Enzyklopädie der Rechtswissenschaft

in systematischer Bearbeitung.

Begründet von

Dr. Franz von Holtzendorff.

Herausgegeben von

Geh. Justizrat Dr. Josef Kohler
ordentlicher Professor der Rechte in Berlin.

Unter Mitwirkung von:

G. Anschütz • L. v. Bar • E. v. Beling • E. Blume • H. Brunner • G. Cohn
K. Crome • H. Dietz • F. Dochow • E. Dorner • K. Flesch • B. Freudenthal
J. Gerstmeyer • O. v. Gierke • P. Heilborn • E. Heymann • Fr. Hiller • L. Laß
O. Lenel • A. Osterrieth • E. Rabel • P. Schoen • G. Strutz • U. Stutz
H. Trumpler • K. v. Unzner • F. Wachenfeld • M. Wolff.

Siebente, der Neubearbeitung zweite Auflage

Erster Band.

Duncker & Humblot
München u. Leipzig.

Verlag von

und

J. Guttentag, Verlagsbuchhdlg.
G. m. b. H. Berlin W 10.

1915.

Alle Rechte vorbehalten.

Altenburg
Piererſche Hofbuchdruckerei
Stephan Geibel & Co.

Vorbemerkung.

Der I. Band ist nunmehr durch den Rabelschen Beitrag vollendet. Die Schwierigkeit dieser Arbeit und die Originalität der Problemlösung hat einen längeren Aufschub veranlaßt, so daß der Band erst im Jahre 1915 erscheint, während die meisten Aufsätze schon im Jahre 1913 gedruckt waren; ein Umstand, der bei der Beurteilung des Gesamtwerkes berücksichtigt werden möge.

Berlin, 19. Dezember 1914.

Josef Kohler.

Inhalt.

Seite

I. Rechtsphilosophie und Universalrechtsgeschichte, von Geheimen Justizrat Professor Dr. Josef Kohler, Berlin 1

II. Geschichte und System des deutschen und römischen Rechts.

1. Quellen und Geschichte des deutschen Rechts, von Geheimen Justizrat Professor Dr. Heinrich Brunner, Berlin 65
2. Grundzüge des deutschen Privatrechts, von Geheimen Justizrat Professor Dr. Otto von Gierke, Berlin 175
3. Geschichte und Quellen des römischen Rechts von Professor Dr. C. G. Bruns, unter Benutzung der Bearbeitung von Professor Dr. A. Pernice neu bearbeitet von Professor Dr. Otto Lenel, Freiburg i. B. 303
4. Grundzüge des römischen Privatrechts, von Professor Dr. Ernst Rabel, Göttingen 399

Sachregister 541

I.

Rechtsphilosophie
und
Universalrechtsgeschichte

von

Professor Josef Kohler
in Berlin.

Inhaltsverzeichnis.

Seite

A. Grundlagen . . . 3
§ 1. Rechtsphilosophie und Naturrecht . . . 3
§ 2. Rechtsphilosophie und Rechtspostulate . . . 4
§ 3. Recht als Kulturerscheinung . . . 6
§ 4. Rechtsphilosophie und Entwicklungslehre . . . 7
§ 5. Rechtsphilosophie und Philosophie . . . 7
§ 6. Moderne Ziele der Rechtsphilosophie . . . 9
§ 7. Hegel und die Späteren . . . 10
§ 8. Rechtsphilosophie und Universalrechtsgeschichte . . . 11
§ 9. Rechtsphilosophie und Rechtspolitik . . . 15
§ 10. Rechtsphilosophie und Rechtstechnik . . . 16
§ 11. Universalrechtsgeschichte . . . 16
§ 12. Hilfswissenschaften . . . 19

B. Rechtsbildungen . . . 20
I. Verhältnis der Natur . . . 20
§ 13. Grundlagen S. 20. § 14. Teilung der Welt. Allgemeines S. 21. § 15. Teilung der Welt. Besonderes S. 21. § 16. Moderne Ergebnisse S. 23.
II. Verhältnisse von Mensch zu Mensch . . . 25
a) Verhältnisse inniger Art . . . 25
α) Familienrecht . . . 25
§ 17. Totemismus S 25. § 18. Lösung der Totemfamilie: Weiheschar, Sondergeist und Ahnenkult S. 25. § 19. Gruppenehe S. 26. § 20. Mutterrecht und Übergang zum Vaterrecht S. 27. § 21. Entwicklung der Einzelehe S. 28. § 22. Verschämte Ehe S. 30. § 23. Ausgestaltung des Vaterrechts S. 30. § 24. Künstliche Verwandtschaft S. 31.
β) Erbrecht . . . 33
§ 25. Allgemeines S. 33. § 26. Erbschaft der agnatischen Familie S. 35. § 27. Verfügung von Todes wegen S. 35.
b) Losere Verhältnisse. Schuldrecht . . . 37
§ 28. Versprechen als formal und als materiell bindendes Element . . . 37
§ 29. Form . . . 39
§ 30. Anfechtbarkeit . . . 39
§ 31. Sicherung: α) Pfand. β) § 32. Bürgschaft . . . 40
Soziale Betätigungen des Schuldrechts . . . 41
a) § 33. Allgemeines . . . 41
§ 34. Soziale Betätigungen des Schuldrechts . . . 42
b) Besonderheiten: α) Austauschgeschäfte . . . 42
β) § 35. Darlehen und Zins . . . 43
γ) § 36. Gesellschaft . . . 45
δ) § 37. Unwirtschaftliche Betätigungen: Schenkung, Spiel . . . 46
III. Organische Verbindungen zu einem kulturförderlichen Ganzen . . . 46
§ 38. Totemstaat, Häuptlingsrecht, Königtum . . . 46
§ 39. Geschlechterstaat und Territorialstaat . . . 49
§ 40. Staat als eine Verwirklichung der sittlichen Idee . . . 50
IV. Einwirkung des Ganzen auf die Geschicke des Einzelnen . . . 52
1. Strafrecht . . . 52
§ 41. Schuld und Willensfreiheit . . . 52
§ 42. Blutrache . . . 53
§ 43. Anfänge des Vergeltungsrechts . . . 54
§ 44. Entstehung der Schuldvergeltung . . . 55
§ 45. Treibende Kräfte der Entwicklung . . . 56
§ 46. Moderne Probleme . . . 57
2. Prozeß . . . 57
§ 47. Prozeß und Selbsthilfe . . . 57
§ 48. Häuptlingsrecht und Gottesprobe . . . 58
§ 49. Übergang zum rationellen Prozeß . . . 61

C. Blick in die Zukunft . . . 62
§ 50. Künftige Bildungen . . . 62

A. Grundlagen.

§ 1. Rechtsphilosophie und Naturrecht.

Die Rechtsphilosophie ist ein Zweig der Philosophie des Menschen, d. h. derjenigen Philosophie, welche die Stellung des Menschen und der menschlichen Kultur in der Welt und im Weltgetriebe zu ermitteln hat. Wie die sonstigen Kulturäußerungen des Menschen in die Höhe der Philosophie erhoben werden, indem man ihre Bedeutung im Weltganzen zu erforschen sucht, so auch das Recht. Die Rechtsphilosophie hat daher den Menschen als Kulturträger ins Auge zu fassen, und da die Kultur in stetem Fortschritt begriffen ist, wenn Welt und Menschheit nicht veröden soll, so hat die Rechtsphilosophie die Aufgabe, das Recht als ein sich stets entwickelndes und fortschreitendes zu erkennen.

Es war daher seinerzeit nichts verkehrter und unphilosophischer als die Meinung, die Rechtsphilosophie habe ein Naturrecht, ein ewig richtiges Recht zu erforschen und gleichsam von den Sternen herunter zu holen. Man verkannte vollständig, daß die Kultur und die Kulturäußerungen etwas anderes sind als die Naturgesetze, die sich stets gleich bleiben. Allerdings beruht auch der ganze Mensch und die ganze menschliche Entwicklung schließlich auf animalischen und seelischen Gesetzen. Aber aus diesen Gesetzen entspringt infolge der steten neuen Mischung der Kräfte ständig etwas Anderes und Neues, und es wäre dieselbe Verwechselung, aus der Einheit der menschlichen Natur auf ein stets gleich bleibendes Recht zu schließen, wie wenn man etwa annehmen wollte, daß, weil die Naturgesetze die gleichen bleiben, auch die Naturerscheinungen sich niemals vermannigfaltigen könnten.

Die Anschauung von dem ewigen Rechte war mithin ein Grundirrtum; sie wäre nur von der Voraussetzung aus zu rechtfertigen, daß der Mensch sofort vollkommen geschaffen worden sei und die Bestimmung habe, stets auf der gleichen Vollkommenheit zu bleiben, also von der Voraussetzung, daß der paradiesische Zustand der dem Menschen entsprechende und angemessene sei. Dies hat seinerzeit die theologische Wissenschaft angenommen, und von hier aus hatte es einen guten Sinn und Zusammenhang, an ein von Gott eingepflanztes Recht zu glauben, das höchstens infolge des Sündenfalles verloren worden sei [1]. Ließ man aber diese theologische Vorstellung

[1] Das Naturrecht findet sich schon in der Vorsokratischen Zeit; auch die Sophisten erörtern die Frage über das Gerechte und das Nützliche. Seine Weiterentwicklung trat ein durch Aristoteles; durch die Stoa ist es in das römische Recht gelangt. Die Scholastik übernahm es, allerdings blieb sie fern von der Erstarrung der spätern. Über das Naturrecht im Altertum vgl. Burle, Notion de droit naturel dans l'antiquité grecque (1908), Salomon, Der Begriff des Naturrechts bei den Sophisten, Savigny Z. XXXII, S. 129. Thomas von Aquin nimmt zwar eine lex aeterna und eine aus der lex aeterna stammende lex naturalis an, Summa theol. 1. 2 qu. 91 a. 1—3; er nimmt auch an, daß die lex naturae im Grund allen gemeinschaftlich sei, 1. 2 qu. 94 a. 4, jedoch mit Ausnahmen; er glaubt, daß der lex naturalis nicht nur einiges zugesetzt, sondern von ihr mitunter auch etwas gestrichen werden könne: nonnulla propria subtrahi, quae legis observantiam pro temporum varietate impedire possent, 1. 2 qu. 94 a. 5. Noch deutlicher spricht sich in diesem Sinne der große Schüler des Thomas, Dante, aus, in einer Stelle, die ich bereits anderwärts erwähnt habe (Monarchia I 16): Habent namque nationes, regna et civitates inter se proprietates, quas legibus differentibus regulari oportet. Est enim lex regula directiva vitae. Aliter quippe regulari oportet Scythas, qui, extra septimum clima viventes et, magnam dierum et noctium inaequalitatem patientes, intolerabili quasi algore frigoris premuntur, et aliter Garamantes, qui, sub aequinoctiali habitantes et coaequatam semper lucem diurnam noctis tenebris habentes, ob aestus aëris nimietatem vestimentis operiri non possunt. Dazu die alsbald zu erwähnende Stelle aus dem

fallen, so hatte die Idee von einem eingepflanzten ewigen Recht gar keinen rationellen Boden, so rationalistisch sie sich auch gebärdete; denn sie widersprach dem Menschenleben als einer Kulturerscheinung, sie ging davon aus, daß für den Menschen nur ein und dieselbe Norm passe, und daß ihm nur ein und dieselbe Norm angemessen sei, — als ob die Kultur nicht stets das Bedürfnis neuer Normen erzeugte und als ob der Kulturfortschritt etwas Nebensächliches wäre, was das Wesen des Menschen nicht berührte. Es ist der nämliche Irrtum wie der, der an eine Weltsprache glaubte, so daß man den babylonischen Turmbau zu Hilfe nehmen mußte, um die Verschiedenheit der Sprachen zu erklären, während doch

Nullo effetto mai razionabile,
Per lo piacer uman che rinnovella,
Seguendo il cielo, sempre fu durabile.
Dante, Paradiso XXVI 127 ff.

Das vorher mit vieler Diskretion behandelte Naturrecht erstarrte, als es im 17. Jahrhundert Hugo de Groot (Grotius) zu einem System verarbeitete, das von nun an seinen Siegeszug über die Länder nahm [1]. Eine Reihe der bedeutendsten Köpfe huldigte ihm: Hobbes, Pufendorf, Leibniz, Thomasius sind von ihm ausgegangen, und in Wolf fand es seinen letzten bedeutenderen Ausläufer und seine letzte, allerdings bereits sehr seichte und versandete Gestaltung [2].

§ 2. Rechtsphilosophie und Rechtspostulate.

Die Zerstörung des Naturrechts war die große Tat Hegels; seine Entwicklungstheorie, welche, im Gegensatz zu dem stets Gleichbleibenden, ein ständig Wechselndes und sich Entfaltendes annahm, mußte von selber einem jeden Naturrecht, d. h. jedem ewigen Vernunftrecht, den Krieg erklären. Dazu kamen die Ergebnisse der Rechtsgeschichte, vor allem aber der vergleichenden Rechtswissenschaft, denn diese zeigte uns eine ungeheure Rechtsentwicklung, von der man früher keine Ahnung hatte; sie zeigte rechtliche Einrichtungen, die den unsrigen spornstreichs widersprachen; sie zeigte Bildungen, die von der unsrigen ebenso abweichen wie etwa die Formen der Bantusprache vom Griechischen. Die Annahme, daß alles dieses Recht nichts gewesen sei als lächerliche Verirrung, erwies sich als so ungeschichtlich und ethnographisch verkehrt, daß darüber eine weitere Erörterung gar nicht mehr möglich war, ebenso verkehrt als wenn man die Sprache der Rothäute als ein zusammenhangloses Gemisch erklären wollte, während es doch sicher ist, daß sie eine Sprache von der größten Feinheit und der scharfsinnigsten Gestaltung darstellt. Mithin mußte man zu der Überzeugung kommen, wie verschieden das

Paradiso. Damit war eine Höhe der Betrachtung gewonnen, der gegenüber das Naturrecht bis zu Hegels Zeit lediglich einen Rückschritt bedeutet. Über das thomistische Naturrecht vgl. auch Haring, Recht- und Gesetzesbegriff in der katholischen Ethik S. 30 f. Es hatte jedenfalls die große Bedeutung, ein Schutzwall zu sein gegen das Einbrechen der Herrscherwillkür, welche alles Beliebige als Recht bezeichnen mochte (Voluntarismus des Duns Scotus). Vgl. mein Lehrbuch der Rechtsphilosophie S. 3 ff. Vgl. aber auch schon Leibniz, Méditation sur la notion commune de la justice, der deshalb lebhaft gegen Hobbes polemisiert (Leibniz, Hauptschriften zur Grundlegung der Philosophie, übersetzt von Buchenau-Cassirer II S. 506.

[1] Allerdings nicht ohne wesentliche Bekämpfung, namentlich von theologischer Seite, welche das System Groots als impium ac absurdum bezeichnete, so Valentin Alberti. Der bedeutendste Gegner, der bereits historischen Sinn zeigt, ist John Selden, de jure naturali et gentium juxta disciplinam Ebraeorum (1640). Über ihn Sternberg, Z. f. vgl. Rechtsw. XIII S. 365 f. Über einige weitere Gegner vgl. Bergbohm, Jurisprudenz und Rechtsphilosophie S. 163 f.

[2] Die wichtigsten Naturlehrer sind: Johann Oldendorp 1480—1567; Johann Bodinus 1530—1596; Johann Althusius 1557—1638; Hugo Grotius 1583—1645 (De jure belli ac pacis 1625); Thomas Hobbes 1588—1679 (De cive, Leviathan); Samuel Pufendorf 1632—1694 (De jure naturae et gentium, de officio hominis et civis, Monzambano); Spinoza 1632—1677 (Tractatus theologico-politicus 1670, tractatus politicus 1677); Locke 1632—1704 (Two treatises of government 1689); Leibniz 1646—1716; Thomasius 1655—1738; Wolf 1679—1754 (Jus naturae 1740). Dazu noch eine Reihe von Rechtsphilosophen des 19. Jahrh., wie Zachariä, Bauer, Schilling, v. Rotteck, welche mehr oder minder der Vergessenheit anheim gefallen sind und dies auch verdienen. Über das Naturrecht des 16. und 17. Jahrh. vgl. auch Solari, Scuola del diritto naturale (1904).

Recht ist und sein muß, und daß keine Gestaltung des Rechts ewige Dauer beanspruchen kann.

Man möchte allerdings fragen, ob nicht der gesamten Rechtsentwicklung doch wenigstens einige einheitliche Rechtsgrundsätze zu unterstellen seien, und ob nicht insbesondere gewisse Sätze der Rechtspolitik für alle Entwicklungsperioden gleichheitliche Geltung verlangen können. Man spricht insbesondere viel von den Wertschätzungen der Gerechtigkeit und namentlich auch davon, daß Gleiches gleich behandelt werden müsse und die Rechtsordnung nicht eine Ausscheidung unter den Gleichwürdigen vornehmen dürfe, wodurch der eine bevorzugt und der andere zurückgesetzt werde; es sind dies die bekannten Grundsätze der nikomachischen Ethik[1].

Doch handelt es sich hier überhaupt nur um Schablonen, die erst durch die Anforderungen der betreffenden Kulturperiode ausgefüllt werden können. Eine jede Kulturperiode hat für sich zu entscheiden, wer würdig und unwürdig, wer schuldig und wer unschuldig, was gleich- und was verschiedenwertig ist. Im ganzen laufen daher alle diese allgemeinen Vorschriften auf den Gedanken aus: das Recht soll sich entwickeln nach Maßgabe der Kulturperiode und nach den Anforderungen einer jeden Kulturstufe; diese aber verlangt natürlich, daß demjenigen das Recht wird, dem die jeweilige Kultur das Recht zuweist, und sie verlangt, daß die Gleichwertigkeit durch Gleichberechtigung, die Verschiedenwertigkeit durch verschiedene Berechtigung ausgedrückt werde. Eine Kulturperiode kann z. B. von dem Gedanken ausgehen, daß verschiedene Menschenklassen eine verschiedene Stellung einnehmen und eine verschiedene Betätigung im staatlichen Leben zu vollziehen haben, wie z. B. die höheren und niederen Kasten der Hindus oder der Adel bei morgen- wie abendländischen Völkern; eine Kultur kann ferner verlangen, daß die Träger religiöser Ämter eine besondere Berücksichtigung finden und eine gewisse Ausnahmestellung einnehmen; eine Kulturperiode kann wiederum In- und Ausländer sehr verschieden behandeln, den Ausländer sogar ganz rechtlos machen; eine Kulturperiode kann den Einzelnen verantwortlich machen für seine Familie und die Familie für den Einzelnen; sie kann bestimmen, daß auch schuldlose Verletzung zur Strafe führt; und derartige Bestimmungen sind ebensowenig von der rechtlichen Betrachtung zurückzuweisen, als z. B. der Satz unseres Rechts, daß, wenn der fremde Staat uns Anlaß zum Kriege gibt, wir berechtigt sind, seine Heere zu dezimieren und seine Soldaten totzuschießen, soweit es die Zwecke unserer Kriegführung erheischen. Von einer Einheitlichkeit des Grundprinzips ist daher keine Rede; denn das Prinzip, daß jede Kulturordnung das ihr würdig Erscheinende würdig, das andere unwürdig und unwert behandeln solle, will nichts anderes besagen, als daß jede Kulturordnung eben eine Kulturordnung ist, womit nichts weiteres gewonnen wird[2].

---

[1] Vgl. auch d'Aguanno, Arch. f. Rechtsphil. III S. 71 f.

[2] Was heutzutage von scholastischer Seite als Naturrecht erklärt wird, läuft auf solche Schablonen hinaus. So namentlich der Jesuit Cathrein, Recht, Naturrecht und positives Recht: jeder soll das Seine haben (S. 47 f.); das Recht gebe allgemeine Grundsätze, wie z. B. Verträge müssen gehalten werden, aber welche Verträge im einzelnen zulässig seien, bestimme das positive Recht; es sei ein natürliches Recht, das Eigentum zu verkaufen, das Gesetz aber könne „unter Umständen den Verkauf gewisser Waren verbieten oder einschränken, wenn das zum Gesamtwohl nützlich oder gar notwendig ist" (S. 281—282). Mit anderen Worten: das Naturrecht kann A, das positive Recht kann B sagen, denn wenn man den einen Vertrag oder Verkauf verbieten kann, so kann man auch hunderte verbieten. Damit ist nichts getan. Kann man kraft des Naturrechts sagen, ob die Schuldhaft oder die bloße Vermögenshaftung begründet ist? Ob die Eideszuschiebung oder die Eideshilfe ein „richtiges Recht" ist? Das haben schon ältere Denker besser gewußt. Vgl. z. B. Avicenna (darüber Arch. f. Rechtsphil. II S. 469). Und daß man auf Grund eines eingebildeten Naturrechts in Österreich und Italien der Ehescheidung die größten Hindernisse bereitet hat, ist ein bedeutungsvolles Menetekel. Man hat auch behauptet, eine Vergleichung der Rechte sei nicht möglich, ohne daß gewisse Institute gleichheitlich wiederkehrten, wie Eigentum, Schuldverpflichtung, Erbrecht; das ist unrichtig: es gibt natürlich ein für allemal gewisse Beziehungen, z. B. des Menschen zu den Sachen, des Menschen zum Menschen (Verhältnisse des Geschlechtsverkehrs, Verhältnisse des Blutsbandes, Verhältnisse des Austauschverkehrs). Diese Beziehungen führen zu einer Reihe von Typen, aber diese Typen bilden den Ausgangspunkt für die verschiedenfachsten Rechte. Oder gibt es einen größeren Unterschied, als den des modernen Schuldrechts zu dem den Menschen versklavenden Geiselrecht alter Zeiten? Daß man beides Schuldrecht nennt, ist nur durch die geschichtliche Entwicklung gerechtfertigt. Und ebenso verhält es sich mit dem Kommunismus der Eskimo oder den Agrarverhältnissen der Bantus im Vergleich zu unserem Eigentum. Über Cathrein vgl. auch Z. vgl. R. XXIV, S. 233, Arch. f. Rechtsph. V S. 637.

Ein Gesichtspunkt könnte allgemeine Bedeutung beanspruchen: der Gesichtspunkt der Heiligkeit und der Würdigkeit der Arbeit; aber auch hier handelt es sich bloß um eine Schablone, die erst die betreffende Kultur wieder ausfüllen wird; denn Arbeiten, für die wir gar kein Verständnis haben, etwa abergläubische Verrichtungen usw., galten einer Kulturperiode für bedeutend und verdienstvoll, während anderseits unsere wirtschaftliche und Handelstätigkeit von gewissen Völkern nur als eine ganz untergeordnete und die künstlerische Produktion vielfach sogar als eine des freien Mannes unwürdige betrachtet wird. Auch hier kann der Satz nur lauten: die Arbeit soll die nach der Schätzung der Kulturperiode ihr zukommende Behandlung im Rechte finden. Auch darin also ist alles relativ, und man kann nur sagen: 1. das Recht einer Kulturperiode betrachtet die Sachen so und so, und 2. die Kulturperiode stimmt dem Rechte zu oder sie verlangt dessen Änderung.

§ 3. Recht als Kulturerscheinung.

Wenn auf solche Weise das Naturrecht beseitigt ist, so darf man doch nicht etwa das Recht als etwas Äußerliches und als ein aller rationellen Gründe bares Gebilde betrachten, das sich nur zufällig so und nicht anders gestaltet (Voluntarismus oder Positivismus). Das ist der größte Irrtum, in den manche Bekämpfer des Naturrechts geraten sind. Sie kamen zu einem Positivismus, welcher überhaupt jedes Nachdenken über das geltende Recht verbot und dem Juristen sogar die Befugnis bestritt, sich über das Recht und seine Fortschritte zu äußern und eine Wertschätzung der positiven Rechtsordnung vorzunehmen; mit anderen Worten: man wollte nicht nur das Naturrecht, sondern die Rechtsphilosophie und die Rechtspolitik ausrotten; man tat dies deshalb, weil man die Aufgabe der Rechtsphilosophie und der Rechtspolitik nicht richtig auffaßte. Wenn auch das Recht ein ständig Wechselndes und sich Entwickelndes ist, so ist es doch nichts Äußerliches und Zufälliges, sondern es ruht mit seinem innigsten Gefaser in den Wurzeln der Volksseele und entspricht dem kulturentwickelnden Drange, der das Volk durchzieht, das Volk, seien es alle Mitglieder, seien es einige hervorragende, weitschauende Geister. Von diesem Standpunkt läßt natürlich das Recht eine Wertschätzung zu; es ist zu schätzen nach der Art und Weise, wie es der Kultur und dem Kulturbedürfnis des Volkes nachkommt; aus Kultur und Kulturbedürfnis entnehmen wir das Ideal, dem das Recht einer bestimmten Zeit möglichst genügen soll [1].

Der Positivismus [2] bricht von selber entzwei, wenn man das Problem des Gesetzgebers ins Auge faßt. Wäre ein Recht wie das andere, so brauchte man überhaupt keine gesetzgeberische Beratung, sondern es genügte, die verschiedenen rechtlichen Möglichkeiten in einen Lostopf zu werfen und das eine oder andere herauszugreifen; so weit führt der Positivismus, überhaupt eine jede Rechtsgestaltung, die sich von der Rechtsphilosophie abwendet!

Das Recht baut sich also auf auf der Grundlage der Kultur; aber es ist, wie jedes Kulturelement, ein Januskopf; indem es aus der vergangenen Kultur stammt, hilft es, einer künftigen Kultur den Boden zu bereiten; hervorgegangen aus der Vernünftigkeit einer bestimmten Periode, dient es dem Fortschritt der Kultur und arbeitet damit an der Schöpfung einer neuen Kultur und zugleich an der Zerstörung seiner eigenen. Jedes Recht ist ein Ödipus, der seinen Vater tötet und mit seiner Mutter ein neues Geschlecht erzeugt.

[1] Vgl. Lehrb. der Rechtsphilosophie S. 38 f.

[2] Die Frage, ob der Richter nicht auch die Vernünftigkeit des positiven Rechts zu prüfen und es daher möglicherweise für unanwendbar zu erklären hat, wurde im Mittelalter vielfach bejaht; sie ist heutzutage noch in den Vereinigten Staaten bedeutsam, allerdings namentlich in der Richtung, daß unvernünftige Staatengesetze vor dem Bundesrecht nicht bestehen können, vgl. darüber Müller, Z. f. Völkerrecht III S. 25. In Deutschland wendet sich ihr die sogenannte Freirechtsschule zu, welche nur die Übertreibung des an sich richtigen Satzes darstellt, daß die Rechtspflege dem Vernünftigen zustreben soll, welchen Satz ich stets vertreten habe, vor allem in meinem Shakespeare vor dem Forum der Jurisprudenz. Über diese Richtung vgl. den Berliner Kongreß f. Rechtsphilos. im Arch. f. Rechtsphil. III, S. 526 f., neuerdings Rumpf, Gesetz und Richter (1906), Volk und Recht (1910), Der Strafrichter (1912), Schmitt, Gesetz und Urteil (1912). Unhaltbares in positivistischer Richtung bei Bergbohm S. 109 f. und völlig Verkehrtes über das werdende Recht S. 432. Der von ihm getadelte Dualismus im Recht ist von jeher die Quelle des Fortschrittes gewesen.

§ 4. Rechtsphilosophie und Entwicklungslehre.

Die Rechtsphilosophie muß daher das Recht als ein stets sich wandelndes und fortschreitendes ansehen und darlegen, wie es, in der Kultur ruhend, eine alte Kultur vertritt und zugleich einer neuen Kultur die Wege bahnt. Darum muß die Rechtsphilosophie auf dem Boden der Entwicklungslehre stehen; jede der Entwicklungsgeschichte abgekehrte Rechtsphilosophie ist verfehlt. Sie muß ebendarum auf dem Boden einer Gesamtphilosophie stehen, denn niemand wird die Bedeutung der Entwicklung der Menschheit, ja den Begriff der Entwicklung überhaupt auch nur ahnen können, wenn er von dem Weltganzen und seiner Bedeutung keine Vorstellung hat. Daher ist eine Rechtsphilosophie nur auf dem Boden einer Idealphilosophie möglich; sie ist nicht möglich auf dem Boden der positivistischen Philosophie, welche, auf kantischen Irrtümern beruhend, annimmt, daß es uns überhaupt nicht gegeben sei, über die Welterscheinungen hinauszublicken [1]. Sie ist nicht möglich auf dem Boden des Materialismus, welcher überhaupt etwas über der Welt der Erscheinungen Schwebendes nicht anerkennt.

Eine Philosophie, auf die sich das Recht stützen könnte, liegt nur vor, wenn man durch die Erscheinungen auf etwas Tieferes dringt; auch die Erkenntnistheorie ist nur insofern Philosophie, als sie uns auf die weitere Philosophie, die Metaphysik, vorbereitet. Wer in der mehr oder minder den äußeren Eindrücken entsprechenden Welt der Erscheinungen das Letzte findet, mag sich damit begnügen, daß es unsere Sache sei, die Welt der Erscheinungen als Erscheinungswelt zu erkennen, zu beschreiben und so weit zu erklären, als in ihr gewisse äußere Regelmäßigkeiten obwalten — dies ist aber keine Philosophie und kann darum auch keine Rechtsphilosophie sein.

Man hat dem entgegengehalten, daß ein Hinausgehen über die Welt der Erscheinungen nicht dem Wissen, sondern dem Glauben angehöre; das ist unrichtig. Der Glaube zeigt in Phantasie und Bild, was uns die Philosophie in der Wirklichkeit bieten soll; der Glaube sucht ahnend im Gefühl zu erfassen, was wir mit scharfem Verstande der Betrachtung des Weltalls entnehmen; denn wie der Ästhetiker den Eindruck des Bildes zergliedert und uns zeigt, worin seine Bedeutung und der Zauber und Glanz seiner Darstellung beruht, während der sinnige Betrachter im augenblicklichen Erfassen den ästhetischen Eindruck empfängt, so ist es mit der Philosophie, die das Unendliche zu erkennen strebt, während der Glaube es in ahnungsvollem Schauer empfindet. Es wäre völlig unrichtig, wollte man den Ästhetiker beiseite schieben, weil es sich hier um Empfindung, nicht um wissenschaftliche Erkenntnis handelte; und ganz ebenso verhält es sich mit der Beziehung zwischen Religion und Philosophie.

§ 5. Rechtsphilosophie und Philosophie.

Alle philosophischen Systeme, welche tiefer zu dringen suchen, gehen entweder von dem Prinzip des Monismus oder des Dualismus aus, indem sie die letzte Einheit, die Gottheit, entweder in oder außer der Welt suchen. Der Monismus wird zum Pantheismus, wenn er in der Welt ein ständiges Weben der Gottheit erblickt, ebenso wie etwa eine Strahlung im All, die von einem leuchtenden Punkte ausgeht. Im Gegensatz hierzu sucht der Dualismus eine Gottheit außer der Welt, und diese soll in der einen oder der anderen Weise zur Welt in Gegensatz treten; die Vermittlung sucht er in der Schöpfung, in der Gestaltung aus dem Nichts, das in eine bestimmte Periode des Weltalls zurückversetzt wird.

Indes sind beide Systeme nicht so sehr voneinander geschieden, daß sie nicht ihre Berührungspunkte hätten; und insbesondere kann der Dualismus sich leicht dahin umwandeln, die Schöpfung nicht als etwas Einmaliges, sondern als fortdauernde Einwirkung der Gottheit anzusehen. Ist aber dies der Fall, so ist die Brücke zum Pantheismus geschlagen.

Die reinste und geistreichste Gestalt des Pantheismus ist die Vedântaphilosophie der Hindus in der Form, wie sie Badarâyana und Çankara entwickelt haben [2].

---

[1] Hierüber Lehrb. der Rechtsphil. S. 7 f., Arch. f. Rechtsphil. I S. 488.

[2] Der bahnbrechende Kommentar Çankaras zu den Sûtras des Vedânta ist übersetzt von Deussen (1887) und von Thibaut in den Sacred Books of the East, Vol. XXXIV und XXXVIII. Doch hat sich die Vedântaphilosophie nicht von erkenntnistheoretischen Irrtümern

Mit dem Vedânta hängt am meisten die Platonische Philosophie zusammen, wie denn der Neuplatonismus nur eine Wiedergeburt des aus dem Vedânta entsprungenen Yogasystems ist.

Im Gegensatz dazu hat die Aristotelische Philosophie[1] mit ihrer Lehre vom höchsten Gute dem Dualismus die Handhabe geboten und wurde auf solche Weise zur lebendigen Stütze des Thomismus, während namentlich Scotus Erigena zum Pantheismus neigte und die Mystiker des Mittelalters die Fortsetzer der Yogalehre und des Neuplatonismus wurden[2].

Eine Vereinigung des Aristoteles mit Plato bietet die Hegelsche Entwicklungslehre: neben der göttlichen Einheit tritt die Welt der Erscheinungen, aber nicht als etwas Geschaffenes, sondern als eine ständige Emanation, die — alle Weisheit und Größe im Keime enthaltend — sich immer weiter nach der Richtung der Vollkommenheit, d. h. des Göttlichen entfaltet; dies ist es, was wir Entwicklung nennen[3]. Wenn wir auf solche Art den Menschen als Welterscheinung denken, so ist sein Wirken ein Wirken innerhalb des Allwesens, und die Kultur ist nichts anderes als ein ständiges Walten göttlicher Herrlichkeit zu dem Zwecke, die göttlichen Bestrebungen zu verwirklichen. Auf diese Weise gewinnt die Kultur einen bedeutungsvollen Hintergrund, sie wird metaphysisch vertieft, und was wir in ihr erkennen, führen wir zurück auf das Allwesen und sein Wirken. Nur auf solchem Wege gewinnt die Geschichte Bedeutung und Sinn; sie ist nicht mehr eine Folge von Begebenheiten, sondern eine stetige Frucht göttlichen Waltens, sie ist eine Äußerung göttlicher Vernunft. Ihre Zufälligkeiten bleiben Zufälligkeiten in der empirischen Welt, lösen sich aber auf als Emanationen der Weltseele[4].

Nach unserer Auffassung wird ein Moment in der Geschichte besonders hervortreten: die Menschheit wird ohne ihren Willen und Wissen auf gewisse Entwicklungsformen geleitet werden: in der Vielheit der Einzelnen liegt eine Fülle gleichheitlicher Entwicklungskeime, die ohne das Bewußtsein der Einzelnen sich entfalten und immer neue Gestalten schaffen. So ist die Ehe, so ist die Familie, so ist das Eigentum geworden, so ist die Sittlichkeit entstanden, ohne daß die Einzelnen, die an der Entwicklung beteiligt waren, auch nur eine Ahnung hatten, wonach die Entwicklung hinstrebte, und was sie erzielte. Vgl. unten S. 29.

Der philosophische Hintergrund ist also nicht nur eine Sache des Glaubens, sondern eine Sache der Wissenschaft, auch wenn dabei die Intuition eine große Rolle spielt[5].

Schon eine Reihe von Erscheinungen des menschlichen Lebens läßt sich nicht ohne Herbeiziehung der Unendlichkeit denken; insbesondere der Begriff der Schuld und der damit zusammenhängende Begriff der Willensfreiheit ist auf dem Standpunkt einer materialistischen oder positivistischen Philosophie nicht zu konstruieren; man hat ja gar Wille und Schuld beiseite zu schieben und sie ins Reich des Glaubens oder der Dichtung zu verweisen versucht, weil man sie auf positivistische Weise nicht zu erklären vermochte! Noch viel weniger sind die Erscheinungen der organischen Welt und der Geschichte mit ihrer wunderbaren Zweckmäßigkeit zu verstehen, wenn man nicht ein nach bestimmten Zielen hin wirkendes Wesen zugrunde legt, dem die Welt der Erscheinungen dient, und in dem und aus dem heraus die Welterscheinungen zu ihrem Ausdruck kommen.

Können wir auf solche Weise über die Welt der Sinne hinaus das Übersinnliche beweisen, so sind wir im Bereich der Wissenschaft und nicht des Glaubens; es ist ebenso, wie die Astronomie

---

freigemacht. Über ihre Stellung in der indischen Philosophie und die anderen Systeme der Sankhya-, Kapila-, Yoga-, Vaischeschika-, Lokayatalehre, sowie über die neueren Entwicklungen der buddhistischen Denkweise vgl meine Abhandlung im Arch. f. Rechtsphil. V S. 547 f., 606 f.

[1] Vgl. darüber Lehrbuch der Rechtsphilosophie S. 7 f., Arch. f. Rechtsphil. V S. 397 f.

[2] Vgl. meinen Aufsatz im Arch. f. Rechtsphil. V S. 533 und die dort zitierten.

[3] Lehrbuch der Rechtsphil. S. 23 f. Über den großen Vorgänger Hegels, Vico (1668—1744) vgl. Arch. f. Rechtsphil. V S. 261 und die hier zitierten Schriften von Croce. Vgl. auch Aless. Levi, il duritto naturale nella filosofia di Vico (1910).

[4] Vgl. hierüber meine Abhandlung im Arch. f. Rechtsphil. III S. 321 und Lasson, Geschichtswissenschaft und Philosophie (in der Delbrückfestschrift).

[5] In dieser Beziehung haben namentlich die neueren Franzosen Boutroux und Bergson gegen die materialistische Anschauung des Zweimalzweikultes geschrieben. Daß die Metaphysik nicht nur eine künstlerische Schöpfung ist, welche insofern als Bereicherung der Ideenwelt zu dienen hat, sondern daß sie auch bestimmt ist, sich der Wahrheit zu nähern, habe ich im Archiv für Rechtsphilosophie I S. 12 hervorgehoben.

nicht nur mit den Gestirnen zu tun hat, die wir sehen, sondern auch mit denen, die wir nur berechnen und aus der Störung anderer erkennen und in ihren Bahnen verfolgen können. Von der sinnlichen Erscheinung muß die Wissenschaft ausgehen; daß sie aber bei der sinnlichen Erscheinung stehen bleiben und nicht darüber hinaus auf das Übersinnliche greifen dürfe, das ist der Fehler, an dem seit Kant eine Reihe moderner Systeme krankt.

§ 6. Moderne Ziele der Rechtsphilosophie.

Nach dieser philosophischen Grundlegung wird die Aufgabe der Rechtsphilosophie klar hervortreten: wir haben die Ergebnisse der Rechtsgeschichte in Verbindung zu setzen mit der ganzen Kulturgeschichte, wir müssen die Bedeutung der Kulturgeschichte im Weltall zu erkennen suchen, und wir haben zu erforschen, welche Wirksamkeit einer jeden rechtlichen Einrichtung und ihrer Geschichte in der Entwicklung der Kultur und damit in der Entwicklung des Weltalls zukommt. Nur auf solche Weise ist überhaupt eine Rechtsphilosophie in unserem Sinne möglich. Keine Rechtsphilosophie in unserem Sinne ist es, wenn man lediglich die Bestrebungen und Zielpunkte unserer heutigen Entwicklung ins Auge faßt und danach bemessen will, wie wir unser heutiges Recht gestalten sollen; das ist Sache der Rechtspolitik: es führt uns höchstens zur Erkenntnis einer bestimmten Kulturstufe, es führt nicht zum Einblick in die Bedeutung des Rechts in der Geschichte des Weltalls. Damit ist die „Rechtslehre" gerichtet, welche aus römischem und germanischem Recht ein Gebräu herstellt, ohne sich darum zu kümmern, daß es auch ein Recht des Orients gegeben hat, und daß das englisch- und angloamerikanische Recht Züge aufweist, die von solch einer Rechtslehre bedeutend abweichen. Nur die Erfassung des Universalrechts gibt uns einen Boden für die Rechtsphilosophie; denn nur so können wir das Recht als Faktor der Weiterentwicklung verstehen.

