).

b) Der nicht rechtsfähige Verein.

Nach § 54 finden auf den nicht rechtsfähigen Verein die Vorschriften über die Gesellschaft Anwendung. Die Gesellschaftsregeln werden aber der Eigenart des nicht rechtsfähigen Vereins nicht gerecht ¹¹⁴). Deswegen ergab sich die Notwendigkeit, im Wege der Rechtsprechung eine Angleichung an die Verhältnisse beim rechtsfähigen Verein herbeizuführen ¹¹⁵). Im Hinblick auf die Surrogation ist jedoch die Situation für den nicht rechtsfähigen Verein die gleiche wie für die Gesellschaft: Ein Sondervermögen steht als Gesamthandsgut aller Vereinsmitglieder dem Privatvermögen des Ein-

111) So im Ergebnis Beyer, aaO., S. 330 - ebenso, aber mit unzutreffender Begründung, Enneccerus-Lehmann, aaO, S. 700 - a.M.: Esser, aaO, S. 412 u. Neuhaus, aaO, S. 43.

112) RG 99/208; 100/101; 109/169.

113) So auch Esser, aaO, S. 413 - Enneccerus-Lehmann, aaO, S. 701.

114) Näheres vgl. Lehmann, aaO, S. 352 ff.

115) z.B. in der Frage der Haftung, vgl. RG 85/260; 90/177; 143/216.

zeln gegenüber. Deswegen ist die Verweisung des § 54 sinnvoll, soweit sie sich auf die §§ 718 und 720 bezieht. Auch wir können deshalb auf die Ausführungen über die Surrogation beim Gesellschaftsvermögen Bezug nehmen.

c) Der rechtsfähige Verein.

Neuhaus ¹¹⁶⁾ will die Surrogationsvorschriften der §§ 718 und 720 auch auf den rechtsfähigen Verein zur Anwendung bringen. Das kann aber nicht angehen. Neuhaus übersieht, dass hier die Funktion der Surrogation von der juristischen Person übernommen wird. Der rechtsfähige Verein hat als reale und organische Verbandspersönlichkeit ein eigenes allgemeines Vermögen, in welches nach dem bekannten Grundsatz aller Erwerb gelangt, den er durch seine Organe tätigt. Es bedarf deshalb keiner besonderen Anordnung einer Surrogation.

d) Die Stiftung.

Im Stiftungsrecht befindet sich mit Recht keine Surrogationsbestimmung. Da die Stiftung von ihrer privaten Erklärung an bis zur staatlichen Genehmigung frei widerruflich ist, wäre insoweit eine Surrogation ohne wirtschaftliche Bedeutung. Nach der Genehmigung besitzt die Stiftung aber eigene Rechtspersönlichkeit

116) Neuhaus, aaO., S.53.

und bedarf in Ansehung ihres allgemeinen Vermögens keiner besonderen Vorschrift.

e) Das Sammelvermögen.

Sammelvermögen sind durch eine öffentliche Sammlung für einen vorübergehenden Zweck zusammengebracht ¹¹⁷⁾. Man kann sie als einen besonderen Fall von Gesellschaftsvermögen ansehen ¹¹⁸⁾ und dann im Hinblick auf die Surrogation nach Gesellschaftsrecht behandeln.

9. K a p i t e l :

Die Surrogation bei den Sachgesamtheiten.
=====

Die Sachgesamtheit ist "eine Mehrheit selbstständiger Sachen, die durch ihre gemeinsame wirtschaftliche Bestimmung zusammengehalten und deshalb auch von der Rechtsordnung in einzelnen Beziehungen als eine Einheit behandelt werden ¹¹⁹⁾, wie z.B. eine Bücherei, ein Warenlager oder das Inventar einer Werkstatt. Sie unterscheidet sich von einem Vermögen dadurch, dass ihr nur Sachen -gleicher oder verschiedener Art- angehören, nicht aber auch Rechte. Sie hat mit den Vermögen aber gemeinsam, dass einzelne Bestandteile ausscheiden

117) Lehmann, aaO, S.359.

118) So Lehmann, aaO, S.359.

119) Definition von Lehmann, aaO, S.279.

oder ausgetauscht werden können, und dass sie ihre wirtschaftliche Aufgabe nur dann erfüllen kann, wenn ihre Substanz erhalten wird, -sofern nicht gerade ihr Zweck in der Veräusserung besteht (Warenlager). Ein geeignetes Mittel zur Werterhaltung aber ist die Surrogation. Das hat sich schon bei der Betrachtung der Sondervermögen erwiesen. Wir finden deshalb auch bei den Sachgesamtheiten die Anordnung einer Surrogation. Es kommen hier die §§ 1382, 1048 und 588 in Betracht. Diese Vorschriften sind an das Wesen der Sachgesamtheit angepasst. Ihr Aussehen unterscheidet sich daher von demjenigen, das wir von den Sondervermögen her kennen.

Im gesetzlichen Güterstand stellt § 1382 eine Ergänzung der bereits bekannten Surrogationsvorschrift des § 1381 dar, in dem er die Ersetzung von Haushaltsgegenständen regelt, welche die Frau in die Ehe eingebracht hat. Haushaltsgegenstände sind alle beweglichen, nicht verbrauchbaren Sachen, die nach dem jeweiligen Lebenszuschnitt der Ehegatten zur Führung des gemeinsamen Haushaltes bestimmt sind. Sie bilden eine Sachgesamtheit, weil sie dem gleichen wirtschaftlichen Zweck dienen. § 1382 ordnet nun die Ersetzung mit den Worten an: "Haushaltsgegenstände, die der Mann an Stelle der von der Frau eingebrachten, nicht mehr vorhandenen oder wertlos gewordenen Stücke anschafft, werden eingebrachtes Gut."