Noch weniger können wir als Rechtsphilosophie die Behandlung erachten, welche dahin geht, alles Recht aus gewissen Nützlichkeits- und Zweckbestrebungen zu entwickeln. Sofern diese Richtung mit der vorigen zusammenfällt, indem sie einfach die heutigen Zwecke und Ziele und, damit verbunden, die heutigen Rechtseinrichtungen betrachtet, gilt das vorhin Gesagte. Soweit aber damit eine Entwicklung des Rechts überhaupt gegeben werden soll, ist sie entweder nichtssagend oder grundirrig. Betrachtet man nämlich das Zweckbestreben als ein Bestreben nach Maßgabe der göttlichen Weltentwicklung, so ist mit dem Zweck im Recht so lange nichts gesagt, als nicht die Weltentwicklung und ihre Zwecke klargelegt oder doch wenigstens angedeutet sind. Betrachtet man aber die Zwecke und Ziele lediglich als Glücklichkeitszwecke des oder der Menschen, nimmt man an, daß nur das Streben nach dem Glücke, — nur der Egoismus des Einzelnen, der sich immer das Beste sucht, oder der vereinigte Egoismus Mehrerer, der das Beste der Mehreren sucht, um das Glück der Einzelnen zu begründen —, der berechtigte Bildner der Rechtsordnung sei, so geht die philosophierende Zwecklehre über in einen öden Eudämonismus, der von der ebenso grundirrigen wie seichten Voraussetzung beherrscht wird, daß das möglichste Glück das Ziel alles menschlichen Bestrebens sei. Das ist grundirrig, denn schließlich wird, alles in allem genommen, der unentwickelte, nur im Äußeren lebende Mensch, der einen sehr geringen Gesichtskreis hat, vom eudämonistischen Standpunkt aus als der Mensch mit größtem Glücke bezeichnet werden können, nicht der Mensch, der ahnungsvoll faustisch strebt und ringt; der Erfinder der sterilisierten Milch ist hiernach ein größerer Mann als Homer und Goethe, und die Einrichtung der Volksküchen ist eine größere Tat als die Schöpfung des Tristan! Und wollte man dies auf die ganze Menschheit anwenden und sagen, daß diejenige Nation, die das meiste Glück in sich trug, die bedeutendste war, so wird man der Kultur ins Gesicht schlagen; denn gewiß hat die Zeit, die die größten Denker, Dichter, Maler, Musiker und Bildhauer hervorbrachte, nicht etwa den Stempel des größten Glückes an sich getragen; weder das perikleische Zeitalter noch das Quattrocento, noch die Zeit Raffaels ist die glücklichste gewesen. Das aber drängt sich sofort auch dem minder tiefen Denken als unvermeidliche Wahrheit auf, daß die Nation, welche in den Ergebnissen ihrer Kultur die höchsten Werte schafft, die bedeutendste ist und am meisten den Zwecken des Weltwesens entspricht, nicht diejenige, in welcher der Philister seine glücklichsten Tage verlebt: Es lebe der Philister in seinem behaglichen Heim! Hoch klingt das Lied vom braven Mann mit Orgelton und Glockenklang!

§ 7. Hegel und die Späteren.

Die Rechtsphilosophie als Wissenschaft begründet zu haben, nach Überwindung der Scholastik und des Naturrechts, ist die unsterbliche Tat Hegels; er war seit den Zeiten der Scholastik der erste, der das Recht wieder mit der Weltentwicklung in Verbindung brachte und ihm dadurch einen neuen, unendlichen Hintergrund gab. Diese Tat ist um so erstaunlicher, wenn wir die Vorgänger betrachten und namentlich auch Kant. Kant war natürlich infolge seines Kritizismus metaphysisch haltlos, und seine Weltanschauung gab ihm keine Grundlage, weder für Moral noch für Recht. Er konnte sich deshalb nur ein dürftiges Nest für seine Rechtsphilosophie bauen aus dem Überrest naturrechtlicher, individualistischer Anschauungen, so daß er zu dem Satze geriet: „Eine jede Handlung ist recht, die oder nach deren Maxime die Freiheit der Willkür eines jeden mit jedermanns Freiheit nach einem allgemeinen Gesetze zusammen bestehen kann."

Wesentlich ist also, daß möglichst die Willkür eines jeden gewahrt wird, und die gegenseitige Willensbeschränkung ist das Recht, — eine unwürdige Ansicht, die noch überboten wird durch seine empörende Darstellung von der Ehe, die darauf abziele, daß der eine Ehegatte dem anderen seine Geschlechtsorgane und damit seinen ganzen Körper gewissermaßen sachlich überantworte. (Rechtslehre, Einleitung § C; I, 2, § 25.) Der Kantsche kategorische Imperativ aber ist nichts anderes, als „die im einzelnen nachklingende Mahnung der sozialen Gesamtheit" kraft „des Zusammenhangs des Einzelnen mit der Menschheit und ihrem jahrhundertelangen Wirken" [1].

Auch Fichte bleibt im wesentlichen Naturrechtler, so insbesondere, was seine Lehre vom Staat und vom staatlichen Strafrecht angeht, während er sich sonst bedeutend über Kant erhebt, insbesondere in seiner Charakteristik der Ehe [2].

Schelling hat durch seine Ausführungen über den Volksgeist und vor allem durch Begründung der Identitätsphilosophie der Rechtsphilosophie mächtig vorgearbeitet [3].

Hegel kann im Gegensatz zu Kant auf die großen Ergebnisse der Identitätsphilosophie bauen; ihm ist die Weltentwicklung das Ewige, und aus dieser Entwicklung entspringt das Recht. Er konstruiert das Recht als die Idee der Freiheit und knüpft damit an seine ganze metaphysische Weltanschauung an; denn wenn der Weltgedanke sich durch Freiheit, d. h. durch freie Einzelwesen, zutage ringt, so kann er dies nur tun in der Art des Rechts: das Recht ist also die Art und Weise, wie das große Allgemeine sich durch freie Einzelwesen seine Entwicklung schafft; und damit ist von selbst gegeben, daß das Recht ein Ausfluß des Weltwesens ist, in dem wir alle sind und weben; es ist also der große Pantheismus Hegels, vergleichbar dem indischen Pantheismus, der in seinem Rechtssystem waltet [4].

Die großen Ideen Hegels allerdings gingen auf ein kleines Geschlecht über; denn geradezu verwunderlich ist es, wenn schwache Nachfolger, z. B. Röder (Grundzüge des Naturrechts, 2. Aufl. I, S. 261), sich an diesen Sätzen verkünsteln, vergleichbar einem Lahmen, der sich einen Berg hinauf zwingen möchte. Er meint, die sittliche Freiheit sei, wenngleich ein Gut des Lebens, weder das ganze Gute noch das Recht selbst; sie sei nur die Form, nicht der Inhalt des vernunftgemäßen Lebens, und was derartige Bemerkungen mehr sind. Der großartige Pantheismus Hegels und die Bedeutung, welche die Idee und der Kultus der Freiheit in der Gestalt der Rechtsordnung in seinem Pantheismus hat, ist diesen Nachfolgern verborgen geblieben [5].

Und der große Satz: was wirklich ist, ist auch vernünftig, den Hegel in der Einleitung zu seiner Philosophie des Rechts ausspricht, dieser vielgeschmähte, viel-

[1] Arch. f. Rechtsphil. III S. 168.

[2] Vgl. meine Analyse des Fichteschen Naturrechts im Arch. f. Rechtsphil. III S. 172. Seine Sittenlehre zeigt (insbesondere was die Pflicht der Wahrhaftigkeit betrifft) große Übertreibungen. Übrigens hat sein System verschiedene Wandelungen durchgemacht, auf welche hier nicht einzugehen ist, vgl. Ravà, Introduzione allo studio della filosofia di Fichte (1910).

[3] Vgl. über ihn Arch. f. Rechtsphil. I S. 487 f.

[4] Vgl. meine Arbeit: Hegels Rechtsphilosophie, im Archiv f. Rechtsphil. V S. 104. Vgl. auch meine Schrift „Recht" S. 7 f. Eine neue vorzügliche Ausgabe der Hegelschen Rechtsphilosophie ist von Georg Lasson (1911).

[5] Treffend hiergegen Lasson, System der Rechtsphil. S. 271.

verlästerte Satz, den manche als das Wahrzeichen des Quietismus oder der Staatsversumpfung dargestellt haben, ist der Eckstein der Weltgeschichte; denn alles Wirkliche erfüllt in der Entwicklung seine Aufgabe und arbeitet an der Fortsetzung des Weltprozesses, und mag es auch die Tat des Teufels sein. Dieser Satz ist entwicklungsgeschichtlich so selbstverständlich, daß die Verkennung desselben kein günstiges Zeichen für die philosophische Einsicht der Menschheit gibt, und Röder I S. 39 nimmt sich sogar heraus, hier von einer „dreisten Behauptung" Hegels zu sprechen! Allerdings habe auch ich eine mißverständliche Behandlung zu erfahren gehabt, als ich in meinem „Shakespeare" die Behauptung aufstellte, daß der Fortschritt der Weltgeschichte auch durch das Unrecht hindurchgehe und der Schritt des Schicksals stets über Leichen wandle. Man hat mir vorgehalten, daß ich damit Gewalttätigkeiten, Autodafés und Judenverfolgungen gerechtfertigt hätte. Darauf noch ein Wort zu erwidern wäre überflüssig — wir sind glücklicherweise über die Banalitäten Iherings hinaus. Ebenso großartig ist Hegels Vorstellung über die Ehe (Philosophie des Rechts § 161), welche zwei Momente enthalte, nämlich die Wirklichkeit der Gattung und deren Prozeß und sodann die Einheit der natürlichen Geschlechter, die in eine geistige Liebe umgewandelt werde. Vorzüglich und bahnbrechend ist, was er von der Nationalökonomie spricht, ganz hervorragend endlich sind seine Ausführungen über Unrecht und Strafe.

Den Staat konstruiert er (§ 257) etwas übertreibend als die „Wirklichkeit der sittlichen Idee", und Savignys Schrift über den Beruf unserer Zeit zur Gesetzgebung findet seinen besonderen Tadel (sie sei einer der größten Schimpfe, die unserer Nation angetan werden können).

Daß auch dieser Geist sich nicht immer treu geblieben ist, mag man bereitwillig anerkennen. In der Rechts- wie in der Religionsphilosophie ist es sein Fehler gewesen, daß er gewisse Einrichtungen und Stufen der Entwicklung — die wir von unserem Standpunkt aus allerdings als Errungenschaften ersten Ranges, aber doch eben nur als geschichtliche Errungenschaften und Äußerungen des ständig flutenden Entwicklungstriebes annehmen müssen — als absolut und als den Endpunkt der Entwicklung überhaupt darstellte, als ob das Buch Klios je zu Ende wäre und wir nicht noch viele Seiten der Entwicklung zu erwarten hätten. Es ist ebenso unrichtig, wenn er etwa die konstitutionelle Monarchie als die absolute Staatsform bezeichnete, wie wenn er die Entwicklung, welche die christlichen Ideen in einem bestimmten Zeitpunkt genommen hatten, als die absolute Religion erachtete. Beides mag nach unserer heutigen Auffassung der Glanzpunkt der Errungenschaften sein, aber wir dürfen immer nur von unserer heutigen Vorstellung, nicht von den Zeiten sprechen, die künftig sein werden, und über deren Entwicklung uns kein abschließendes Urteil zusteht. Ebenso sind seine Ausführungen über das abstrakte Recht, namentlich über das Eigentum, noch in naturrechtlicher, ungeschichtlicher Betrachtung befangen [1].

Doch dies sind Beschränkungen, die um so begreiflicher erscheinen, wenn man erwägt, wie gewaltig die naturrechtliche Vorstellung damals alles umfaßte. Hegels und Schellings Einfluß auf die historische Schule sind denn auch unverkennbar, wenn auch Savigny und Puchta in ihrer philosophischen Anschauung nicht über das Dilettantische hinaus gekommen und namentlich den Anschluß an Hegel verschmäht haben [2].

Im übrigen hat die nachfolgende Zeit nichts Ähnliches aufzuweisen, wie die vom 25. Juni 1820 datierte „Philosophie des Rechts" Hegels, und es ist geradezu erstaunlich, wie dieser große Pantheismus Hegels von Krause, Ahrens und Röder verseichtet wird. An Stelle der Universalität der Entwicklung, an Stelle der Weltbewegung, in welcher der Einzelne nur als Glied des Ganzen wirkt, tritt wieder der naturrechtliche Individualismus, und das Wesentliche des Rechts soll sein, zu bewirken, daß der einzelne Mensch zu seiner vollen Entwicklung gelange. Am seltsamsten ist es, wenn dieser große Weltpantheismus in der Art verkannt wird, daß man (mit Ahrens) fürchtete, daß hierdurch die einzelne Persönlichkeit mit ihrem Adel und ihrer Freiheit zugrunde ginge! Das kann nur befürchten, wer es nicht vermag, die Selb-

---

[1] Hierüber meine Besprechung, Archiv f. Rechtsphil. V S. 110.

[2] Vgl. hierüber Brie im Archiv f. Rechtsphil. II S. 1 f., 179 f., Kantorowicz, Volksgeist und historische Rechtsschule, Historische Z. 108 S. 295 f., wo weitere Literatur.

ständigkeit des Einzelwesens mit seiner metaphysischen Zusammengehörigkeit zu dem großen Weltganzen zu vereinen; und wer dies nicht vermag, gibt damit von selber kund, daß er dem spekulativen Denken fernsteht.

Schopenhauer, der sowohl um die Metaphysik als auch namentlich um die Moral-lehre große Verdienste hat, und der vor allem zuerst die indische Philosophie mit ihrer unendlichen Tiefe würdigte, hat die Rechtsphilosophie leider nur in einzelnen Punkten weitergebildet: wir finden da und dort Edelsteine einer klaren, tiefdringenden Anschauung und eines von der ewigen Sonne des Weltganzen beleuchteten Denkens, nirgends aber ein ausgebildetes System der Rechtsphilosophie oder auch nur den Ansatz dazu [1].

Auch Eduard von Hartmann, dem namentlich die Moral-lehre und ihre Begründung viel zu verdanken hat, hat das rechtsphilosophische System Hegels nicht weitergebildet.

Eine wesentliche Fortbildung erfuhr dagegen die Rechtsphilosophie wie die Philosophie überhaupt durch Nietzsche; er befreite das Recht aus den Banden der üblichen Moralvorstellungen, betonte die Stellung des Genies in der Kulturwelt und vertiefte unsere Kenntnis von der Menschheitsentwicklung und von der Aufgabe des Staates [2].

Bedeutsam ist ferner, auf Hegelschem Standpunkt stehend, (1882) Lassons „Rechtsphilosophie", die in verschiedenen Punkten wesentlich über den Herrn und Meister hinausgeht; allerdings kann ich nicht übereinstimmen mit der Überschätzung der nikomachischen Ethik (S. 58 f.); und was er über das Recht der Naturvölker sagt (S. 263), wird er wohl heutzutage selber nicht mehr aufrechterhalten; es stammt aus einer Zeit, wo die vergleichende Rechtswissenschaft sich noch im Stadium des spielenden Dilettantismus bewegte.

Die Stahlsche Rechtsphilosophie mit ihrer ständigen Schulmeisterung Hegels, mit ihrem abstoßenden, stets befangenen Charakter und ihrem Dunkelmännersinn (vgl. z. B. I S. 428, 458) lasse ich unerwähnt beiseite.

Die englischen Naturrechtler, wie Augustin und Holland (Elements of Jurisprud. 10. Aufl. 1906), vertreten einen Stand der Betrachtung, über den wir uns längst erhoben haben. Auf Herbarts Mißfallen am Streit brauche ich wohl nicht einzugehen. Ebenso können die unfruchtbaren Bestrebungen der Neukantianer, vor allem Stammlers mit seiner verfehlten Methode und seinem Phantom des richtigen Rechts auf sich beruhen [3].

Dagegen kann uns nicht erspart bleiben, auf ein Werk hinzuweisen, das mit einer gewaltigen Absicht auftritt, als wolle es zuerst eine brauchbare Rechtsphilosophie aufstellen, als habe Hegel eigentlich noch gar nichts erreicht, und das doch selbst geradezu nichts leistet und zu keinem einzigen haltbaren Ergebnis gelangt: Iherings „Zweck im Recht", Bd. I und II. Dem Werk fehlt jede metaphysische Grundlage; es wird alles auf Sand gebaut: die Einzelwesen sind einmal da, die Gesellschaft ist einmal da — was sich weiter um ihre philosophische Grundlegung kümmern? Was über Raum und Zeit philosophieren? In der Tat steht Iherings Metaphysik ungefähr auf dem Stande der Metaphysik eines friesischen Landpastors; gibt er doch selber zu, daß er s. Zt. sich nicht in die Hegelsche Denkweise hineingelebt hat (Vorrede I S. VIII).

Nicht die Kausalität, sondern der Zweck schaffe das Recht; das wird als eine große Entdeckung ausgesprochen: in der Tat ist es nichts anderes als eine Verwässerung und Verseichtung der pantheistischen Entwicklungslehre; was sich auf dem höchsten philosophischen Gebiete von selber darlegt: die Entwicklung des Weltganzen mit seinem innewohnenden Zweckbestreben, das wird in die Sprache des philosophierenden Triviums umgesetzt. Das Zweckbestreben sei in jedem Einzelwesen natürlich zunächst ein egoistisches, aber es werde zur Sittlichkeit, wenn

---

[1] Vgl. Weigl, Die politischen und sozialen Anschauungen Schopenhauers (1899), namentlich S. 7 f. über die Rechtslehre; Damm, Schopenhauers Rechts- und Staatsphilosophie (1901), namentlich S. 20 f., 29 f., Warschauer, Schopenhauers Rechts- und Staatslehre (1910). In der Staatslehre neigte er zum Vertragsstaat, im Strafrecht zur Abschreckungstheorie. Hervorragend aber und fruchtbar sind seine Äußerungen über die Ehre und über den Nachdruck. Vgl. auch Koch, Schopenhauers Abhandlung über die Freiheit des menschlichen Willens (1891) und Neumark, Freiheitslehre bei Kant und Schopenhauer (1896).

[2] Über Nietzsches Rechtsphilosophie vgl. Archiv f. Rechtsphil. I S. 355.

[3] Vgl. hiergegen meine Ausführungen im Archiv f. Rechtsphil. I S. 4 f., Kantorowicz ebenda II S. 42, Berolzheimer ebenda V S. 311.

nicht der Egoismus des Einzelnen, sondern der Egoismus der Gesellschaft in Tätigkeit trete. Was sind das aber für Zwecke, für welche der Egoismus der Gesellschaft tätig ist? Zwecke des Wohlbefindens, des Glückes, erhabener Gesinnung? Dafür bekommen wir sehr schwankende Auskunft (II. S. 204); im übrigen sei die Wirksamkeit des gesellschaftlichen Egoismus etwas Sekundäres, was erst im Laufe der Jahrhunderte eintrete und den Einzelnen sich untertan mache — eine Ansicht, die den ersten Daten der Geschichte widerspricht; denn soweit wir zurückgreifen, finden wir in der Menschheit altruistische Beweggründe: die Kindesliebe und die Gastfreundschaft sind älter als das Eigentum, ja, die sozialen Triebe wiegen im Anfang weitaus vor, der Egoismus des Einzelnen entwickelt sich erst später[1]; und wenn man noch gar gemeint hat, daß erst spätere Zeiten die Gastfreundschaft erfunden hätten, so zeugt dies von einem völligen Mißverständnis des Denkens und Treibens der Naturvölker; die ganze Betrachtungsweise krempelt die Geschichte um und verkehrt sie von Anfang zu Ende.

Ist es also mit dieser Herleitung der Sittlichkeit nichts, so sind auch die Betrachtungen über die Sitte ohne jede ethnologische Grundlegung und darum dilettantisch und unbrauchbar. So wird II, S. 312 über die Herkunft der Trauerkleidung gehandelt ohne Ahnung, was das Trauergewand ursprünglich gewesen; daß es nämlich ursprünglich eine Vermummung war, um sich vor dem Geist des Verstorbenen zu schützen und sich ihm unkenntlich zu machen; wie denn überhaupt die ganze Flut religiöser Vorstellungen vom Totemismus bis zum Manitukult unverstanden und unberücksichtigt bleibt, als ob die Menschheit von jeher aus deichbauenden Friesenleuten bestanden hätte. Auf das posthume Werk, die „Vorgeschichte der Indoeuropäer" (1894), aus dem sich die ganze Plattheit des Standpunktes ergibt, gehe ich nicht ein, aus Schonung für den Verfasser, der das Buch selbst nicht mehr herausgegeben hat.

In der Tat, wenn man Hegels Rechtsphilosophie gelesen hat und herabsteigt zu den dürftigen Erzeugnissen eines Ahrens, Krause und Röder, so bekommt man das Gefühl, das einen beschleicht, wenn man einen vornehmen Palast der Rokokozeit verläßt, in dem die Reichtümer von Jahrhunderten aufgehäuft sind: allerdings die Möbel etwas fremdartig, manches altmodisch und verschossen, im großen ganzen aber behaglich, reich und anheimelnd; und wenn man sodann zu einer schlichten Bürgerfamilie kommt, wo die Hausfrau ohn' Ende die geschäftigen Hände regt und alles sich höchst anständig nach der Decke streckt. Geht man aber gar über zu Jherings „Zweck im Recht", so hat man das Gefühl einer Armenleutestube, der Boden mit Sand bestreut, die Fensterchen mit den dürftigsten Vorhängen versehen, soweit es die Genierlichkeit verlangt, und alles zusammengepaßt nach dem Nützlichen: die Kleider gewendet und die Trachten in einem Schnitt, der zeigt, daß man jede Viertelelle Tuch ängstlich zu sparen hat; Teppiche natürlich sind längst abgeschafft, denn sie taugen zu nichts und können höchstens den Lungen schaden. Ein so trostloses Ergebnis zeigt uns die Zeit nach Hegel; es ist, wie wenn aller Reichtum der Ideen, den die Geister vom 10. Jahrhundert an aufgehäuft, alle Ideen eines Abälard, eines Thomas, eines Spinoza uns durch einen schweren Zauber entrissen und höchste Dürftigkeit und Not übrig geblieben wären[2].

Doch hierbei konnte es nicht bleiben; das philosophische Denken war erwacht, und der Rechtsphilosophie mußte ein neuer Tag erscheinen.

Auf Grund der früheren Philosophielehren bauend, mit selbständiger Kritik und scharfer Scheidung hat Berolzheimer gearbeitet und in seinem großen Werke „System der Rechts-

---

[1] Treffend bemerkt Haas, Über den Einfluß der epikureischen Staats- und Rechtsphilosophie auf die Philosophie des 16. und 17. Jahrh. S. 114: „Nun ist es aber die hervorspringendste Eigentümlichkeit der Menschen niedriger Kulturstufe, daß ihre sozialen Gefühle der Primitivhorde gegenüber von so außerordentlicher Stärke sind, daß der Gedanke an persönlichen Vorteil gar nicht bei ihnen entsteht." Richtig: daran muß jede epikureische Moralanschauung scheitern. Über das Alter der altruistischen Triebe vgl. auch Stern, Krit. Grundlegung der Ethik S. 313 f. und die Allgemeinen Grundlagen der Ethik S. 8 f.

[2] Dieses Urteil über Jherings Rechtsphilosophie ist viel gescholten, aber nirgends widerlegt worden. Im Ergebnis kommt zu dem gleichen Urteil Gierke, Savignyzeitschrift Germ. Abt. XXXII S. 356. Auf das Schelten lege ich keinen Wert: es trifft nur den Scheltenden; die Widerlegung kann ich abwarten. Jedenfalls, wenn man nichts Besseres zu geben hat als Landsberg, so steht die Widerlegung noch in weitem Felde. Gegen Jhering auch Meltzl, Das Recht als Verpflichtung (1911) S. 88.

und Wissenschaftsphilosophie" I—V (1904—1907) nicht nur die Rechtswissenschaft überhaupt, sondern vor allem die Rechtsphilosophie mächtig gefördert [1]. Er ist der Vorläufer des Neuhegelianismus, der von Hegel den metaphysischen Entwicklungsbegriff übernimmt, seine Gedankenwelt aber dadurch berichtigt, daß er die Entwicklung nicht in die Kategorie der Denkfunktionen einzwängt, sondern anerkennt, daß die Entwicklung in der Empirie unendlich viele Bahnen einschlägt, um das Ziel zu erreichen, ebenso wie die organische Entwicklung des Pflanzenlebens sich in unendlich verschiedenen Einzelformen vollzieht. Die notwendige Ergänzung des metaphysischen Entwicklungsgedankens ist daher nicht die Dialektik, sondern das Studium der Außenwelt mit ihrer unendlichen Fülle und ihrem unerschöpflichen Reichtum, vor allem das Studium der Menschheit in den verschiedensten Phasen ihres Denkens und in den mannigfachsten Formen ihres Wirkens [2]. Diesen Ideen folgte bereits meine Darstellung in der 1. Auflage dieser Encyklopädie, sowie meine Einführung in die Rechtswissenschaft (jetzt 4. Aufl. 1912), sie sind völlig ausgeführt in meinem Lehrbuch der Rechtsphilosophie" (1909) [3], sie sind weiter ausgeführt in verschiedenen Aufsätzen in dem von Berolzheimer und mir begründeten „Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie" (jetzt 5 Bände) [4]; welches der Ausgestaltung der Rechtsphilosophie gewidmet ist.

§ 8. Rechtsphilosophie und Universalrechtsgeschichte.

Damit ist auch das Verhältnis zwischen der Rechtsphilosophie und der Universalrechtsgeschichte klargelegt. Die Universalrechtsgeschichte hat zu zeigen, wie sich das Recht im Laufe der Geschichte entwickelt, und sie hat in Verbindung mit der Kulturgeschichte zu zeigen, welche Kulturfolgen mit dem Rechte verbunden waren, und wie durch das Recht das Kulturdasein eines Volkes bedingt und der Kulturfortschritt gefördert worden ist [5]. Sind wir auf diesem Stande, dann wird die Rechtsphilosophie uns zeigen zu haben, welche Rolle die Rechtsordnung in der teleologischen Entwicklung des Weltprozesses gespielt hat, und welche Rolle sie unter den verschiedenen Kulturverhältnissen noch zu spielen hat; sie wird zu zeigen haben, zu welchen Zielen die Menschheit unter dem Schutze der Rechtsordnung gelangen soll, und wie auf solche Weise das Recht teilnimmt an der letzten Bestimmung der Weltgeschicke. Ohne Universalrechtsgeschichte gibt es ebensowenig eine zutreffende Rechtsphilosophie, wie ohne Universalgeschichte eine Philosophie der Menschheit oder ohne Linguistik eine Philosophie der Sprache. Die heutige Rechtsphilosophie ist, wie bemerkt, der mit der Universalrechtsgeschichte verschwisterte Neuhegelianismus.

Aus dem Gesagten wird sich auch ergeben, wie unrecht diejenigen haben, welche glauben, daß für die Rechtsphilosophie das Studium der Universalrechtsgeschichte bedeutungslos sei, und es damit vergleichen, als ob wir unsere heutige Mathematik auf den Stand etwa der mathematischen Vorstellungen der Rothäute herabschrauben und die jahrtausendelange Entwicklung beiseite werfen wollten. Bei der Mathematik wie bei den Naturwissenschaften handelt es sich um etwas außerhalb des Menschen Gegebenes, das mehr oder minder gut erkannt wird; in dieser Beziehung natürlich werden wir bei den Naturvölkern niemals zur Lehre gehen. Das Recht aber ist, ebenso wie die Sprache, nichts außerhalb des Menschen Gegebenes, sondern ein im Menschen, durch den Menschen geschaffenes Erzeugnis. Wenn wir es daher, ähnlich wie Sprache und Religion, als eine Erscheinung der jeweiligen Kulturwelt verfolgen und dabei die Verhältnisse der Rechtsentwicklung zur Kulturbildung darzustellen suchen, so sind

[1] Vgl. auch Berolzheimer, Arch. f. Rechtsphil. III S. 193.

[2] Vgl. auch Brunstäd, Untersuchungen zu Hegels Geschichtsphilosophie (1909).

[3] Hierzu Lasson, Archiv f. Rechtsphil. II S. 318, Castellejo, Kohlers Philosophie und Rechtslehre (übersetzt von Sternberg) ebenda IV S. 56, 264. Das Lehrbuch wurde in Amerika ins Englische übersetzt: The philosophy of Law, translated by A. Albrecht. Vgl. auch Bevilaqua in der Akademie zu Rio de Janeiro (zur Aufnahme von Pedro Lessa) p. 47 I (1910); und Barillari, Diritto e filosofia I p. 189 (1910), II p. 83 f. (1912).

[4] Vgl. meine Aufsätze im Archiv f. Rechtsphil. I S. 3 f., 192 f., 227 f., II S. 445, IV S. 558, Berolzheimer ebenda I S. 437, III S. 28.

[5] Über den seltsamerweise angefochtenen Kulturbegriff vgl. Arch. f. Rechtsphil. III S. 170, 501 f., Einführung in die Rechtswissenschaft (4. Aufl.) S. 4.

wir vollkommen auf dem richtigen Wege, ebenso wie etwa der Paläontologe nicht bei der heutigen Erdbildung stehen bleibt, sondern auf frühere Zeiten zurückgreift und darlegt, wie aus dem Einfachen das Entwickeltere, aus dem Schwachen das Mächtige, aus dem Unvollkommenen das Vollkommnere entstanden ist. Wir betrachten eben das Recht nicht als die Widerspiegelung einer außerhalb des Menschen stehenden Erscheinung, die etwa bei den Naturvölkern getrübt, bei uns in leuchtender Form widerstrahlte, sondern wir betrachten das Recht als ein menschliches Erzeugnis, das in jedem Stadium, wo es sich uns zeigt, Interesse bietet, weil es uns den Menschen und die Entwicklung der Menschheit darlegt. Das Studium des Rechts ist ein Studium des Menschen, ein Studium einer der verschiedenen Schöpfungen des Menschengeistes, welche wir durch die verschiedenen Entwicklungsstufen hindurch zu verfolgen haben [1].

§ 9. Rechtsphilosophie und Rechtspolitik.

Die Rechtsphilosophie ist nicht identisch mit der Rechtspolitik; diese hat die Aufgabe, darzulegen, welche Gestaltung des Rechts in der jeweiligen Kulturperiode die beste ist; sie ist das Erzeugnis einer Zeit, die aus der naiven, unbewußten Entwicklungssphäre heraus zur bewußten, gesetzgeberischen Gestaltung des Rechts hinübergelangt ist, wo wir uns dem Rechte gegenüber nicht mehr bloß beschaulich und forschend verhalten, sondern selbsttätig an seiner Fortbildung mitarbeiten. Allerdings ist auch die Rechtspolitik vollkommen begründet; sie ergibt sich aus dem Obigen von selbst. Ist das Recht der verschiedenen Völker auch kein einheitliches, wandelt es sich mit Zeit und Lebensverhältnissen, so muß doch das Recht einer bestimmten Periode jeweils einer bestimmten Richtung zusteuern und bestimmte Anordnungen treffen, um die Kulturaufgabe bestens zu lösen; das Recht, welches die Schwierigkeiten am besten bewältigt, ist das meistwertige; die Rechtspolitik ist daher eine Wertschätzerin, und ihre Aufgabe besteht in Werturteilen. Hier nun das Richtige zu erfassen, hier zu erspähen, was insbesondere die etwa widerstreitenden Interessen am besten versöhnt und dem vollwertigen Interesse am wenigsten Abbruch tut, ist Aufgabe der Rechtspolitik. Sie ist auf diese Weise ein ausgezeichnetes Förderungsmittel, namentlich für den Gesetzgeber. Je nachdem wir den Verkehr steigern wollen oder nicht, werden wir den formlosen Vertrag annehmen oder ausschließen; wir werden die Wechselfähigkeit beschränken oder erweitern; wir werden die Eheschließung freigeben oder an Bedingungen knüpfen; wir werden das Grundeigentum zu befreien oder zu knechten suchen; wir werden entweder die Wertrechte, namentlich die Hypotheken, dem Grundeigentum entgegentreten lassen und auf solche Weise das Feste und Unbewegliche zu beweglichen Werten zerstäuben, oder wir halten dies für einen Fehler und wehren den Tatendrang der mobilisierenden Rechte ab; wir werden das Erbrecht freigeben, die einzelnen Erben einander gleichstellen, oder wir werden die Verfügung beschränken und Vorrechte bestimmen. Der Jurist wird hier zum bewußten Mitarbeiter an der Weltidee und Weltgeschichte.

Ganz besonders wird uns hierbei die Kraft der rechtlichen Phantasie behilflich sein; denn sie gestattet uns das Experiment: sie gestattet uns, eine Menge neuer Fälle zu ersinnen, wo der Rechtssatz zur Anwendung gelangt, und derartige hervorstechende Fälle werden am besten zeigen, ob wir uns auf dem richtigen oder auf einem Irrwege befinden.

Dabei ist noch eines hervorzuheben. Die Rechtspolitik hat sich durchaus nicht damit zu begnügen, etwa das festzustellen, was das Volksbewußtsein will; denn die Rechtspolitik ist fortschreitend, das Volksbewußtsein meist ultrakonservativ: es lebt in seinen Vorstellungen und läßt sich schwer davon abbringen. Darum sind es oft wenige hervorragende Geister, die auf solche Weise rechtspolitisch zur Förderung des Ganzen arbeiten. So ist z. B. die Überwindung der Hexenprozesse und der Folter nur unter höchstem Widerstand derjenigen Volkskreise geschehen, welche damals im Allgemeinbewußtsein den Ausschlag gaben, und ebenso hat noch heutzutage die Überwindung des Zweikampfes mit veralterten Anschauungen zu ringen.

---

[1] Über italienische und spanische Rechtsphilosophen vgl. Lehrb. der Rechtsphil. S. 214, auch Filomusi Guelfi, della filosofia del diritto in Italia dalla fine del sec. XVIII alla fine del sec. XIX (1911); auch in Ungarn wird die Rechtsphilosophie eifrig gepflegt, vgl. die Aufführungen im Arch. f. Rechtsphil. I S. 315, III S. 48.

Die Rechtsphilosophie aber verhält sich zur Rechtspolitik wie folgt: sie gibt der Rechtspolitik die Bestätigung und die Begründung; sie blickt vor- und rückwärts; sie schaut in die nächste Nähe wie in die fernste Ferne; die Rechtspolitik hat nur die unserer jetzigen Gesetzgebung erreichbare nächste Zukunft ins Auge zu fassen [1].

§ 10. Rechtsphilosophie und Rechtstechnik.

Ebenso unterscheidet sich die Rechtsphilosophie von der Wissenschaft der Technik des Rechts. Davon gilt aber folgendes:

Die Rechtsprechung hat die Erreichung des Gerechten zum Zweck. Solange das Recht noch im Volke lebt und sich lediglich gewohnheitsmäßig fortbildet, ist die Rechtsprechung eine völlig unbewußte. Man schlußfolgert nicht, man vergleicht nicht ausdrücklich, man empfindet nur an. Man entnimmt dem Leben das Gefühl dessen, was das Recht will, und behandelt die Ähnlichkeiten von selbst ähnlich. Auf diese Weise bildet sich ein gewisses Gefühl, eine gewisse Empfindung, und diese tritt in der Rechtsprechung zutage.

Erst wenn das Gesetzesrecht unter dem Einflusse des Häuptlingstums eine größere Bedeutung gewinnt, wird allmählich die Rechtsprechung zu einer bewußt überlegenden. Das Gesetz kann nicht anders als begrifflich sprechen; höchstens noch, daß es durch erläuternde Beispiele dem Rechtssinn entgegenkommen kann. Aus den Begriffen aber entwickelt sich die bewußte Rechtsprechung und damit schließlich die Rechtswissenschaft.

Die bewußte Rechtswissenschaft hat es zunächst damit zu tun, Begriffe zu zergliedern und das in ihnen Enthaltene zu erkennen. Dabei läuft sie allerdings Gefahren; denn die Begriffe sind bekanntlich niemals so scharf, daß sie einen festen Abschluß bieten, sondern sie bezeichnen das, was das Recht will, vielfach nur von ungefähr. Wenn z. B. von Öffentlichkeit, von Ärgernis, von Besitz die Rede ist, so läßt sich zwar in vielen Fällen, die gleichsam in der Mitte des Begriffes liegen, die Entscheidung mit Sicherheit geben; nicht ebenso aber, wenn man an die Grenzen des Begriffs gelangt; denn da verschwimmt der Begriff und geht in ein Halbdunkel über, so daß es schwer zu sagen ist, wo er endgültig aufhört.

Auch das muß hervorgehoben werden, daß Begriffe nicht immer den gleichen Inhalt haben, wenn sie auch durch dasselbe Wort gedeckt sind; so kann der Ausdruck gewerblich oder gewerbsmäßig je nach der Materie, in der er gebraucht wird, Verschiedenes bezeichnen.

Die Gefahren der Begriffsjurisprudenz bestehen nun darin, daß man den Begriff unjuristisch gebraucht, d. h. beides nicht berücksichtigt, einmal die schillernde Natur des Rechtsbegriffes und sodann die Verschiedenheit des Wortes und Begriffes in den verschiedenen Materien. Aber hier muß als Korrektiv ein Zweifaches hinzutreten: einmal das Rechtsgefühl, d. h. das unbewußte Rechtserkennen, das Anempfinden, von dem soeben gesprochen worden ist; dieses wird auch in der neuen Epoche des Rechts nicht völlig verschwinden können. Ein zweites besteht darin, daß man aus dem Begriff nicht nur eine, sondern viele Folgerungen zieht und dabei ins Auge faßt, ob diese Folgerungen vernünftig oder unsinnig und widerspruchsvoll sind.

Ohne diese Korrektive sollte kein Jurist arbeiten.

Die begriffliche Auffassung des Rechts führt aber zu der Idee der subjektiven Rechte; denn die Rechtsordnung muß sich der Persönlichkeit und ihren Bestrebungen in der Art anschließen, daß sie ihr ein bestimmtes Gebiet ausschließlicher Betätigung zuweist. Dieses Gebiet und die auf diesem Gebiet dem Einzelnen zugeschriebenen Befugnisse bilden Rahmen und Inhalt für die subjektiven Rechte. Die subjektiven Rechte (und Rechtsverhältnisse) erschöpfen das Recht nicht, bilden aber den wesentlichsten Bestandteil des von der Rechtsordnung geschaffenen Rechtszustandes [2].

§ 11. Universalrechtsgeschichte.

Die Universalrechtsgeschichte, die man auch vergleichende Rechtswissenschaft zu nennen pflegt, hat die Aufgabe, womöglich die Rechte aller Völker zu erforschen, der lebenden wie der toten, und zwar nicht nur was die objektive Rechtsordnung, sondern auch was

[1] Vgl. auch Friedrich im Arch. f. Rechtsphil. III S. 200 f.
[2] Lehrb. der Rechtsphilosophie S. 43.

die Betätigung der Rechtsordnung im subjektiven Rechtsleben betrifft. Dieses Feld ist ein unendliches, so unendlich wie die Geschichte des menschlichen Geistes, es ist darum immer nur eine Annäherung an das Ideal möglich; nicht nur wegen der ungeheuren Menge des Stoffes, sondern auch vor allem, weil uns so außerordentlich viel Material entschwunden ist. Viele Völker sind dahingeschieden, ohne Spuren zu hinterlassen; nur von verhältnismäßig wenigen Völkern haben wir geschriebene Rechtsdenkmäler, und von den geschriebenen Rechtsdenkmälern wieder ist eine große Menge auf immer zugrunde gegangen. Doch schon das Vorhandene ist außerordentlich groß, und an uns steht es, allüberall zu retten, was zu retten ist. Noch bieten die Naturvölker eine unendliche Fülle von Rechten und Rechtsgebräuchen dar, und es bedarf nur der Forscher, um uns darüber klare und umfassende Nachrichten zu geben. Vieles ist in dieser Beziehung geschehen; englische, holländische, französische, deutsche Beobachter haben Aufzeichnungen hinterlassen; Reisende und Missionare, Kolonialbeamte und Kolonialrichter haben ihre Beobachtungen aufgeschrieben, und schließlich ist die einheimische Gerichtsbarkeit eine lautere Quelle des dortigen Rechtes. In dieser Beziehung sind heutzutage große Fortschritte zu verzeichnen: die Lust der ethnographischen Forschung ist erwacht. Man hat auch eingesehen, daß die Kenntnis der Völker ein außerordentliches Hilfsmittel ist, um unsere Herrschaft zu stützen, und daß die vielen Fehler der Kolonialregierungen größtenteils von der Unkenntnis heimischer Anschauungen herrühren. So zeigte es sich, daß die Forschung auch eine große Zweckmäßigkeit in sich trägt; und auch schon aus diesem Grunde haben die Kolonialregierungen diese Bestrebungen zu unterstützen. Wesentlich ist hierbei, daß man den Beobachtern an die Hand geht, sie auf die richtigen Gesichtspunkte hinweist und ihnen darlegt, worin die entscheidenden Gedanken in der Erscheinung Flucht zu suchen sind, so daß Wesentliches vom Unwesentlichen geschieden wird. Unumgänglich ist natürlich auch, daß die Forscher dem Stoffe mit Liebe entgegentreten und die Rechtsordnungen der Naturvölker, so sehr sie auch unseren Anschauungen widersprechen mögen, als Äußerungen der menschlichen Vernunft ehren und nicht, wie dies früher geschah, als Läppischkeiten und lächerliche Irrtümer von oben herunter behandeln. In dieser Beziehung ist durch die deutsche Kolonialregierung viel geschehen; schon sind eine Reihe von Berichten aus unseren Kolonien eingelaufen; andere stehen noch bevor.

Aber auch die Kulturländer, welche schriftliche Rechtsdenkmäler hinterlassen haben, bieten einen ungeheuren Rechtsstoff, wennschon früher durch die Leichtfertigkeit, Roheit und Unkultur so vieles zugrunde gegangen ist. Wir haben z. B. von dem Strafgesetzbuch der Azteken, des Königs Netzahualkojotl bedeutsame Reste, und auch sonst sind die Nachrichten der einheimischen Azteken, die wir z. B. in Duran und in Sahagun finden, lebendige Zeugnisse des Aztekenrechtes. Die babylonischen und assyrischen Rechtsdenkmäler geben uns ein so klares Bild von dem Geschäfts- und Rechtsleben jener Zeit, daß wir diese Rechte besser kennen lernen als etwa das germanische Recht zur Zeit Karls des Großen; ganz ebenso wie uns einige Teile des Mondes besser bekannt sind als manche Teile der Erde. Das altbabylonische war zwar schon früher in Einzelheiten bekannt; durch die Auffindung von Hammurapis Gesetz sind wir in die Tiefen jenes Rechtes versenkt worden: dieses Gesetz reicht bis in das Jahr 2250 v. Chr. zurück, und noch künden uns die Urkunden, daß frühere Gesetzgebungen vorhergegangen sind. Unzählig sind die Urkunden aus jener Zeit, zahlreich die Urkunden aus der assyrischen und namentlich aus der neubabylonischen Zeit; sie zeigen uns, daß das babylonische Recht nicht nur bis in die Tage des Nabonid, sondern bis tief in die persische, ja in die Diadochenzeit bestanden hat [1].

Die ägyptischen Rechtsurkunden reichen meist nur in die letzte Zeit der einheimischen Herrschaft zurück; am zahlreichsten sind sie aus der Zeit der makedonischen Dynastie. Ihre Entzifferung und innere Durcharbeitung hat begonnen.

Auch das griechische Recht bietet uns eine Menge von Rechtsdenkmälern; das gortynische Stadtrecht aus dem 5. Jahrhundert v. Chr., die Fülle von Inschriften, die

[1] Vgl. hierzu Kohler und Peiser und Kohler und Ungnad, Hammurabis Gesetz I—V; Kohler und Peiser, Aus dem babylonischen Rechtsleben I—IV; Kohler und Ungnad, Hundert ausgewählte Urkunden. Demnächst erscheint Kohler und Ungnad, Assyrische Rechtsurkunden. Neuerdings hat sich hierüber eine ganze Literatur entwickelt.

griechischen Schriftsteller, vor allem die attischen Redner, bieten uns lebendige Zeugnisse des griechischen Rechts, das nach dem babylonisch-persischen Recht einen großen Teil der Kulturwelt beherrscht hat[1]. Durch die zahlreichen Papyrusfunde in Ägypten ist uns ein Einblick in die unendliche Lebenskraft des griechischen Rechts während der Ptolemäerperiode und der römischen Zeit gewährt worden[2].

Für das slawische Recht haben wir ebenfalls eine Reihe der wichtigsten Zeugnisse, so vor allem für das altrussische Recht, die uns neuerdings in der Übersetzung und Bearbeitung von Götz zugänglich gemacht worden sind[3]; im Keltischen bieten die sogenannten Brehon laws und die leges Walliae, aber auch andere Quellen eine Menge der gewichtigsten Aufschlüsse[4]. Aber auch über die Rechte der Ostasiaten haben wir eine außerordentliche Fülle von Nachrichten; und wenn erst die altchinesischen und altjapanischen Rechtsdenkmäler alle zugänglich gemacht sind, wird uns ein neuer Blick in die dortige Rechtsentwicklung zuteil werden. Dazu tritt die unendliche Fülle der Nachrichten über das Recht der sogenannten Naturvölker, d. h. derjenigen Völker, welche zwar eine Kultur, aber keine der unsrigen analoge Kultur (eine Kultur ohne Schrift und ohne durchgebildetes Staatsleben) entwickelt haben.

Allüberall also eine Masse von Betätigungen des menschlichen Geistes, eine Menge von Bestrebungen, um durch Gestaltung des Rechts und Anwendung der Rechtseinrichtungen den Kulturbestrebungen des Volkes nachzukommen.

Aber mit der äußerlichen Kenntnis der Rechte ist es nicht getan; wir müssen die Rechte auch verarbeiten. Die Verarbeitung muß unächst eine analytische sein: wir müssen den Rechtsstoff in seine Bestandteile auflösen; erst diese Auflösung wird uns die Möglichkeit geben, ein jedes Rechtsinstitut zu konstruieren und zu zeigen, aus welchen Bestandteilen es aufgebaut ist. Der Jurist hat hier eine ähnliche Aufgabe wie der analytische Chemiker: wie dieser, muß er zunächst auf die Elemente zurückgehen; hat er sie, so kann er die zusammengesetzten Stoffe in ihrem Aufbau darlegen und zeigen, wie sie sich durch Aufnahme und Abstoßung von Elementen neu bilden und neu gestalten können. Haben wir z. B. die Rechtseinrichtungen in ihre dinglichen und obligationsrechtlichen Bestandteile zerlegt, haben wir überall gezeigt, wie das Rechtssubjekt mit dem Rechtsobjekt zusammenhängt, haben wir überall ermittelt, wie durch Einbeziehung neuer Elemente das Rechtsgeschäft sich vermannigfaltigen kann, dann haben wir eine nicht bloß beschreibende, sondern eine in das Innere des Rechtes eindringende Kenntnis des Rechts erworben. Sind wir so weit, dann ist eine zweite Behandlung des Rechts möglich: wir können die Hauptsache von den Nebensachen, den Nerv von dem Beiwerk scheiden. Das ist absolut erforderlich bei solchen Rechten, die konkret im Volke erwachsen und in der Volksgewohnheit leben und sich entwickeln. Hier ist das Recht mit einer Menge von künstlerischen, religiösen und sonstigen seelischen Elementen verbunden, und wir können es nicht erkennen, wenn wir es nicht aus dieser Verbindung loslösen. Haben wir z. B. die Heiratszeremonien eines Volkes vor uns, so werden wir sie nur dann unserem juristischen Verständnis eröffnen, wenn wir die Elemente, welche Volksglaube, Volksphantasie, Mythus und Geisteridee hinzugefügt haben, abziehen und dasjenige übrig behalten, was etwa an Frauenkauf, Frauenraub, Seelenvereinigung oder an sonstige juristische Anschauungs- und Betätigungsformen der Ehe erinnert.

Diese bis jetzt geschilderte Verarbeitung ist die rein juristische; sie ist aber nicht genügend; sie ist insbesondere nicht genügend, wenn die Universalrechtsgeschichte eine Universalgeschichte der Rechtskultur werden soll. Dann müssen wir das Recht in Verbindung setzen mit den übrigen Kulturelementen, insbesondere mit dem Glauben und mit der Wirtschaftsgeschichte des Volkes. Auch der ethnographische Charakter des Volkes, seine Zu- und Abneigungen, sein idealer oder anti-idealer Sinn kommt in Betracht und wird in der Gestaltung des Rechtslebens erkennbar sein. Beispielsweise wird in der Behandlung des Diebstahls der mehr oder minder wirtschaftliche Geist des Volkes, in der Behandlung der Blutrache und ihrer Ablösung bald die Racheleidenschaft und der stolze persönliche Sinn, bald der Erwerbstrieb und die Liebe zum Vermögen, zu Geld und Gut an den Tag treten. Mit diesen Forschungen hat die Universalrechts-

[1] Kohler und Ziebarth, Das Stadtrecht von Gortyn (1912).
[2] Mitteis und Wilken, Grundzüge und Chrestomathie der Papyruskunde (1912).
[3] Götz, Z. f. vgl. Rechtsw. XXIV 241, XXVI 161, XXVIII 1.
[4] Hierüber meine Darstellung in Z. f. vgl. Rechtsw. XXIII S. 213, XXV S. 198.

geschichte das Material erlangt, ohne welches ein Verständnis der Menschheitsgeschichte nicht möglich ist.

Auf Grund dieses Materiales baut sich die Rechtsgeschichte der einzelnen Völker und mit ihrer Hilfe die Universalrechtsgeschichte auf[1]. Man hat die Universalrechtsgeschichte für unmöglich erklärt, weil in jeder Geschichte Zufälligkeiten herrschen, welche der Einzelgeschichte ein individuelles Gepräge geben. Das ist richtig, aber neben den Zufälligkeiten gilt die Gemeinschaftlichkeit der psychologischen und soziologischen Motive und die metaphysische Einheit der Weltentwicklung. Man könnte ebensogut jede Geschichte leugnen, weil auch diese von den Zufälligkeiten der Einzelindividuen beeinflußt ist, oder die Pflanzengeographie, weil auch bei dieser eine Menge Zufälligkeiten bedeutsam sind. Vgl. Archiv f. Rechtsphil. III S. 321 und Windelband, Präludien II S. 145 f. Über Rechtsgeschichtsphilosophie vgl. auch Sternbergs Einführung in die Rechtswissenschaft.

§ 12. Hilfswissenschaften.

Hilfswissenschaften der vergleichenden Rechtswissenschaft sind die Sprachwissenschaft, die Kulturgeschichte, sodann die Psychologie und namentlich die Völkerpsychologie.

Die Sprachwissenschaft tritt hier nach zwei Beziehungen hervor; einmal gibt sie uns die Möglichkeit, die Urkunden der früheren Rechte zu lesen, und was sie in dieser Beziehung geleistet hat seit Erkenntnis des Sanskrit und seit Ermittlung des Assyro-babylonischen und Altägyptischen ist ganz außerordentlich.

Sodann hat man aber noch folgenden Gewinn aus der Sprachwissenschaft zu erzielen versucht: die Worte haben eine Entwicklung, und die Entwicklung gibt uns zugleich ein Bild der Entwicklung des Geistes; die Worte gehen vom Konkreten aus und greifen auf das Abstrakte über; die Geschichte des Wortes zeigt uns das allmähliche Aufkeimen des abstrakten Denkens,

---

[1] Der vergleichenden Rechtswissenschaft ist die Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft gewidmet; sie steht jetzt im 29. Bande (im 20. Band ein ausführliches Register). Reiche Literaturangaben finden sich bei Meili, Institutionen der vergleichenden Rechtswissenschaft (1898). Anfänge der Rechtsvergleichung finden sich schon früher, schon bei Aristoteles, schon bei Hugo Grotius und seinem Gegner Selden, im 19. Jahrh. bei Gans; aber der Einfluß von Gans war unfruchtbar, und es ist deswegen völlig verkehrt, ihn als Begründer der vgl. Rechtswissenschaft hinzustellen. Als der erste Begründer dieser Wissenschaft hat Bachofen zu gelten (Mutterrecht 1861, Tanaquil 1870, Antiquarische Briefe 1880—1886): durch seine Entdeckung des Mutterrechts ist eine fruchtbare Idee in die Welt gebracht worden, welche zuerst die Brücke vom Rechte der Kulturvölker zu dem der Naturvölker schlug und dadurch sowohl die vergleichende Rechtswissenschaft ermöglichte, als ihr in bezug auf das Familienrecht die Bahnen wies. Sodann vor allem Morgan, Systems of consanguinity and affinity, und Wilken (dessen Schriften sich hauptsächlich auf die Malaien beziehen). Einer der eifrigsten Fortbildner (wenn auch nicht immer mit der richtigen Methode) war Post (Bausteine 1881, Grundlagen des Rechts 1884, Studien zur Entwicklungsgeschichte des Familienrechts 1889, Ethnologische Jurisprudenz 1894 u. a.). Bedeutungsvoll sind auch Dargun (Mutter- und Vaterrecht 1892) und Dareste (Etudes d'histoire de droit 1889). Außerdem gehören Schriften von Laveleye und Kowalewski in dieses Bereich. Bedeutendes liefert Steinmetz (Ethnologische Studien zur ersten Entwicklung der Strafe, 1894, und in anderen Schriften). Von meinen Schriften erwähne ich: Shakespeare vor dem Forum der Jurisprudenz (Würzburg 1884). Rechtsvergleichende Studien (Berlin 1889). Recht als Kulturerscheinung (Würzburg 1885). Wesen der Strafe (Würzburg 1888). Recht als Lebenselement der Völker (Würzburg 1887). Zur Lehre von der Blutrache (Würzburg 1885). Moderne Rechtsfragen bei islamitischen Juristen (Würzburg 1885). Kommenda im islamitischen Rechte (Würzburg 1885). Recht der Azteken (aus Z. f. vgl. R., 1892). Das chinesische Strafrecht (Würzburg 1886). Altindisches Prozeßrecht (Stuttgart 1891). Recht, Glaube und Sitte (in Grünhuts Zeitschr. f. d. Priv. öffentl. R. der Gegenw. XIX). Die Ideale im Recht (aus Arch. f. bürg. R., Berlin 1891). Negerrecht (aus Z. f. vgl. R., 1897). Urgeschichte der Ehe (aus Z. f. vgl. R. 1897). Ursprung der Melusinensage (Leipzig 1895). Grundbegriffe einer Entwicklungsgeschichte der Menschheit in Helmolts Weltgeschichte I (1899). Vergleichende Rechtswissenschaft in Deutsche Universitäten. Ferner: Recht (in der Sammlung: Gesellschaft). Aufsätze in der Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft, im Gerichtssaal, in Z. f. die gesamte Strafrechtswiss., Z. f. Handelsrecht, Archiv f. bürgerl. Recht, Ausland, Zeitschr. für Sozialwissenschaft, in den Beiträgen zur Assyriologie, im Jurist. Literaturblatt, in der Politisch-anthropol. Revue.

und dies natürlich auch in bezug auf das Recht. Auf diese Weise konnte man manche Ergebnisse gewinnen, und so war es insbesondere von Bedeutung, daß in den indogermanischen Sprachen das Wort „Vater" von der Wurzel pa = „schützen" und nicht von „zeugen" abzuleiten ist. Doch darf diese Entwicklung nicht überschätzt werden, da die sprachlichen Gänge oft sehr sonderlich sind und durch viele Dunkelheiten führen.

Von der Kulturgeschichte[1] ist insbesondere die Religionswissenschaft bedeutsam; das Recht ist ursprünglich so mit religiösen Anschauungen verknüpft und durchsetzt, daß viele seiner Motive nur aus der Religion erkannt werden können; Institute, die vom Nützlichkeitsstandpunkte aus sehr unpraktisch und seltsam sind, gewinnen dadurch Licht und Leben. Niemals wäre die indogermanische Familie das geworden, was sie ist, ohne die Ahnenverehrung, und ohne die Ahnenverehrung hätte die Blutrache eine ganz andere Gestalt angenommen; die Einrichtung des Trauerjahres ist aus der Totenscheu hervorgegangen; und was alles der Totenkult geschaffen hat, und wie sehr das Häuptlingtum durch religiöse Vorstellungen befördert worden ist, wird sich im Laufe der Darstellung von selbst ergeben.

Die Kulturgeschichte führt von selber auf die Psychologie hinüber; denn die Geschichte bedient sich der menschlichen Seele mit all ihren Leidenschaften und Regungen, und diese schaffen die Rechtsinstitute und überhaupt das Getriebe der Weltgeschichte. Die Instinkte der Grausamkeit, der Rache, der Geschlechtsliebe sind für das Familien- wie für das Strafrecht bildend gewesen; ebenso steht die Entwicklung der Religionen und des Religionsrechts unter dem Einfluß mächtiger Seelenerscheinungen, suggestiver und autosuggestiver Erregungen, die bis an die Grenze der Psychose hinanreichen können; vor allem kommt in Betracht die furchtbare Gewalt der geistigen Ansteckung bei Menschenmassen und die geradezu unbegreifliche suggestive Kraft der Einzeltat gegenüber der erregten Menge, vor allem auch die suggestive Kraft des volkstümlich gewordenen Genius (Napoleon). In allen diesen Beziehungen hat die Geschichte des Rechts aus einer systematischen psychologischen Beobachtung noch große Belehrungen zu erwarten[2].

B. Rechtsbildungen.

I. Verhältnis zur Natur.

§ 13. Grundlagen.

Der in die Natur gestellte Mensch wird ursprünglich durch ihren Eindruck überwältigt. Sie tritt ihm als etwas Übergroßes, Mächtiges entgegen; sie ist die Gottheit, zu der er schauernd aufblickt. Aber er ist noch nicht dazu gereift, die Natur objektiv zu beobachten; er fühlt sich als Teil ihrer selbst, als Geist von ihrem Geist, und was er in sich fühlt, legt er in die Natur. So entsteht ein reicher Dämonismus oder Animismus: die guten und die bösen Geister walten in der Natur, sie tauchen auf, und sie verschwinden. Dieser Geisterglaube beherrscht den Menschen,

---

[1] Vgl. Zeitschrift f. Ethnologie, jetzt im 43. Bande; Archiv f. Kulturgeschichte, bis jetzt 9 Bände; Zeitschrift des Vereins f. Volkskunde, jetzt im 22. Bande; Anthropos, Revue internationale d'ethnologie, jetzt im 7. Bande; Revue d'ethnographie et de sociologie (Bd. I und II); sodann die zahlreichen Publikationen des Instituts Solvay; ferner Archiv f. Religionswissenschaft, bis jetzt 15 Bände; sehr bemerkenswert wegen ihrer geistesgeschichtlichen Beiträge ist auch die Revue Néoscholastique (jetzt im 19. Band) und die Revue de la Métaphysique et de la Moral (jetzt im 20. Band).

[2] Kulturgeschichte und Völkerpsychologie sind neuerdings zur Soziologie verschmolzen worden. Hier haben Herbert Spencer (Principles of sociology u. a.), Lubbock u. a. Bahnbrechendes geleistet. Es besteht hierfür auch eine Jahresschrift: L'année sociologique von Dürkheim, bis jetzt 11 Bände, sowie eine Zeitschrift Rivista di Sociologia, bis jetzt 13 Bände, und Revue d'ethnographie et de sociologie, bis jetzt 2 Bände. Reiches Material findet sich in den vielen Schriften von Bastian usw. Vgl. auch meinen Aufsatz: Recht und Völkerpsychologie in der Politisch-anthropol. Revue I 5, S. 385 f. und den Darmstädter Kongreß in Arch. f. Rechtsphil. IV S. 458.

auch wenn er beginnt, die Natur für seine Zwecke einzufangen und sie sich zu unterwerfen. Zunächst entsteht ein gewaltiger Zusammenstoß: es ist ein furchtbares Unrecht, in die Selbstherrlichkeit der Natur einzugreifen, den Baum zu fällen, den Wald zu roden; die Waldgeister erseufzen darob. Bald aber weiß sich der Mensch aus diesem Zwiespalt zu helfen; die religiösen Vorstellungen weiß er nach dem Bedürfnis zu gestalten: der Geist wird versöhnt, oder er wird gar dem Menschen dienstbar gemacht, oder auch ein neuer Geist wird in die Gebiete des Kulturlebens verpflanzt. Es gelingt ihm, Geister einzufangen und zu seinen Schützern zu gestalten; so herrscht auf der ganzen Südsee das Institut des matakau, indem der Pflanzer zum Schutze seiner Früchte einen Geist an den Baum bannt, der dem Diebe Tod und Verderben droht.

Damit nimmt die Beziehung zwischen dem Menschen und dem Kulturland eine besondere Bedeutung an; es ist ein Weiheverhältnis, und dieses leitet das Eigentum ein. Das Eigentum beruht ursprünglich auf einer dämonistischen Verknüpfung der Menschheit mit der Natur. Daher auch die Weihehandlungen, von denen die wichtigsten Betätigungen des Grundeigners, namentlich auch der Ackerbau, umgeben sind [1].

So entsteht das Vermögen und das Vermögensrecht: das Vermögen ist die Gesamtheit der Naturgüter, welche die Menschheit ihren Zwecken dienstbar gemacht und dadurch zu Hilfsmitteln der Kultur gestaltet hat. Seine Art hängt aber wesentlich zusammen mit der Gruppierung und Organisation der Menschheit.

§ 14. Teilung der Welt. Allgemeines.

Die Menschheit geht von dem Kollektivismus, d. h. von dem Zustand des Gesamtseins, zum Individualismus, d. h. zum Zustand des Einzelseins, über [2], allerdings so, daß auch im Einzelsein das Gesamtsein stets weiterwirkt, nur daß das Einzelsein hierdurch nicht mehr vernichtet und aufgesogen wird. Darin liegt einer der Hauptfortschritte der Kultur: aus den festen Massen, aus denen die Menschheit zuerst besteht, ringen sich Einzelne zutage und treten gegenüber dem Ganzen als Einzelne mit Einzelrechten hervor. Der Einzelne braucht sich nicht mehr völlig dem Zuge der Gesamtheit zu fügen; er kann neue Bahnen einschlagen, sein Leben neu gestalten und dadurch mächtig zum Fortschritt des Ganzen beitragen. Erst mit der Entwicklung des Einzelseins ist die moderne Kultur zum Dasein gekommen.

Dies ist maßgebend für die Gestaltung des Vermögensrechts. Solange die Menschheit ein Gesamtdasein führt, wird auch ein Gesamtrecht an den äußeren Gütern bestehen, und der Einzelne wird sie in dieser Gesamtheit, und nur in ihr, genießen und benutzen können. Nun tritt die Sonderung der Einzelwesen ein und mit dieser Sonderung eine Zerschlagung des Gesamtvermögens zum Einzelvermögen: das Einzeldasein mit seinen in der Gesamtkultur waltenden besonderen Bestrebungen verlangt auch ein besonderes, seinen eigenen Bestrebungen dienendes Vermögen [3].

Mit der Anerkennung der Einzelpersönlichkeit ist zugleich ihr besonderer Schutz und der Schutz ihrer Einzelstellung hervorgetreten; es entwickelt sich neben dem Privatvermögensrecht das Recht der Persönlichkeit. Daneben behält aber auch der Kollektivismus manche Rechte, und es bleiben neben den Einzelpersonen allüberall soziale Einheitspersonen mit Einheitsrechten bestehen — die sogenannten juristischen Personen, entweder die althergebrachten oder neue willkürlich geschaffene. Das Recht der juristischen Person ist daher nichts Künstliches, es beruht auf den Grundlagen des Rechts; es ist älter als das Recht der Einzelperson [4].

§ 15. Teilung der Welt. Besonderes.

Soweit wir zurückgehen, finden wir das Vermögensrecht ursprünglich als gemeinsames; auch der Gedanke, daß, was jemand erarbeitet, was er fängt und erbeutet, sein gehört, ist den

[1] Dies hat eine utilitarische Rechtsgeschichte ganz verkannt, eine positivistische Rechtsgeschichte völlig ignoriert. Man vgl. die Vedas und die Grihyasutras der Hindus.

[2] Vgl. darüber meinen Aufsatz „Kollektivismus und Individualismus in der Geschichte" in der Zeitschr. f. Sozialwissenschaft I 4 S. 261 f. und meine Schrift „Recht" S. 8 f.

[3] Lehrbuch der Rechtsphilosophie S. 81 f.

[4] Einführung in die Rechtswissenschaft S. 9 und 33.

Völkern ursprünglich fremd. Nicht darin liegt der Ursprung des Privateigentums, wie man gemeint hat; denn die Arbeit, die der Einzelne leistet, leistet er ursprünglich der Familie und dem ganzen Geschlecht. Zuerst entwickelte sich der Begriff des Privateigentums bei den Gegenständen, welche von Anfang an die einzelne Persönlichkeit auszeichnen mußten; es sind Kleidung, Waffen, und es ist vor allem dasjenige, was sich auf den persönlichen Schutzgeist und darum auf die Einzelpersönlichkeit bezieht. Dies reicht so weit, daß man dem Verstorbenen seine Habe mit ins Grab legt oder mit ihm verbrennt. Der Glaube an das Fortleben im Jenseits wirkt hier überwältigend; nicht nur leblose Sachen, sondern auch Tiere, auch Sklaven, Witwen schickt man dem Verstorbenen nach. Allmählich mildert sich dieser Brauch; der Gedanke des Fortlebens wird vergeistigt, und man nimmt nicht an, daß der Verstorbene der Sache in ihrer körperlichen Eigenschaft bedarf, sondern nur gewissermaßen eines Extrakts, des in der Sache liegenden Geistes, ihres Schattens. Und so betrachtet man es als genügend, wenn man die Sache über das Grab oder über die Leiche hält und sie dann wieder dem gemeinen Verkehr überläßt, oder wenn man statt der Sache ein Bild ins Grab gibt.

Viel länger hat das gemeine Eigentum an unbeweglichen Sachen fortbestanden, und noch heutzutage ist bei den Negern, ebenso wie bei den Malaien und bei anderen Stämmen, der durchschlagende Gedanke der: das Land gehört dem Stamm; es kann aber einem Einzelnen oder einer Familie zur Bearbeitung übergeben werden, und dann ist der Besitzer geschützt, solange er die Sache verwendet, bebaut oder bebauen will. Das ist der Gesichtspunkt, mit dem wir in Afrika noch heutzutage zu rechnen haben: von der Veräußerung, von dem Gedanken, daß das Land, das ich innegehabt habe, an mir klebt und mir einen Tauschwert erbringt, ist lange Zeit keine Rede. Dieser neue Gedanke kann sich erst entwickeln, wenn entweder durch Aufwendung auf die Grundstücke bedeutende Werterhöhungen und damit Wertunterschiede eingetreten sind, oder wenn die Kultureigenschaften der Sache durch ihre Lage sehr bedeutend verschiedenfacht werden: dann erst entsteht der Gedanke, daß man nicht nur die Sache benutzen darf, solange man sie besitzt, daß man vielmehr, auch wenn man sie aufgibt, noch einen gewissen Gegenwert erlangen kann, der ursprünglich nichts anderes ist als der Mehrwert infolge der Aufwendungen oder infolge der besonders günstigen Lage gegenüber anderen Grundstücken, die man umsonst haben kann [1].

Wo der Ackerbau intensiver betrieben wird, wo er nicht nur die zufällige Tätigkeit Einzelner, sondern die allgemeine Erwerbsweise aller ist, findet dieser Gedanke eine besondere Ausprägung. Der Ackerbau wird genossenschaftlich; das Land wird vom ganzen Stamme in Besitz genommen, und der Stamm bearbeitet das Land in Gemeinschaft; er rodet die Wälder, sät und erntet; und ist das Land nach 1½—2 Jahren erschöpft, so zieht man weiter, wo sich dann dasselbe Schauspiel wiederholt. Diese Feldgraswirtschaft (Jumsystem, Humasystem) gibt einem anderen System Raum: man bleibt seßhaft, teilt aber das Land in Kulturland und in Bracheland, das unbebaut bleibt und ausruht, um einer späteren Kultur zugänglich zu werden. Und hier kann wiederum die Kultur gemeinschaftlich bleiben, so das zamindari-System in Indien, so das System des cyvar bei den alten Kelten; oder aber das Land wird zeitweilig zur Kultur an die einzelnen Familien ausgeteilt: das pattidari-System der Inder, das Rebningsverfahren der Germanen, das comachad-System der Kelten, das System des mir bei den Russen [2]; und ein ähnliches System bestand bei den Chinesen bis in das 4. und 3. Jahrhundert v. Chr. und so noch das kubunden-System in Japan im 7. Jahrhundert nach Chr. Aber auch diesem System schlägt allmählich die Stunde: die periodische Neuverteilung hört auf, die Familien bleiben seßhaft, sie behalten das Land für immer, und nur einige genossenschaftliche Einrichtungen

[1] Dies ist die Wahrheit der Ricardoschen Grundrente.

[2] Ob der mir eine altrussische Einrichtung oder erst eine Entwicklung späterer Zeit vom 17. Jahrhundert an ist, ist allerdings neuerdings sehr streitig; vgl. die Darstellungen von Engelmann, Keußler, Meitzen (Wanderung, Anbau und Agrarwesen II S. 223) und namentlich Simkhowitsch, Feldgemeinschaft in Rußland (1898) S. 18 ff., 56 f., 71 f. Es ist zuzugeben, daß die Feldgemeinschaft an manchen Orten nachträglich entstanden ist; wo dies aber geschah, ist sie immer nur ein Rückfall in frühere markgenossenschaftliche Zustände, eine rückläufige Bildung, wie sie im Laufe der Zeit häufig sind. Dies zeigt insbesondere die Analogie des germanischen Rechts in Deutschland wie in Skandinavien. Vgl. Beauchet, Histoire de la propriété foncière en Suède (1904) und darüber Z. vgl. Rechtsw. XXI S. 304 und über Java XXVII S. 464.

bleiben bestehen, wie z. B. die gegenseitige Hilfe bei gemeinsamen Gefahren, das System der außerordentlichen Neuverteilung, wenn die Einzelanordnung des Landes sich als eine ganz unzweckmäßige erweist (Verkoppelung, Flurbereinigung); auch die Gemeindelosung, d. h. das Recht eines jeden Gemeindegenossen, einen Fremden, der im Gemeindegebiete Land gekauft hat, auszukaufen, ist noch ein Rest der alten Vorstellung. Im übrigen entsteht das Familien- oder Geschlechtereigentum.

Das System des Familien- oder Geschlechtereigentums beherrscht weite Völkergebiete: Familienkreise von 50—100 und mehr Menschen sitzen auf demselben Kulturland und bebauen es gemeinsam, unter der Herrschaft eines männlichen und eines weiblichen Leiters (gospodar, domatschika etc.); so die ehemals blühenden Gemeinderschaften der Schweiz, die communautés Frankreichs, die zadruga der Serben, die kuça der Montenegriner usw.[1]; und der Gedanke an dieses Familieneigentum, an diese Hausgemeinschaft lebt im deutschen Rechte noch lange fort. Er zeigt sich auch noch in dem mächtigen Einfluß, welchen das Erbgut auf die ganze Entwicklung ausübt: das Erbgut (bona avita im Gegensatz zur Errungenschaft) ist lange Zeit der Familie verfangen und nur beschränkt veräußerlich; es unterliegt der Erblosung, indem der Erb- und Familiengenosse ein veräußertes Erbgut gegen Preisersatz an sich ziehen kann, usw.

Aus dem Familiengut hat sich mit der immer größeren Individualisierung der Familie das Einzelvermögen entwickelt. Schon in den Zeiten des Familiengutes gibt es, auch abgesehen von den oben erwähnten notwendigen Persönlichkeitssachen, gewisse Stücke, die einem einzigen Familienmitgliede vorbehalten sind. Man kann sie in Anlehnung an das römische Recht Pekulien nennen. Der Gedanke ist ursprünglich der: das Pekulium ist zwar noch kein Sondereigen, aber es soll, wenn man zur Teilung des Gesamtvermögens schreitet, dem Pekuliengenossen zum voraus zugewiesen werden. Solches Pekulium war insbesondere all dasjenige, was der Genosse außerhalb des Hauses mit seiner geistigen oder körperlichen Arbeit verdiente.

Eine spätere Entwicklung faßte den Begriff strenger und sagte: der Pekulienberechtigte habe ein sofortiges Eigentum an den Pekuliarsachen, und der Gesamtheit stehe nur eine gewisse Verwaltung zu. Auf diese Weise mußte sich das Einzelvermögen entwickeln. Das geschah noch in anderer Weise: die Nachfolger des Hausvaters blieben in früheren Jahrhunderten zusammen sitzen und besaßen das Vermögen als Gesamtgut; zur Teilung gehörte ursprünglich Zustimmung aller Genossen. Ein großer Fortschritt war es nun, als man bestimmte, daß jeder Mitberechtigte die Teilung verlangen könne. Auf solche Weise kam man zur Auseinanderlegung des Vermögens, und auf den Erbgang folgte das Einzelvermögen.

Das Einzelvermögen mit der Veräußerungsmöglichkeit enthält allerdings einen Zwiespalt, der die ganze Folgeentwicklung charakterisiert. Da man dem Einzelnen das Vermögen nicht mehr ins Grab gibt, so fällt es nach seinem Tode an seine Erben, und es scheint der Satz zu gelten, daß es ihm nur zu Lebzeiten gehört. Trotzdem vermag er die einzelnen Vermögensstücke so zu veräußern, daß sie nicht nur ihm, sondern auch den Erben fremd werden, so daß er nicht nur den Genuß, sondern auch das Kapital des Vermögens weggibt und den Erben entzieht, was an die frühere Einrichtung anklingt, welche ihm das Vermögen ins Jenseits sandte: was er veräußert hat, ist gleichsam ein antizipiertes Totenopfer. Daraus haben sich erbrechtliche Einrichtungen entwickelt: Erbvertrag, Testament.

§ 16. Moderne Ergebnisse.

Dieses Einzelvermögen zeigt die Vorteile des Individualismus; es dient den Sonderbestrebungen des Einzelwesens und seinen Freuden und Leiden und entfesselt damit die Sonderkraft seines Wesens; es vermannigfacht die menschliche Tätigkeit und fördert neue Kulturerscheinungen zutage; in jedem Falle steigert es die Achtsamkeit und den wirtschaftlichen Sinn:

---

[1] Auch bei den Nordslawen nachweisbar, vgl. Simkhowitsch S. 8 f. So auch die consortia in Oberitalien, Fumagalli, diritto di fraterna da Accursio alla codificazione (1912). Über das Ganze vgl. Georg Cohn, Zeitschr. f. vergl. Rechtswissenschaft XIII S. 1; Schweizer Civilgesetzb. § 336 f.

es ist darum bei allen Völkern eine Quelle ihres Fortschritts, ihrer Kraft und ihrer Kulturstärke geworden[1].

Allerdings hat das Einzelvermögen auch seine schweren Schattenseiten. Will man es mit Kraft durchführen, so muß man es als veräußerliches Vermögen gestalten, denn nur der freie Verkehr bietet diese Vorteile, und zugleich als vererbliches, denn nur so wird der Persönlichkeit eine dauernde Macht verliehen. Mit der Veräußerung und der Vererbung aber ist sofort die Ungleichheit unter den Menschen gegeben; die verschiedene Vermögenskraft der einzelnen, die Verschiedenheit der wirtschaftlichen Beanlagung, die Verschiedenheit der Arbeitsenergie, die größere oder geringere Geschicklichkeit im Verkehrsleben gibt dem einen Menschen einen unbedingten Vorsprung vor dem anderen; der eine wird reich, der andere arm. Jahrhundertelang hat man sich mit dem Problem befaßt, wie hier abzuhelfen sei, namentlich weil immer von Zeit zu Zeit die unteren Klassen durch Krisen heimgesucht und dadurch in schwere wirtschaftliche und politische Mißlichkeiten verstrickt waren, auch immer von Zeit zu Zeit sich gegen die hergebrachte Ordnung aufbäumten und empörten[2]. Namentlich führt auch das Erbrecht zu großen Ungleichheiten, wenn man nicht auf dem morgenländischen Standpunkt verbleibt, bloß einen einzelnen Erben anzunehmen; ist dies nicht der Fall, und hat jemand viel, der andere wenig Erben, so kann ein und derselbe Vermögensbetrag das eine Mal unter zehn, das andere Mal unter zwei Erben geteilt werden; das ist eine ersichtliche Quelle der Ungleichheit.