Zunächst fällt auf, dass hier im Gegensatz zu § 1381 es nicht darauf ankommt, ob der Mann für Rechnung des eingebrachten Gutes handeln wollte oder nicht. Er muss

nur die neuen Sachen als Ersatz für ausgediente Gegenstände anschaffen wollen.

Weiterhin ist auch die Herkunft der Mittel, die für die Anschaffung neuer Stücke erforderlich sind, unerheblich. Es kann sein, dass der Mann die Sachen mit Mitteln des Frauenvermögens erwirbt. Die Haushaltsgegenstände werden aber auch dann eingebrachtes Gut, wenn sie der Mann mit Hilfe seines eigenen Vermögens anschafft.

Diese Regelung unterscheidet sich von der Surrogation bei den Sondervermögen in zwei wesentlichen Punkten. Seither spielte sich die Surrogation stets innerhalb eines Vermögens ab, denn die Werte, die zum Erwerb führten, kamen aus demselben Vermögen, in welches der Erwerb nachher gelangte. Hier aber tritt die Erneuerung des eingebrachten Gutes unter Umständen auf Kosten des Vermögens des Ehemanns ein. Auf diese Weise wendet sich das Gesetz von einer vermögensrechtlichen Betrachtungsweise ab. Damit ist zugleich der gesetzliche oder rechtsgeschäftliche Zusammenhang zerrissen, der im Vermögensrecht zwischen den ausscheidenden und angeschafften Gegenständen feststellbar war. Deshalb sprechen auch Waller ¹²⁰⁾ und Beyer ¹²¹⁾ hier nicht mehr von Surrogation. Wir haben aber bereits im ersten Kapitel dargetan, dass eine rechtliche Beziehung zwischen den ausgetauschten Gegenständen nicht als allgemeingültiges, sondern nur als beschränkt wirksames, ergänzendes Merkmal der Surro-

120) Waller, aaO, S.92 ff.

121) Beyer, aaO, S.279 ff.

gation angesehen werden kann. Entscheidend ist nur die Tatsache einer Ersetzung ipso iure, und diese ist in § 1382 gegeben, denn der neue Haushaltsgegenstand tritt kraft Gesetzes "an die Stelle" des alten¹²²⁾.

Für die Anordnung einer Surrogation selbst auf Kosten des ehemännlichen Vermögens waren zwei Ueberlegungen massgebend. Einmal besteht der Sinn des gesetzlichen Güterstandes gerade darin, dass der Mann das Vermögen der Frau durch ordnungsgemässe Verwaltung im Werte erhält¹²³⁾. Zum anderen hat grundsätzlich der Mann den ehelichen Aufwand zu bestreiten. Die Frau ist zwar zur Leistung eines Beitrages verpflichtet, doch wird dieser in der Regel dadurch abgegolten sein, dass der Mann die Nutzungen des eingebrachten Gutes behalten kann (vgl. § 1371).

Darüber hinaus soll nun die Frau nicht belastet werden. Eine zusätzliche Belastung würde aber eintreten, wenn die Frau, die Haushaltsgegenstände mitbringt und damit den Mann in seinen Aufwendungspflichten entlastet, diese Gegenstände im Haushalt unter Verlust der Substanz und ohne Hoffnung auf Ersatz des Vermögenswertes abnutzen müsste. Wenn der Mann nach § 1389 zur Beschaffung neuer Haushaltsgeräte verpflichtet ist, so ist damit dem Schaden der Frau noch nicht abgeholfen, weil die neuen Gegenstände nach den allgemeinen Vorschriften Eigentum des Mannes würden. Hier greift nun § 1382 ein und erklärt diejenigen Geräte, die der Mann

122) In diesem Sinn auch Neuhaus, aaO, S.30.

123) Vgl. hierzu Protokolle IV, S.191.

an Stelle von abgenutzten Haushaltsgegenständen der Frau anschafft, wieder für eingebrachtes Gut. Damit geht im § 1382 die besondere Zweckbestimmung dem Grundsatz vor, dass die gewöhnliche Abnutzung der Bestandteile des eingebrachten Gutes der Frau zur Last fällt (vgl. §§ 1384, 1050). Im übrigen ist die Wirkung der Surrogation hier die gleiche wie in § 1381.

Als weitere Sachgesamtheit ist das Inventar eines Grundstückes zu betrachten. Hier ist eine Surrogation immer dann erforderlich, wenn sich Grundstück und Inventar in der Hand einer anderen Person als der des Eigentümers befinden.

Ist ein Grundstück samt Inventar Gegenstand des Niessbrauchs, so darf der Niessbraucher im Interesse einer ordnungsgemässen Bewirtschaftung des Grundstücks über die einzelnen Inventarstücke verfügen (§ 1048, I, 1). Andererseits ist aber für die Bewirtschaftung auch die Vollzählige Erhaltung der Inventarstücke erforderlich. Deshalb hat der Niessbraucher nach § 1048, I, 2 für den gewöhnlichen Abgang sowie für die nach den Regeln einer ordnungsmässigen Wirtschaft ausscheidenden Stücke Ersatz zu beschaffen. Um über diese rein schuldrechtliche Verpflichtung hinaus das Inventar als rechtliche Einheit zu erhalten, ordnet § 1048, I, 2 eine echte dingliche Surrogation in der Weise an, dass die von dem Niessbraucher angeschafften Stücke mit der Einverleibung in das Inventar Eigentum desjenigen werden, dem das Inventar gehört.