Nachdem man sich jahrhundertelang dieser Erscheinungen nicht erwehren konnte, hat die neuere Zeit versucht, diese Mißlichkeiten des Einzelvermögens mehr oder minder auszugleichen. Man ging davon aus, die individuellen Kräfte des Eigentums aufrechtzuerhalten, ihm aber zu gleicher Zeit das Bestreben einzupflanzen, den sozialen Bedürfnissen zu dienen. Der unbedingte, eigensüchtige Einzeltrieb kann uns nicht frommen, und man muß mehr oder minder versuchen, auf dem Boden unserer Einzelwirtschaft wieder große Vereinigungsmittelpunkte zu schaffen, die dem Ganzen dienen und denjenigen Personen aufhelfen, welche durch jene Grundsätze des Einzelvermögens in den Hintergrund gedrängt worden sind[3]. So hat man heutzutage die planmäßige Unterstützung der Kranken, der wirtschaftlich Schwachen, der Verunglückten eingeleitet und auf solche Weise den im Wirtschaftskampfe schwächeren Einzelwesen ein lebenswürdiges Dasein, Kraft und Fortbildungsfähigkeit zu gewähren versucht, und auch Versicherungen gegen Arbeitslosigkeit, genossenschaftliche Organisationen der Arbeit und anderes hat man eingerichtet.

Man tut dies heutzutage von Staats wegen, während frühere Geschlechter solches mehr als Familiensache behandelten: der Staat wird herangezogen, um durch soziale Tätigkeit da auszugleichen, wo die Wirtschaftsordnung zu Ungleichheiten geführt hat.

Noch andere Umstände kommen hierbei in Betracht, welche den Nachteil der Ungleichheit zu mildern bestimmt sind; vor allem die Ehrfurcht vor der Arbeit, die jedem tüchtigen Arbeiter an sich eine geachtete Stellung gibt, und, damit verbunden, das Recht an der Idee. Unser Recht gewährt dem Ideenfinder Urheber- und Erfinderrechte und diese bieten dem Begabten, wenn auch vermögenslosen, die Kraft, ungemessene Vermögensmassen zu erwerben und eine vollständige Umwälzung herbeizuführen; er kann die Industrie sich dienstbar machen, und die,

---

[1] Lehrbuch der Rechtsphilosophie S. 84 f. Die Vorteile des Einzeleigentums sind schon von Aristoteles, Politik II 2, in mustergültiger Weise entwickelt worden. Vgl. auch Thomas von Aquin, Summa theol. 2. 2 qu. 66. a. 2: quia magis sollicitus est unusquisque ad procurandum aliquid, quod sibi soli competit, quam id quod est commune omnium vel multorum; quia unusquisque laborem fugiens relinquit alteri id quod pertinet ad commune, sicut accidit in multitudine ministrorum; alio modo quia ordinatius res humanae tractantur, si singulis immineat propria cura alicujus rei procurandae; esset autem confusio, si quilibet indistincte quaelibet procuraret; tertio, quia per hoc magis pacificus status hominum conservatur, dum unusquisque re sua contentus est; unde videmus, quod inter eos, qui communiter et ex indiviso aliquid possident, frequentius jurgia oriuntur. Vgl. hierzu auch Schaub, Eigentumslehre nach Thomas von Aquin S. 266 f.

[2] Über die verschiedenen Agrarrevolutionen vgl. Einführung in die Rechtswissensch. S. 152.

[3] Einer der Ersten, die diese Ideen angeregt haben, war der jetzt vergessene Philosoph Franz von Baader; vgl. Reichel, Sozietätsphilosophie F. v. B.s S. 56 f. (Separatabdr. aus Z. f. gesamte Staatswissensch. 57 Heft 2).

welche seine Herren waren, werden jetzt seine abhängigen Knechte. Der Kultus der Arbeit ist das wahre Gegenmittel, wodurch der Individualismus seine eigenen Schäden überwindet, und er unterscheidet vor allem unsere Zeit vor dem Altertum, wo selbst die erlauchtesten Geister, wie Plato und Aristoteles, den Arbeiter geringschätzig behandelten.

II. Verhältnisse von Mensch zu Mensch.

a) Verhältnisse inniger Art.

α) Familienrecht.

§ 17. Totemismus [1].

Die Menschheit entwickelt sich ursprünglich in Gesamtheiten, der Einzelmensch tritt erst allmählich und langsam aus der Horde und Familie hervor. In der Familie insbesondere hat ursprünglich jeder die Wurzel seines Wesens; sie verteidigt ihn, sie hat es zu büßen, wenn er Untaten verübt, sie verkehrt mit anderen Familien: der Einzelne ist recht- und machtlos. Die Gesamtheit der Familie nun, die auf solche Weise eine Einheit bildete, war religiös verknüpft: das rechtliche Band entsprach einem religiösen, der Familienverband war ein Totemverband.

Totem ist das Stammzeichen, gewöhnlich ein Tierzeichen; aber er ist nicht bloß etwas Äußerliches: denn derartige Formen haben bei den Völkern ursprünglich eine sehr tiefe innerliche Bedeutung. Es herrscht nämlich der Gedanke, daß der Totemstamm nicht nur das Zeichen des Tieres trage, sondern auch die Seele des Tieres in sich habe, weshalb das Tier als Stammgott verehrt wird und alle Totemmitglieder sich scheuen würden, es zu töten oder zu beunruhigen. Auch herrscht noch vielfach der Gedanke, daß man im Tode in dieses Tier zurückverwandelt werde.

Dieser Totemismus ist über die ganze Erde verbreitet, er beruht auf Vorstellungen, die in den ältesten Gedanken- und Empfindungsreihen unseres Geschlechts wurzeln; schließlich flüchtet er sich in die Sagenwelt, denn die Melusinensage, wonach eine Stammutter des Geschlechts ein Tiergeist gewesen ist, ebenso wie die Lohengrinsage, wonach dies beim Stammvater der Fall war, sind nichts anderes als großartige Überreste dieser aus früheren Lebensanschauungen stammenden mythologischen Idee [2].

Dieser Totemismus hat dazu geführt, daß die Völker sich als eines fühlten, und wenn zwei Totemgruppen sich heirateten, so traten die Totemgeister dadurch in eine geheimnisvolle Beziehung. So entstanden die ersten Staaten; ein Hauptmittel des Zusammenhaltes aber war die kreuzweise Gruppenehe.

§ 18. Lösung der Totemfamilie: Weiheschar, Sondergeist und Ahnenkult.

Allmählich zerfielen die totemistischen Verbände, und neue staatliche Einrichtungen traten ein auf Grund neuer familienrechtlicher Beziehungen.

Zu den Einrichtungen, welche die totemistische Gestaltung durchbrachen, gehört vor allem die gemeinsame Jünglingsweihe. Es ist eine allgemeine Übung unseres Menschengeschlechts, daß Jünglinge und Mädchen im Alter der Reife eine gewisse Zeit der Prüfung und der Abgeschlossenheit durchzumachen haben, um nachträglich als vollgültige Mitglieder in die Gesellschaft der Männer und Frauen zu treten. Wie alle großen Erscheinungen des Rechtslebens, hängt auch diese mit dem Glauben zusammen: sie beruht auf dem Gedanken der Seelenerneuerung; der Knabe legt die Seele des Kindes ab und nimmt die Seele des Erwachsenen an. Daher der vielfache Glaube, daß die Jünglinge durch ein Ungetüm verzehrt und in irgendeiner Weise wiedergeboren werden: sie vergessen das bisherige Leben und treten ganz neu in die menschliche Gesellschaft ein.

---

[1] Zu diesem und den nächstfolgenden Kapiteln vgl. meine Urgeschichte der Ehe, sodann zahlreiche Aufsätze in der Zeitschr. f. vergl. Rechtswissenschaft. Vgl. auch neuerdings Thurnwald ebenda XXIII S. 327 und Adam XXIX S. 86.

[2] Vgl. meine Schrift über die Melusinensage (1895).

Dieser Glaube ist so allgemein verbreitet, daß er auf tiefer seelischer Grundlage beruhen muß: es ist das hervortretende Mannesalter, das mit der Jugend bricht, und dem das ganze bisherige Leben als kindisches Spiel erscheint — ein Gefühl, das die Stimmung der Mannbarkeitszeit kennzeichnet. In dieser Zeit kommt nun auch alles, was an Wildheit und Rauheit in der menschlichen Natur ist, Rauheit gegen andere wie gegen sich selbst zum Ausbruch; daher die Quälereien, die Entbehrungen und die herbe Behandlung, die Abgeschlossenheit und die wirklichen Peinigungen. In diese Periode fallen auch die Bräuche, welche das Mannesleben kennzeichnen, die Belehrung über religiöse und politische Dinge, vor allem auch die in der Menschheit vielverbreitete Beschneidung (die erst eine spätere Zeit in das Kindesalter verlegt).

Die Jünglingsweihe nun bringt alle Weihejünglinge in eine gemeinsame Schar: sie gelten als verwandt, als von einem Geiste getrieben. Es tritt eine neue Verwandtschaft an Stelle der Blutsverwandtschaft, und die Weihgenossen leben nun auch nachträglich zusammen, halten sich im Männerhaus auf, haben ihre Spiele, ihren Erwerb, ihre Lebensverhältnisse gemeinsam. So entwickelt die Menschheit eine neue, kräftige Gemeinschaft, die dem totemistischen Verbande gefährlich wird; eine Gemeinschaft von Kraft und Wildheit. Dieser Gemeinschaft ist vorzüglich das Aufkommen des Häuptlingstums zu verdanken, denn Häuptling wird derjenige, der auf den gemeinsamen Beutezügen sich besonders hervortut und als Lenker und Leiter die anderen zum Ziele führt.

Damit treten weitere Erscheinungen hervor: die Einsamkeit, die den Jüngling in sich selbst vertieft, die Erregungszustände der Mannbarkeitszeit, damit verbunden das lange Fasten, die vielen Entbehrungen, Krankheiten und Wundfieber, alles führt zu einem stark entwickelten Innenleben, zu Träumen und Halluzinationen, und vor allem zu einer Verselbständigung der Persönlichkeit: der Jüngling fühlt sich mit einem Geiste einig, mit dem Manitu, der ihm im Jünglingstraum geoffenbart wird, und so tritt der Einzelne gegenüber der Gruppe als selbständiges Wesen hervor.

Aber auch schon von früher her regt sich die Verselbständigung; sie tritt hervor in der Namengebung. Der Name ist ursprünglich nicht etwa bloß ein Merkmal — er hat eine geheime Kraft; er ist der Träger der Seele: wenn man den Namen wechselt, so tauscht man die Seele aus; wenn man den Namen eines Verstorbenen spricht, so tritt der Geist des Toten in die Mitte, weshalb viele Völker es aufs strengste verbieten und es sogar als todeswürdiges Verbrechen betrachten, den Namen eines Verstorbenen zu nennen. Auch darin zeigt sich die Bedeutung des Namens, daß er ursprünglich nicht willkürlich gewählt wird; er wird entweder den Umständen bei der Geburt entnommen, die gleichsam dem Menschen das Horoskop stellen und sein Leben beeinflussen: dann ist die Namengebung eine ominöse; oder der Name wird einem Vorfahren entnommen: das will heißen, daß die Seele des Vorfahren in das Kind übergeht. Und was die Hauptsache ist: wie die Jünglingsweihe dem Jüngling eine neue Seele gibt, so nimmt er einen neuen Namen an. Bei manchen Völkern ist auch mit der Beamtenstellung, namentlich dem Häuptlingtum, ein neuer Name verbunden, und bis in die letzte Zeit durfte es niemand wagen, den Kaiser von China mit seinem früheren Namen zu bezeichnen.

Auf solche Weise wird durch den Namen nicht etwa bloß das Einzelwesen gekennzeichnet, es wird gestützt und gekräftigt: die Einzelseele klammert sich an den Namen, als an eine Stütze, und kann weiterbestehen, ohne im Gesamtleben zu verschwinden. Darum die Heiligkeit des Namens, von der uns noch ein Rest geblieben ist; denn schon Goethe bemerkt, daß es jedem unangenehm ist, wenn man mit seinem Namen spielt.

Ein weiteres den Totemismus zertrümmerndes Element war der Ahnenkult; nicht der Totem des Geschlechts galt mehr als der Hausgeist, sondern die Seele des Ahnen, die in der Nähe waltete und darüber wachte, daß dem Hause kein Unfall widerführe. Der Ahnenkult vergeistigte die Religion und verband die engeren Familiengenossen zu einem innigen Ganzen. Frühere Zeiten materialisierten ihn allerdings: der Ahnenkult war ursprünglich Schädelkult, später verehrte man eine Tafel, auf der der Name des Ahnen geschrieben war, oder sein Bild.

§ 19. Gruppenehe.

Mit dem Totemismus war ursprünglich die Gruppenehe aufs innigste verknüpft. Zwei Totems heirateten einander kreuzweise. Die Männer des Totem A heirateten

die Frauen des Totem B, und umgekehrt, und zwar nicht die Einzelnen die Einzelnen, sondern zusammen: die vielleicht 20 Männer des einen Totem heirateten 20 Frauen des anderen, so daß kein Einzelner eine besondere Frau hatte, sondern jeder der 20 Männer seinen Anteil hatte an jeder der 20 Frauen. Auf diese Weise entstanden aus den Totems A und B (wenn wir die Männer mit großen, die Frauen mit kleinen Buchstaben bezeichnen) die zwei Gruppenehen A : b und B : a. Dies bewirkte, unserer Anschauung gegenüber, eine außerordentliche Verschiebung aller Verwandtschaftsbeziehungen; denn alle Kinder der Gruppenehe A : b bezeichnen die A als Väter und die b als Mütter, während umgekehrt die Kinder der Gruppe B : a die B als Väter und die a als Mütter bezeichnen; nicht etwa deswegen, weil Erzeuger und Erzeugerin unsicher wären, sondern deshalb, weil das Kind als Kind der Gruppe gilt. Die Folge ist die, daß jeder Mann den Sohn seines Bruders Sohn nennt und den Bruder seines Vaters Vater. Ebenso nennt jede Frau den Sohn ihrer Schwester Sohn. Anders gestaltet sich das Verhältnis zwischen einem Mann und dem Sohn seiner Schwester: dieser gehört nicht mehr der nämlichen Gruppenehe, sondern der entsprechenden anderen Gruppenehe an; bei der Gruppe A : b nennt A den Sohn seiner Schwester a nicht Sohn, denn er stammt nicht aus der Gruppenehe A : b, sondern aus der Gruppenehe B : a; er nennt ihn daher Neffen, und dieser nennt ihn Onkel; so entwickelt sich der Neffen- und Onkelbegriff.

Nach diesem System findet sich die Gruppenehe bei den Australiern wie bei einer großen Reihe von Rothäutestämmen, und auch bei Negervölkern ist sie noch nachweisbar. Es gibt aber auch noch andere Formen, in der sie sich entwickelt. Bisher haben wir die regelrechten Fälle angenommen, daß die Männer der einen Generationsstufe stets nur Frauen derselben Generationsstufe heiraten. Aber es gibt auch Stämme, wo ein Mann nicht nur die Schwester seiner Frau, sondern auch die Nichte und Tante seiner Frau heiratet und umgekehrt.

Übrigens liegt allen diesen Gruppenehen der Satz zugrunde, daß eine Gruppe die andere heiratet; keine Gruppe heiratet in sich selbst: mithin darf niemals ein Mitglied der einen Gruppe mit einem Mitglied derselben Gruppe geschlechtlich verkehren: dies wäre der schwerste Frevel. So entsteht aus der Gruppenehe von selbst dasjenige, was man Exogamie nennt. Doch scheint dieses System erst ein Ergebnis später Entwicklung zu sein, denn es lassen sich namentlich in der Südsee Familienformen erkennen, wonach die Gruppe auch in sich selbst, wo also insbesondere Bruder und Schwester heiraten durften.

Man hat die ganze Lehre von der Gruppenehe bestreiten wollen, aber mit so wenig kritischem Eingehen auf die Nachweise, die Morgan[1] u. a. gebracht haben, daß diese Bestreitung keiner weiteren Berücksichtigung bedarf.

§ 20. Mutterrecht und Übergang zum Vaterrecht.

Die totemistischen gruppenehelichen Verhältnisse der Menschheit beruhten ursprünglich auf dem Mutterrecht: das Kind gehörte dem Totem der Mutter, nicht dem Totem des Vaters an; also z. B. das Kind der Gruppenehe A : b war ein B und kein A. Dies ist begreiflich, denn die Zusammengehörigkeit mit der Mutter und mit ihrer ganzen Gruppe drängte sich von selbst auf, nicht nur durch die Geburt, sondern auch durch die Schicksale des Kindes, das in den ersten Jahren von der Mutter ernährt und vollkommen von ihr erzogen wurde. Dieses Mutterrecht hat die Menschheit jahrhundertelang beherrscht, ist aber dann meist in das Vaterrecht übergegangen, wonach das Kind nicht dem Totem und der Familie der Mutter, sondern dem Totem und der Familie des Vaters angehört. Ein gewisser Zwang hat die Völker dazu geführt.

Einmal sah man sich genötigt, die großen Totems in Untertotems zu zerschlagen, und da geschah es nicht selten, daß man den Einteilungsgrund für die Untertotems von den Vätern

[1] Vor allem in seinem grundlegenden Werke: Systems of consanguinity and affinity of the human mankind (Washington 1871 — in den Smithsonian Contributions to Knowledge). Wer dieses Quellenwerk nicht durchgearbeitet hat, hat überhaupt kein Recht, in der Sache mitzusprechen. Über Gruppenehe und Totemismus vgl. meine Urgeschichte der Ehe (aus Zeitschr. f. vergl. Rechtswissenschaft) und die Einzelnachweise, die ich in verschiedenen Aufsätzen jener Zeitschrift gegeben habe. Weitere Materialien boten, namentlich für Australien, Howitt und Fison, Spencer und Gillen, Roth u. a. Darüber Berichte und Aufsätze in der Z. vgl. R.

herleitete; und wenn etwa die eine Wölfin einen Hirsch geheiratet hatte und die andere einen Bären, so wurden die Untertotems Hirsch und Bär genannt, und die ursprüngliche mutterrechtliche Totembeziehung wurde mit der Zeit vergessen.

Ein anderer Grund machte sich geltend, als der Mangel der Nahrungsmittel die Familien zwang, das Weite aufzusuchen und sich in kleine Gruppen zu teilen. Hier konnte man das ursprüngliche System nicht festhalten, wonach das Kind die Vaterfamilie verleugnete und nur zur Mutterfamilie in Beziehung stand, so daß es nicht dem Vater, sondern dem Onkel gehörte; dieser Onkel war möglicherweise sehr fern, vielleicht ganz unbekannt, und so zeigten sich naturwidrige Verhältnisse. Dasselbe ergab sich auch, wenn etwa ein Stamm Kolonisten aussandte. Die Kolonisten konnten das Mutterrecht aus dem nämlichen Grunde nicht festhalten: die Kinder traten allmählich zum Vater in Beziehung, und die Beziehungen zum Onkel wurden zurückgedrängt oder auch ganz aufgegeben.

Namentlich aber hat ein Grund wesentlich dazu beigetragen, das Mutterrecht zu zerstören: das war die Raub- und Kaufehe. Wer seine Frau kraft Raubes oder Kaufes besaß, der hatte sie wie eine Sklavin und beanspruchte ihre Kinder, wie der Eigentümer der Kuh das Kalb als sein Eigentum beansprucht. Wie stark dieses Moment gewirkt hat, beweist der Umstand, daß es bei vielen Völkern Vaterrechtsehen und Mutterrechtsehen zugleich gibt: Vaterrechtsehen, wenn die Frau gekauft worden ist, Mutterrechtsehen, wenn der Kaufpreis nicht bezahlt werden konnte.

§ 21. Entwicklung der Einzelehe.

Aus der Gruppenehe hat sich die Einzelehe entwickelt und, wie es scheint, in vielfältiger Weise. Ein nicht seltener Übergang ist der von der Gruppenehe zur Vielmännerei: dieser Übergang vollzieht sich von selbst, wenn der Mädchenmord häufig geübt wird und man nur eines der Mädchen der Familie am Leben läßt. Sind auf solche Weise in der einen Ehe fünf Söhne und in der anderen nur eine Tochter, so führt die Gruppenehe von selbst dazu, daß die fünf Männer zusammen eine Frau heiraten, und das ist die Vielmännerei, wie wir sie in verschiedenen Teilen Indiens, namentlich bei den Todas, bei den Singhalesen und am Himalaya, finden. Diese Vielmännerei geht nicht selten über in die Wechselehe, die darin besteht, daß eine Frau zur selben Zeit immer nur einen Mann hat, diesen aber von Zeit zu Zeit, z. B. alle paar Monate, wechselt; so ist es z. B. bei den Nairs in Südindien, und bei manchen indischen Stämmen wird dies dadurch verdeckt, daß die Frau sich mit einer Pflanze verheiratet und „daneben" wechselweise mit einer Reihe „menschlicher" Männer verkehrt. Bei Kulturvölkern lebt diese Wechselehe fort in Gestalt des prostitutionsweisen Götterkultes, wie in Babylon, bei den Phöniziern und Syrern.

Eine wichtige Entwicklung liegt darin, daß die Ehe monandrisch gestaltet wird, indem die Frau nur mit dem einen Mann verheiratet ist. Diese monandrische Einrichtung mag verschiedene Gründe haben; einer der Gründe ist der in jenen Zeiten äußerst häufige Frauenraub[1]. Die Frau wird geraubt mit roher Gewalt, meist in der Ferne; sie ist eine Art von Sklavin, und ihre Kinder gehören dem Mann als ihrem Herrn. Natürlich führte dieser Frauenraub leicht zu Kriegen und Familienfehden, die dann oft lange fortwüteten und ihre Opfer heischten, aber schließlich mit irgendeiner Versöhnung endeten. Die Versöhnung wurde, ganz entsprechend dem materiellen Zuge des Menschen, damit besiegelt, daß der Familie der geraubten Frau ein Gegenwert gegeben wurde; der Gegenwert konnte in einer anderen Frau bestehen oder auch in Geld oder sonstigen Werten.

Ist die Entwicklung erst einmal so weit gediehen, dann ist es nur ein Schritt, daß man sofort damit beginnt, über den Frauenpreis in Unterhandlung zu treten. Der Raub wird mehr oder minder zur abgekarteten Sache, der Kampf wird zunächst zur Rauferei, die nur bis zu einem bestimmten Ende geführt wird, worauf die Partei des Mädchens von selbst nachgibt, er wird zum Scheinraub und zur Raubzeremonie, in welcher nur noch einige Züge des Raubes nachklingen; solche finden sich aber bis in die neueste Zeit, so daß z. B. die Frau beim Hochzeitszug

[1] Hierüber bereits Recht als Kulturerscheinung S. 8 f. Die Zeitschr. f. vergl. Rechtswissensch. bietet darüber reiches Material; vgl. z. B. für Rumänien Draganescu in XXIII S. 70.

heimlich verschwindet, daß dabei Streitigkeiten entstehen, daß die Frau über die Schwelle mit scheinbarer Gewalt getragen wird, daß sie in Stöhnen und Klagen ausbricht, u. a.[1]

Nachdem auf solche Weise der Frauenraub sich ausgelebt hat, tritt der Frauenkauf an seine Stelle. Er ist über die ganze Erde verbreitet und überall der Vorbote gesitteter ehelicher Verhältnisse. Allerdings führt auch diese Eheform zur vollen Untertänigkeit der Frau; doch ist es möglich, ihre Abhängigkeit zu lindern, z. B. dadurch, daß man den Mann nicht den vollen Frauenpreis zahlen läßt, sondern ihm einen Teil (das Talikulo der Malaien) erläßt; die Folge ist, daß der Familie noch immer einige Rechte an der Frau verbleiben und die Frau immer noch an ihr einen Rückhalt hat. Im übrigen wird die Kaufidee bei den Völkern bis aufs äußerste durchgeführt; so gilt es bei den Negern in unseren Kolonien als Grundsatz, daß der Frauenpreis zurückbezahlt werden muß, wenn die Frau den Mann ohne Grund verläßt, oder wenn sie ohne Kinder stirbt; doch kann die Familie sich dadurch helfen, daß sie dem Mann eine andere Frau kaufpreislos überantwortet. Hiernach gelten die Töchter als Segen und Reichtum, und bei den Kafirs kommt es vor, daß Leute, die einen großen Viehstand haben, und Leute mit vielen Töchtern sich zu einer Art von Gesellschaft vereinigen, wo der Viehstand auf der einen und der Mädchenstand auf der anderen Seite die Gesellschaftseinlage bildet.

Eine der interessantesten Entwicklungen ist es nun, wie der Frauenkauf sich wiederum zersetzt hat und zum Scheinkauf geworden ist, auf verschiedenem Wege. Vielfach wurde der Frauenpreis, der ursprünglich an den Vater oder Onkel der Frau fiel, der Frau selber überlassen, und er wurde so zum Frauengut oder Wittum. Sehr häufig bestand auch der Brauch, daß die Eltern der Frau dem Manne eine Aussteuer gaben, welche den Frauenpreis aufwog oder ihn sogar noch bedeutend überbot. So verschwand allmählich der Frauenpreis, bei den Indogermanen ebenso wie bei den Semiten: bei den Hindus wurde er zum Frauengut, Çulka, bei den Hebräern zur Ketuba, bei den Arabern und Islamiten zum Mahr. Im altbabylonischen Rechte hatte der Bräutigam dem Schwiegervater eine Summe, das tirhatu, zu bezahlen, dafür brachte die Frau ihr Frauengut, siriktu, mit. Das tirhatu fiel später weg, das siriktu blieb und spielte im neubabylonischen Recht eine sehr große Rolle.

Jetzt, nach Schwinden des Kaufgedankens, war dem ethischen Zug der Entwicklung freier Spielraum gegeben. So erstand die Eheform, welche mystisch eine seelische Verbindung der beiden Ehegatten herbeizuführen suchte: Blutverbindung, gemeinsames Essen und Trinken (bei den Japanern der San-Sankudo, d. h. das dreimalige Leeren dreier Becher, bei den Hindus die Reisvermischung); so erstand die priesterliche Eheschließung, wie bei den Hindus, wo diese Gottesehe in verschiedenen Formen vorkommt, und wo der Brahmane die heiligen Sprüche selbst bei den niederen Kasten vorliest, die sich ihm nur in einiger Entfernung nahen dürfen.

Neben die kirchliche Ehe trat später die standesamtliche Zivilehe, welche unser Kulturleben beherrscht.

Diese Geschichte der Ehe zeigt aufs klarste, wie sich die Kulturentwicklung unbewußt vollzieht (oben S. 8). „Der Erste, der eine Frau raubte, war" ein gewalttätiger Unhold, aber er war „ein Wohltäter der Menschheit."

Ein ähnlicher Fortschritt läßt sich auch in der Ehewahl dartun. Zunächst ist die Ehegenossenschaft von selbst gegeben. Die Gruppen heiraten zusammen, später heiratet ein Einzelwesen der einen Gruppe ein Einzelwesen der anderen; das geschieht aber nicht nach eigenem Belieben, sondern nach dem Wunsch der Gruppe oder der von der Gruppe abgezweigten Familie. So ist noch auf weitem Gebiete die Wahl des Lebensgefährten in den Willen der Familie gesetzt: wichtige Interessen der Familie sind mit der Ehe verbunden, und die Familie läßt sich darum das Belieben des Einzelnen ebensowenig gefallen als heutzutage die Herrscherfamilie das Belieben des Thronfolgers in der Wahl der künftigen Königin.

Ein großer Fortschritt ist es bereits, wenn beim Frauenkauf der Mann freie Hand bekommt und für sein Geld, wie er beliebig Kuh und Kalb kaufen kann, sich auch ein Weib zu verschaffen vermag. Die Oberherrschaft des Geschlechts und der Familie wirft sich jetzt auf die Frau: die Frau ist Ware, und zwar geldwerte Ware in der Hand der Familie, und der Frauenpreis gehört zu den Haupteinkünften des Familienhauptes.

---

[1] Darüber vielfache Nachweise in Zeitschr. f. vergl. Rechtsw.

Jahrhundertelang lange nach Schwinden der Kaufehe leidet die Frau unter der Obmacht ihrer Familie, und die Heirat gegen den Willen dieser ist der Frau entweder nicht gestattet oder wird ihr schwer zum Vorwurf gemacht.

Erst die neuere Zeit hat die Frau auch hiervon befreit und damit für das Einzelwesen einen neuen Boden der Betätigung geschaffen. Damit ist zugleich eine Fülle individueller Leidenschaft und eine Betätigung individueller Wahlentscheidung mit allen damit zusammenhängenden Leiden und Freuden gegeben, welche die Eigenart des neuzeitlichen Lebens bildet. Mit der Freiheit der Wahl gewinnt die Wahl auch einen ganz anderen Charakter; es sind persönliche, in den Tiefen des Geschlechtslebens ruhende Triebe, die zum Ausdruck gelangen, eine Quelle individueller Freude und eine Quelle individueller Tragik, jedenfalls aber mit der Möglichkeit eines reichen Lebensinhaltes, der den früheren Zeiten versagt ist.

§ 22. Verschämte Ehe.

Die Entwicklung der Einzelehe vollzieht sich als Abweichung vom bisherigen Recht, sie ist gewissermaßen ein Raub, den der Einzelne gegenüber der Allgemeinheit begeht. Daher eine Reihe von Erscheinungen, die ich unter dem Namen der verschämten Ehe zusammenfasse. Die Ehe wird im stillen abgeschlossen, oder wenn sie öffentlich erfolgt, so dürfen die Brautleute bei der Feierlichkeit nicht anwesend sein, sie schleichen sich vorbei. Hieraus geht die Schwiegerscheu hervor: die Ehegatten scheuen sich vor den Schwiegereltern, der Verkehr ist untersagt, eine abergläubische Zurückhaltung trennt beide Generationen. Ähnliche Züge treffen wir in allen Landen; sie zeigen, wie überall die Einzelehe als etwas Nachträgliches, Ungewohntes, früher Unrechtmäßiges gilt [1]. Auf dem gleichen Gedanken beruhen die sogenannten Tobiasnächte: erst nach Ablauf einiger Zeit darf das eheliche Leben begonnen werden, es litte sonst unter dem Einfluß tückischer Geister; wir finden diese Einrichtung auf der ganzen Erde, wir finden sie selbst bei den Azteken, wo der eheliche Umgang erst nach acht Tagen vor sich gehen durfte.

§ 3. Ausgestaltung des Vaterrechts.

Das Vaterrecht entwickelt sich zunächst als Herrschaftsrecht: der Ehemann ist Herr der Frau und damit Herr ihrer Frucht. Daher bildet sich bei den meisten Kulturvölkern ein Stand des Familienrechts, bei dem es nicht darauf ankommt, von wem das Kind gezeugt ist, sondern nur, daß es der Ehefrau angehört und damit ihrem Ehemann. Dies hat in jener Zeit um so größere Bedeutung, als die Arbeitskräfte gesucht sind und ein jeder Familienzuwachs das Vermögen um eine Arbeitskraft bereichert. Daher auch die merkwürdige Einrichtung bei indogermanischen wie semitischen Völkern, daß, wenn die Ehe kinderlos bleibt, die Frau sich mit einem anderen Manne, meist einem Bruder oder Verwandten des ersten, verbinden muß, um der Familie ein Kind zu zeugen. So namentlich auch, wenn der Mann kinderlos stirbt. Es ist das ein Rechtsstand, den man nach dem hebräischen Brauch das Leviratsrecht nennt. Im indischen Recht war er besonders ausgeprägt: er bildete das Institut des Niyoga; und der auf solche Weise gezeugte Sohn hieß Kshetraja: er stand in der Familie dem Aurasa, dem legitimen Sohne, gleich. Dieses Institut wurde später mißliebig, es verschwand, als ihm durch das Mittel der Kindesannahme ein leichterer Ersatz geschaffen wurde [2].

Auf demselben Prinzip beruhte es, daß im indogermanischen Rechte das Kind, mit dem die Frau schwanger in die Ehe trat, als das Kind des Ehemannes galt, ohne Rücksicht darauf, von wem es herrührte. Dieses Kind ist nach indischem Rechte der Sahodha, der Mitgebrachte. Und ebenso das Kind, das die Frau als bereits geborenes in die Ehe brachte, der Jungfernsohn, Kânîna. Aber auch der Ehebruchssohn, der heimlich Geborene, war ursprünglich ein vollbürtiges Mitglied der Familie, daher der bekannte Satz: pater est, quem nuptiae demonstrant. Erst allmählich tritt in dieser Beziehung ein Umschwung ein. Die Ehebruchskinder werden immer mehr zurückgedrängt, weil man annimmt, daß der Makel der Erzeugung ihnen

[1] Zeitschr. f. vergl. Rechtsw. XIV S. 341 f. und sonst.
[2] Es findet sich im griechischen und germanischen Recht, auch in Armenien, Klidschian in Zeitschr. f. vergl. Rechtsw. XXV S. 236, auch sonst.

anklebt. Und so werden diese Kinder allmählich einfach auf Alimente gesetzt oder ganz aus der Familie herausgedrängt, und damit entsteht die zweite Anschauung von der Vaterschaft, wonach der Vater als der Erzeuger des Kindes gilt. Natürlich bleibt von dem alten Gedanken noch manches übrig, und selbst heutzutage ist er nicht vollständig verdrängt; auch heute gilt der Satz: ist der Ehemann der mögliche Vater, so wird er als der wirkliche Vater angesehen; im übrigen ist heutzutage der Beweis, daß er nicht der Vater sein kann, zulässig, und die Ehelichkeit kann aus diesem Grunde angefochten werden; doch kann regelrecht nur der Ehemann anfechten, weil man nicht will, daß Dritte in die Ruhe der Familie eingreifen und ein Familienband zerreißen, das die Nächstbeteiligten erhalten wissen wollen.

Der Umschwung des Vaterrechts ist vielfach mit einer religiösen Idee verbunden; auf der ganzen Erde findet sich die Vorstellung, daß die Seele des Kindes vor der Geburt oder unmittelbar nach ihr mit dem Ehemann der Mutter in eine geheime Verbindung tritt; dieser darf von nun an gewisse Dinge nicht tun, weil man glaubt, das Kind werde dadurch geschädigt, es komme als Mißgeburt zur Welt, es erkranke, und seine Seele entfliehe. Ist dieser Gedanke entwickelt, dann ist zugleich das Weitere gegeben: das Kind gehört dem Ehemann, ebenso wie es der Ehefrau gehört; es ist ihm mit Leib und Seele verbunden, nicht eigentlich, weil er der Erzeuger, wohl aber, weil er der Ehemann der Frau ist. Doch das eine geht nun in das andere über: auf solche Weise wird es den Naturvölkern auch verständlich, daß das Kind dem Vater gleicht. Bei gewissen Stämmen hat sich diese Idee zu einer wundersamen Sitte, der Couvade, verunstaltet, indem der Ehemann nach der Geburt des Kindes eine Zeitlang das Lager hüten muß, während die Frau die Geschäfte des Hauses besorgt; denn in dieser entscheidenden Zeit ist für den Ehemann eine ganz besondere Sorge, Enthaltsamkeit und Eingezogenheit des Lebens notwendig, weil sonst der Organismus des Kindes geschädigt wird und das Kind dem Tode verfällt. Diese Sondersitte ist nichts anderes als eine etwas gewaltsame Ausbuchtung einer Vorstellung, die zu den allgemeinen Gedankenreihen unseres Geschlechts gehört.

§ 24. Künstliche Verwandtschaft.

Die Verwandtschaft, die nicht auf Einheit des Blutes oder der dieser Blutseinheit gleichgestellten Herrschaft beruht, ist von mir künstliche Verwandtschaft genannt worden. Sie begreift Einrichtungen in sich, die noch heutzutage unsere Kulturvölker kennen, aber auch solche, die schon längst vor dem Schritte der Kultur verschwunden sind. Die wichtigste Gestaltung dieser Art ist die Kindschaftsannahme oder Ankindung, auch Adoption genannt. Sie beruht darauf, daß jemand, der an sich dem Blute fern steht, durch irgendeinen Vorgang die Kindschaft erwirbt. Sie reicht in die frühesten Zeiten unseres Geschlechts zurück und hat einen sehr verschiedenen Hintergrund. Nicht selten ist sie ein Überrest der Gruppenehe, denn bei dieser gehörten die Kinder der Gruppe und wurden nach Zweckmäßigkeit dem einen oder anderen der zusammenlebenden Paare überlassen. Oder sie hängt mit der Jünglingsweihe zusammen, welche eine Seelenverbindung zwischen dem Weihevater und dem Kinde herbeiführt: wenn diese Weihe in der Adoptivfamilie vorgenommen wurde, so lag kein Gedanke näher als der, daß das Kind die Seele mit dieser Familie teile. Daher der nicht seltene Satz, daß die Ankindung vor der Jünglingsweihe geschehen muß und in Verbindung mit der Jünglingsweihe steht; so namentlich im indischen Rechte. Aber auch im germanischen Leben hängt die Ankindung durch Waffengebung oder durch Haarschur mit der Weihe zusammen. Demselben Gedankenkreis gehört auch die Zeremonie an, daß das Kind auf den Schoß gesetzt wird oder gar von da zur Erde gleitet, um den Geburtsvorgang zu versinnbildlichen, oder daß es sich der Mutter an die Brust legt (wie im Kaukasus und bei den Etruskern). Später wird die Ankindung zu einem rein juristischen Institut, aller ihrer mystischen Gedanken entkleidet, nicht selten dadurch gekennzeichnet, daß das Kind, wie bei den Griechen, in die Geschlechtstafel eingetragen wird.

Der seelische Grund der Ankindung war nicht nur der natürliche Trieb, Nachkommen zu haben; viel mächtiger war der Gedanke, daß der Adoptivsohn als Sohn verpflichtet sei, die Totenopfer darzubringen und dadurch dem Verstorbenen Ruhe und Glück im Jenseits zu bringen. Dieses Motiv hat die Ankindung in gleicher Weise bei den Ostasiaten (Chinesen und Japanern,

Koreanern) und bei den Indogermanen hervorgetrieben, namentlich bei den Hindus und bei den Griechen[1].

Doch auch dieser und ähnliche Beweggründe verschwinden allmählich, und es bleibt nur das eine Familienmotiv übrig; dieses ist aber so mächtig, daß das Institut auch noch im heutigen Leben eine Rolle spielt, wenn es auch nicht mehr eine so maßgebende Einrichtung darstellt, wie z. B. im Leben der Hindus. Der Islam allerdings kennt die Kindschaftsannahme nicht, aber aus dem besonderen Grunde, weil der Prophet sie verwarf, da sie ihm unbequem war: er wollte die Frau seines Adoptivsohnes mit unter seine Weiber aufnehmen, und er konnte dies nicht, solange die Frau seine Schwiegertochter war; darum erklärte er die Ankindung als unzulässig, da nur Gott, nicht Menschenmacht uns Kinder schenken könne.

Von der Kindschaftsannahme wohl zu unterscheiden ist das nur bei den Rothäuten nachweisbare System des Familienersatzes: ein Gefangener wird in der Art in die Familie aufgenommen, daß er an die Stelle eines Verstorbenen tritt, sei dies nun ein Sohn, Bruder, Vater usw.; er gilt nun als der Fortsetzer der Seele des Verstorbenen, nimmt sein ganzes Sein in sich auf, bekommt dessen Vermögen, Familie usw. Diese Einrichtung war bei den Rothäuten notwendig, weil sie in ihren Kämpfen oft vollständig dezimiert wurden: im Fall großer Verluste pflegten sie sich auf solche Weise aus den Gefangenen zu ergänzen. Natürlich setzt das Institut einen tiefen Glauben an diese Umwandlung voraus, auch von seiten der Gefangenen, denn sonst wäre es nicht möglich gewesen, daß ein solcher sich der feindlichen Familie rein und getreu angegliedert hätte.