Wie in § 1382 vollzieht sich nun die Surrogation

nicht innerhalb des Vermögens des Eigentümers der Sachgesamtheit, sondern auf Kosten eines Dritten, des Niessbrauchers. Ebenso kann auch kein rechtlicher Zusammenhang zwischen den Stücken bestehen, die gegeneinander ausgetauscht werden. Als Besonderheit kommt aber hinzu, dass die Ersetzung nicht schon mit der rechtsgeschäftlichen Anschaffung der neuen Stücke, sondern erst mit deren tatsächlicher Einverleibung in das Inventar eintritt. Diese Abweichung von der üblichen Form ist notwendig, um dem Niessbraucher die Anschaffung von Inventargegenständen zu eigenem Recht für anderweitigen Gebrauch zu ermöglichen. Im übrigen muss für die Surrogation des § 1048, I vorausgesetzt werden, dass der Niessbraucher die Gegenstände im eigenen Namen angeschafft hat. Denn soweit er im Namen des Eigentümers aufgetreten ist, erlangt dieser das Eigentum an dem Erwerb nach den Grundsätzen der Stellvertretung.

Ein besonderer Anwendungsfall der Vorschrift kann sich im gesetzlichen Güterstand ergeben, wenn zum eingebrachten Gut ein Grundstück samt Inventar gehört. Da der Mann hinsichtlich des eingebrachten Gutes die Stellung eines Niessbrauchers hat, ist für ihn gemäss § 1378 in Ansehung des Inventars auch die Surrogation des § 1048, I massgebend.

Ebenso ist die Rechtslage, wenn jemand ein Grundstück mitsamt dem Inventar pachtet und sich bei der Uebernahme verpflichtet, das Inventar bei der Beendigung der Pacht zurückzugewähren (§ 587). Dann darf der Päch-

ter nach § 588,I über die einzelnen Stücke des Inventars innerhalb der Grenzen einer ordnungsgemässen Wirtschaft verfügen. Da er nach § 588,II,1 das Inventar in dem Zustand zu erhalten hat, in welchem es ihm übergeben worden ist, besteht auch für ihn die Verpflichtung, veräusserte Stücke zu ersetzen. Die von ihm angeschafften Stücke werden dann gemäss § 588,II,2 mit der Einverleibung in das Inventar Eigentum des Verpächters¹²⁴⁾.

Aehnliches gilt nach § 2111,II auch für den Vorerben, dessen Rechtsstellung ja der eines Niessbrauchers ungefähr gleich kommt. Danach gehören diejenigen Gegenstände zur Erbschaft, die der Erbe dem Inventar eines erbschaftlichen Grundstücks einverleibt. Die Vorschrift umfasst sowohl die Ersetzung ausgeschiedener Stücke als auch den Fall der Vermehrung des Inventars; sie geht also über eine blosse Surrogation hinaus.

Schliesslich kann auf Grund der Tatsache, dass die Sachgesamtheiten von Natur aus zweckgebunden sind, die Surrogation auch durch Vertrag hergestellt werden. Es sei an die typischen Geschäftsverträge erinnert, in denen jemand ein Warenlager mit wechselndem Bestand seinem Gläubiger zur Sicherheit übereignet. Hier werden die für veräusserte Sachen erworbenen Waren mit der Einverleibung in das Lager Eigentum des Gläubigers. Damit entspricht die vertragliche Surrogation ganz den erörterten gesetzlichen Fällen.

124) Die Vorschriften der §§ 588, 589 finden übrigens nach § 1048,II in Ergänzung von § 1048,I auch auf den Niessbraucher Anwendung, der Inventar gegen Rückgabeverpflichtung übernimmt. Für diese Verweisung war aber kein Surrogationsproblem, sondern u.a. die Frage der Gefahrtragung massgebend, die in § 588,I,1 geregelt ist.

10. K a p i t e l :

Die Surrogation bei den Einzelgegenständen.

In den bisher behandelten Fällen erstreckte sich die Surrogation auf eine Mehrzahl von Gegenständen, die zu einer übergeordneten Einheit zusammengefasst waren. Die Gegenstände unterlagen als Bestandteile eines Vermögens oder einer Sachgesamtheit einem gemeinsamen Schicksal.

Im folgenden werden diejenigen Vorschriften zu erörtern sein, welche die Surrogation in Ansehung eines einzelnen Gegenstandes anordnen, der rechtlich ein selbständiges und unabhängiges Dasein führt. Mit dieser Beschränkung des Rahmens ändert sich die Erscheinungsform der Surrogation. Die Aufgabe, die sie zu erfüllen hat, bleibt aber weitgehend dieselbe. Nach wie vor soll die Surrogation einen bestimmten wirtschaftlichen Wert über den Verlust des ursprünglichen Wertträgers hinaus erhalten. Der wirtschaftliche Wert wird nun durch einen Einzelgegenstand statt durch eine Gesamtheit verkörpert; Wertträger ist jetzt ebenfalls der Einzelgegenstand, und nicht mehr die Summe der Gesamtheitsgegenstände. Wie bei den Sondervermögen so soll auch hier verschiedentlich durch die Surrogation eine rechtsgeschäftliche Auswechslung von Gegenständen unter Aufrechterhaltung der Rechtsposition ermöglicht werden.

Ein solcher Austausch ist zuweilen zur Erhaltung eines wirtschaftlichen Wertes notwendig. Hat z.B. jemand eine Sache längere Zeit für einen anderen zu verwahren, so muss er die Sache, wenn sie leicht verderblich ist, gegen den entsprechenden verwahrungsfähigen Geldwert austauschen und diesen zurückgeben können.

An diesem Beispiel zeigt sich die typische Besonderheit der Surrogation bei Einzelgegenständen. Es wird nämlich kraft Gesetzes die Möglichkeit einer Ersatzleistung in das Schuldverhältnis aufgenommen. Dies kann je nach der Interessenlage in verschiedener Weise geschehen. Steht das Interesse des Schuldners im Vordergrund, so wird der Schuldner berechtigt, dem Gläubiger anstelle der geschuldeten Leistung eine Ersatzleistung mit befreiender Wirkung anzubieten. Steht das Interesse des Gläubigers im Vordergrund, so kann dieser anstelle der geschuldeten Leistung dasjenige Verlangen, was der Schuldner mit Hilfe der geschuldeten Leistung erlangt hat. Auf diese Weise werden trotz des Gegenstandswechsels (oder besser gerade durch diesen) die Interessen der Beteiligten gewahrt.

In diesem Zusammenhang sind mit dem Begriff "Interesse" stets die wirtschaftlichen Belange der Beteiligten gemeint. Daraus wird die Notwendigkeit verständlich, dass das Gesetz wie in allen Surrogationsfragen, so auch hier, wirtschaftlich denken muss. Das tut es auch, denn es wendet sich in den zu besprechenden Einzelfällen von der gegenständlich sachenrechtlichen Betrachtungsweise

ab und trifft, wie bereits erwähnt, seine Entscheidungen nach den Gesichtspunkten der Erhaltung und Verteilung materieller Werte.

Die zu erörternden Bestimmungen befinden sich hauptsächlich im Sachenrecht und im Schuldrecht. Beide Rechtsgebiete sollen nun hintereinander behandelt werden.

a) Die Einzelgegenstände im Sachenrecht.

Besitzt jemand eine Sache, die ihm nicht gehört, so kann er gleichwohl aus verschiedenen Gründen zur Veräußerung der Sache berechtigt oder verpflichtet sein. Um dadurch den Eigentümer nicht zu schädigen, ordnet das Gesetz in diesen Fällen an, dass der Erlös an die Stelle der Sache tritt.

Eine solche dingliche Surrogation finden wir zunächst im Fundrecht.

Nach § 966, I ist der Finder zur Verwahrung der gefundenen Sache verpflichtet. Ist eine Aufbewahrung nicht zumutbar, weil sie mit unverhältnismässig hohen Kosten verbunden oder der Verderb der Sache zu besorgen ist, so hat der Finder die Sache öffentlich versteigern zu lassen. Die Polizei, eine Behörde oder eine Verkehrsanstalt sind stets befugt, eine Versteigerung zu veranlassen, damit durch die Anhäufung von Fundsachen oder andern Sachen, die im Sinne von § 983 unanbringlich sind, der

Dienstbetrieb nicht gestört wird. Nach den §§ 966,II, 975, 979 tritt dann der Erlös an die Stelle der Sache. Das bedeutet insbesondere, dass der frühere Eigentümer der Sache nun Eigentümer des Erlöses wird, und der Finder nun den Erlös statt der Sache aufzubewahren und abzuliefern hat ¹²⁵⁾).

Aehnlich ist die Situation beim Pfandrecht, wenn die vom Gläubiger verwahrte Pfandsache zu verderben droht. Falls die Sicherheit des Gläubigers in dieser Weise gefährdet ist, darf er das Pfand öffentlich versteigern lassen. Auch hier tritt nach § 1219,II der Erlös an die Stelle des Pfandes. Hat der Pfandgläubiger sich dann wegen seiner Forderung aus dem Erlös befriedigt, so gilt nach § 1247 die dingliche Surrogation in Ansehung des verbleibenden Ueberschusses.

In diesem Zusammenhang sei auf eine Bestimmung des Erbrechts verwiesen, nach welcher ebenfalls eine Sache, die einem anderen zukommen soll, durch ihren Wert ersetzt wird, damit der Berechtigte durch den Untergang der Sache bei dem Verpflichteten keinen Schaden erleidet. Es handelt sich um § 2288,I, wonach der Wert an die Stelle der Sache tritt, wenn bei dem durch Erbvertrag bestimmten Vermächtnis der Erblasser den vermachten Gegenstand in der Absicht zerstört, den Bedachten zu beeinträchtigen.

Ein eigenartiger Fall dinglicher Surrogation be-

125) Auch in anderen Beziehungen rückt der Erlös in die Rechtsposition der Sache ein, vgl. §§ 967, 973,I, 976,II.

findet sich in § 1086. Nach dieser Vorschrift haben beim Niessbrauch an einem Vermögen die Gläubiger des Bestellers ein Zugriffsrecht auf die belasteten Sachen ohne Rücksicht auf den Niessbrauch. Um dieses Zugriffsrecht auch dann zu wahren, wenn der Niessbraucher das Eigentum an verbrauchbaren Sachen erlangt hat, tritt an die Stelle der Sachen der Anspruch des Bestellers auf Wertersatz.