Ein anderes früher verbreitetes Institut ist das der Blutsbrüderschaft, auch Blutsschwesterschaft: zwischen zwei Personen tritt das Verhältnis von Bruder zu Bruder oder Schwester zu Bruder ein; ja, dies wird oft so weit fortgebildet, daß die beiden Brüder wie eine Einheit gelten, zwei Leiber und eine Seele, und diese Einheit zeigt sich in der Gemeinschaft der Frauen und des Vermögens: die Frau des einen Blutsbruders gehört auch dem anderen, das Vermögen des einen gilt zugleich als Vermögen seines Bruders, und keiner hat etwas vom anderen getrennt. So findet sich die Blutsbrüderschaft in weiten Teilen der Erde, auf den malaiischen Inseln, wie in Ostafrika. Allmählich allerdings nimmt man an diesen tiefgehenden Folgen Anstoß, und man läßt die Blutsbrüder Freunde sein, ohne daß ihre Einzelpersönlichkeiten ineinander übergehen, und ohne daß der eine auf solche Weise im Hause des anderen schalten darf. Immerhin bleibt der Blutsbruder eine gewichtige Persönlichkeit, ein Helfer durch Rat und Tat; die hauptsächliche Bedeutung aber ist die Blutrache: ein Blutsbruder muß den anderen rächen, das ist seine heiligste Pflicht. Auf solche Weise ist uns in unseren Kolonien die Blutsbrüderschaft ein heilsames, ja unentbehrliches Institut geworden: die Blutsbrüderschaft mit einem mächtigen Häuptling wird dem Reisenden Leben, Hab und Gut sichern, weil der Mörder, der Vergewaltiger eine schwere Rache heraufbeschwören würde. Allerdings hat das Institut auch manche Bedenken, und die schwarzen Herren Blutsbrüder sind mitunter noch recht anspruchsvoll. Eine besondere Art der Blutsbrüderschaft ist die Pelagenossenschaft, der Blutsverband von Gemeinde zu Gemeinde (nach den Malaien so benannt), auch bei den Galliern und Südslawen nachweisbar, der sich auch in einer gegenseitigen Helferpflicht äußert und außerdem ein Ehehindernis bildet.

Diese ganze Verwandtschaft ist in modernen Staaten verschwunden; mindestens finden wir sie in unseren kodifizierten Rechten nicht mehr, wenn sie sich auch bei einigen Völkern, wie z. B. bei den modernen Griechen, im Leben erhalten hat. Der Grund, warum sie verschwindet ist der, daß sie sich in ihrer späteren Entwicklung hauptsächlich auf die Blutrache hinausspielt, manchmal auch zu antistaatlichen Genossenschaften führt, was beides dem Fortschritt der Kultur weichen muß.

Andere Arten der künstlichen Verwandtschaft haben geringere Bedeutung, ja oft nur ein örtliches Anwendungsgebiet. Immerhin darf das Institut der Milchverwandtschaft im Islam nicht übersehen werden, das der Prophet aus dem Recht einiger Araberstämme entnommen hat. Milch ist gleich dem Blut: das Kind steht zur Amme im selben Verhältnis wie zu seiner Mutter. Ja, selbst mehrere von der nämlichen Amme gesäugte Kinder

[1] Über das griechische Recht vgl. Kohler und Ziebarth, Recht von Gortyn S. 117.

gelten als Milchgeschwister und stehen miteinander in Verwandtschaft. Die einzige Folge in der Islamwelt ist das Eheverbot; dieses geht in der Milchverwandtschaft ebenso weit wie in der Blutsverwandtschaft; die auf solche Weise entstandene Verwandtschaft zwischen verschiedenen Säuglingen derselben Amme versagt also den Milchgeschwistern späterhin die gegenseitige Ehe — eine sehr mißliche Einrichtung, die in den Islamländern große Störung anrichtet. Außerhalb der Islamwelt findet sich die Einrichtung selten.

Eine andere künstliche Verwandtschaft ist die Verwandtschaft mit dem Pflegevater und dem Lehrer; sie hängt mit dem Ankindungsverhältnis insofern zusammen, als auch sie auf die Jünglingsweihe zurückweist: der geweihte Jüngling steht von selber in einer Art Verwandtschaftsverhältnis zum Weihevater, und so entsteht in Indien eine Verwandtschaft zwischen dem Brahmanen und seinem Zögling, in der Christenwelt eine Verwandtschaft zwischen Paten und Täufling, die dereinst eine große Rolle spielte und noch heute bei den Balkanvölkern ein wichtiges Ehehindernis bildet.

β) Erbrecht.

§ 25. Allgemeines [1].

Stirbt die einzelne Persönlichkeit, so ist ursprünglich für das individuelle Vermögen kein Raum mehr; denn lediglich die einzelne Person ist es, zu deren Gunsten Vermögensstücke aus der Allgemeinheit ausgeschieden waren; die Individualisation war einzelhaft, darum zeitweise; sie hört auf. Doch hier baut sich die zweite Stufe der Individualisation auf: das Vermögen bleibt individuell, es kommt wieder an Einzelwesen: man scheut sich mehr und mehr vor dem Gesamtvermögen und will womöglich das Einzelvermögen fördern. Auf diese Weise hat sich das Erbrecht entwickelt. Es setzt also zwei Stufen der Individualisation voraus: die eine, welche überhaupt Vermögensstücke aus der Allgemeinheit ausscheidet, und die andere, welche dahin drängt, diese Ausscheidung noch nach dem Tode des Berechtigten fortdauern zu lassen.

Die Personen, an welche das Vermögen fallen soll, werden aus dem Kreise der Familie ausgewählt; bald ist es ein Einzelner, bald mehrere. Die Art der Wahl wird eine sehr mannigfaltige sein, da hierbei die verschiedenartigsten Interessen mitwirken können: Interessen des Totenopfers, Interessen der Erhaltung des Familienvermögens, Interessen der Wahrung der Gütereinheit und schließlich Interessen des näheren Hausverbandes, in dem der Erblasser gelebt hat, und von dem man annimmt, daß er in innigerem Vereine mit ihm steht als die übrigen Familienmitglieder.

Es war daher nichts irriger, als wenn das Naturrecht ein für allemal gewisse Erben als die natürlichen bezeichnen wollte, und wenn man z. B. Einrichtungen wie Majorat oder Minorat einfach als ungerecht zu bannen suchte. Der Drang der Entwicklung geht zunächst nur dahin, das Vermögen als Einzelvermögen bestehen zu lassen; die Auswahl der Einzelerben ist eine Sache, die den verschiedensten Rücksichten unterstellt werden kann. Aufgabe des Gesetzes ist es nun, gerade die wichtigsten und durchgreifendsten Rücksichten zu wahren, und tut es dies nicht, so ist es eben ungerecht.

Dabei gibt es Völker, welche in der ersten Linie der Erben stehen geblieben sind; dies waren beim Mutterrecht die Neffen, beim Vaterrecht die Söhne; und wenn derartige Familienglieder fehlten, so schuf man sie künstlich. Dies ist insbesondere der Zug des ostasiatischen Rechts: Chinesen, Japaner und Koreaner haben eigentlich nur eine Erbfolge der Abkömmlinge; und sind keine Abkömmlinge vorhanden, so muß durch Kindesannahme geholfen werden; nötigenfalls geschieht eine Ankindung nach dem Tode, wobei sich dann allerdings über die Auswahl der Person gewisse Regeln bildeten, die man aufrechterhält, wenn nicht besondere Gründe entgegenstehen. Diesen Typus des Erbrechts wahrt auch noch das heutige japanische Zivilgesetzbuch in bezug auf die Hauserbfolge.

Andere Rechte gehen weiter und lassen in Ermangelung von Abkömmlingen sonstige Verwandte zur Erbschaft gelangen. Hierbei haben sich insbesondere zwei Systeme entwickelt: das System der Gradesnähe und das System der Parentelerbfolge. Daneben gibt es noch mehr

[1] Lehrbuch der Rechtsphil. S. 132 f., Einführung in die Rechtswissenschaft S. 106.

oder minder regellose Mischsysteme. Die Gradesnähe geht nicht auf die Organisation der Familie zurück, sondern mißt nur die Stufenfolge, die man vom Erben bis zum Erblasser durchlaufen muß; sie läßt die Anzahl der Glieder entscheiden, welche dazwischen stehen, und durch die hindurch der Weg zum Erblasser gefunden wird. Ganz anders die Parentelerbfolge: sie geht von der organischen Familienbetrachtung aus: jeder bildet mit seinen Abkömmlingen eine Ordnung; eine zweite Ordnung bildet der Vater mit seinen Abkömmlingen, eine dritte der Großvater mit seinen Abkömmlingen usw. So schreitet man von Stufe zu Stufe aufwärts, organisch die Entwicklung der Familien verfolgend: zuerst die Erben der ersten, dann die der zweiten, dann der dritten Ordnung usw., so daß eine Schicht nach der anderen zur Hebung kommt. Allerdings gehört, wer in der ersten Parentel ist, zugleich zu den Verwandten, welche die zweite Parentel bilden usw.; es gilt aber das Gesetz, daß sie in die erste Parentel gerechnet werden, und die zweite Parentel besteht nur aus den Personen, die nicht in die erste Parentel fallen usw.

Der Gedanke der Parentelfolge hat sich auf den verschiedensten Gebieten unseres Erdballs unabhängig gebildet. Wir finden ihn besonders im Rechte der Hindus und im Rechte der Germanen und Kelten; ferner im Rechte der Juden und der Araber, und auch bei anderen Völkern lassen sich mindestens Äußerungen dieses Gedankens nachweisen.

Sehr wichtig ist hierbei die Frage, ob nach Stämmen oder Köpfen geerbt wird, welche Frage man so zu stellen pflegt, ob das sogenannte Repräsentationsrecht gilt. Die Frage tritt in zwei Vorkommnissen auf: Möglicherweise ist ein Sohn und ein Enkel vom anderen Sohn vorhanden, während dieser andere Sohn gestorben ist; es fragt sich, ob der vorhandene Sohn den Enkel des anderen Stammes ausschließt, oder ob Enkel und Sohn zusammen erben. Letzterenfalls sagt man, daß der Enkel den Sohn, von dem er stammt, repräsentiere oder an dessen Stelle trete — eine Redeweise, die allerdings nicht ganz zutreffend ist, aber den richtigen Gedanken volkstümlich bezeichnet. Richtiger ist es, von Stammeserbfolge im Gegensatz zur Einzelerbfolge zu sprechen. Manche Rechte haben sich gegen dieses Eintrittsrecht sehr lange gesträubt; der Islam noch heute; in deutschen Rechten gehörte eine lange Entwicklung dazu, um es durchzusetzen, indem früher der Satz galt: näher dem Blut, näher dem Gut.

Die zweite Erbgestaltung, in der das Prinzip der Stammeserbfolge auftritt, ist folgende: Die Erben sind vom nämlichen Grade. Es sind z. B. 6 Enkel von einem Sohn vorhanden und 2 Enkel vom anderen Sohn; die Söhne sind beide gestorben, und die Frage erhebt sich, ob die Enkel nach Köpfen erben, oder ob auch hier die Familienorganisation durchdringt und das Erbe in zwei Teile geteilt wird, die eine Hälfte unter die 6, die andere unter die 2. In dieser Anwendung hatte das Eintrittsrecht noch viel größere Kämpfe zu bestehen; manche Gesetze, die es in der anderen Verbindung kennen, verneinen es hier. Unsere modernen, deutschen und romanischen Rechte haben ihm auch hier den Vorzug zuerkannt, von der Anschauung ausgehend, daß die den Enkeln in der Familie zum voraus zugewiesene Stellung durch den frühzeitigen Tod der Söhne nicht geändert werden solle. Wären die Söhne am Leben geblieben, so hätten ja in der Regel die jeweiligen Enkel (durch die Söhne hindurch) je die Hälfte des Vermögens erlangt; es sind nun keine genügenden Gründe vorhanden, eine völlig andere Teilung eintreten zu lassen, wenn die Söhne verstorben sind und die Enkel unmittelbar erben, so daß in diesem Fall die 2 Enkel, die sonst je ein Viertel des Vermögens bekämen, auf je ein Achtel beschränkt würden. Das deutsche Recht allerdings hat sich sehr lange dagegen gesträubt und den Grundsatz aufgestellt: „So viel Mund, so viel Pfund."

Eine davon unabhängige Frage ist es, wie weit die Vermögensfolge überhaupt durchzuführen ist, und ob insbesondere die Grundsätze der Stammeserbfolge in infinitum gelten. Unser Bürgerliches Gesetzbuch gestattet die Parentelerbfolge in infinitum, läßt aber von der Parentel der Urgroßeltern an nicht mehr Stammeserbfolge, sondern Einzelerbfolge nach Gradesnähe eintreten. Das Schweizer Gesetzbuch läßt in der großelterlichen Parentel das Erbrecht erlöschen und gibt den Urgroßeltern und ihren Kindern nur noch beschränkte Rechte. Auch das geht zu weit. Das Erbrecht in der Parentel der Eltern würde im allgemeinen genügen; Erbrecht zwischen Onkel und Neffen, Tante und Nichte ist das letzte, das sich recht-

fertigt, und zwar abwärts, nicht aufwärts. Auch ist die Gestaltung unserer Gesetzbücher, welche die Eltern den Geschwistern vorziehen, wenig empfehlenswert; die Erbfolge sollte nur beschränkt nach aufwärts gehen [1].

§ 26. Erbschaft der agnatischen Familie.

Die agnatische Familie hat der Erbfolge ihr Gepräge sehr scharf eingedrückt: nicht nur erben lediglich solche Personen, die durch Männer, d. h. durch Zeugung, verbunden sind, sondern man beginnt sogar die Frauenspersonen, auch wenn sie auf diese Weise verbunden sind, auszuschließen. Man drückte die Frau im Rechtsleben überhaupt herunter und wollte sie nicht zur Trägerin eines größeren Vermögens machen: sie sollte das Anhängsel der einen oder anderen Familie sein und keine selbständige Stellung haben. Später hat man dieses Prinzip gemildert. Mohammed gab den Frauen, entgegen den früheren Bräuchen, ein Erbrecht, aber allerdings in höchst unorganischer Gestaltung. Wenn z. B. eine Schwester mit dem Bruder, eine Tochter mit dem Sohn zusammentrifft, so wird die Frau Erbin wie ihr männlicher Partner, aber sie bekommt nur einen halben Mannesteil, entsprechend dem alten Grundsatz, wonach die Frau nur ein halbes Wergeld hatte. Wenn dagegen die Frau keinen solchen gleichartigen männlichen Partner hat, so beruft sie Mohammed zu einem festen Teil, Fardh, etwa ein halb, ein sechstel usw. Auf diese Weise bekommt die Tochter, die Sohnestochter, die Schwester, die Mutter (aber auch der Vater, die Ehegatten und die uterinen Geschwister) solche Fardh-Teile. Dadurch wurde natürlich das System äußerst verwickelt, unübersichtlich und es führte zu den seltsamsten Sonderlichkeiten. So konnte es z. B. kommen, daß die uterinen Geschwister als Fardh-Erben gerufen waren, während die vollbürtigen Geschwister keinen Teil bekamen, weshalb ein Kalif die berühmte sogenannte Eselsentscheidung erließ, indem er fingierte, der Vater der vollbürtigen Geschwister sei ein Esel gewesen, so daß sie nur noch als uterine Geschwister zählten und als solche zur Erbschaft gelangten [2].

§ 27. Verfügung von Todes wegen [3].

Von solcher Verfügung haben die Völker ursprünglich keinen Begriff; sie können sich nicht denken, daß man nach dem Tode, wo man nicht mehr ist, noch vollkräftig wirken kann, und insbesondere wird es als ein Widerspruch erachtet, wenn der Erblasser für eine Zeit verfügen will, wo er selber nicht mehr lebt und mithin der Verfügungsfähigkeit gebricht. Allein hier wirkte die obige Idee nach, welche dem Einzelmenschen das Eigentum über den Tod hinaus widmete, so daß er es unter Lebenden in einer auch die Erben bindenden Weise veräußern durfte. Hatte man einmal dem Eigentümer die Befugnis gegeben, das Eigentum seinen Erben zu entziehen, so wurde man zu der Annahme gedrängt, daß der Eigentümer auch in der Lage sei, zu erklären, daß das Eigentum im letzten Augenblick seines Lebens auf einen anderen übergehen solle, und dies führte von selbst zur Verfügung von Todes wegen. Auf diesem Wege mußte man zum sogenannten Erbvertrag gelangen, und seine Bildung wurde noch durch zwei besondere Umstände unterstützt: man konnte jemanden zum Kind annehmen; dann war er von selbst Erbe des Vermögens — er war es als künstlicher Sohn; nichts stand aber im Wege, daß die Kindesannahme in der Art abgeschwächt wurde, daß man sie auf das Erbrecht beschränkte und alle anderen Züge des Familienverbandes, die sonst mit der Ankindung verbunden waren, auslöschte. Ein anderer Gedanke war es, daß man die Volksversammlung anrief und vor derselben und mit ihrer Zustimmung das Vermögen für sofort oder in die Zukunft übertrug; hierdurch erlangte die Verfügung zu gleicher Zeit einen gewissermaßen öffentlichen Charakter und galt als Gesetz.

Der Erbvertrag war bindend und konnte nur mit Zustimmung des Vertragsgegners wieder aufgehoben werden. Das war lästig, und wäre die Menschheit nicht darüber hinweggekommen, so wären die Verfügungen von Todes wegen eine Ausnahme geblieben. Aber

[1] Vgl. meine Gesammelten Abhandlungen S. 364.
[2] Rechtsvergleichende Studien S. 108.
[3] Lehrbuch der Rechtsphilosophie S. 137.

man gelangte auf zwei Wegen zur einseitigen widerruflichen Verfügung, zum Testament: 1. man behielt sich bei einem solchen Erbvertrag das beliebige Rücktrittsrecht vor, oder 2. man wandte das Vermögen nicht dem Erben, sondern einem Vertrauensmann, Testamentsvollstrecker, zu und empfahl diesem die Reihe letztwilliger Verfügungen, deren Ausführung man wünschte, zur Erfüllung und Nachachtung [1]. Der juristische Erbe war hier der Testamentsvollstrecker, aber er war nur ein Erbe fiduziarischer Art im Interesse Dritter; und da der Vertrauensmann kein maßgebendes Interesse hatte, daß eher der A als der B das Vermögen bekam, so gab man von selber dem Erblasser die Befugnis, die Bestimmungen zu ändern und dem Treuhänder ein anderes Verzeichnis von Erben zu übergeben: die Verfügung wurde dadurch zur letztwilligen Verfügung. Auf solche Weise entwickelte sich das einseitige Testament [2] und damit eine der größten Wohltaten der Menschheit; denn dieses verbindet in sich folgende Betätigungen: a) Die Persönlichkeit wirkt über das Grab hinaus; b) sie kann die besonderen Verhältnisse berücksichtigen und demjenigen Zuwendungen machen, der ihrer bedarf; c) sie kann die Unstimmigkeiten und Ungerechtigkeiten der Natur mildern, indem sie denjenigen, der von Natur bedürfnisvoller in die Welt gesetzt ist als die anderen, mit einer besonderen Gabe bedenkt und ihm dadurch eine gewisse Ausgleichung gegenüber der Härte des Schicksals verschafft; d) sie kann bewirken, daß Vermögensmassen, deren Zerschlagung und Zersplitterung wirtschaftlich und ethisch nachteilig wäre, beisammen bleiben. Schließlich ist das Testament ein Hebel menschlicher Wohltätigkeit, ein Mittel, um ideale Zwecke zu fördern und insbesondere Vermögen zu Stiftungszwecken anzusammeln.

Ein wichtiges Problem ist es, wie weit der Einzelwille des Erblassers gehen darf, und ob seine Willkür, die im wesentlichen schalten und walten darf, nicht gewissen Beschränkungen und gesetzlichen Kontrollbestimmungen unterliegen soll. Manche Rechte, auch das ältere römische Recht, überlassen alles dem Pflichtermessen und der Verantwortlichkeit des Erblassers vor seinem Gewissen und der Welt. Dieses System hat unzweifelhafte Vorzüge: die Zwecke des Testamentes können reichlicher erreicht, die Unebenheiten besser ausgeglichen, die Einheit des Familienguts kann gewahrt und dieses vor Zersplitterungen behütet werden. Trotzdem ist weder das römische noch das deutsche Recht dabei stehen geblieben; beide fürchten argwöhnend den Fall eines Mißbrauchs. Nun könnte man es dem freien Ermessen des Gerichts oder der Obrigkeit überlassen, zu prüfen, ob im einzelnen Falle ein solcher Mißbrauch vorliegt, insbesondere, ob die Erbschaft einer unwürdigen Person zugewandt ist. Sowohl das römische wie das germanische Recht zeigen Ansätze zu dieser Entwicklung. Man ist aber dabei nicht stehen geblieben und ist zu festen Größenbestimmungen gelangt: die nächsten Erben sollten das Recht auf einen gesetzlichen Teil, eine portio legitima, bekommen, den Fall schwerer sittlicher Verfehlungen ausgenommen.

Dies ist das System der modernen kontinentalen Rechte geworden, während das englische und angloamerikanische Recht kein Pflichtteilsinstitut kennt, dem Erblasser die volle Verfügungsbefugnis gewährt und ihn nur der Zensur der Familie und der Gesellschaft unterwirft. Es ist nicht zu verkennen, daß unser Recht den widerstrebenden Erfordernissen Rechnung trägt; anderseits ist es der großen Ansammlung von Vermögensmassen nicht günstig: es führt insbesondere bei Großbetrieben und Großgütersystemen zu einer oft bedauernswerten Zersplitterung oder doch Belastung und Überbelastung der Wirtschaftsgrundlagen und Wirtschaftsmittel, so daß man sich veranlaßt gesehen hat, einerseits durch ein System unteilbarer, unbelastbarer Stammgüter, anderseits durch die bäuerliche Einrichtung des Anerbenrechts den schweren wirtschaftlichen Nachteilen zu entgehen, welche eine unvermeidliche Wertzerteilung zur Folge hätte.

Ein anderer Nachteil des Pflichtteilsystems ist es, daß oft ein beträchtliches Erbgut an einen Sohn zu hinterlassen ist, der als Verschwender wenig Gutes fördert, oder an einen Erben, dessen Vermögen sofort die Beute der Gläubiger wird. Diesem Nachteil steuert man heut-

---

[1] Einführung in die Rechtswissenschaft S. 108.

[2] So im röm. Recht das Manzipationstestament. Daher auch der römische Satz: Nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest; man konnte dem Vertrauensmann, dem familiae emptor, nur sein ganzes Vermögen übergeben, und dies schloß von selbst die gesetzliche Erbfolge aus; eine Verbindung von testamentarischer und gesetzlicher Erbfolge war und blieb daher dem römischen Recht undenkbar. Bei uns fällt diese ganze Gedankenfolge weg.

zutage durch die Bindung des Pflichtteilgutes, die in solchen Fällen wirtschaftlicher Gefahr gestattet ist, so daß der Erbe nicht das Kapitalvermögen in die Hand bekommt, sondern nur die Früchte, während das Vermögenskapital als unveräußerlich erklärt oder der Verwaltung eines Dritten überantwortet wird.

Eine Art der Bindung ist die Bindung durch Einsetzung eines Nacherben, indem der erste Erbe das Erbgut in seinem Kapitalbestand einem zweiten Erben erhalten muß. Dieses Institut hat, auch abgesehen von dem genannten Zweck, seine bedeutende Berechtigung. Es soll vermeiden, daß das Vermögen in der ersten Generation sofort wieder verfliegt; und das ist nicht selten zu befürchten, da die Söhne stark wirtschaftlich angelegter Väter, kraft des Reizes des Widerspruchs, oftmals den entgegengesetzten Hang in sich tragen. Auf solche Weise kann der Erblasser die Sicherheit erlangen, daß seine Enkel und Urenkel noch an demjenigen zehren und sich erfreuen, was er seinerzeit vielleicht mit schwerer Mühe und feiner Spekulation errungen hat.

Indes auch dieses System muß seine Schranken haben, denn es ist gewiß unerträglich, daß ein Vermögen Jahrhunderte hindurch verfangen bleibt und die Erbordnung sich auf ungemessene Zeit hin in der von dem Erblasser bezeichneten festen Reihenfolge entwickeln muß. Und darum streben die modernen Rechte dahin, eine solche Nacherbeneinsetzung auf gewisse Zeit oder auf eine gewisse Reihe von Generationen zu beschränken — Beschränkungen, die sich auch im BGB. und im Schweizer Zivilrecht finden [1].

Mit diesen Nacherbeinsetzungen verwandt sind die Stiftungen; ja, der Islam begreift unter dem Worte Wakf unbedenklich beides. Bei der Nacherbeinsetzung wird der Vorerbe Eigentümer, allerdings unter einer auflösenden Bedingung; und wenn er auch das Kapitalvermögen nicht angreifen darf, so steht ihm die Verwendung der Vermögensfrüchte frei. Das Ziel der Verfügung kann allerdings sein, die Familie im Wohlstande zu erhalten, die Nachkommen gegen Verschwendung zu sichern; allein diese Ziele sind allgemeine Vermögenserhaltungsziele und legen das Vermögen nicht nach einer bestimmten Richtung fest. Ganz anders die Stiftung: der Stiftling ist nicht Eigentümer des Stiftungsvermögens: ihm kommt nur eine stiftungsgemäße Vermögensrente zu; und wenn die Stiftung nicht zugunsten einzelner Personen oder Familien, sondern zugunsten von Naturwesen oder zu irgendwelchen sonstigen Kulturzwecken begründet wird, so ist der Unterschied gegenüber der Vor- und Nacherbeinsetzung noch viel bedeutender. Das Vermögen ist hier viel stärker gefesselt, denn nicht nur das Kapital, sondern auch die Zinsen sollen im Sinne des Erblassers verwendet werden. Darum geht unsere ganze heutige Entwicklung dahin: es sollen Stiftungen nur mit Staatsgenehmigung geschaffen werden können; und es soll dem Staat unter Umständen das Recht zustehen, der Stiftung eine andere Verwendung zuzuweisen oder sie ganz aufzuheben; denn um hier vernünftig zu walten, ist nicht nur eine Einsicht in die Gegenwart, sondern auch eine Voraussicht der Zukunft nötig.

Dies sind die Endpunkte der Entwicklung des Erbrechts, wo es wieder die kollektive Vermögensentwicklung berührt, nachdem es zum Hort des Einzelvermögens geworden ist.

b) Losere Verhältnisse. Schuldrecht.

§ 28. Versprechen als formal und als material bindendes Element [2].

Wesentlich von den bisherigen Beziehungen verschieden ist das Schuldrecht, das keine lebenslänglichen oder auch nur übermäßig lang dauernden Verbindungen schafft, sondern mehr oder minder flüchtige Begegnungen, die angebahnt und wieder getrennt werden, aber wegen ihrer Zahl, ihrer Mannigfaltigkeit und ihres Einflusses auf das Menschenleben von hervorragender Bedeutung sind.

Dieses Schuldrecht ist ein wesentliches Erzeugnis einzelrechtlicher Entwicklung; Zeiten kommunistischer Auffassung kennen das Schuldrecht höchstens als Missetatrecht, wo die eine Familie der anderen für die Vergehungen ihrer Mitglieder aufkommen muß. Innerhalb der Familie besteht ein Schuldrecht nicht; daß die einzelnen Familienmitglieder sich gegenseitig

[1] Einführung in die Rechtswissenschaft S. 114.

[2] Vgl. hierzu meinen Aufsatz im Archiv für Rechtsphilosophie V S. 307 (nach einem auf dem Philosophiekongreß in Bologna gehaltenen Vortrag).

aushelfen müssen, ist ein familienrechtliches, nicht ein schuldrechtliches Element. Erst wenn die Familie sich lockert und die Einzelpersonen ohne Rücksicht auf ihre Familienangehörigkeit in Verbindung treten, kann das Schuldrecht als Verpflichtungsrecht entstehen.

Das Tauschinstitut geht dem Schuldrecht voraus; lange Zeit hat es Austausch gegeben, ehe man den Gedanken des Schuldrechts gefaßt hat. Der Austausch bestand eben in der unmittelbaren Hingabe der einen Sache für die andere, wobei man in einfachen Verhältnissen der Verpflichtung entbehren konnte.

Sobald aber der Gedanke auftrat, daß zukünftige Leistungen mit in das Bereich des Rechts gezogen werden, war ein Fortschritt, und zwar ein Fortschritt ersten Ranges gegeben. Es war ein Fortschritt wirtschaftlicher wie ethischer Art. Der wirtschaftliche Fortschritt bestand darin, daß es möglich wurde, Leistungen künftiger Zeit jetzt schon in das Getriebe des Verkehrs hineinzuwerfen und zum Gegenstand verkehrsmäßigen Austausches zu machen. Derjenige, der nichts hat, als seine Arbeitskraft, kann möglicherweise mit den Mitteln anderer wirtschaften, wenn er die Gegenleistung in der Zukunft verspricht, nachdem er den erhofften Gewinn gemacht hat. Auf diese Weise vertraut der eine auf die künftige Leistung des anderen, und das nennt man Kredit. Mit dem Kredit kommt eine ganze Fülle neuer Werte in den Verkehr, die Vergangenheit dient der Zukunft, wie die Zukunft der Vergangenheit; die Schranke der Zeit wird überschritten, und ungehindert herrscht jetzt der Mensch über Zeit und Raum.

Die juristische Konstruktion dieses Verhältnisses ist allerdings sehr verschieden gewesen. Die erste Zeit mußte sich solche Beziehung vorstellen als eine Art von Wertrecht des Gläubigers an der Person des Schuldners: er hatte das Recht, aus dem Schuldner in irgendeiner Weise das Geld herauszupressen; der Schuldner war seine Pfandsache. Und so kam die weltgeschichtliche Idee von der Haftung des Schuldners mit Leib und Leben, von der Haftung des Leichnams, von der Haftung mit der Freiheit, von der Schuldsklaverei und von der Abarbeitung der Schulden durch den verpfändeten Schuldner (Pfandling), eine Idee, die in der Geschichte der Menschheit viele Jahrhunderte einnimmt und Generationen hindurch zwar erzieherisch wirkte, aber auch eine Fülle von Elend und Weh über die Familien brachte. Dies zeigt sich auch in der Symbolik: der Schuldner überliefert entweder seinen Leib, oder er überliefert sein Wesen durch Übergabe des Stabes, des Lebensfetischs, wodurch er dem Gläubiger mit Leib und Seele verfangen wird. Schon eine Abschwächung ist es, wenn die Haftungserklärung sich vereinzelt und der Schuldner dem Gläubiger sein Pfund Fleisch, seine Freiheit, seine Ehre, sein Seelenheil verpfändet. Lange Zeit hatte die Menschheit zu ringen, sich von diesem Gedanken freizumachen, und es gelang ihr; vorher aber war es nötig, daß sie den Haftungsbegriff von der Person abzustreifen und dafür den Begriff der Verpflichtung einzusetzen vermochte: der Schuldner haftet nicht mehr, d. h. seine Persönlichkeit ist frei und unangetastet; er ist nur verpflichtet, d. h. er ist gehalten, eine Leistung zu machen. Dieser Umschwung vollzog sich zunächst auf religiösem Gebiete: der Schuldner versprach bei der Gottheit: das Versprechen war ein geistliches Gelöbnis, das Gelöbnis aber sollte durch den pflichterfüllten freien Willen vollzogen werden. Auf diese Weise verband sich die Idee des freien Willens mit der Idee des Rechtsgebotes. Das Rechtsgebot aber machte sich im geistlichen Recht geltend durch geistliche Zensur, im weltlichen Recht durch weltliche Zensur, durch strafweise Minderung der Stellung des Schuldners im Rechtsleben. Hier konnten alle jene Beeinträchtigungen der schuldnerischen Person wiederholt werden, bis man schließlich das Persönlichkeitsrecht so sehr betonte, daß der Gläubiger sich nicht mehr an der Person, sondern nur an dem Vermögen vergreifen durfte und hier seine Befriedigung suchen mußte.

Das Versprechen im bisherigen Sinne hatte einen formalen Charakter: es gab die Person des Schuldners dem Gläubiger preis oder überantwortete ihn der Zensur des Rechts ohne Rücksicht auf seinen Inhalt. Ein großer Fortschritt war es, als man das Versprechen von diesem formalen Stande losriß, als man den Unterschied machte zwischen dem Versprechen von erlaubten und von unerlaubten Dingen, als man das vernünftige und das unvernünftige Versprechen unterschied, als man auch hier die Relativität des Rechts erkannte und das Versprechen nur als einen Hebel der Rechtskultur auffaßte. So wurde die individualistische Zusage

zum Förderungsmittel der ethisch und wirtschaftlich gedeihlichen Bestrebungen. Heutzutage würden wir trotz allen Versprechens Jephtas Tochter nicht dem Tode weihen [1].

Das Schuldrecht ist aus dem Einzelsein hervorgegangen, es ist ein Hort des Einzelseins; es ist aber zugleich ein ungeheures Hilfsmittel der Gesamtheit, um die Kräfte und Vermögensmassen in der richtigen Weise zur ausgiebigen Verwertung zu bringen; und es zeigt sich hier, wie im Eigentum, die unaussprechliche Weisheit des Weltalls, das die Einzelnen getrennt marschieren und vereint schlagen läßt.

§ 29. Form.

Soweit das Versprechen sich als Opfer der Person darstellt oder ein geistliches Gelöbnis enthält, ist es von alters her unbedingt fest und unverbrüchlich. Es verlangt hier von selbst seine das Opfer oder Gelübde betätigende Form. Formlose Versprechungen entwickeln sich im Laufe der Zeit bei Austauschgeschäften, namentlich auch bei Arbeits-, Miets- und Pachtverträgen.

Solche formlose Versprechungen hat die Menschheit nur allmählich und zögernd für verbindlich erklärt. Die Entwicklung zeigt mehrere Stufen, die allerdings nicht bei allen Völkern zu finden sind. Die erste Stufe ist die des freien Rücktritts vom Versprechen während einer bestimmten Zeit, so daß erst nachträglich die Zusage bindend wird.

Die zweite Stufe bekundet eine mittelbare Bindung, indem der Versprechende zwar zurücktreten kann, aber nur unter Erleidung eines Nachteils, also gegen Zahlung eines Reugeldes oder auch gegen noch schwerere Bedrängnisse. Sie läßt sich in morgenländischen Rechten nachweisen [2], aber auch im deutschen Recht. Eine Abart ist

die Entschädigungshaftung; der Versprechende haftet im Fall der Nichterfüllung für Entschädigung, weil die Nichterfüllung als ein zu sühnendes Unrecht gilt (altes englisches Recht).

Die vierte Stufe ist die Stufe, auf der zwar eine unmittelbare Bindung eintritt, aber erst dann, wenn zum Versprechen etwas anderes hinzukommt. Dies kann sein die teilweise Erfüllung auf der einen Seite, so daß das Versprechen bereits aus dem Stande des bloß Geistigen in den Stand körperlicher Wirklichkeit tritt: diese Art der Festlegung zeigt sich im Islamrecht, sie zeigt sich namentlich im germanischen Recht (der Gottespfennig bindet).

Die fünfte Stufe weist eine unmittelbare Bindung auf, aber nur bei gewissen Verkehrsgeschäften (klassisch römisches Recht der Konsensualkontrakte, englisches Recht der Konsideration).

Unser heutiges Recht erkennt regelmäßig den formlosen Vertrag als bindend an, macht jedoch Ausnahmen: schriftliche Form wird verlangt, wenn der Vertrag abstrakt ist und von aller Verbindung mit den begleitenden Umständen absieht; besondere Bedeutung gewinnen diejenigen abstrakten Verträge, welche, wie der Wechsel, zum Verkehr mit Dritten bestimmt sind: dies setzt von selbst Schriftlichkeit voraus.

§ 30. Anfechtbarkeit.

Die Gültigkeit des Versprechens verlangt keine Freiheit des Versprechenden in dem Sinne, daß etwa ein Versprechen anfechtbar wäre, welches durch lebhafte Beweggründe veranlaßt worden ist; ein derartiger Satz würde den Grundregeln der Wirtschaft und den Grundsätzen der Ethik in gleicher Weise widersprechen; denn auch, was man unter dem Drange scharf wirkender Beweggründe gewollt hat, hat man gewollt [3]. Wohl aber muß ein Versprechen dann der Anfechtung unterliegen, wenn die Notlage absichtlich herbeigeführt worden ist, um das Versprechen zu erpressen: ein solches Tun darf nicht zur rechtlichen Bindung führen. Daher der Satz: Ein Versprechen kann angefochten werden, wenn es erzwungen ist, oder auch dann, wenn es von dem anderen Teil erschlichen wurde, in der Art, daß dieser ihn täuschte, ihm falsche Vor-

---

[1] Man vergleiche die wunderbare Ausführung in Dante, Paradiso, Canto V, die allerdings auf dem Standpunkte der Scholastiker steht.

[2] Im assyrischen Recht finden wir die Klausel, daß der Versprechende für den Fall der Zuwiderhandlung seinen Sohn oder seine Tochter der Gottheit opfert und verbrennen läßt.

[3] Coactus volui; so auch schon die nikomachische Ethik III 1. Vgl. auch die wunderbare Darstellung in Dante, Paradiso, Canto IV. Über das Versprechen in der Notlage vgl. auch meine Darstellung in den Jahrbüchern für Dogmatik XXV S. 9f.

stellungen einflößte und ihn dadurch geistig in seine Gewalt brachte; denn auch wer einem anderen ein Wahnbild zu dem Zwecke beibringt, damit er entsprechend dem Willen des Täuschenden handelt, bestimmt dadurch sein Wollen in einer der Persönlichkeit schwer verletzenden Weise [1]. Darum haben die fortgeschrittenen Rechte eine Anfechtung des Versprechens wegen Zwangs und wegen Betrugs gewährt, häufig auch, mehr oder minder, wegen Irrung [2].

§ 31. Sicherung.

α) Pfand.

Noch bevor das Versprechen zu seiner vollen Entwicklung gelangt war, kannte man die pfandrechtliche Sicherung. Ja, diese war sogar der Ausgangspunkt oder wenigstens einer der Ausgangspunkte für die Entwicklung des Schuldrechts; der Schuldner haftete ja mit Leib und Leben; daher war es auch ganz entsprechend, daß der Schuldner neben seiner Person den einen oder anderen Gegenstand zum Pfande setzte und dem Gläubiger die Möglichkeit gab, sich mittels dieses Pfandes zu befriedigen.