Obwohl von einem Niessbrauch an einem Vermögen die Rede ist, haben wir es doch mit einer Surrogation von Einzelgegenständen zu tun, weil der Niessbrauch an einem Vermögen ja nichts anderes ist als eine Summe von Niessbrauchrechten, die selbständig an den einzelnen Gegenständen bestehen ¹²⁶).

In weiteren Vorschriften dient die Surrogation dazu, einen Niessbrauch oder ein Pfandrecht unabhängig vom Schicksal der belasteten Sache aufrecht zu erhalten.

Hat jemand einen Niessbrauch an einer Forderung, so besteht, wenn die Forderung durch Leistung an den Niessbraucher untergeht, der Niessbrauch nach § 1075, I an dem zur Erfüllung geleisteten Gegenstand fort. Dieselben Verhältnisse finden wir beim Pfandrecht an Rechten in § 1287. Auch dort wird die Forderung durch den zur Erfüllung geleisteten Gegenstand ersetzt.

Es kann aber auch umgekehrt ein Gegenstand durch eine Forderung ersetzt werden. Hier ist § 1127, I zu

126) Vgl. RG 153, 31,
Staudinger, aaO, Anm. 1 zu § 1085.

erwähnen: "Sind Gegenstände, die der Hypothek unterliegen, für den Eigentümer oder den Eigenbesitzer des Grundstücks unter Versicherung gebracht, so erstreckt sich die Hypothek auf die Forderung gegen den Versicherer." An Stelle der untergegangenen oder beschädigten Gegenstände soll dem Gläubiger also die Versicherungsforderung haften, und zwar gemäss § 1127, II solange, bis die versicherten Gegenstände ersetzt oder wiederhergestellt sind. Die Surrogation dient hier einer verstärkten dinglichen Sicherung eines Hypothekengläubigers. Entsprechendes gilt zugunsten des aus einer Grund- oder Rentenschuld Berechtigten gemäss §§ 1192, 1199.

Schutz im Wege dinglicher Surrogation erfahren die an einer fremden Sache berechtigten Personen auch für den Fall, dass die belastete Sache im öffentlichen Interesse enteignet wird. Dann tritt an die Stelle der enteigneten Sache nach Art. 52 und 109 EGBGB der Entschädigungsanspruch. An ihm bestehen nun die dinglichen Rechte der dritten Personen fort.

Der Eigentümer einer belasteten Sache kann sein Recht auch dadurch verlieren, dass ein Dritter die Sache verarbeitet oder mit eigenen Gegenständen verbindet oder vermischt. In diesem Fall erlöschen die Belastungen. Erwirbt der Eigentümer aber nach §§ 947, 948 Miteigentum an dem neu hergestellten Gegenstand, so bestehen nach § 949 die Belastungen an dem Miteigentumsanteil fort, "der an die Stelle der Sache tritt".

Es kann aber auch sein, dass mangels der gesetz-

lichen Voraussetzungen kein Miteigentumsanteil entsteht, an welchem sie die vorhandenen dinglichen Rechte im Wege der Surrogation fortsetzen können. Dann erhalten die ehemals dinglich Berechtigten nach § 951 einen Bereicherungsanspruch gegen denjenigen, zu dessen Gunsten die Rechtsänderung eingetreten ist. Da nun Niessbraucher und Pfandgläubiger als Ersatz für ihre dingliche Berechtigung nur einen obligatorischen Anspruch erhalten, haben wir es hier mit einem Fall der schwächeren obligatorischen Surrogation zu tun.

Eine Surrogation mit schwächerer Wirkung finden wir weiterhin in § 1066,II und § 1258,III. Hier besteht der mit einem Niessbrauch oder einem Pfandrecht belastete Gegenstand in dem Anteil eines Miteigentümers. Es muss nun die Aufhebung der Gemeinschaft möglich sein, ohne dass die dinglich Berechtigten in ihren Rechten verletzt werden. Deshalb ordnen die genannten Vorschriften an, dass im Falle der Aufhebung der Gemeinschaft den Berechtigten der Niessbrauch oder das Pfandrecht an den Gegenständen gebührt, welche an die Stelle des Anteils treten. Da den Berechtigten das Recht an den Ersatzgegenständen nicht unmittelbar zusteht, sondern nur "gebührt", ist die Surrogation darin zu erblicken, dass an die Stelle des dinglichen Rechts an dem Anteil nun der Anspruch auf Einräumung des dinglichen Rechts an den aufgeteilten Gegenständen getreten ist. Es findet also ein doppelter Austausch statt: Der Anteil an der Bruchteilsgemeinschaft wird durch einen neuen Ge-

genstand und gleichzeitig der Niessbrauch oder das Pfandrecht durch einen obligatorischen Anspruch ersetzt. In dieser Auswechslung ist die schwächere obligatorische Wirkung der Surrogation zu erblicken ¹²⁷⁾.

Einen Fall obligatorischer Surrogation enthält ferner § 1079. Wird eine Forderung, an welcher jemand einen Niessbrauch hat, von Gläubiger und Niessbraucher gemeinsam eingezogen, so erwirbt der Niessbraucher nach § 1079 an Stelle des Niessbrauchs an der Forderung den Anspruch auf Einräumung eines neuen Niessbrauchs an dem vom Schuldner geleisteten Kapitals. Entsprechendes gilt gemäss § 1288 für das Pfandrecht.

b) Die Einzelgegenstände im Schuldrecht.

Bei den Surrogationsbestimmungen des Schuldrechts ist die Ausgangssituation stets folgende: Der Gläubiger hat vom Schuldner eine Leistung zu fordern, aber der zu leistende Gegenstand kann nicht mehr erbracht werden. Um nun den Anspruch trotz der veränderten Lage noch aufrecht zu erhalten, ordnet das Gesetz an, dass anstelle der ursprünglichen Leistung diejenigen Werte zu erbringen sind, die -unter Umständen- infolge der Veränderung anfallen.

Aus dieser Struktur der Vorschriften ergibt sich, dass wir es mit Fällen obligatorischer Surrogation zu

127) Auch Neuhaus, aaO, S.70 nimmt hier obligatorische Surrogation an. - Für dingliche Surrogation: Staudinger, aaO, Anm.2,d zu § 1066.

tun haben.

Zunächst sei darauf hingewiesen, dass § 255 entgegen der von Neuhaus ¹²⁸⁾ vertretenen Ansicht kein echter Fall von Surrogation ist. Wenn der Schuldner zum Schadensersatz nur gegen Abtretung der Ansprüche verpflichtet ist, die dem Ersatzberechtigten aus dem Schadensfall zustehen, so ergibt sich daraus nicht, dass die Ansprüche des Ersatzberechtigten gegen Dritte an die Stelle des zu Schaden gekommenen Gegenstandes treten. Der Schuldner hat zwar nach dem Schadensfall ein Recht auf die Ansprüche, er hatte aber vor dem Schadensfall kein Recht auf den Gegenstand. Die Ansprüche rücken also nicht in die Rechtsposition des Gegenstandes ein. Vielmehr wird dem Schuldner durch § 255 mit dem Schadensfall eine völlig neue Berechtigung gegeben. Von einer Surrogation im Sinne der Erhaltung eines bestehenden Anspruchs kann also keine Rede sein.

Allerdings steht § 255 durch seinen Zweck in gedanklicher Verbindung mit den Surrogationsbestimmungen dieses Abschnitts; er soll nämlich wie die im folgenden besprochenen Vorschriften ¹²⁹⁾ eine Art von Vorteilsausgleichung herbeiführen.

Eine echte Surrogationsanordnung finden wir aber in § 281, I: "Erlangt der Schuldner infolge des Umstandes, welcher die Leistung unmöglich macht, für den geschuldeten Gegenstand einen Ersatz oder Ersatzanspruch, so kann der Gläubiger Herausgabe des als Ersatz Empfangenen oder

128) Neuhaus, aaO, S.67.

129) siehe diese.

Abtretung des Ersatzanspruchs verlangen".

Es wird also trotz der eingetretenen Unmöglichkeit der ursprüngliche Leistungsanspruch mit all seinen Folgen (Verjährung, Belastungen, Bürgschaften usw.) aufrecht erhalten, und zwar in der Weise, dass der Schuldner nun anstelle des untergegangenen Gegenstandes dasjenige leisten muss, was er anstelle des untergegangenen Gegenstandes erlangt hat. Mit dieser Regelung wird verhindert, dass der Schuldner den Ersatz in die eigene Tasche steckt. Zugleich wird erreicht, dass dem Gläubiger diejenigen Vermögenswerte, die ihm nach den zugrundeliegenden wirtschaftlichen Beziehungen zustehen, auch wirklich zufließen¹³⁰). Es sollen mit anderen Worten wirtschaftlich ungerechtfertigte Vermögensverschiebungen ausgeglichen werden. Unter diesem Gesichtspunkt erfüllt die Surrogation des § 281 eine ähnliche Aufgabe wie das Bereicherungsrecht¹³¹). Die Bereicherungsvorschriften gehen jedoch von der Voraussetzung einer unmittelbaren Vermögensverschiebung aus. Wo eine solche nicht vorliegt, erweist § 281 seinen Wert¹³²).

Der Anspruch aus § 281 soll keinen Schadensersatz geben, sondern dem Gläubiger als wahren Berechtigten etwaige Vorteile des Schuldners aus der Unmöglichkeit der Leistung zuwenden, welche kleiner oder grösser sein können als der Schaden des Gläubigers. Deswegen ist der Anspruch auch völlig unabhängig von Gefahrtragung und Verschulden. Das war im gemeinen Recht noch nicht so.

130) Vgl. RG 120,351. - Enneccerus-Lehmann, aaO, S.191 - Esser, aaO, S.150.

131) Vgl. Heck, Schuldrecht, § 34.

132) Vgl. Esser, aaO, S.150.

Dort beruhte die entsprechende Vorschrift auf der Ueberlegung, dass der Ersatz aus dem Untergang der Leistung Demjenigen gebührt, der die Gefahr des Untergangs trägt. Daher hatte der Gläubiger nur dann einen Anspruch auf das commodum, wenn ihn auch die Gefahr des Untergangs traf. Demgegenüber sieht § 281 in dem commodum die Fortsetzung der ursprünglichen Sache. Die Frage der Gefahrtragung kann deshalb keinen Einfluss auf den Anspruch haben. Ansonsten bestehen in der Ausgestaltung des Anspruchs trotz der veränderten Grundauffassung nur geringe Unterschiede.

Der Anspruch aus § 281 ist naturgemäss an die Existenz des Surrogates gebunden. Er erlischt deshalb ebenso wie der Bereicherungsanspruch, soweit der Ersatzwert nicht mehr besteht.