Alle Arten des Pfandrechts haben die Befriedigung aus der Sache gemein; die Befriedigung ist aber entweder eine Nutzungs- oder eine Kapitalbefriedigung, und danach ist zuerst zwischen Nutzungs- und Kapitalpfand zu unterscheiden. Beim Nutzungspfand wurde die Sache dem Gläubiger zur Fruchtziehung gegeben, entweder so, daß die Nutzung das Kapital allmählich ertötete und den Schuldner befreite, oder so, daß die Nutzung auf die Zinsen gerechnet wurde und auf diese Weise dem Gläubiger eine Verzinsung des Kapitals bot. Durch die meisten Völker hindurch läßt sich dieser Unterschied zwischen Zinspfand und sogenannter Totsatzung verfolgen, sowohl was die Verpfändung von Sachen als auch was die Verpfändung von Menschen betrifft: auf weiten Kulturgebieten treffen wir diese Einrichtungen; schon im Recht von Babylonien und Assyrien treten sie uns entgegen: der Pfandvertrag enthält die Klausel: Zins ist nicht, Mietgeld ist nicht, d. h. der Gläubiger tritt in den Genuß des Hauses, zahlt kein Mietgeld, aber entbehrt dafür der Zinsen des dargeliehenen Kapitals.

Die Kapitalbefriedigung dagegen greift der Sache an die Grundfesten ihres Wesens, sie entzieht sie selbst dem Vermögen des Schuldners und verwendet ihren Kapitalwert zur neuen Wertbildung. Auch hier gibt es wieder verschiedene Formen: die Befriedigung durch eigenen Kapitalerwerb und durch fremden Kapitalerwerb; im ersteren Fall wird der Gläubiger selbst Eigentümer, wobei dann der etwaige Unterschied zwischen Kapitalwert und Schuldhöhe entweder ausgeglichen wird oder unausgeglichen bleibt (ersteres beim Kauf auf Wiederkauf, letzteres beim Verfallpfand). Die Befriedigung durch fremden Kapitalerwerb aber besteht darin, daß der Gläubiger die Sache veräußert und sich aus dem Erlös befriedigt. Das ist die Gestalt der Hypothek; sie hat große Vorteile, sie bietet auch die Möglichkeit eines mehrfachen Pfandrechts: man kann die Sache in der Art verpfänden, daß der zweite Pfandgläubiger dasjenige bekommt, was von dem Veräußerungserlös des ersteren übrig bleibt usw. Das römische wie das deutsche Recht haben diese Gestaltung gezeitigt. Das deutsche Recht aber hat dabei Grundsätze durchgeführt, die man früher schon in Griechenland befolgte, die aber im römischen Rechte zur schweren Schädigung aufgegeben wurden: es hat bei Liegenschaften versucht, das Pfandrecht zur öffentlichen Kenntnis zu bringen; in Griechenland geschah es durch Pfandsteine, durch Eintragung und öffentliche Verkündung, in Deutschland durch Kundgebung in der Volksversammlung oder durch Eintrag in die Gerichtsbücher, aus denen sich dann unsere Grundbücher entwickelt haben.

§ 32.

β) Bürgschaft.

Die Bürgschaft ist ursprünglich das Eintreten eines neuen Schuldners an Stelle des alten, um den alten zu lösen, um ihn von der Schuld, um ihn von der Fessel, von der Schuldgefangenschaft zu befreien. Das Recht kennt zunächst nur einen Bürgen an Stelle, nicht einen

[1] Vgl. Fichte, Sittenlehre (1812) in der Auswahl von Fichtes Werken VI S. 99: (die Täuschung) „setzt den anderen geradezu als Mittel und als mechanisches Werkzeug".
Vgl. Neubecker, Z. vgl. R. XXI, S. 35.

Bürgen an der Seite des Schuldners; dies reicht noch in spätere Zeit hinein: noch nach römischem Recht wurde der Bürge befreit, wenn man den Schuldner verklagte, und umgekehrt: das Problem der doppelten Schuld für denselben Schuldinhalt ist der früheren Zeit zu schwer. Späterhin entwickelte sich die Sache häufig wie folgt: Der Schuldner wurde ursprünglich durch den Bürgen befreit; da aber die Haftung des Bürgen eine persönliche war und mit seinem Tode erlosch, so ließ man den ursprünglichen Schuldner in der Art weiterhaften, daß er in solchem Fall einen neuen Bürgen stellen mußte. Diese Haftung erweiterte man in der Art, daß er einstehen mußte, wenn der Bürge nicht zahlen konnte, und so kam man allmählich auf eine Gesamthaftung beider, die aber, wie im römischen Recht, gewisse Schranken hatte. Erst eine spätere Entwicklung kehrt die Sache um und macht die Haftung des Bürgen zu einer aushilfsweisen, indem sie dem Bürgen die Einrede der Vorausklagung gibt.

Von besonderem Interesse ist das Verhältnis des Bürgen zum Hauptschuldner: der Hauptschuldner ist ursprünglich dem Gläubiger gegenüber frei; aber es ist seine Treupflicht gegenüber dem Bürgen, ihn auszulösen. Tut er dies nicht und kommt die Haftung des Bürgen zur Geltung, so hat dieser einen gesteigerten Rückgriff gegen den Schuldner, oft strafweise zum doppelten erhöht.

§ 33. Soziale Betätigungen des Schuldrechts.

a) Allgemeines.

Das Schuldrecht soll die Güterwelt so gestalten, daß daraus der größtmögliche Segen für die Menschheit hervorgeht. Dies verlangt vielfach den Übergang der Güter vom einen zum anderen Vermögen, es verlangt die Zusammenlegung von Gütern zur Erreichung eines gemeinsamen Zweckes. Im ersten Fall wechselt das Gut den Herrn, im letzteren wird es zwei Herren dienstbar. Der Übergang des Gutes kann wieder ein endgültiger oder ein zeitweiser sein; so einerseits die Austauschgeschäfte, anderseits das Darlehen.

Weniger bedeutsam sind die nicht-wirtschaftlichen Betätigungen des Schuldrechts, wovon S. 46 zu handeln ist.

Die Betätigungen des Schuldrechts entwickeln sich am mannigfaltigsten in der Freiheit des wirtschaftlichen Verkehrs. Dieser wird allerdings lange Zeit durch genossenschaftliche Bildungen und durch Eingriffe von Staats halben beschränkt. Auch hier ist noch der Trieb der Allgemeinheit stärker als die Spannkraft der Einzelperson: Zunft, Kaste, Monopol beschränken die Freiheit des Einzelnen. Allmählich ringt er sich hervor, und die Schranken brechen. Sie waren jahrhundertelang heilsam, solange die Nation noch nicht die nötige Reife erworben hatte. Auch noch in der ersten Zeit der Entfesselung der wirtschaftlichen Mächte zeigen sich neben einer großen Fortschrittsentwicklung schwere Schattenseiten. Der Wettbewerb wird zum Kampf, und zu einem Kampf, der nicht immer ehrlich geführt wird. Die ehemaligen Schutzmittel sind gebrochen; jetzt muß die Rechtsordnung als eine neue Macht erstehen, um die Auswüchse zu beseitigen und die ethische Kraft des Menschen zu schirmen.

Aber wieder andere Erscheinungen bilden sich: die Einzelnen schließen sich als Wettbewerbgenossenschaften aneinander an, und es erstehen die Wettbewerbskartelle, und diese werden wieder zu gemeinsamen, einheitlich organisierten, weit verzweigten Produktionsanstalten, die tatsächlich den Verkehr beherrschen, jeden Wettbewerb niederschlagend. Auch hier hat die Rechtsordnung ihre Aufgabe; sie hat die Gesellschaftsbildung zu überwachen und ihr entgegenzutreten, wo sie verderblich wird, sie hat den Einzelnen gegen die Schlinge, die er sich selbst um den Hals legt, zu schützen, indem sie solche Kartellverbände für rechtlich unwirksam oder, wenn wirksam, für frei kündbar erklärt [1].

Allüberall ergeben sich für die Rechtsordnung schwierige Aufgaben, die nur der versteht, der das Recht von höherer Warte aus erschaut.

---

[1] Über die jüngsten Trustentscheidungen in den Vereinigten Staaten vgl. meine Abhandl. in der Monatsschrift f. Handelsrecht XIII, S. 210. XX S. 285.

§ 34. Soziale Betätigungen des Schuldrechts.

b) Besonderheiten.

α) Austauschgeschäfte.

Der Tausch von Ware gegen Ware ergibt sich von selbst aus den Bedürfnissen des Einzeldaseins; auch Familien und Horden tauschen mit Familien und Horden aus, vor allem, wenn es sich um die Produkte verschiedener Himmelsstriche handelt. Einen neuen Aufschwung nimmt das Tauschgeschäft seit der Arbeitsteilung: jetzt verliert es seinen Zufallscharakter und wird zur regelmäßigen Betätigung des Verkehrs. Erfolgt der Austausch sofort, so ist für Schuldverhältnisse ursprünglich kein Raum; anders aber, wenn für einzelne Leistungen Kredit gewährt wird (S. 38), was aber in höherem Maße erst stattfindet, nachdem sich der Begriff des Geldes entwickelt hat.

Das Geld ist ein allgemeines Wertmittel, welches die große Bequemlichkeit bietet, daß die eine Sache nicht die andere zu suchen braucht. Nehmen wir auf der einen Seite den Gegenstand A und auf der anderen Seite eine Masse von Gegenständen von B—Z, so müßte der Umtausch in der Art vor sich gehen, daß der eine Tauschlustige den Gegenstand A gegen irgendeinen dieser Gegenstände, z. B. F, den er gerade für sich braucht, auszutauschen sucht. Nun wird es sich aber häufig so verhalten, daß derjenige, der F geben kann, den Gegenstand A nicht braucht; hier hat nun das Geld die Funktion: es ersetzt alle Gegenstände B—Z, und wer den Gegenstand A veräußert, veräußert ihn gegen dieses allgemeine Wertmittel, d. h. gegen die Möglichkeit der Gegenstände B—Z, und ist damit in der Lage, alle Sachen innerhalb dieses Kreises zu erwerben, also auch die Sache F; denn irgendeiner, der die Sache F hat, gibt sie gegen das allgemeine Wertmittel hin, weil er für dieses allgemeine Wertmittel wieder dasjenige bekommt, was er braucht. Das Geld hat also eine ähnliche Aufgabe wie eine öffentliche Straße: während sonst die Leute sich nur dann begegnen und treffen können, wenn ihnen privatim von dem einen oder dem anderen Nachbarn der Zugang gewährt wird, so können sie sich immer dadurch treffen, daß man auf der allgemeinen Straße geht, wodurch jeder zu dem kommen kann, zu dem er zu gelangen ein Interesse hat.

Als Geld wird das Verschiedenste im Leben der Völker verwendet: es sind zunächst wohl Gegenstände des Schmucks, die man ablegt und dem anderen gibt, wie Muscheln, Perlen; es sind sodann Gegenstände allgemeinen Bedürfnisses oder allgemeiner Wertschätzung, wie Tierstücke, Häute usw. Eine neue Epoche tritt ein, wenn man solche Gegenstände als Geld verwendet, welche nicht nur vertretbar, sondern auch teilbar und haltbar sind. Das ist der Fall bei den Metallen; darum ist die Entstehung des Metallgeldes für die Völker von so außerordentlicher Wichtigkeit. Nach verschiedenen Versuchen sind sie dazu gelangt, und zwar ist man entweder bei den unedlen Metallen stehen geblieben oder zum Gebrauch der Edelmetalle vorgeschritten. Die Teilung in einzelne Stücke geschah ursprünglich durch jeweilige Trennung und durch beliebiges Abscheiden; und die Wage hatte hier große Bedeutung: sie war die Begleiterin aller Verkehrsgeschäfte; ohne Wage kein Geldgeschäft! Eine neue großartige Idee war es, daß man das Geld münzte, d. h. daß man den Wert aufprägte in einer solchen Weise, daß diese Prägung öffentlichen Glauben fand. Damit war die Zerteilung und Abwägung mit einem Male überflüssig geworden, und die Wage verschwand aus dem Rechtsleben; sie blieb nur noch ein Sinnbild, ein zurückgebliebener Rest alter Zeiten.

Mit dem Geld scheidet sich Kauf und Tauschgeschäft; letzteres verliert bedeutend an Umfang, ohne vollständig aus dem Leben zu verschwinden. Das Kaufgeschäft eignet sich besonders zu Kreditoperationen, namentlich mit Stundung des Geldes.

Ein geminderter Austausch liegt dann vor, wenn ein Gut nicht als Kapitalgut, sondern nur in einzelnen seiner Genußbetätigungen übergeben wird, wofür eine Gegenleistung, vielfach in Geld, zu entrichten ist; das ist die Domäne des Miet- und Pachtvertrags. Eine wirtschaftlich sehr bedeutsame Form des letzteren ist die Teilpacht, bei der nicht ein fester Zins, sondern ein Bruchteil der Früchte zu leisten ist, wodurch die Pacht ein gewisses genossenschaftliches Element erhält, welches beide Vertragsschließenden an der günstigen und

ungünstigen Entwicklung des Ertrags beteiligt, aber zu gleicher Zeit, da die Wirtschaftsweise eine fest bestimmte sein muß, zur wirtschaftlichen Abhängigkeit des Pächters führt[1].

Eine eigentümliche Art des Austauschs ist das Versicherungsgeschäft, bei welchem nicht ein positiver, sondern ein negativer Vermögenswert ausgetauscht wird: der Versicherer, welcher das Risiko übernimmt, erhält eine Gegenleistung (Prämie). Im Altertum finden sich Verträge, welche indirekt auf diesen Zweck hinzielen; die eigentliche Entwicklung ist aber eine moderne: sie geht von der See- und Transportversicherung aus, hat aber jetzt alle Zweige des Lebens ergriffen, wo überall ein Risiko hervortritt. Die Wohltaten des Versicherungsgeschäfts sind außerordentliche: das Vermögen wird mit einem Schlage von Zufälligkeiten befreit und gewinnt eine solide Grundlage, die es früher entbehrte; damit steigert sich seine wirtschaftliche Spannkraft. Der Versicherer aber wird dadurch über den Zufall Herr, daß er eine Menge von Versicherungsverträgen abschließt und auf den Satz baut, daß der Zufall in der Massenentwicklung seine Gesetze hat[2].

§ 35.

β) Darlehen und Zins.

Das Darlehen beruht darauf, daß Kapitalien oftmals auf der einen Seite viel notwendiger sind als auf der anderen, weshalb es Mittel geben muß, damit kraft Rechtsverkehrs das dem einen zustehende Kapital zeitweise dem anderen zur Benutzung anheimsteht. So ist das Darlehen ein ausgezeichnetes Mittel, die Kapitalien möglichst nach der Seite zu schaffen, wo sie am meisten nützen können. Kapitalien in diesem Sinne sind immer Gesamtheiten vertretbarer Sachen: Getreide, Geld usw., bei denen nicht die Stücke, sondern die Menge als Konsumtions- und Produktionselement in Betracht kommt. Hier nun tritt die schwierige Frage des Zinses hervor, die die Menschheit jahrhundertelang bewegt und das ganze wirtschaftliche Leben aufs tiefste ergriffen hat. Was bei der gemieteten Sache der Mietzins ist, das ist beim Darlehen der Zins, d. h. ein Zeitlohn dafür, daß das Darlehenskapital eine Zeitlang beim Kapitalempfänger bleiben darf, mindestens nicht an den Darleiher zurückerstattet zu werden braucht. Uns scheint eine solche Vergütung ebenso natürlich wie der Mietzins, und doch hat diese Idee lange Kämpfe gekostet, ja, mehrere der bedeutendsten Religionen haben sich dem Zinsnehmen widersetzt. Die Gedanken, die dabei vorherrschten, waren folgende: Einmal kann das Darlehen nicht nur produktiven, sondern auch konsumtiven Zwecken dienen; hier hat der Kapitalempfänger keine Vermögensbereicherung vom geliehenen Kapital; er hat es verzehrt, ohne daß der Gehalt in seinem Vermögen zurückgeblieben wäre. Da fragt man nun: Soll es billig sein, wenn der Darlehensnehmer außer dem Kapital noch etwas Weiteres herauszuzahlen hat? Ist doch das Kapital bei ihm nicht fruchtbar gewesen! Und wenn dieses Konsumtivdarlehen, wie ehedem, das hauptsächliche und normgebende war, so ist es begreiflich, daß man die Regel hiervon ableitete und die Fälle des Produktivdarlehens überhaupt nicht in Betracht zog.

Ein zweiter Gedanke ist der[3], daß das Darlehen vielfach in der Not aufgenommen wird; in den Zeiten, die noch dem Kollektivismus näher stehen, muß es aber als besonders unbillig erscheinen, die Not auszubeuten. Und wenn auch nicht gerade eine Notlage vorliegt, so sind die Verhältnisse doch meist so gestaltet, daß dem Geldbedürftigen nur eine beschränkte Zahl von Darleihern zu Gebote steht, so daß von einem wirksamen Wettbewerb und darum von einer sachgemäßen Bestimmung des Zinsfußes kaum die Rede sein kann.

Eine weitere, noch mehr juristische Begründung ist folgende: Das Geld ist unfruchtbar; fruchtbar ist nur die Arbeit, die sich des Geldes bedient: das Geld ist hier höchstens Hilfsmittel, nicht aber Ursache des Erwerbs. Wenn man daher das Geld verzinslich macht, so maßt man ihm eine Eigenschaft an, die es nicht hat, und man nimmt dem Entleiher etwas von der Frucht

[1] Die Teilpacht findet sich bereits im altmorgenländischen Recht, so insbesondere bei den alten Babyloniern. Über ihre wirtschaftlichen Vor- und Nachteile besteht eine ganze Literatur, Schriften von Ehrenberg, Dietzel, Reitzenstein usw.

[2] Vgl. darüber meinen Aufsatz in der Zeitschr. f. Versicherungswissenschaft X S. 631, Einführung in die Rechtswissenschaft S. 73.

[3] Einführung in die Rechtswissenschaft S. 72.

seiner Arbeit, die allein als das Bestimmende, Produktive, Vermögensvermehrende erscheint; eine Argumentation, welche auch folgende Form annahm: das Kapital verschwindet mit dem Gebrauch, ein Lohn für den Gebrauch sei darum ein Lohn für ein Nichts — eine Argumentation, welche verkannte, daß nach Verschwinden der Einzelstücke der hierdurch geschaffene Wert fortdauert [1].

Alle diese Anschauungen haben es herbeigeführt, daß das Zinsnehmen bei manchen Völkern verboten wurde: die Juden durften nur vom Nichtjuden Zins nehmen, das Christentum untersagte jedes Zinsnehmen, und die Kirche bestrafte den „Wucher", d. h. das Zinsannehmen, mit dem schweren kirchlichen Fluche [2], und sie verlangte auch, um ihr Verbot wirksam durchzuführen, die Gerichtsbarkeit in allen Wucherfällen. Auch der Islam verpönt das Zinsnehmen; dieses Verbot und die dadurch bewirkte Einschnürung der Verkehrsgeschäfte, um Umgehungen zu verhüten, gehört zu den besonderen Eigentümlichkeiten des islamischen Verkehrsrechtes. Hat doch dieser Gedanke hauptsächlich dazu beigetragen, die Handelsgesellschaften des Islams (Schirkat) und damit einen der Haupthebel der Kultur zu verkümmern.

Andere Völker setzten sich über diese Gründe hinweg, berücksichtigten aber in sonstiger Weise die Lage des Kapitalsuchers, der häufig in Not ist und sich den beschwerenden Umständen beugen muß, die sich ihm bieten: sie gestatteten zwar das Zinsnehmen, bestimmten aber gewisse Schranken; ein Zinsnehmen darüber hinaus war verboten und wucherisch, ein Vertrag solcher Art nichtig oder gar strafbar. Diese Behandlung finden wir im indischen Rechte wie im römischen; im indischen Rechte gibt es aber noch ganz besondere feine Untergliederungen: nach den Rechtsbüchern war die Zinshöhe je nach der Kaste des Darlehensnehmers verschieden. In gewissen Fällen sah man sich genötigt, von dem Verbote abzugehen, wenn nämlich der Zins eine erhebliche Versicherungsprämie enthält, insbesondere wenn das Darlehen für ein gefährliches Geschäft gegeben wird, so daß der Darleiher ein erhebliches Risiko läuft; so bei dem Kredit, den man dem seefahrenden oder sonst in die weite Welt ziehenden Kaufmann gewährt.

Eine der interessantesten Erscheinungen der Rechtsgeschichte ist die Wirkung der Zinsverbote auf die Völker und der verzweifelte Kampf aufstrebender Nationen gegen die strenge Festhaltung der Verbotssatzungen. Das Zinsverbot legt natürlich das Kapital nach einer Seite hin lahm; es zwingt den Geldinhaber, es in Grundeigentum und anderen, Naturfrüchte bringenden, Gegenständen anzulegen; und will man Handel treiben, so kann man sich nicht durch bloßes Darleihen beteiligen, man muß zum Selbsthandel schreiten oder mindestens eine Gesellschaftsart wählen. Alle solche Formen, welche das Zinsverbot offenläßt, werden mit Begierde ergriffen, und der gehemmte Trieb dringt mit Gewalt hervor. So ist keine Art des Handels im Morgenland üblicher geworden als die des Kirad oder der Commenda, im ostasiatischen Archipel Bagilaba oder Maparo Bati genannt, die darin besteht, daß man jemandem für sein Geschäft ein Kapital gibt und dafür am Gewinn beteiligt wird.

Eine andere Form, in welcher sich das Kapital verzinslich macht, ist die der Grundrente: man gibt dem Grundeigner ein Kapital, das vom Grundstück aus eine ewige Rente auswirft; die Kapitalschuld bleibt nicht bestehen, sie geht in der ewigen Rente auf: nicht mehr der

---

[1] Thomas von Aquin, Summa 2. 2 qu. 78 a. 1: Cum pecuniae usus sit illius consumptio ac distractio, injustum et illicitum est, pro ejus usu aliquid accipere ... venditur id quod non est, per quod manifeste inaequalitas constituitur, quae justitiae contrariatur. Er gebraucht das Beispiel: si quis seorsum vellet vendere vinum, et vellet seorsum vendere usum vini, venderet eandem rem bis vel venderet id quod non est; unde manifeste per injustitiam peccaret. Diese Argumentation wurde unzähligemal wiederholt, so von Scaccia, de comm. § 1 qu. 1 nr. 403. Daß sie nur eine ganz relative Berechtigung habe und wesentlich auf die wirtschaftlichen Zustände jener Zeit berechnet sei, erkennen die heutigen Kanonisten selbst an, vgl. Schaub, Eigentumslehre nach Thomas S. 360 f., Biederlack, S. J., Der Darlehnszins (1898) S. 8 f. Auch der päpstliche Stuhl machte darum Vorbehalte, so das Rundschreiben Vix pervenit Benedikts XIV. von 1745, und genehmigte das mäßige Zinsennehmen auf Grund der Staatsgesetze. Vgl. Biederlack S. 32, 39, und das hier zitierte Enchiridion morale von Bucceroni. Die heutigen katholischen Moralisten, z. B. Lehmkuhl (Theologia moralis I 1313 f.), Cathrein, Moralphilosophie II S. 366 erkennen für unsere Zeit das Zinsennehmen ohne weiteres als statthaft an (hierzu meine Bemerkung im Archiv f. Rechtsphil. IV S. 502).

[2] Vgl. insbesondere Clem. un. de usur. (5, 5) vom Konzil von Vienne 1311.

Zins wird bezahlt, sondern eine Rente, und die Rente gilt als Kaufgegenstand; das Kapital ist daher nicht fruchtbringend im Sinne des Wucherverbotes, sondern es verschwindet als Leistung, und die Rente bildet die Gegenleistung.

Im Gegensatz dazu stehen alle diejenigen Formen, welche sich mehr oder minder als Umgehungsgeschäfte darstellen, in denen der Zins den Zinscharakter behält und nur juristisch einen anderen Deckmantel bekommt, Umgehungsgeschäfte, an denen die christliche wie die Islamwelt so reich ist.

Man kann nicht sagen, daß das Zinsverbot der Kirche im ganzen ungünstig gewirkt hat; es war zu einer Zeit mächtig, als die wirtschaftlich unreifen Völker mit Recht auf andere Formen des wirtschaftlichen Lebens hingewiesen wurden, als insbesondere die Fruchtbarkeit des Bodens und die wirtschaftliche Selbsttätigkeit gegenüber dem beweglichen Kapital sehr wohl betont werden konnten, weil sonst breite Volksschichten geneigt gewesen wären, sich einer tatenlosen Genußsucht hinzugeben und die Kapitalistenstellung zur Knechtung ihrer Mitmenschen zu mißbrauchen. Auf solche Weise hat das Zinsverbot zur Förderung wirtschaftlichen Handelns beigetragen und dazu mitgewirkt, die sozialen Gegensätze zu mildern. Daß natürlich die Verkehrsvölker in ihrer Weiterentwicklung sich dem Verbote nicht mehr fügen mochten, daß namentlich die italienischen Städte dem Verbot zum Trotz in ihren Mauern blühende Zinsgeschäfte duldeten, daß sie darum auch mit Strafe bedrohten, wer immer gegen diese Zinsgeschäfte die geistlichen Gerichte anrief, ist sehr begreiflich und wirtschaftlich gerechtfertigt. Je mehr das Darlehen einen produktiven Charakter annahm, je mehr sich im aufstrebenden Handel zeigte, daß das Geld, wenn auch nicht unmittelbare Ursache, so doch ein wesentliches Bedingnis des Handelsgewinnes ist, um so mehr mußten die Gründe der Zinsgegner zusammenfallen, um so mehr mußte auch die Logik der Tatsachen darüber hinwegführen; dies insbesondere, seitdem der aufblühende Bankierstand die Zahl der Darlehensgeber wesentlich erhöhte und ihr Geldbetrieb den Charakter einer dem Wettbewerb unterliegenden Verkehrstätigkeit annahm. So haben sich die modernen Völker von dem Zinsverbot ganz abgekehrt, sie haben sogar die volle Zinsfreiheit festgesetzt; und der Wucherbegriff nahm einen ganz anderen Inhalt an. Man erkannte jetzt den Wucher als etwas durchaus nicht dem Zinsrecht allein Eigenes; man erkannte ihn als eine im ganzen Verkehr vorkommende Schmarotzerpflanze, nämlich als ein parasitisches Handeln zur Ausbeutung von Notlage, Unerfahrenheit oder Leichtsinn, d. h. von objektiven oder subjektiven Mißverhältnissen des Menschen, welche Ausbeutung ebenso unsittlich wie verkehrswidrig ist; denn nur die wahre Leistung soll das Maß des Erwerbes bestimmen, nicht die Not des zu Boden liegenden Gegners.

§ 36.

γ) Gesellschaft.

Der Gesellschaftsvertrag ist hervorgegangen aus der Unfähigkeit des Einzelnen, mit seinen Mitteln bestimmte Zwecke zu erreichen; die Gesellschaft erheischt die gegenseitige Hilfe, das Stellen von Vermögensmassen mehrerer unter einen einheitlichen Zweck, was ein besonderes, fein geregeltes Gefüge von Verbindlichkeiten erheischt; die Einlagen können körperliche Sachen, aber auch körperliche und geistige Leistungen sein. So hat sich das Gesellschaftsgeschäft von alters her in zwei Richtungen entwickelt, als Gesellschaft von Diensten, deren Hauptbeispiel ursprünglich die Überfalls- und Plünderungsgesellschaft ist (mit Einfall in das feindliche Gebiet), und als Handelsgesellschaft, bei der besonders das körperliche Vermögen eine Rolle spielte. Von alters her üblich ist besonders das schon den Babyloniern wohlbekannte Commendaverhältnis, wonach der eine eine Vermögenseinlage macht, während der andere damit Handel treibt. Große Gesellschaftsformen erwuchsen im römischen Recht als Publikanengesellschaften, und im modernen Recht als Berggenossenschaften; dann entstanden mit dem Seeverkehr, mit den internationalen Geldgeschäften, mit den Kolonialunternehmungen die Reedereien nnd die Aktiengesellschaften, welche mehr oder minder den fruchtbaren Gedanken verwirklichten, die Haftung für die Gesellschaftsschulden auf das Gesellschaftsvermögen zu konzentrieren und das Schuldrecht zu einem nur das Vermögen belastenden Wertrecht zu gestalten; ein kühner Gedanke, der Spekulationen ermöglicht, für welche die Schultern der Einzelnen zu schwach wären.

§ 37.

δ) Unwirtschaftliche Betätigungen: Schenkung, Spiel.

Die Schenkung an sich ist dem ursprünglichen Menschen fremd. Fremd ist ihm nicht die Gastfreundschaft, fremd nicht die Unterstützung, z. B. zum Zweck der Zahlung des Wergeldes; fremd ist ihm aber der allgemeine Schenkungsbegriff, der Begriff der allgemeinen (nicht auf besondere Zwecke zielenden) Vermögensvermehrung des Fremden unter Abbruch seines eigenen Vermögens. Zwar gibt der Naturmensch ohne weiteres Dinge hin, aber er erwartet eine Gegengabe: die Schenkung ist ein Zwang zum Austausch, ein Ausfluß des Abwechslungstriebes, der bei den Naturvölkern mächtig entwickelt ist. Daher überall der Gedanke: das Geschenkte gilt als unter der Voraussetzung der Gegengabe geleistet; erfolgt diese nicht, so kann man das Geschenkte zurückfordern. Es bedurfte einer langen Entwicklung, um dieses Rückforderungsrecht in enge Grenzen zu schließen und es allmählich auf dringende Ausnahmefälle, z. B. den Fall der Verarmung oder des groben Undanks, zu beschränken.

Im fortgeschrittenen Kulturleben spielen die Freigebigkeiten eine große Rolle; sie vertreten den abstrakten Altruismus im Gegensatz zu dem konkreten, der Menschenhilfe; sie sind einerseits Äußerungen des Einzelstrebens, tragen aber dazu bei, die durch das Einzelstreben geschaffenen Ungleichheiten zu mildern.

Ganz anders das Spielgeschäft; es zielt dahin, den einen auf Kosten des anderen zu bereichern je nach dem Ausfalle eines Ereignisses; das seelische Moment liegt hier in der gereizten Erwartung, die dem für Gewinn oder Verlust entscheidenden Ereignis entgegenstrebt, in der Nervenspannung, die namentlich in Zeiten eines ungeregelten Gemütslebens den Menschen beherrscht. Darum galt das Spiel früher, z. B. bei den Germanen, als eine schwere und heilige Sache, und wer verlor, gab willig Hab und Gut hin und folgte in die Gefangenschaft. Spätere Zeiten, die an Stelle des Spieles andersartige seelische Einwirkungen und Gemütserregungen setzen oder sich durch Zucht bezähmen, stellen sich dem Spiel feindselig gegenüber, in der Erkenntnis seiner wirtschaftlich zerstörlichen Natur. Sie verbieten oft das Spiel mit strengen Strafen, entweder durchaus oder mit einzelnen Ausnahmen, oder entziehen ihm doch mindestens den Rechtsschutz. Hierbei berücksichtigt man insbesondere, daß unter fortgeschrittenen Völkern bei dem Spiele noch ein verderbliches Element hervorbricht: die Sucht, schnell und mühelos reich zu werden, die Scheu vor einem geregelten Leben, das Unvergnügen an den Geduldproben, die uns das Leben setzt, und die durchgemacht werden müssen, wenn man etwas Fruchtbringendes erreichen will.

Allerdings weiß sich die Spielsucht vielfach neue Gebiete zu erschließen, und das bekannte verkleidete Börsenspiel ist der neueste Ausläufer des Spielgedankens. Die Bekämpfung des Spiels auch in dieser Form ist eine wichtige Aufgabe der Gesetzgebung, um so wichtiger, je schwerer es ist, hier das Spiel von produktiven Verkehrsbetätigungen zu scheiden, und je verderblicher es ist, wenn unter dem unberechtigten Vorwurf des Spiels der redliche Verkehr zu leiden hat[1].

III. Organische Verbindungen zu einem kulturförderlichen Ganzen.

§ 38. Totemstaat, Häuptlingsrecht, Königtum.

Wie sich aus den Familien die Totems entwickelt und wie sich die Totems mit Hilfe der Gruppenehe aneinander geschlossen haben, ist bereits oben (S. 25) zur Darstellung gelangt[2]; es bleibt noch übrig, die Organisation dieser Totems und Totemsbände ins Auge zu fassen: sie war durchweg eine republikanische. Die verschiedenen Mitglieder oder Familienhäupter

[1] Vgl. meine Schrift über das Börsenspiel (1894).

[2] Mit Recht hat man hervorgehoben, daß die menschlichen Gemeinschaften in ihrem Ursprung in die vormenschlichen Zeiten zurückgreifen; vgl. v. Schubert-Soldern, Zur Rechtsphilosophie, in der Zeitschr. f. die gesamte Staatswissenschaft 1897 III S. 491.

traten zusammen und beratschlagten die Angelegenheiten. Für wichtige Zeiten, namentlich im Kriege, setzte man sie unter die Oberleitung eines dazu gewählten Staatshauptes. Mitunter gelang es gewissen Familien, ein solches Ansehen zu erlangen, daß die Staatshäupter ohne weiteres aus ihnen entnommen wurden. Ein solches Staatshaupt können wir Sachem nennen, nach dem Sprachgebrauch der Rothäute, bei denen die Verhältnisse sich am besten erkennen lassen. Die Entwicklung von dem vorübergehenden Totemhaupte zum dauernden Sachem, von dem gewählten zum mehr oder minder erblichen Sachemtum ist eine wichtige Bewegung in der Geschichte der menschlichen Gemeinschaft.

Alle diese Kreise wurden durchbrochen, als das Häuptlingtum entstand: mächtige Naturen wußten die ganze Verfassung umzustürzen, rafften alle Rechte an sich und identifizierten sich mit dem Staate. Sie taten es namentlich mit Hilfe der Jugendverbände: aus Raub- und Beutezügen entwickelte sich eine Militärmacht, an deren Spitze ein kühner Häuptling stand, und mit solcher Hilfe rissen kräftige Naturen die Herrschaft an sich. Jetzt galt das Staatsgebiet als ihr Gebiet; Eigentum und Weiber der Staatsmitglieder beanspruchten sie nach Belieben für sich. Um diese Stellung erklärlich zu machen, führten sie ihr Geschlecht auf göttlichen Ursprung zurück: als Sprößlinge der Götter standen sie über den Staatsgenossen erhaben; jeder Verkehr mit ihnen galt als geweiht, jede Sache durften sie dem gewöhnlichen bürgerlichen Verkehr entziehen (tabu machen), und alles mußte das Glück und Heil darin finden, ihnen dienstbar zu sein; sie hatten also eine ähnliche Stellung wie die, welche Aristoteles als Tyrannis charakterisiert, aber eine Stellung, die religiös verklärt war.

Dieser Umschwung brachte eine ungeheure Änderung in die ganze Entwicklung; Umwandlungen, die sonst im Laufe der Jahrhunderte eingetreten wären, erfolgten in wenigen Jahren. Die Fortbildung der ganzen Kultur mußte den Häuptlingen besonders am Herzen liegen, denn diese Fortbildung war zu gleicher Zeit eine Steigerung ihres Ansehens und ihrer Macht. Namentlich die materielle Kultur suchten sie zu mehren und damit zugleich ihren eigenen Reichtum. Die antisozialen Tendenzen, wie Blutrache, Selbsthilfe, mußten ihnen zuwider sein, und gewaltig griffen sie in das Getriebe des Volkslebens hinein; sie wollten allein die Befugnis haben, die Streitigkeiten zu schlichten, sie wollten allein berechtigt sein, für die Verwaltung Maß und Ziel zu setzen, allein befugt, das Recht zu pflegen und zu verwirklichen.

So traten die sonst recht langatmigen Fortschritte der menschlichen Entwicklung in kürzester Zeit hervor: wo man früher nur tastete, wurde jetzt bewußt geschaffen: Gesetze folgten auf Gesetze, Verordnungen auf Verordnungen; alles mußte sich dem Übermenschen fügen, und wenn er starb, so lag die ganze Kultur darnieder. Erst mit dem Eintreten des neuen Häuptlings traten wieder Kulturzustände ein: denn man wußte nichts anderes, als daß alles von ihm herrühre und alles Heil auf ihn zurückgehe; darum der Brauch vieler Völker, den Tod des Häuptlings zu verbergen, bis ein neuer Häuptling erscheint und die Zügel der Herrschaft an sich nimmt.

Aber das Häuptlingsrecht hat auch nach folgender Richtung hin günstig gewirkt: es war im Interesse des Häuptlings, fremde Feinde abzuwehren; er mußte daher veranlaßt sein, alle nötigen Kräfte zum Schutze der Grenzen zu konzentrieren. Dies war aber auch im Interesse des Ganzen: so schufen die Häuptlinge vielfach ruhige Zustände und erlösten das Volk von der Geißel fremder Einfälle, die früher das Volksgebiet verheerten, die sonst das Volk vernichtet oder der Vernichtung nahegebracht oder es zur völligen Untertänigkeit und Versklavung geführt hätten.

Ein weiterer Vorteil des Häuptlingsrechtes war die Pflege internationaler Beziehungen: die Häuptlinge waren Personen, welche sich gewöhnen mußten, über das eigene Gebiet hinauszuschauen und namentlich das Verhältnis des Staates zu den Nachbarstaaten ins Auge zu fassen. Sie regten gute Beziehungen an; ihnen sind darum vorzüglich die Verbindungen mit fremden Staaten und die Staatsverträge zu danken. Das zeigt sich z. B. bei den afrikanischen Häuptlingen, und es wirkt fort bis in die mittelalterlichen Verhältnisse; in den italienischen Städten war es hauptsächlich die emporgekommene Signorie, welche die internationalen Verhältnisse pflegte.

Noch ein Punkt kommt in Betracht: Die Häuptlinge sind es vielfach, welche eine gewisse Freiheit der Kulte gebracht haben; die Bekenntnisfreiheit mußte ihnen im Kampfe gegen das Priestertum einen mächtigen Beistand schaffen.

Die kulturfördernde Kraft des Häuptlingstums kann nicht hoch genug angeschlagen werden; mit Recht hat man darum im Altertum und Mittelalter den wohltätigen, auf das Interesse des Volks bedachten Gewaltigen sehr von dem nur seinen eigenen Trieben fröhnenden volksunterdrückenden Tyrannen unterschieden[1].

War der Häuptling in der Lage, auch das Priesteramt an sich zu ziehen, wie bei den Inkas, dann hatte seine Macht keine Grenzen. Aber nicht immer war er in dieser Beziehung auf Rosen gebettet, denn das Priestertum war vielfach so sehr im Volk eingebürgert und mit der Anschauung und Bildung der Menschen verwachsen, daß der Häuptling nichts anderes vermochte, als sich mehr oder weniger mit ihnen zu verständigen. Allerdings hörten kräftige Häuptlinge nicht auf, an der Macht der Priester zu rütteln und eine Betätigung derselben nach der anderen an sich zu ziehen: sie verweltlichten den Prozeß, sie verweltlichten die Verwaltung und Kriegführung, sie gewährten eine gewisse Freiheit der Bekenntnisse, spielten das eine Priestertum gegen das andere aus und trugen dadurch wesentlich zur Modernisierung des Staates bei. Anderseits war das Priestertum vielfach ein Schutz der Schwachen gegen das Übermaß des Einen und namentlich gegen den Mißbrauch einer so furchtbaren Einzelgewalt. So gab es nicht selten Reibungen und Kraftproben, die noch in dem späteren kaiser-päpstlichen Streite hervorbrachen, die oft zu furchtbaren Zusammenstößen führten und auf beiden Seiten die geistigen Kräfte stählten.