Eine obligatorische Surrogation kann auch innerhalb des § 667 auftreten. Die Vorschrift verpflichtet einen Beauftragten, alles herauszugeben, "was er zur Ausführung des Auftrags erhält und was er aus der Geschäftsbesorgung erlangt". Die Surrogation ist hier in der Weise möglich, dass der Beauftragte die ihm vom Auftraggeber ausgehändigten Gegenstände veräussert und dafür von einem Dritten andere Gegenstände erhält. Er hat dann anstelle des von seinem Auftraggeber Erhaltenen das aus der Veräusserung Erlangte herauszugeben. Es handelt sich also um eine rechtsgeschäftliche Surrogation. Soweit auch Beispiele gesetzlicher Surrogation denkbar sind, werden sie bei dem weitgesteckten Rahmen

der Vorschrift mitumfasst.

Das Bereicherungsrecht der §§ 812 ff soll rechtsgrundlose Vermögensverschiebungen ausgleichen. Zu diesem Zwecke wird in den §§ 816 und 818 das Hilfsmittel der Surrogation herangezogen.

§ 816 geht von der Tatsache aus, dass Verfügungen Nichtberechtigter zuweilen nicht verhindert werden können. Solche Verfügungen sind im Interesse der Verkehrssicherheit und des gutgläubigen Erwerbs meist abstrakter Rechtsnatur und damit voll wirksam. Das bedeutet für den Berechtigten einen unwiederbringlichen Verlust. Deshalb ordnet § 816, I, 1 eine Surrogation dergestalt an, dass der Berechtigte nun an Stelle des ursprünglich geschuldeten Gegenstandes das aus der Verfügung Erlangte vom Nichtberechtigten herausverlangen darf. Das Gesetz geht hier in der bekannten Weise von der sachenrechtlichen Konstruktion zu einer wirtschaftlichen Betrachtung über; es verfolgt das Interesse des Berechtigten, indem es ihm zwar nicht den ursprünglich geschuldeten Gegenstand, aber doch dessen Wert sichert. Die weitere Bedeutung dieser Vorschrift besteht darin, dass sie es durch das Mittel der Surrogation möglich macht, von dem Grundsatz der unmittelbaren Vermögensverschiebung in den §§ 812 ff abzugehen.

§ 818 regelt den Umfang der Herausgabepflicht bei Bereicherungsansprüchen. Er geht von der Ueberlegung aus, dass der Empfänger einer ungerechtfertigten Leistung weder Vorteile noch Schaden haben soll. Daher ist nach

§ 818,III die Herausgabepflicht ausgeschlossen, soweit der Empfänger nicht bereichert ist. Andererseits müssen aber die verbliebenen Substanzwerte samt den Nutzungen in jeder Form kondizierbar sein. Letzteres wird durch die Surrogationsvorschrift des § 818,I erreicht, wonach neben den gezogenen Nutzungen dasjenige herausgegeben werden muss, "was der Empfänger auf Grund eines erlangten Rechtes oder als Ersatz für die Zerstörung, Beschädigung oder Entziehung des erlangten Gegenstandes erwirbt".

Zu dieser, uns aus dem Recht der Sondervermögen bekannten Formel tritt ergänzend noch die Bestimmung des § 818,II, wonach Wertersatz geleistet werden muss, wenn die Herausgabe wegen der Beschaffenheit des Erlangten nicht möglich oder der Empfänger aus einem anderen Grunde zur Herausgabe ausserstande ist.

Fällt in Abs.I auf, dass der Erwerb durch Rechtsgeschäft ausnahmsweise nicht erwähnt ist, so wird dieser Mangel durch Abs. II ausgeglichen, der die Fälle rechtsgeschäftlicher Veräußerung von Bereicherungsgegenständen mitumfasst. Es wird also durch obige Surrogation die wertmässige Herausgabe der gesamten Bereicherung des Empfängers unter Erfassung aller inzwischen eingetretenen Umsätze gesichert.

11. K a p i t e l :

Ein Rückblick.

=====

Bei einem rückschauenden Ueberblick fällt als Aeusserlichkeit zunächst auf, dass das Gesetz eine Reihe von Surrogationsbestimmungen mit gleichlautendem Wortlaut versehen hat. Als Formulierungen kommen in Betracht:

1. " Was mit Mitteln eines Vermögens erworben wird, fällt wieder in das Vermögen".
2. " Was auf Grund eines zu einem Vermögen gehörenden Rechtes oder als Ersatz für die Zerstörung, Beschädigung oder Entziehung eines zu diesem Vermögen gehörenden Gegenstandes oder durch ein Rechtsgeschäft erworben wird, das sich auf das Vermögen bezieht, gehört wieder zu diesem Vermögen".

Die erste Formel stellt summarisch die Tatsache der Surrogation fest und kennzeichnet Fälle, in denen ein Vermögen surrogationsbedürftig ist, weil es sich in der Hand eines Verwalters befindet (Vgl. §§ 2019, 1381).

Die zweite Formel bestimmt neben der Tatsache der Surrogation auch deren Umfang etwas genauer. Sie kommt zur Anwendung, wenn ein Sondervermögen in der Hand des Eigentümers von dessen allgemeinem Vermögen getrennt gehalten werden soll (Vgl. §§ 2041, 1370).

Im übrigen bestehen keine wesentlichen Unterschiede zwischen den beiden Formulierungen.