Das Priestertum hat aber noch eine andere wichtige Funktion vollzogen: mit Hilfe des Priestertums entwickelte sich der Umschwung vom Häuptlingtum zum Königtum. Der König ist nicht Häuptling, auch der absolute König nicht; denn der König erklärt sich nun und nimmer als die einzige Quelle des Rechts; er weiß, daß er ein Organ des Staates ist, mag er sich auch für ein Organ halten, das frei verfahren darf, ohne jemandem Rechenschaft abzulegen. Damit entwickelt sich ein Weiteres: Ist der König ein Organ des Staates, so hat er nicht nur seine Rechte, sondern auch seine Pflichten; er ist gehalten, im Interesse des Staates zu handeln; und wenn auch dieser Pflichtgedanke erst allmählich zur vollen Geltung gelangt, so besteht doch schon von Anfang an das unbewußte Gefühl, daß der Herrscher nicht nur für sich, sondern auch zugleich für andere zu wirken habe[2]. Auch hier hat das Priestertum den Umschwung vollzogen; die Priester verlangten, daß der König Gott geweiht werde, und sie erklärten die Pflichten gegen Gott als heiligen Inhalt der königlichen Gewalt; der König mußte schwören, zu Gott zu stehen und Gottes Gebote zu erfüllen. Damit war von selber der Gedanke zum Ausdruck gebracht, daß sein Belieben Grenzen habe, und daß diese Grenzen natürlich auch durch die Bedürfnisse des Ganzen und durch das Wohl des Volkes gesteckt seien — soweit das Wohl des Volkes den Priestern am Herzen lag und ihr Stützpunkt war.

So entstand das Königtum. Nicht überall aber hat das Häuptlingtum die Oberhand gewonnen: bei vielen Völkern hat die republikanische Totemverfassung fortgedauert; bei anderen wurde der Häuptling gebeugt unter die Macht der Geschlechter, d. h. der einflußreichen Familien; bei anderen behielt die Volksversammlung ihre Bedeutung, und sie mußte immer berufen werden, wenn es sich um wichtige Beschlüsse handelte, die über den gewöhnlichen Kreis der Staatsverwaltung hinausgingen.

Es gibt daher zwei, es gibt aber auch nur zwei grundsätzlich verschiedene Organisationen der Staaten. Entweder die Organisation mit dem Recht des Einzelnen oder die Organisation mit den Rechten des Volkes, welches zwar auch einen Vorsitzenden, einen Präsidenten ernennen kann und ernennen wird, aber doch nur mit einer von ihm abgeleiteten, nicht mit einer unmittelbaren, von außen her gewordenen selbständigen Macht: das eine ist die Monarchie (richtiger Autarchie genannt), das andere die Republik[3].

Die weitere Entwicklung des Staatslebens ist wesentlich moderner Natur; allein Ansätze dazu finden sich bereits in den Rechten der Natur- und Halbkulturvölker. Schon bei Totem-

---

[1] So die Erörterungen von Thomas von Aquin, von Bartolus u. a. über den Tyrannenmord.

[2] Vgl. Aall, Macht und Pflicht S. 277 f.

[3] Dies ist in der Einführung S. 125 näher durchgeführt. Meist ist noch die unzutreffende sokratisch-aristotelische Dreiteilung in Monarchie, Aristokratie und Republik (Politie) üblich (Aristoteles, Politik III 5 § 1). Richtig schon der große Machiavelli, principe c. 1: Tutti gli stati . . sono o republiche, o principati. Darüber auch Menzel in Grünhuts Zeitschrift XXIX S. 562.

völkern finden sich Beispiele unserer modernen Volksvertretung; schon hier bildet die Schranke des Priestertums eine gewisse verfassungsmäßige Sicherung; ja, auch was das Richtertum betrifft, so treffen wir nicht selten die Einrichtung, daß der König gar nicht selbst urteilt, sondern nur den Vorsitz hat, während der Rat der Großen das Urteil fällt, wie z. B. in Ostafrika der Rat der Schauri. Dies sind Ansätze, die aber allerdings erst in späteren Verhältnissen, wo die Verfassung nicht schwankend und unbestimmt, sondern in feste Sätze gebannt wird, ihre volle Entwicklung gefunden haben.

§ 39. Geschlechterstaat und Territorialstaat.

Das auf solche Weise vereinigte Volk bildet eine Einheit, nicht nur eine Einheit des Rechts, sondern eine Einheit der ganzen Kultur, eine Einheit der geistigen Entwicklung und der ganzen Lebensbetrachtung. Diese Einheit ergibt sich ursprünglich schon genealogisch, weil das Volk aus der Familie hervorgegangen ist; und haben sich die verschiedenen Totems zusammen verschwägert, so ist das Zusammenleben ein so inniges, und die Gruppenehe greift so mächtig ein, daß notwendig eine gewisse Nivellierung, eine gleichmäßige Stufe des Denkens und Fühlens entsteht. Auch die religiöse Einheit bleibt gewahrt, denn wenn auch die verschiedenen Totems ihre verschiedenen Götzen haben, so verstehen sich diese Götter ebensogut zueinander wie die Totems selbst. So entwickelt sich eine einheitliche geistige Atmosphäre, und sie ist es, in welcher die Lebenskraft des Volkes ruht (Volksgeist).

Dies wird unterbrochen, wenn fremde Elemente in den Staat eintreten. Solches ist ursprünglich undenkbar: niemand kann Staatsgenosse werden, der nicht einer der Familien oder Geschlechter angehört. Allerdings führt das Bedürfnis nicht selten dahin, daß Persönlichkeiten vorübergehend oder ständig in die Klientelschaft aufgenommen werden und auf diese Weise unter die Fittiche einer Familie kommen, die sie beschützt, aber auch für sie einstehen muß; allein dies sind Ausnahmen.

Eine Änderung tritt ein, sobald man fremde Kolonisten zuläßt: diese bilden oft einen wünschenswerten Zuwachs, sie bestellen große Landstriche, sie können besteuert werden und tragen auf solche Weise zur materiellen Wohlfahrt und zur Macht bei, denn die Verteidigung des Staates ist auch ihr Interesse. Eine wichtige Entwicklung ist es nun, wenn diese Kolonisten mit in den Staatsverband aufgenommen und mehr oder minder mit dem Staat verschmolzen werden. Jetzt tritt an Stelle der Einheit eine gewisse Verschiedenheit in der Geistesverfassung in Charakter und Anlage. Aber diese Verschiedenheit muß wiederum ausgeglichen werden durch das Zusammenleben, durch Mischehen und durch das gemeinsame Interesse und die gemeinsame Wirksamkeit zum Wohle des Staates. So entsteht an Stelle der alten Geschlechterstaaten unser Territorialstaat.

Auch nach anderen Richtungen hin hat sich die Geschlechterverfassung aufgebraucht; wie die Kolonisten die ausschließliche Macht der Geschlechter brachen, so mußten die Geschlechter sich selber vielfach dadurch auflösen, daß die ihnen angehörigen Familien zusammengewürfelt wurden; es lebte jetzt nicht mehr die Geschlechterfamilie zusammen, sie bildete jetzt nicht mehr eine strenge Einheit, die Einheit der Gentilen und der Phratrien, sondern die lokalen Verhältnisse knüpften die Menschen aneinander. Wenn eine Familie des Geschlechts A und eine Familie des Geschlechts B oder C zusammen wohnten, so mußte sich in ihrem Kreise eine neue Gemeinschaft bilden, eine Gemeinschaft der durch die Lebensbeziehungen wachgerufenen Interessen und eine Gemeinsamkeit der durch die Gesamtbedürfnisse von selbst erregten Bestrebungen.

So tritt an Stelle der Geschlechterverfassung die Gemeindeverfassung mit ihren eigenen Oberhäuptern und ihrer eigenen Vertretung. Dies hat natürlich auch viel dazu beigetragen, die Kolonisten und die Geschlechter einander anzunähern; die Geschichte der griechischen Verfassung unter Kleisthenes, welche an Stelle der genealogischen Phylen die örtlichen Phylen setzte [1], und die Geschichte der römischen Tributkomitien ist ein beredtes Zeugnis der Macht solcher lokaler Verbände. Bedeutsam sind derartige Gemeinschaften namentlich in Ostasien: die chinesische Gesellschaft beruht auf den Verbänden der Chia und der Pao mit ihren Chia- und Pao-Häuptern, und auch die japanische Gesellschaft war früher auf solche Verbände,

[1] Kohler und Ziebarth, Das Stadtrecht von Gortyn S. 45.

Go-nin-kumi und Kashira, angelegt. Aber auch im germanischen Leben hat diese Gemeindeverfassung wesentlich dazu beigetragen, die Macht der Geschlechter zu brechen, die allerdings lange Zeit als ein engerer Verband, als ein Staat im Staate mit besonderen Vorrechten sich zu halten suchten, dann aber zuletzt weichen mußten.

Je mächtiger sich im Territorialstaat die Mannigfaltigkeit entwickelt, je mehr sich diese auf der anderen Seite mit einer gewissen gemeinsamen Denkungsweise verbindet, um so reicher wird die Kultur sein, die der Staat entwickelt. Wir brauchen zur Kultur viele und verschiedenartige Begabungen; wir brauchen aber auch wieder ein gemeinsames geistiges Fluidum, in dem diese Begabungen sich vereinen und zusammenwirken. Die Bedingung eines gesunden Staatslebens ist die Assimilierung verschiedener mit Eigenkraft wirkender sozialer Elemente.

§ 40. Staat als eine Verwirklichung der sittlichen Idee.

Diese Entwicklung der Staates gibt auch seine Rechtfertigung: der Staat muß sein, weil nur in einer solchen Gemeinschaft die menschliche Kultur sich entwickeln kann, weil, wenn die Menschen als Einzelne sich zerblättern, alle Errungenschaften menschlichen Geistes zugrunde gehen. Die Verbindung muß eine autoritative, machtvolle sein, wenn überhaupt die Kulturaufgaben gegen die Umsturzmächte bestehen bleiben sollen, und ebenso muß die Verbindung eine dauernde und folgerichtige sein, wenn nicht unsere Kulturentwicklung ständig den größten Schwankungen unterliegen soll. Auf diese Weise ist der Staat eine Verwirklichung göttlichen Geistes, die Verwirklichung der in der Weltgeschichte tätigen Kulturmächte und Gewalten [1]. Dies, was das Wesen des Staates betrifft. Wie sich die Staaten im einzelnen entwickeln, ist Sache des Waltens geschichtlicher Kräfte, wobei allerdings Volksgeist und Volksbewußtsein eine große Rolle spielen. Ob ein Volk Personen erzeugt, welche eine mächtige Häuptlingsstellung einnehmen können, ob das Volk Geschmeidigkeit genug besitzt, um sich dem Häuptlingtum zu fügen, das hängt natürlich nicht nur von den äußeren Geschichtsverhältnissen, sondern auch von dem Volkscharakter und dem Bildungsgange des Volkes ab [2].

Im übrigen hat die Anschauung von der Bedeutung und Rechtfertigung des Staates, seitdem man darüber nachdachte, wesentliche Wandlungen durchgemacht. Am tiefsten und vernünftigsten hat im Altertum Aristoteles die Sache erfaßt, und sein Werk über die Politik bietet noch dem jetzigen Leser eine Fülle von Belehrung, ist auch für die mittelalterliche Weltanschauung von entscheidender Bedeutung gewesen. Allerdings trat im Mittelalter die christliche Idee der Gottesherrschaft auf, und da Staat und Kirche als göttlich erschienen, so entwickelte sich die berühmte Frage, ob der Staat unmittelbar von Gott eingesetzt sei, oder ob er erst der Kirche seine Autorität zu verdanken habe. Es war dies die Frage, welche das ganze Mittelalter seit Gregor VII. beherrschte und auch nachträglich nicht völlig zur Ruhe kam. Die Kirche beanspruchte die alleinige unmittelbare Göttlichkeit und erklärte, daß der Staat seine Rechte von der Kirche herleite, ebenso wie der Mond sein Licht von der Sonne. So entstand die Theorie der zwei Schwerter, indem die Kirche zwei Schwerter habe, von denen sie das eine dem Staat übergebe, usw.: die Kirche leitete daraus die Befugnis ab, die kaiserliche Macht zu beaufsichtigen und nötigenfalls den Kaiser abzusetzen. Der prägnanteste Ausdruck des Kurialismus war die berühmte Bulle Unam sanctam von Bonifaz VIII., den Dante stets in der leidenschaftlichsten Weise bekämpft hat. Hier entbrannte der Kampf auf der ganzen Linie, und Männer wie Dante, überzeugte Ghibellinen, suchten mit aller Macht die Selbständigkeit des Staates gegenüber der Kirche zu verteidigen: ihn dürfe die Kirche nicht versehren, denn er gehöre mit zu den Lebensbedingungen der Menschheit. In seinem unsterblichen Poem spricht er diese Idee vielfach aus; außerdem schrieb er eine Schrift, „De Monarchia", in der er diese Frage ausführlich entwickelte [3]. Weiter ging ums Jahr 1324 Marsilius von Padua, der Leibarzt Kaiser Ludwigs des Bayern, der umgekehrt eine Oberherrschaft des Staates über die Kirche verteidigte, ganz im Sinne der streitbaren Persönlichkeit des Kaisers, für den er schrieb.

---

[1] Über den Begriff des Staates vgl. Einführung S. 120, Lehrb. der Rechtsphil. S. 142.
[2] Über die Staatsverfassung vgl. Lehrb. der Rechtsphil. S. 159, Einführung S. 125.
[3] Vgl. hierüber meine Schrift: Dante als Prophet S. 52 f.

Eine große Rolle hat bei alledem auch die Sage von der konstantinischen Schenkung gespielt, indem man behauptete, dieser Kaiser habe, von einer Krankheit genesen, dem Papst Sylvester bedeutende Zugeständnisse gemacht. Die frühere Zeit glaubte an diese Schenkung und suchte sich mehr oder minder damit abzufinden, Dante ebenso wie Bartolus u. a. Heutzutage ist die Unechtheit und der legendarische Charakter dieser Überlieferung ohne Zweifel.

Noch lange wogte der Kampf nach, auch nachdem die Idee des Weltkaisertums Schiffbruch gelitten hatte, und Jesuiten wie Suarez und Johannes Mariana waren beredte Vertreter des Kurialsystems, das bis in die systematisch durchgeführte Lehre von der Berechtigung zum Tyrannenmord ausmündete [1].

Andere Wege schlug das Naturrecht ein. Der gesunde Gedanke, daß die Gliederung der Menschheit aus dem Innern der Menschenseele hervorgeht, nur nicht aus der Menschenseele in der Vereinzelung, sondern in ihrem sozialen Zusammenhang, wurde zum Staatsvertrag verzerrt, indem man den sozialen Gesamtwillen zu einer Summe von zusammentreffenden Einzelwillen vereinzelte und diese Summe unter den vom Privatrecht her bekannten Begriff des Vertrags brachte. Die ganze Vorstellung beruhte auf dem dem Naturrecht eigenen Mangel an metaphysischer Grundlegung, auf der Unfähigkeit, die Gesamtheit als Gesamtheit und den in ihr weilenden teleologischen Trieb zu erkennen [2]. Und diese Vorstellung hegte man, trotzdem schon Aristoteles in seiner Politik I 1, § 9 das goldene Wort gesprochen hatte, daß der Staat eine Naturschöpfung sei und der Mensch ein von Naturanlage zum Staate vorgebildetes Wesen, ein zoon politicon, und trotzdem Thomas von Aquin so herrlich verkündet hatte, der Mensch müsse in Staaten leben, er müßte dies, selbst wenn der Sündenfall nicht gewesen wäre [3]. Und doch hatte einer der größten Politiker und der gewaltigsten Opportunisten, Machiavelli (1469—1527), bereits gezeigt, wie im Erwerb und in der Erhaltung der Herrschaft die Machtfrage die Hauptrolle spielt, die Macht über die Mittel und über die Gemüter, ohne Rücksicht auf die Zustimmung der Bevölkerung [4].

Selbst Spinoza konnte sich lange Zeit von der Idee des Staatsvertrages nicht losmachen; er hing ihr noch an in seinem tractatus theologico-politicus, er sprach hier noch von den Bedingungen dieses pactum (XVI, § 12 ff.). Weiter ist er allerdings in seinem nachgelassenen Werke, dem unvollendeten tractatus politicus, gediehen, wo der Staatsvertrag ziemlich verschwindet (VI 1, III 9): in unum conspirare, et communi aliquo affectu naturaliter convenire [5]. Allein der Einfluß Spinozas nahm seit den ersten Dezennien des 18. Jahrhunderts ab, und die Äußerung des letzten Traktats blieb ziemlich einflußlos [6]. Noch bis ins 19. Jahrhundert geisterte die Lehre vom Staatsvertrag, bis sie der große Hegel für immer bannte: „Es liegt nicht in der Willkür der Individuen, sich vom Staate zu trennen, da man schon Bürger desselben nach der Naturseite hin ist. Die vernünftige Bestimmung des Menschen ist, im Staate zu leben, und ist noch kein Staat da, so ist die Forderung der Vernunft vorhanden, daß er gegründet werde. Ein Staat muß eben die Erlaubnis dazu geben, daß man in ihn trete oder ihn verlasse; dies ist also nicht von der Willkür der Einzelnen abhängig, und der Staat beruht somit nicht auf Vertrag, der Willkür voraussetzt. Es ist falsch, wenn man sagt, es sei in der Willkür aller, einen Staat zu gründen; es ist vielmehr für jeden absolut notwendig, daß er im Staate sei." (Philosophie des Rechts § 75) [7]. Dies ist seit Aristoteles das Vernünftigste, was darüber geäußert wurde. Ein Eingehen auf die verschiedenen Irrgänge

---

[1] Vgl. die bemerkenswerte Schrift von H. G. Schmidt, Lehre vom Tyrannenmord (1901) S. 40 f. Sodann Schubert, Staatslehre von Johannes Salisbury u. a.

[2] Vgl. Einführung S. 122. Übrigens findet sich die Lehre des Staatsvertrags schon viel früher, vor allem bei dem chinesischen Philosophen Mehti, vgl. Arch. f. Rechtsphil. III S. 23.

[3] Vgl. Baumann, Staatslehre des hl. Thomas v. Aquin S. 167.

[4] Über Macchiavell vgl. Schmidt, Macchiavelli und die allgemeine Staatslehre S. 67 (1907).

[5] Vgl. über diesen Fortschritt in der Anschauung Spinozas Menzel in den Festgaben für Unger S. 54 f. und dazu meine Bemerkungen im Jurist. Literaturblatt XI S. 30 und im Lehrb. der Rechtsphil. S. 155.

[6] Vgl. Bäck, Spinozas erste Einwirkungen auf Deutschland S. 84 f.

[7] Treffendes sagt auch in dieser Beziehung Franz von Baader, dessen Aussprüche von Reichel, Die Sozietätsphilosophie Franz von Baaders S. 24 f., übersichtlich zusammengestellt sind (Separatabdr. aus der Zeitschr. f. die gesamte Staatswissenschaft 57 Heft 2).

des Staatsvertrages ist entbehrlich, da wir hier Rechtsphilosophie und nicht Geschichte der Rechtsphilosophie zu geben haben [1].

Und auch die Lehre von den Schranken der Staatsgewalt und den sogenannten Menschenrechten gehört nicht hierher; denn es handelt sich hier nicht um etwas Absolutes, sondern um eine Gestaltung nach geschichtlich gegebenen Grundlagen und Grundbedingungen. Am verkehrtesten ist die Theorie, welche den Staat zum Rechtsstaate macht, d. h. ihm nur die Aufgabe der Rechtspflege und keine andere zugesteht [2]. Sicher ist allerdings, daß kein moderner Staat gedeihen kann, der nicht gewisse Rechte der Persönlichkeit anerkennt, sogenannte Menschenrechte, deren Entwicklung vor allem den Begründern der Vereinigten Staaten zu verdanken ist [3].

Daher liegt dem modernen Staat allerdings das Erfordernis zugrunde, daß die Verwaltung nach gewissen Grundsätzen verfahre, und daß sie die gesetzlichen Rechte der Einzelnen anerkenne, und hieraus ergibt sich die Lehre von der Verfassungsmäßigkeit der Staatsregierung, von der sich allerdings bereits in frühen Zeiten Ansätze finden.

IV. Einwirkung des Ganzen auf die Geschicke des Einzelnen.

1. Strafrecht.

§ 41. Schuld und Willensfreiheit.

Bei der Entwicklung des menschlichen Einzelwesens bricht auch dasjenige hervor, was man freien Willen nennt, und mit dem freien Willen die Schuld. Lag die Schuld zur Zeit des Gesamtlebens mehr in der Gesamtheit als im Einzelnen, so tritt jetzt der Einzelne als voller Träger der Schuld hervor und hat für sie einzustehen. Die Schuld aber beruht darauf, daß der Mensch nicht maschinenmäßig durch das Getriebe von Beweggründen geleitet wird, sondern daß ihm eine gewisse Freiheit zusteht, eine sogenannte Willkür, innerhalb eines bestimmten, durch Beweggründe und Anlagen gegebenen Gebietes zu wählen. Seine Naturanlage ist nicht etwa so gestaltet, daß sie unmittelbare Willenserregungen auf Grund der Beweggründe erzeugte; wäre dem so, so wäre es um die Willensfreiheit geschehen; die Naturanlage gibt nur eine bestimmte Geneigtheit, einen bestimmten Trieb, kraft der Beweggründe zu wirken; daneben steht der freie Wille, der in der Lage ist, von diesem Triebe abzuweichen und sich nach einer anderen Richtung zu schlagen. Allerdings, das ist sicher, daß das festbestimmte menschliche Einzelwesen dem freien Willen nicht eine jede Ungebundenheit und Zügellosigkeit gewährt, denn Freiheit ist nicht gleich Zügellosigkeit, und es gibt nichts Unrichtigeres, als ganz von der Persönlichkeit und ihrem Charakter abzusehen und zu vermeinen, daß ein jeder in jedem Augenblick ein Geheimnis wäre, aus dem die allerunwahrscheinlichsten und seltsamsten Dinge hervorgehen könnten. Vielmehr gibt der Charakter dem menschlichen Willen bestimmte Geneigtheiten, die ihn von einer Reihe von Taten absolut zurückhalten, so daß diese von einem bestimmten Menschen nie und nimmer zu erwarten sind. Daneben aber steht dem normalen Menschen immer noch eine große Reihe von Möglichkeiten offen, und unter diesen Möglichkeiten zu wählen ist Sache des freien Willens [4].

Der freie Wille, der sich gegen die sozialen Gebote wendet, kommt in Schuld. Die sozialen Gebote entstehen, sobald man beginnt, den Einzelnen als Persönlichkeit der Gesamtheit entgegenzusetzen; wenn er auf der einen Seite zu handeln und zu entschließen befugt wird, so wird ihm auf der anderen Seite geboten, in seinen Handlungen gewisse Güter der Menschheit zu wahren. Tut er dies nicht, so ist dies ein Sich-aufbäumen gegen die Gesellschaft, es ist ein Widerrecht, es ist die Schuld.

Die Schuld verlangt — nicht immer, aber in bedeutsamen Fällen — ihre Sühne; die Sühne ist die Wiederherstellung des durch die Schuld herbeigeführten Unheils, des Unheils,

---

[1] Über Rousseau vgl. Arch. f. Rechtsph. VI S. 41.
[2] Hiergegen Lehrb. der Rechtsphil. S. 143.
[3] Lehrb. der Rechtsphil. S. 158.
[4] Über Determinismus und Indeterminismus vgl. Moderne Rechtsprobleme S. 19 f. und Leitfaden des Strafrechts S. 8.

das darin besteht, daß die soziale Ordnung gebeugt und dadurch die Gesamtheit in Gefahr gesetzt wird; denn wer den Einzelnen zum selbständigen Handeln zuläßt, muß darauf bestehen, daß die soziale Ordnung gewahrt wird: unter der Zügellosigkeit des Einzelnen soll nicht das Ganze zugrunde gehen [1].

Die Sühne besteht in einem Schmerz, in einem seelischen Leiden, denn das seelische Leiden läutert den Einzelnen und stumpft auch für die Gesamtheit den Stachel der Schuld ab, weil sich die gerechte Entrüstung in Mitleid umwandelt und dadurch der Schuldige der Gesellschaft wiedergewonnen wird. Auch die sittliche Empfindung wird in der Gesamtheit gestärkt, wenn sie fühlt, daß derjenige durch Leiden gebeugt wird, der der Gesamtheit gefährlich zu werden drohte.

Das ist das Wesen der Strafe; dieses erschöpft sich daher nicht in Äußerlichkeiten; es erschöpft sich nicht darin, daß die Strafe andere abschreckt: denn ist dies auch der Fall, so wäre es immerhin kein gerechter Zustand, daß der eine (als souffre-douleur) büßen müßte, damit die anderen sich bessern; nur wenn die Strafe sich sühnend gegen den Täter selbst kehrt, ist sie gerecht.

Ebensowenig kann man sagen, daß die Strafe rein die Besserung des Täters zum Zwecke hat; dann dürfte man den Unverbesserlichen nicht bestrafen, und beim Verbesserlichen würde Strafe und Zwangserziehung zusammenfallen, während doch beides im höchsten Grade zu trennen ist. Der Landstreicher, der niemanden verletzt, bedarf oft einer viel längeren Zucht als der Dieb oder Betrüger oder überhaupt der Gelegenheitsverbrecher.

Dies gilt namentlich auch für das, was man heutzutage Zweckstrafe nennt. Zweckstrafe bedeutet nur, was man früher als Strafe kraft relativer Strafrechtstheorie bezeichnete, also Strafe mit Abschreckungs-, Besserungszweck, Strafe mit Sicherungszweck, sofern die menschliche Gesellschaft gegen unverbesserliche Einzelwesen geschützt werden soll. Ist für letzteres ein Bedürfnis vorhanden, so darf man eine solche Absperrung nicht als Strafe behandeln; soweit der Verbrecher kraft der Gerechtigkeit Strafe verdient, ist ihm ein Leiden zuzufügen; soweit er aber noch außerdem, der Gefährlichkeit wegen, von der Gesellschaft abgeschlossen werden muß, ist ihm nur soweit Schmerz zu bereiten, als dies mit der Abschließung untrennbar verbunden ist. An der scharfen Abscheidung von Zwangserziehung, Sicherungsabschließung einerseits und Strafe anderseits hängt die Zukunft der Strafrechtswissenschaft [2].

§ 42. Blutrache.

In den Zeiten, wo die Entgegensetzung der einzelnen Persönlichkeit gegenüber der Gesamtheit noch wenig entwickelt war, galt statt des Strafrechts das Racherecht.

Die Rache beruht, wie die Strafe, auf dem Gedanken, daß auf die Schuld eine Vergeltung folgen müsse; allein sie entbehrt des sozialen Elementes: nicht deswegen will sie vergelten, weil der Einzelne sich gegen die Gesamtheit aufbäumte und die Gesamtheit dies zu sühnen hat, sondern deswegen, weil der Einzelne verletzt wurde, und diese Verletzung will wieder eine Verletzung; das verlangt ein dem Menschen, ebenso wie anderen animalischen Wesen, ursprünglich innewohnendes Gefühl. Darum ist auch die Rache unbändig und blind; sie kennt, wenigstens in ihren ersten Entwicklungsstufen, kein Maß und kein Verhältnis. Sie trägt nicht zur Gesundung der Gesamtheit bei, sondern bietet Anlaß zu ständig neuen Erregungen und ist darum ein antisoziales und unsittliches Institut. Allerdings ist die Blutrache nicht immer in diesen ersten Stufen stecken geblieben; sie hat Entwicklungsformen angenommen, welche sie der Strafe annäherten. Schon daß man sie nicht nur als Recht, sondern als Pflicht betrachtete, und daß sie nicht von dem Verletzten, sondern von der ganzen Familie geübt wurde, gab ihr einen allgemeineren Charakter. Außerdem entwickelten sich gewisse Verhaltungsgrundsätze; insbesondere sollte die Rache mit dem Unrecht ein bestimmtes Gleichmaß zeigen. So kam es, daß die Blutrache den Menschen jahrhundertelang genügte und erst allmählich anderen Einrichtungen Raum gab. Jedenfalls aber ist die Blutrache eine der verbreitetsten Erscheinungen des Erdballs. Es gibt

[1] Vgl. meine Schrift: Wesen der Strafe (1888).
[2] Vgl. darüber Moderne Probleme S. 44 f., Gedanken über die Ziele des heutigen Strafrechts S. 24 f.

kein Naturvolk, das sie nicht kannte, kein Kulturvolk, das nicht aus dem Stande der Blutrache hervorgegangen wäre [1].

Eine Schranke aber führte die Geschlechterverfassung von jeher ein: die Rache sollte nicht innerhalb der Familie, nicht innerhalb des Geschlechts wüten, weil dies die Familie einer Selbstvernichtung entgegengetrieben hätte. An Stelle dessen trat die Familiendisziplin, welche die Vorbotin des modernen Strafrechts war.

§ 43. Anfänge des Vergeltungsrechts.

Als sich das soziale Strafrecht entwickelte, trat der Gedanke der Sühne und damit das richtige Verhältnis zwischen Schuld und Strafe oft nur in sehr getrübter Form hervor. Zwar, eine gewisse Verhältnismäßigkeit hatte sich schon in den Blutrachezeiten festgestellt, und die Idee: wie man verletzt hat, müsse man wieder verletzt werden, ist äußerst verbreitet; sie ist eine volkstümliche Äußerung des Grundgedankens, daß die Strafe eine gerechte Sühne und Wiedervergeltung sein müsse. Daher der Satz: Auge um Auge, Zahn um Zahn. Dieser Spruch scheint auf den ersten Augenblick manche Berechtigung zu haben; er steht aber mit unserer jetzigen Anschauung in Widerspruch und führt zu äußerlichen Ergebnissen. Denn einmal wendet er sich gar nicht gegen die Schuld, sondern gegen den Erfolg der Tat: der nämliche Erfolg soll dem Schuldigen zuteil werden; das ist aber nach unserer jetzigen Rechtsbetrachtung unzutreffend: der Täter hat vielleicht in starker Aufregung gehandelt; ist es da angemessen, daß man ihm absichtlich und nach ruhiger Erwägung dasselbe Übel zufügt, ihm etwa wiederum ein Auge ausstößt, wenn er den Verlust eines Auges herbeigeführt hat? Sodann muß beachtet werden, daß ein und derselbe Erfolg bei dem einen Wesen schmerzlicher ist als bei dem anderen; schon in früheren Zeiten setzte man sich den Fall, daß, wenn ein Einarmiger einem anderen die Hand abgehauen, der Verlust der einen Hand für ihn doch viel schlimmer wäre als das Übel dessen, dem nach Verlust der einen Hand noch eine andere übrig bleibt [2]. Der Talionsgedanke ist daher der fortgeschrittenen Rechtsabwägung nicht mehr gemäß; als das Richtige erscheint folgendes: dem Frevler ist ein Leiden zuzufügen, das mit der Schuld in einem solchen Verhältnis steht, daß wir es als eine gerechte Wiedervergeltung und Tilgung der Schuld empfinden. Das ist natürlich in den verschiedenen Zeiten verschieden; verschieden ist es namentlich nach der Empfindungskraft und der Leidensfähigkeit des Menschengeschlechts, die durchaus nicht in allen Zeiträumen die nämliche ist [3].

Seine Weihe erlangt das Vergeltungsprinzip durch die Idee der Gottesstrafe. Die Tat wird vergolten, weil sie die Gottheit beleidigt hat und die beleidigte Gottheit zu versöhnen ist. Es braucht keines Hinweises, daß diese Idee einer zürnenden Gottheit ein bedeutendes Bildungselement in sich trug. Die Sühne für die beleidigte Gottheit war zugleich eine Sühne für das beleidigte sittliche Bewußtsein, sie war zugleich eine Sühne für das gotteswidrige und damit sozialwidrige Verhalten. Allerdings nahm dieser Gedanke oft eine höchst persönliche Form an; man glaubte, daß die Gottheit zürne und ungehalten sei; ja, man glaubte, daß sie diesen Unwillen an der ganzen Menschheit oder doch wenigstens an Stadt und Staat erweise. So kommt es, daß selbst ein so gottesfürchtiger Mann wie Justinian der Ansicht ist, daß Gotteslästerungen Seuchen und Erdbeben erzeuge, und Ende des 15. Jahrhunderts glaubte man das Auftreten der Blattern auf schwere göttliche Strafe wegen ähnlicher Sünden zurückführen zu müssen. Ebenso findet sich der Gedanke vielfach in den italienischen Stadtrechten des 16. Jahrhunderts, und daher erklärt sich die furchtbare Strafe des Feuertodes gegen den Päderasten und die Satzung, daß man auch das mißbrauchte Tier tötete:

---

[1] Nachweise in meinem „Shakespeare vor dem Forum der Jurisprudenz" S. 131 f., meiner Schrift über die Blutrache (1885), und zahlreiche weitere Nachweise in späteren rechtsvergleichenden Abhandlungen. Vgl. ferner Arias, istituzioni giuridiche nella divina Commedia (1901) p. 31 f., Götz in Z. f. vergl. Rechtsw. XXIV S. 246 f. (über russisches Recht).

[2] Ein Fall, der im griechischen Gedankenkreis eine große Rolle spielte, vgl. Kohler und Ziebarth, Recht von Gortyn S. 90.

[3] Gedanken über die Ziele des Strafrechts S. 14 f. Abarten der Talionsidee sind die sinnbildliche Strafe und die Bestrafung des frevelnden Körperteils; darüber vgl. Leitfaden des Strafrechts S. 68.

man wollte alles, was an die Tat erinnerte, wegschaffen, damit auch die Gottheit vergesse und es die Gesellschaft nicht büßen lasse. Natürlich hat dieser Gesichtspunkt mit dazu beigetragen, das Strafrecht als soziales Institut auszubilden und von der Rache zu lösen; denn es bestand nunmehr ein Bedürfnis der Gesellschaft zu strafen, das viel schwerer wog als die Leidenschaft des Verletzten.

Eine rationell-sinnfällige Ausladung der Vergeltungsidee ist aber der Gedanke der Abschreckung. Die Sühne will das Verderben abwenden; eine volkstümliche Anschauung, welche die Abwendung lediglich in der Verhinderung der Wiederholung des Verbrechens erblickt und die seelische Sühnung in der äußerlichen Furcht vor der Strafe sieht, verkehrt die Idee der Sühne in die Abschreckungsidee, welche große Gebiete der Kulturwelt beherrscht und beherrscht hat. Vielfach ist die Idee der Abschreckung noch eine recht rohe und sinnliche. Man will nicht etwa abschrecken durch die Strafdrohung, so daß die Strafvollziehung nur eigentlich etwas Nebensächliches wäre, sondern man will eben gerade abschrecken durch die Strafvollziehung, macht darum diese so öffentlich als möglich und so grausig als möglich. Noch im Anfang des 19. Jahrhunderts war es Sitte, zu Hinrichtungen die Kinder mitzunehmen, damit sie vor dem Verbrechen eine heilsame Scheu empfingen, da ihnen die Strafe handgreiflich vor Augen trat; der Galgenbühl ist meist ein weithin schauender Hügel und der Galgen das überall sichtbare Wahrzeichen der Gerechtigkeit, wie es einer der hervorragendsten Maler, Vettore Pisano, zweimal auf seinen Städtebildern angebracht hat[1].

Immerhin hat diese Idee wesentlich den Gedanken genährt, daß das soziale Interesse am Strafrecht beteiligt sei; das Strafrecht wurde aus einer Talionseinrichtung zugunsten des Einzelnen zu einer Sühneeinrichtung zugunsten der Gesamtheit.

Allerdings ist diese Sühneeinrichtung nicht absolut; sie läßt Ausnahmen zu, sofern in gewissen Fällen das Strafbedürfnis erlischt oder hinter anderen sozialen Erfordernissen zurücksteht. Daraus ergibt sich die Rechtfertigung der Verjährung und der Begnadigung[2].

§ 44. Entstehung der Schuldvergeltung.

Der Gedanke der Blutrache war äußerliche Vergeltung: darum sah man ursprünglich nur auf den äußerlichen Schaden, nicht auf die innere Schuld; und lange Zeit ist auch das soziale Strafrecht auf diesem Stande geblieben. Viele Völker strafen die Tat rein ihres Erfolges wegen und ohne Rücksicht auf den sich dabei entwickelnden seelischen Vorgang. Noch ein so entwickeltes Strafrecht wie das altchinesische ahndet das Zufallsvergehen, d. h. die schuldlose Missetat, und auch das japanische Strafrecht ging vor der Einwirkung europäischer Ideen dahin, daß man auch Wahnsinnige und Willenlose bestrafte. Später machte man Unterschiede: man hielt die vorsätzliche und die nichtvorsätzliche Tat auseinander und bestrafte die vorsätzliche Tat härter als die unvorsätzliche; so schon in den Blütezeiten der Blutrache: das Islamrecht zwingt den Bluträcher, im Falle der absichtslosen Tötung das Wergeld, d. h. den Ersatz für den Getöteten, anzunehmen, während er bei absichtlicher Tötung das Wergeld zurückweisen und die Blutrache durchführen darf. Ebenso gestattet das jüdische Recht dem absichtslosen Täter, in die Asylstadt zu fliehen und dort zu bleiben, während der absichtliche Täter in der Asylstadt nicht geduldet wird. Dieser Zustand dauert längere Zeit. Allmählich nimmt man einige Fälle, wie den Fall des Wahnsinns und den Fall offensichtlichen Irrtums, ganz von der Strafe aus, und so kommt man endlich auf die schwierigste Unterscheidung, auf den Unterschied zwischen dem fahrlässigen und dem völlig schuldlosen Tun. Fahrlässig ist derjenige, der den Erfolg nicht will und nicht voraussieht, ihn aber voraussehen würde, wenn er die Achtsamkeit hätte, welche das Leben im allgemeinen oder welche Gewerbe, Stand, Beruf im einzelnen Falle (von ihm) verlangen. Man sagt in diesem Fall: es ist ein Willensfehler, eine Schuld, wenn man bei den Gefahren, die das Leben bringt, die Geistesspannung versäumt, die nötig ist, um Ver-

---

[1] Auf dem Tondo in der Berliner Gallerie und dem hl. Georgsbild in S. Anastasia in Verona.

[2] Vgl. Wesen der Strafe S. 18 f. Die Geschichte der Begnadigungslehre ist kennzeichnend für die philosophische Auffassung des Strafrechts; vgl. darüber Sternberg, Begnadigung bei den Naturrechtslehrern, Z. f. vgl. R. XIII S. 321 f.

letzungen der Mitmenschen zu vermeiden; denn dieser Mangel an Aufmerksamkeit zeugt von einer frevelhaften Gleichgültigkeit gegen die Interessen anderer.