Dass wir -von diesen Unterschieden abgesehen- eine einheitliche Ausdrucksweise antreffen, verdanken wir der sorgfältigen Sprachtechnik des Gesetzgebers. Diese äussere Uniformität hat aber keine tieferen Ursachen und darf vor allem nicht über die materiellen Unterschiede in den einzelnen Surrogationssituationen hinwegtäuschen. Ausserdem gibt es, wie wir gesehen haben, über den Rahmen der beiden Formeln hinaus noch eine Fülle von Vorschriften, in welchen die Surrogation in unterschiedlicher Gestalt hervortritt. Dabei weist nicht nur die Form der Surrogation von Fall zu Fall Abweichungen auf, sondern es ist sogar die Grenze von Surrogation zu Nicht-Surrogation flüssig und unbestimmt. So stellt beispielsweise § 255 ¹³³⁾ einen Grenzfall dar, der verschiedene Auslegung erfahren hat.

All diese Umstände sind in der besonderen Natur der Surrogation begründet. Wie wir im Laufe der Arbeit gesehen haben, ist die Surrogation ihrem Wesen nach nichts anderes als ein technisches Hilfsmittel, das zur Erreichung verschiedener wirtschaftlicher Zwecke angewendet wird und dessen Konstruktion sich deshalb nach den Erfordernissen des Einzelfalls richtet. Da sie stets einen besonderen Rechtsgedanken durchsetzen soll, ist sie theoretisch nur begrenzt zu erfassen. So steht sie im Gegensatz zu den dinglichen Rechtsgeschäften wie beispielsweise der Uebereignung. Bei der Uebereignung entscheidet der Wille von Veräusserer und Erwerber über

133) Vgl. dessen Erörterung S.103.

den Uebergang des Rechts an der Sache. Die Surrogation dagegen weist die Sachenrechte den Personen ohne Rücksicht auf den Willen der Beteiligten nach objektiven Gesichtspunkten wie Zweck und Interessenlage zu. Die Surrogationsvorschriften halten sich auch nicht an die übliche sachenrechtliche Interessenabgrenzung. Sie sind der Ausdruck einer "wirtschaftlichen" Betrachtungsweise, die nicht nach der Zuweisung der S a c h e n , sondern nach der Zuweisung der materiellen W e r t e fragt und deren gerechte Verteilung regelt. Diese "wirtschaftliche Interessenperpetuierung" gegenüber der "sachenrechtlichen Interessenabgrenzung" wird besonders in den §§ 281 und 316 deutlich.

Die geschilderten Wesenszüge sind nicht nur bei den Surrogationsparagrafen, sondern auch bei der vertraglich begründeten Surrogation wie im Falle der Sicherungsübereignung ¹³⁴⁾ zu finden. Auch hier erfolgt die Zuweisung der Sachen nach der objektiven Interessenlage, allerdings nicht auf Grund gesetzlicher Anordnung, sondern kraft Parteiwillens. Die Rechtsprechung ist den Parteien dabei mit der Anerkennung des Instituts der "Uebereignung an wen es angeht" ¹³⁵⁾ entgegengekommen. Mit Hilfe dieses Instituts übereignen die Beteiligten an Personen, die sie nach objektiven Gesichtspunkten (wie Rechtsstellung der Person) bestimmen. So übereignet der Fabrikant, der Waren an den Angestellten in einem grossen Lager übergibt, an "denjenigen, dem das Wa-

134) Vgl. Seite 94.

135) Vgl. RG 100, 190, 140, 229.

renlager gehört". Damit erreicht der Parteiwille dieselbe objektive Zuweisung der Sachen, wie sie in den anderen Fällen das Gesetz gerade unter Nicht-Berücksichtigung des Parteiwillens anordnet.

Diese besonderen Eigenschaften geben der Surrogation den Vorzug einer vielfältigen und umfassenden Einsatzmöglichkeit, von welcher der Gesetzgeber, wie wir in einigen Fällen gesehen haben, in weit grösserem Masse hätte Gebrauch machen sollen, als er es tatsächlich getan hat.

Denn die Surrogation ist ein bedeutsames und unentbehrliches Mittel zum Schutz und Ausgleich der sozialen wirtschaftlichen Interessen.

Das möge die vorliegende Arbeit gezeigt haben.

Lebenslauf:

Am 14. September 1925 wurde ich als Sohn des Landesbaurats Erwin Brauns-Packenius in Kassel geboren. In Hofgeismar bei Kassel besuchte ich die Volksschule, in Marburg an der Lahn und Hanau am Main die Oberschule. Am 25. Januar 1944 legte ich in Hanau die Reifeprüfung ab. Ich wurde dann zur Wehrmacht einberufen und zum Funker ausgebildet. Als solcher nahm ich an dem Rückzug in Frankreich und den anschliessenden Kämpfen im Westen teil. Ende Juni 1945 kehrte ich nach kurzer Internierung durch amerikanische Truppen nach Hanau zurück. Im Jahre 1946 besuchte ich einen Sonderlehrgang zur Erlangung der Hochschulreife und legte am 16. August 1946 in Hanau die zweite Reifeprüfung ab. Im Wintersemester 1946/47 immatrikulierte ich an der Johann Wolfgang Goethe-Universität in Frankfurt-Main. Dort studierte ich 7 Semester. Am 21. Juli 1950 legte ich bei dem Justizprüfungsamt des Oberlandesgerichts in Frankfurt die erste rechtswissenschaftliche Staatsprüfung ab. Seit dem 29. Januar 1951 befinde ich mich als Gerichtsreferendar im hessischen Vorbereitungsdienst.