Je gefährlicher eine Tätigkeit ist, um so mehr ist man gehalten, alle Möglichkeiten zu überdenken, um einen unheilvollen Erfolg zu verhüten. In der heutigen Zeit, in der Zeit des Dampfes und des elektrischen Betriebes und in einer Zeit, wo die Medizin vor den kühnsten Operationen nicht zurückschreckt, tritt das dringende Gebot höchster Sorgfalt ganz besonders an den Menschen heran. So führt die Zeit, welche die Zufallshaftung zurückweist, eine strenge Haftung für Fahrlässigkeiten, namentlich für Berufsfahrlässigkeiten herbei, eine Haftung, die sich manchmal mit dem alten System der Zufallshaftung berührt.

§ 45. Treibende Kräfte der Entwicklung.

Die große Tat der Weltgeschichte, die Umwandlung der Blutrache in das staatliche Strafrecht, hat sich in folgender Weise vollzogen: wie man früher die Blutrache innerhalb der erweiterten Familie nicht zuließ, so daß die Familiendisziplin aushelfen mußte, so läßt der Staat, als eine die Familien umfassende Gemeinschaft, die Blutrache, welche am Mark des Gemeinwesens nagt, nicht mehr zu und ersetzt sie durch die staatliche Zucht.

Diesen Schritt hat insbesondere frühzeitig das römische Recht getan und jeden Mord eines römischen Bürgers als parricidium dem staatlichen Gerichte unterworfen. Bei manchen Völkern hat man mindestens die Blutrache unter staatliche Kontrolle gestellt, wie im Islam und wie in Japan in der Zeit der Tokugawa (17., 18., bis Mitte des 19. Jahrhunderts). Auch folgende Wendung ist nicht selten: die Blutrache wird durch die staatlichen Organe vollstreckt, und der Scharfrichter ist das Werkzeug des Bluträchers. Mit anderen Worten: die Blutrache wird nur zugelassen, soweit sie den staatlichen Zuchtbestrebungen gemäß ist.

Diese Entwicklung ist durch drei Momente gefördert worden: durch das Häuptlingswesen, durch die Asylidee und durch die dem Rachegeist widerstrebenden Religionen.

Das Häuptlingswesen hat hier ganz besonders seine segensreiche Wirksamkeit entfaltet; allerdings nicht immer, ja nicht einmal vorzugsweise aus väterlichem Wohlwollen oder weitschauender sozialer Politik, obgleich auch diese hervorragenden Momente nicht ganz ausgeschlossen waren; hauptsächlich war es das Machtgefühl der Häuptlinge, das hier zur Geltung kam, und es war ihr Egoismus: Geldstrafen und Konfiskationen fielen ihnen ganz oder teilweise anheim. Und so ist es gekommen, daß z. B. ostafrikanische Stämme, die ein entwickeltes Häuptlingsrecht haben, bereits die Blutrache vollständig verdrängten, so daß das Häuptlingsstrafrecht das Racheinteresse absorbierte. Ja, hier ist es vorgekommen, daß sich Häuptlinge unmittelbar ins Mittel legten und ohne Anklage die Verbrecher verfolgten, also bereits das einführten, was man Untersuchungs- oder Inquisitionssystem nennt.

Asyl ist eine teils durch die Religion, teils durch den Familien- oder Schutzverband herbeigeführte Einrichtung, kraft welcher die Blutrache in gewissen Verhältnissen und Beziehungen pausieren muß.

So zunächst das örtliche Asyl: es gibt Örtlichkeiten, an denen die Blutrache nicht geübt werden darf. Namentlich kommt es vor, daß sich der Täter in einen Tempel, einen heiligen Hain, in das Haus des Richters oder sonst in ein öffentliches Gebäude flüchtet, in welchem Falle er nicht angegriffen und herausgeholt werden darf. Diese Art der Entwicklung hat vielfach dazu geführt, daß die Blutrache ihre Schärfe verlor und in das Kompositionssystem überging, oder daß sich die Häuptlinge ins Mittel legten und ausgleichend oder sühnend verfuhren. Eine charakteristische Gestalt nahm die Asylstätte im jüdischen Rechte an: hier wurde untersucht, ob die Tat eine vorsätzliche oder unvorsätzliche war; im ersten Falle wurde der Täter aus der Asylstadt herausgeführt und dem Bluträcher überlassen, im anderen Falle durfte er in der Asylstadt bleiben und war in ihr unangefochten. Ähnliches ist auch bei anderen Völkern nachweisbar. Das Asyl kann aber auch zeitlich sein, indem bestimmte Tage des Jahres oder der Woche der Blutrache entzogen sind; es kann auch persönlich sein: der Täter ist mit dem Augenblick, wo er mit einem Familiengenossen des Verletzten oder einem mächtigen Schutzfreunde in Verbindung getreten ist, gegen die Racheübung gefeit (Anayasystem, von anaya, einem kabylischen Wort).

Endlich hat auch die Religion wesentlich dazu beigetragen, die Blutrache aufzuheben. Der ethische Gedanke, daß die Rache verwerflich sei, mußte zur Verdrängung des Instituts führen; damit stand die Vorstellung nicht im Widerspruch, daß eine Strafe, und zwar eine sehr energische Strafe — auch die Todesstrafe — zu verhängen sei, sofern sie von der Allgemeinheit ausgeht, um die Gesundheit des Volkes zu erhalten; denn hier tritt jeder Rachegedanke zurück. Schon Thomas von Aquin sagt, daß die Fürsten als Ärzte berufen seien, Auswüchse im sozialen Körper zu entfernen. Man erkannte, daß die staatliche Strafe auf anderer Grundlage beruhe als die Rache; schon die obenerwähnte Idee des Gottesrechts hatte in dieser Beziehung eine Wendung herbeigeführt: Strafe um der Gottheit, Strafe um der Menschheit willen. Auf diesem Wege hat das Recht der christlichen Völker die Blutrache überwunden und überall das staatliche Strafrecht als leidenschaftslose Ausübung der Gerechtigkeit eingeführt. Lange Zeit zwar gelten noch einige Ausflüsse der Blutrache weiter, und eine Zeitlang steht das Leben im Widerspruch mit dem Recht, wie ja z. B. noch Dante die Blutrache als etwas Natürliches, der Familie Zukommendes ansieht, und wie noch heutzutage, sechs Jahrhunderte nach Dante, drei Jahrhunderte nach Shakespeare, manche nicht begreifen können, warum Hamlet sich nicht zur Blutrache entschließt!

§ 46. Moderne Probleme [1].

Die heutige Welt steht noch auf der Grundlage des Vergeltungsrechts; die Angriffe hiergegen und die Versuche, die Strafe auf den sogenannten Zweckgedanken zu bauen, d. h. auf utilitare, von der Gerechtigkeit abliegende, mit der Schuld nicht im Zusammenhang stehende Gründe, haben es nicht zu erschüttern vermocht. Die Bestrebungen heutiger Zeit gehen vielmehr dahin, durch Individualisation der Strafe den Gedanken der Gerechtigkeit reiner und vollkommener zu verwirklichen und durch andere, neben der Strafe einhergehende Mittel die Quellen des Verbrechens zu verstopfen und, um dies ausgiebiger zu tun, die im Volksleben mächtigen vergiftenden Keime kennen zu lernen. Namentlich die Zucht der Jugend ist ein wesentlicher Faktor, mit dem sich der Staat zu befassen hat; in ihr ruht vielfach das Heil der Zukunft; daher die moderne Jugendfürsorge, die zunächst in Chicago und im Staate Colorado erwachsen ist, jetzt in allen Kulturstaaten, auch bei uns, eine eifrige Pflege erfährt. Es handelt sich hier darum, die Strafe völlig hinter den Erziehungs- und Besserungsbestrebungen zurücktreten zu lassen [2]. Ein anderes Ziel ist die strenge Ausscheidung der Unverbesserlichen aus der Gesellschaft: dieser Zweck kann am besten durch Verbrecherkolonien erreicht werden.

2. Prozeß.

§ 47. Prozeß und Selbsthilfe.

Der Prozeß ist eine Einrichtung, welche dahin abzielt, das Recht, gegenüber den Hemmnissen des menschlichen Willens, nicht durch Privattätigkeit, sondern durch Hilfe des Staates zu verwirklichen. Ursprünglich macht der Mensch keinen Unterschied, ob die Hemmnisse des Rechts von Naturwesen oder von Menschenhand erfolgen [3], und er betrachtet es als selbstverständlich, daß der Berechtigte auch die Befugnis habe, den entgegenstehenden menschlichen Willen zu beugen.

Die Selbsthilfe ist ursprünglich, sie ist allgemein und gilt dem Menschen als das Natürliche; denn die Beschränkung der Rechtsverwirklichung auf gewisse Mittel hat etwas Künstliches und muß durch besondere Gründe gerechtfertigt werden. Die Rechtfertigung aber ergibt sich aus den Nachteilen der Selbsthilfe; sie ergibt sich aber auch aus der Sonderstellung des menschlichen Willens gegenüber den Naturkräften.

---

[1] Moderne Rechtsprobleme S. 19 f., Gedanken über die Ziele des heutigen Strafrechts (1909).

[2] Vgl. darüber Mack (übersetzt von Elsa Schmidt) im Archiv für Strafrecht B. 58 S. 17 f. Weitere Nachweise demnächst im Arch. f. Strafrecht.

[3] Einführung in die Rechtswissenschaft S. 174.

Die Nachteile der Selbsthilfe haben sich zur Genüge gezeigt. Sie gibt die Herrschaft des Rechtes dem Zufall anheim und macht die Rechtsverwirklichung zu einer Machtfrage; sie entfesselt ohne Schutz und Aufsicht das Meer menschlicher Leidenschaften, sie schafft keine Beruhigung, sondern erzeugt ein ständiges Hin- und Herwogen der Gewalt; sie hält die Menschheit von der Kulturarbeit ab.

Gegen diese schweren Nachteile suchte die Selbsthilfe von sich aus Heilung zu bieten: die Selbsthilfe wurde öffentlich, sie verlangte die Mitwirkung von Standesgenossen, sie verlangte eine bestimmte Form, insbesondere auch eine Ankündigung; hierdurch wurde eine Menge von Mißbräuchen entfernt: denn ein freches Widerstreben gegen die Volksüberzeugung wagte man selten; dazu kam noch, daß das Recht der früheren Zeiten durchsichtiger und dem Volke bekannter war als heutzutage. Besonders klar tritt dies im keltischen Rechte hervor. Die Pfändung (das athgabail) vollzog sich hier in gewissen Fristen; nach Ablauf der letzten Frist (dithim) trat der Verfall des Pfandes ein. Die Pfändung mußte in Gegenwart eines Gewährsmannes (aigne toxail), die Verbringung an die Pfandstätte in Gegenwart noch eines zweiten oder weiterer drei Männer stattfinden. Der Schuldner entging der Pfändung, wenn er Sicherheit (raith) dafür stellte, daß er bei Gericht erscheinen werde, um die streitige Frage zur Entscheidung zu bringen[1]. Auch öffentliche Organe wurden mitunter zugezogen, wenn auch nur mit passiver Anwesenheit, so z. B. der Prätor bei der legis actio per manus injectionem, so der salfränkische thunginus beim nexticantichio; und ein wichtiger Fortschritt was es, als der Strafprozeß entstand: derjenige, der zu Unrecht Selbsthilfe geübt hatte, wurde auf dem Wege des Strafprozesses mit mehr oder minder schwerer Strafe belegt; das war eine mächtige Gegenwirkung gegen schwere Mißbräuche[2].

Aber alle diese Hilfsmittel waren nur scheinhaft. Der wahre Fortschritt mußte darin bestehen, daß die Organe des Staates nicht bloß passive Anwesenheit gewährten, sondern selbst zur Verwirklichung des Rechts tätig wurden. Dies hatte schon den außerordentlichen Vorteil, daß auch der Schwache mit dem Mächtigsten fertig werden konnte, indem er den Staat anrief, der auch dem gewaltigsten Privatmann gegenüber der stärkere ist. Daher gab es eine Zeit, wo man durch Selbsthilfe und durch Prozeß sein Recht erreichen konnte. Eine neue Entwicklung war es, als die Selbsthilfe immer mehr zurückgedrängt und zuletzt ganz verboten wurde, und es entstand dasjenige, was man Prozeßmonopol nennt, nämlich der Grundsatz: Willst du dein Recht wider einen widerstrebenden Willen durchführen, so mußt du dich des Hilfsmittels des Prozesses bedienen. Nur ganz ausnahmsweise, wenn die staatliche Hilfe fehlt und das Einschreiten so dringend ist, daß man sonst um sein Recht käme, ist dasjenige statthaft, was man Nothilfe nennt; dies ist noch heutzutage im BGB. anerkannt, § 229[3].

§ 48. Häuptlingsrecht und Gottesprobe.

Wie immer, so haben auch hier verschiedene Umstände zur Rechtsentwicklung beigetragen, wobei die Menschen unbewußt die Diener des Fortschritts waren. Vor allem ist der Prozeß wesentlich gefördert worden durch das Häuptlingsrecht. Es war auch hier eine Steigerung ihrer Machtfülle, als der Rechtsuchende sich an den Häuptling wenden und bei ihm sein Recht holen mußte. Es war ebenso eine Steigerung ihrer Machtfülle, als es dem Häuptling zustand, das Recht auch gegenüber dem Mächtigsten durchzuführen. Außerdem gab dies dem Häuptling eine ausgiebige Gelegenheit, sich zu bereichern, denn es handelte sich sehr häufig um Entschädigungsansprüche, und hier behielt der Häuptling gern einen guten Teil für sich.

Aber schon vor der Häuptlingszeit, schon in dem Stande der Totemverfassung mußten sich mehr oder minder prozessualische Bildungen gestalten, weil die Selbsthilfe im innern

---

[1] Vgl. meine Abhandlung über das keltische Pfändungs- und Prozeßrecht, Zeitschr. f. vergl. Rechtswissenschaft XXI S. 198 f.

[2] So im keltischen Recht, Zeitschr. f. vergl. Rechtswissenschaft XXV S. 203; umgekehrt trat Strafe ein bei unberechtigter Pfandwehr; so im germanischen Recht, vgl. Planitz, Vermögensvollstreckung im Mittelalter S. 707 f.

[3] Vgl. mein Lehrbuch des bürgerlichen Rechts I S. 229.

Verkehr gegen die Ordnung und Zucht von Familie und Geschlechtsgemeinschaft verstieß und man daher von Totems halber einwirkte, um eine Lösung der Streitigkeiten zu erzielen.

Ein ganz neues und wichtiges Element in der Entwicklung aber war der Einfluß des Gottesrechts; der Gedanke, daß die Gottheit tätig sei, um Recht von Unrecht zu unterscheiden, führte zu neuen Bildungen. Schon bei Naturvölkern finden sich die merkwürdigen Einrichtungen der Rechtsbrüderschaften, d. h. der religiösen Vereine, welche bestimmt sind, den göttlichen Willen in bezug auf das Recht zwangsweise durchzuführen; es sind dies Erscheinungen, wie wir sie in unseren Kolonien kennen, als Dukduk, Balum, Kani bei den Papua[1], als Egbo in Kamerun, — indem Leute in phantastischer Tracht plötzlich hereinbrechen und strafend und wiederherstellend das Recht verwirklichen. Nach Entwicklung des Priestertums mußte die Sache eine neue Gestaltung annehmen: die Priester bemächtigten sich des Rechts, sie bildeten die Rechtssätze und lehrten sie ihren Zöglingen. Aber noch mehr: sie rührten an die Gottheit, um im einzelnen Fall die Wahrheit und die richtige Lösung zwischen Recht und Unrecht zu erkunden. Was wir heutzutage durch die schwierigen Mittel des Beweises zu erreichen bestrebt sind, indem wir nach rationellen Grundsätzen, nach den seelischen Gesetzen des menschlichen Erkennens zur Überzeugung zu gelangen suchen, das geschah damals durch die Gottesprobe.

Gottesprobe ist irgendeine Tätigkeit, um eine Entscheidung der Gottheit über Recht und Unrecht herbeizuführen; eine solche Gottesprobe ist insbesondere die Bahrprobe beim Mord, indem man vom Erschlagenen selbst, der unter die Geister eingegangen ist, die Enthüllung über den Mörder haben will. Diese Bahrprobe ist so natürlich, daß sie sich auf dem ganzen Erdboden findet; verschieden sind nur die Mittel, wodurch man den Geist des Verstorbenen zum Sprechen bringt und sich mit ihm in Verkehr setzt. Bald legt man sich mit dem Kopf auf die Brust des Leichnams und hofft, im Traum die Offenbarung zu erlangen; bald trägt man den Leichnam und glaubt, wenn der Name des Mörders gesprochen wird, durch ein plötzliches Zucken, durch einen Nervenkrampf von dem Toten die Erklärung zu erhalten, daß der so benannte Mensch der Mörder ist; bald beobachtet man die Richtung, welche der Rauch nimmt, den man auf dem Grabe entfacht, indem man annimmt, daß die Seele des Verstorbenen unmittelbar nach der Richtung ziehe, wo der Mörder weilt, und daß sie auf solche Weise den Flug des Rauches bestimme.

Noch idealer ist das Los-Ordal: indem man entweder das Los wirft oder sonst irgendwie den Zufall spielen läßt, um Wahrheit oder Unwahrheit zu erkennen. Die Völker sind ungemein erfinderisch in derartigen Gestaltungen der Zufallsfügung. Ganz besonders ideal gedacht, aber sehr gefährlich, weil nicht nachzuprüfen, ist die sogenannte Seherschau, indem der Priester als Seher auf irgendeine Weise den Täter erkennt, sei es nun durch Erleuchtung im ekstatischen Traum, sei es durch ein Bild im Spiegel oder in der Wasserwelle. Diese Seherschau hängt zusammen mit der gleichfalls religiösen Einrichtung der Auguration, indem man auch die Zukunft auf solche Weise zu erforschen strebt. Auguration für die Zukunft und Gottesprobe für die Vergangenheit beruhen auf derselben Geistesverfassung. Manche Völker haben das eine, andere das andere beibehalten. Zwei so nüchterne Völker, wie die Römer und die Chinesen, weisen keine Gottesprobe mehr im Prozeß auf, aber sie wahren die Auguration, die Römer allerdings unter überwiegend etrurischem Einflusse. Dagegen findet sich die Gottesprobe als Seherschau ebenso bei den Polynesiern und bei den Araukanern, wie bei den Afrikanegern; allerdings bei den letzteren so, daß man der Seherschau des Oganga nicht ohne weiteres traut, sondern dem durch den Seher Bezichtigten das Recht gibt, sich auf ein Gottesurteil (meist Giftordal) zu berufen.

Eine neue Entwicklung nimmt die Gottesprobe an, wenn sie zum Gottesurteil wird. Dies ist eine Gottesprobe, bei welcher entweder beide Parteien oder die eine, gewöhnlich der Beklagte, mit gewissen Naturmächten in Verbindung gebracht wird; dann kommt es darauf an, wie er diese Einwirkung besteht. Ganz allgemein auf dem Erdball ist die Probe des Wassers durch Untertauchen, indem diejenige Partei Recht bekommt, die es eine bestimmte Zeit aushält; die Probe des Feuers, indem derjenige obsiegt, der ohne wesentliche Verletzung sich dem Feuer unterwirft, sei es, daß er durch das Feuer wandelt, sei es, daß er ein heißes

[1] Vgl. beispielsweise Z. f. vergl. Rechtsw. XIV S. 383 f.

Eisen, eine heiße Kugel usw. in der Hand trägt oder die Hand in siedendes Wasser oder Öl taucht. Aber auch das Giftordal ist sehr verbreitet; wir finden es in Indien wie in unseren afrikanischen Kolonien: die Partei muß das Gift zu sich nehmen; wenn sie es gut erträgt, ist sie gerechtfertigt; wenn sie ohnmächtig und besinnungslos wird, ist sie besiegt und überwunden. Auch das Ordal der Wage treffen wir in Indien, indem der Angeklagte zweimal gewogen wird, das zweitemal, nachdem er seine etwaige Schuld auf sich genommen hat; ist er schuldig, so wiegt er das zweitemal schwerer. Ebenso die verschiedenen Proben mit Tieren, z. B. das Schlangen- und Krokodil-Ordal in Afrika usw.

Eine besondere Kategorie bildet die Probe mit Naturdingen, bei welchen nicht die Naturkraft des Wesens, sondern eine künstlich eingepflanzte geistige Macht wirkt, so das Fluchwasser-Ordal der Juden, wo die des Ehebruchs bezichtigte Frau Wasser trinken mußte, in welches ein Pergament, mit Flüchen beschrieben, gelegt war; man glaubte, daß der Schuldigen der Leib aufschwellte und berste. Sodann das Ordal des geweihten Bissens, das sich bei den Inka-Peruanern findet, indem man eine geheiligte Speise zu sich nimmt, nachdem man seine Unschuld beteuert hat u. a.

Dieses Gottesurteil bietet insofern einen Fortschritt gegenüber der unpersönlichen Gottesprobe, als die Persönlichkeit der Parteien, vor allem die des Beklagten, mit ins Spiel kommt; die Folge ist, daß doch nicht bloß die Naturkräfte, die mit dem Rechte nichts zu tun haben, entscheiden, sondern mehr oder minder die Macht der Überzeugung des Beklagten von Recht oder Unrecht Bedeutung gewinnt und die seelische Kraft des reinen oder belasteten Gewissens wirksam wird. Noch mehr wird dieses Element von Erheblichkeit bei denjenigen Gottesurteilen, bei denen eine bloße Seelenäußerung des Angeklagten, z. B. ein Erzittern, ein Erblassen, die Entscheidung gibt.

Aber noch ein weiteres seelisches Element tritt hier in Wirksamkeit: das Unterliegen beim Gottesurteil soll vielfach schwere geheimnisvolle Folgen nach sich ziehen; wer sich der Gottheit unterwirft, indem er sein Recht beteuert, der hat nicht nur zu gewärtigen, daß sich die Gottheit von ihm abkehrt, sondern ihn erwartet Fluch und Verderben. Man denke an die furchtbare Folge des Fluchwassers, des geweihten Bissens! Daher wird in den meisten Fällen der Schuldige sich der Probe nicht unterwerfen, er wird gestehen, er wird sich unterwerfen. Man hat daher das Vertrauen, daß der Schuldige sich entdeckt. Für den Unschuldigen aber ist ein Ordal der letzterwähnten Art die letzte Zuflucht vor den ihn belastenden Verdachtsmomenten.

Eine neue Entwicklung aber wird angebahnt, wenn jemand sich zwar einer Naturkraft verschreibt, aber so, daß der Erfolg erst in der Zukunft eintritt; z. B. jemand beteuert seine Unschuld und ruft Sonne, Meer, Schlangen usw. als Zeugen an; man glaubt nun, daß, wenn er unrecht hat, diese Wesen ihn in kurzer Zeit angreifen oder gar hinwegraffen; und so ist es auch bei Kulturvölkern, insbesondere in Indien, üblich, daß man die Hand auf den Kopf des Kindes legt und ausspricht, das Kind solle sterben, wenn man Falsches sage. Man wartet nun einige Zeit ab, und wenn diese Zeit ohne Unheil verstreicht, so ist der Beklagte gerechtfertigt.

Noch weiter in der Vergeistigung gehen diejenigen Selbstverwünschungen und Selbstverfluchungen, die erst in unbestimmter Zeit, wohl erst im Jenseits in Erfüllung gehen sollen. Hier konnte man natürlich nicht mehr auf den Ausgang warten, um zu wissen, ob der Schwörende gerechtfertigt oder nicht gerechtfertigt ist; daher änderte man die Einrichtung dahin: nicht ein künftiger Erfolg soll den Schwörenden rechtfertigen, sondern schon der Schwur allein. Auf diese Weise entwickelte sich die Selbstverwünschung, der Eid, geleistet auf einen Stab, der mit Verwünschungsformeln bedeckt war. Dieser Eid ist der einzige Rest, der uns aus den Zeiten des Gottesurteils noch geblieben ist, und er spielt noch in unserem jetzigen Prozeß eine große Rolle. Auch heutzutage gilt der Eid vielen noch als eine Selbstverwünschung und Selbstverfluchung für den Fall der schuldhaften Unrichtigkeit; immer mehr aber gibt er diesen geschichtlichen Charakter auf und wird zu einer feierlichen Versicherung, bei deren schuldhafter Unwahrheit schwere Strafen eintreten; er ist also nicht mehr ein Verwünschungsmittel mit einem Wechsel auf das Jenseits, sondern eine feierliche, mit schwerer eventueller Straffolge verbundene Erklärung.

§ 49. Übergang zum rationellen Prozeß [1].

Die wichtigste Entwicklung des Prozesses ist die, welche diese religiösen Momente abstreift und vom Gottesprozeß zum rationellen Menschenprozeß führt. Die Gottesprobe fällt weg; der Eid besteht noch, aber mit ganz anderer Bedeutung; und wesentlich für die Entscheidung ist nicht die Stimme Gottes, sondern die Überzeugung des Richters; man nimmt an, daß es dem Wesen der Gottheit nicht entspreche, in jedem einzelnen Falle nach menschlichem Belieben hervorzutreten. Dies hat dann auch die weitere Folge, daß der Prozeß sich vereinfacht; während er sich nämlich bisher, angesichts der göttlichen Majestät, in rituellen Formen abspielte, so werden nun einfache Erklärungen und Gegenerklärungen abgegeben, bei denen es nur bedeutsam ist, daß man sich klar ausdrückt nicht daß man sich besonderer Wortformen bedient.

Die Entwicklung wurde durch das Häuptlingsrecht bedeutend gefördert; vielfach lagen die Häuptlinge im Kampfe mit der Priesterschaft, und es war ihnen sehr wenig erwünscht, wenn die Priester durch ihre ausschließliche Herrschaft über den Ordalismus ihnen Hemmnisse bereiteten und eine ihnen unangenehme Entscheidung herbeiführten. Im Interesse des Häuptlingtums war es darum, die Gottesurteile möglichst beiseite zu schieben, namentlich auch den Indizienbeweis im höchsten Maße zur Geltung zu bringen.

So hat sich die Entwicklung bald schneller, bald langsamer vollzogen. Bei einzelnen Bantus z. B. hat das Häuptlingsrecht schon frühzeitig einen ganzen modernen Prozeß herbeigeführt; bei den Germanen aber haben sich wegen ihres tiefen religiösen Sinnes die Gottesurteile außerordentlich lange erhalten. Eine der letzten Formen des Gottesurteils war der Zweikampf, der im 13. Jahrhundert allmählich erloschen ist. Schon vorher erwies sich gerade dieses Ordal dem Verkehr als unbequem, und namentlich die Kaufleute suchten sich ihm zu entziehen, indem sie sich entweder besondere Freiheiten erbaten oder eine eigene Handelsgerichtsbarkeit einführten. In der Handelsgerichtsbarkeit aber wurde der rationelle Prozeß wesentlich gefördert; wesentlich gefördert wurde er auch durch die Möglichkeit, Erklärungen mittels der Schrift festzuhalten und auf solche Weise der Vergänglichkeit zu entziehen, so daß sie beliebig wieder vorgelegt werden konnten: so entstand der rationelle Urkundenbeweis.

Außer den Urkunden kommen insbesondere die Zeugen in Betracht. Der Zeugenbeweis hatte seine Grundlage in der Eideshilfe: der Schwörende mußte früher vielfach seine Verwandten herbeiziehen, damit sie ihre Überzeugung von der Richtigkeit seines Eides eidlich erklärten; seine Aussage hatte nur Wirksamkeit, wenn sie zur Familienaussage wurde [2]; und als sich das Familienband lockerte, konnte man auch Freunde und Bekannte, ja selbst ganz fremde Personen zur Hülfe nehmen. Die Eideshelfer beschworen nicht die Tatsache, sondern ihre Überzeugung von der Richtigkeit der Aussage. Mit der Zeit aber gewannen gerade diejenigen Eideshelfer eine besondere Bedeutung, welche aus eigener Wahrnehmung schwören konnten; so wurden die Eideshelfer zu Zeugen. Die Zahl der Eideshelfer war von alters her fest bestimmt. Daraus hat sich bis in das 19. Jahrhundert hinein die Beweistheorie erhalten, die darin bestand, daß der Richter eine Tatsache nur dann annehmen dürfe, aber dann auch annehmen müsse, wenn sie von mindestens zwei Zeugen bekundet werde. Außerdem blieb in manchen Rechten folgendes Verhältnis des Eides zum Zeugenbeweis bestehen: man konnte die Tatsache durch Zeugen beweisen oder aber den Eid des Gegners verlangen, d. h. man konnte die Sache auf den Eid des Gegners ankommen lassen oder ihm den Eid durch Zeugnis verlegen; Zeugenbeweis und (eventueller) Eid waren vielfach unverträglich, der Kläger mußte zwischen beiden wählen.

So ist uns der Eid geblieben; im übrigen ist es die Charakteristik unseres Prozesses, daß der Richter die Befugnis hat, nach rationellem Befinden und Forschen zu handeln. Unsere jetzige Gestaltung des Prozesses sucht das wichtige Ziel der Rechtsverwirklichung durch Appell an die Vernunft des forschenden Geistes zu erreichen. Natürlich ist dies nicht ohne Folgen für die Entwicklung des Volkes; denn hierdurch wird die Kraft der Nation gesteigert und das menschliche Einzelwesen auf eine höhere Stufe gesetzt, und so ist das Recht hier wie sonst ein Bildungsmittel des Volkes, eine Schule der Menschheit.

---

[1] Lehrbuch der Rechtsphilosophie S. 172 f., Einführung S. 175.

[2] Die Eideshilfe im germanischen Recht ist allgemein bekannt; über die Eideshilfe im ägyptischen, griechischen Recht, bei den Albanesen und im Islam vgl. Kohler und Ziebarth, Recht von Gortyn S. 82 f., 128.

C. Blick in die Zukunft.

§ 50. Künftige Bildungen.

Die künftige Rechtsentwicklung ist durch das Gegebene vorgezeichnet. Vom Gesamtrecht ist die Menschheit ausgegangen, und zum Einzelrecht ist sie vorgeschritten; die Irrgänge des Einzelstrebens haben allerdings dahin geführt, daß gesellschaftliche Einrichtungen entstanden sind, um die Ausbeutung des Einzelnen durch seine Mitmenschen zu mäßigen, um die Auswüchse des Wettverkehrs zu dämpfen und um gegenüber der übermäßigen Einzelhabe einen Grundstamm des öffentlichen Vermögens zu erwerben, der von der Betriebsamkeit des Einzelnen unabhängig ist; andererseits haben die Vereinigungen der Gewerbetreibenden vielfach den Verkehr beherrscht und auf solche Weise Ergebnisse erzielt, die den Grundgesetzen des freien Wettbewerbs zu widersprechen scheinen.

Manche haben daraus geschlossen, daß die Menschheit wieder rückwärts gehe und zum Gemeineigentum und zur Gemeinwirtschaft zurückkehre. Davon kann keine Rede sein. Auch die Vereinigungen zum gemeinsamen Wirken und zur Unterdrückung des Wettbewerbs fördern immer wieder den persönlichen Egoismus. Die einzelnen Geschäfte vereinigen sich, weil sie auf diese Weise besser fahren, als wenn sie sich gegenseitig zerfleischen. Die Gemeinsamkeit führt daher immer wieder zum Privatvermögen des Einzelnen. Auch die sozialen Vorsorgeeinrichtungen sind in keiner Weise Feinde des Einzeleigentums, sondern im Gegenteil: sie stellen dieses Eigentum auf eine festere Grundlage; sie verhüten, daß die unteren Schichten der Menschheit unserer Gesellschaftsordnung gefährlich werden.

Dazu kommt, daß das Erfinderrecht stets das Vorrecht des Einzelnen bildet und der Einzelne kraft seiner in der Lage ist, einen ganzen Ring zu sprengen und sich zum Beherrscher der Industrie zu machen. Zwar werden auch hier die Mächte der Vereinigung den Erfinder an sich zu ketten suchen, aber der Erfindergeister sind so viele, daß hier immer wieder ein befreiendes Element gegeben ist.

Das Einzelrecht wird also bleiben, aber natürlich in tausend Schattierungen und in vielfacher Verbindung mit genossenschaftlichen Elementen; und die Gesellschaft wird bleiben in genossenschaftlicher Form, in der Form des Staates, in der rechtlichen Vereinigung der Kräfte — wenn auch über die Art des Staates der Zukunft und namentlich über die Möglichkeit eines Weltbundes hier von Vermutungen abgesehen wird[1].

Schon wird der Gedanke wach, ob es uns einstens gelingen wird, unsere Herrschaft über fremde Himmelskörper auszudehnen; dann werden wieder gewaltige Probleme an uns herantreten, von denen wir einstweilen schweigen dürfen.

Das Ziel der letzten menschlichen Entwicklung aber kann nach allem Gegebenen nicht das persönliche Glück sein, sondern die höchste Entwicklung der Kultur nach den zwei Seiten, nach der Seite der Beherrschung der Welt (der Macht) und nach der Seite des geistigen Lebens. Mächtig sollen wir werden, die Beherrscher des Alls; geistig aber sollen wir zur höchsten Erkenntnis reifen, in der Kunst die höchsten Gebiete beherrschen und in der Religion das Göttliche erfassen. Auf diese Weise wird die vom Absoluten ausgehende Bewegung sich immer mehr dem Absoluten nähern, die Gottähnlichkeit der Menschheit sich ständig steigern. Welche Bedeutung eine solche Zweckentwicklung der ausgestrahlten Bewegung für das Weltgetriebe hat, darüber entschlagen wir uns der Vermutung; es genügt, das Problem anzudeuten. In der bezeichneten Entwicklung aber hat das Recht eine doppelte Betätigung: auf der einen Seite ist es als Äußerung des Kulturlebens ein Gegenstand der Menschenkunde, auf der anderen Seite ist das Recht selbst ein Hilfsmittel der Kultur, es läutert die Gesinnung und schützt die Kulturentwicklung gegen feindliche Mächte. Rechtstheorie wie Rechtspraxis, Rechtsphilosophie, Rechtsgeschichte, Rechtsdogmatik und ihre Anwendung sind in gleicher Weise unentbehrliche Förderungsmittel des menschlichen und damit des allweltlichen Fortschritts; das Recht gleicht dem Lichte, das glänzt und uns das All enthüllt, das aber zugleich die Wärme spendet, welche die ganze Natur in Bewegung setzt; es entspricht dem Weltwesen, das im unendlichen Willen und im unendlichen Intellekte schafft. Das Recht ist göttlich und wird es bleiben.

Stets wird der Perseus entstehen, der den drohenden Drachen, nämlich die kulturfeindlichen Mächte, mit dem Gorgohaupte des Rechts zu Stein verwandelt.

[1] Über das Völkerrecht vgl. Lehrb. der Rechtsphilos. S. 203 ff.

II.

Geschichte und System des deutschen und römischen Rechts.

1.

Quellen und Geschichte des deutschen Rechts[1]

von

Heinrich Brunner (Berlin).

---

[1] Folgende Darstellung ist eine verkürzte Wiedergabe meiner bei Duncker & Humblot erschienenen „Grundzüge der deutschen Rechtsgeschichte", die aus einer Umarbeitung meiner „Quellen und Geschichte des deutschen Rechtes" in Franz von Holtzendorffs „Encyklopädie der Rechtswissenschaft" hervorgegangen sind. Der Kürzung sind insbesondere die Anmerkungen und die Literaturnachweise zum Opfer gefallen. Der Verfasser.

Inhaltsübersicht.

Erster Teil. Die Rechtsentwicklung bis zur Aufnahme der fremden Rechte.

Erster Abschnitt. Allgemeine Rechtsgeschichte und Geschichte des öffentlichen Rechts. Seite

A. Die germanische Zeit 69

§ 1. Das deutsche Volk. § 2. Das Wirtschaftsleben. § 3. Die Sippe. § 4. Das Ständewesen. § 5. Recht und Rechtsbildung. § 6. Die Verfassung. § 7. Heerwesen und Rechtspflege. § 8. Die Missetat und ihre Folgen. § 9. Der Rechtsgang.

B. Die fränkische Zeit 76

I. Allgemeine Rechtsgeschichte 76

§ 10. Das fränkische Reich. § 11. Die wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Grundlagen der Rechtsbildung. § 12. Die Rechtsbildung. § 13, 14, 15. Die Rechtsdenkmäler.

II. Das Staatsrecht 86

§ 16. Das Königtum. § 17. Der Hof des Königs und die Reichsverwaltung. § 18. Die Verwaltungsbezirke und ihr Ämterwesen. § 19. Die Reichsverwaltung und die Leistungen der Untertanen. § 20. Die Anfänge des Lehnsstaates.

III. Das Strafrecht. § 21 95

IV. Der Rechtsgang. § 22 96

C. Das Deutsche Reich bis zum Ausgang des 15. Jahrhunderts . . . . . .

I. Allgemeine Rechtsgeschichte 98

§ 23. Das Deutsche Reich. § 24. Die Besitzverhältnisse. § 25. Das Ständewesen. § 26. Die Rechtsbildung. § 27. Quellen des Reichsrechts. § 28. Die Land- und Lehnrechtsbücher. § 29. Landes- und Landschaftsrechte. § 30. Dienst- und Hofrechte. § 31. Stadtrechtsquellen. § 32. Urkunden und Formelbücher.

II. Das Staatsrecht 113

§ 33. Die Thronfolge. § 34. Die königliche Gewalt. § 35. Heer- und Steuerwesen. § 36. Die Kirche. § 37. Der Hof des Königs und die Reichsverwaltung. § 38. Das Ämterwesen in den einzelnen Teilen des Reichs. § 39. Die Landeshoheit. § 40. Staatsrechtliche Sonderbildungen. § 41. Die Städte.

III. Das Strafrecht. § 42 125

IV. Der Rechtsgang. § 43 126

Zweiter Abschnitt. Geschichte des Privatrechts bis zur Aufnahme der fremden Rechte . . . 130

§ 44. Allgemeine Bemerkungen. 130

I. Die Rechtsfähigkeit. § 45 131

II. Das Sachenrecht 133

§ 46. Die Gewere. § 47. Liegenschaftsrechte. § 48. Das Recht an der Fahrnis.

III. Das Recht der Schuldverhältnisse 137

§ 49. Die Schuld. § 50. Die Haftung. § 51. Das Pfand.

IV. Das Familienrecht. 142

§ 52. Die Ehe. § 53. Das eheliche Güterrecht. § 54. Die Kindschaft. § 55. Die Vormundschaft.

V. Das Erbrecht 146

§ 56. Der Erbgang. § 57. Das Wartrecht und die Vergabung von Todes wegen.

Zweiter Teil. Die Rechtsentwicklung seit der Aufnahme der fremden Rechte.

I. Allgemeine Rechtsgeschichte 150

§ 58. Niedergang und Untergang des Reiches. § 59. Die Besitzverhältnisse. § 60. Das Ständewesen. § 61. Die Aufnahme der fremden Rechte. § 62. Die Reichsgesetzgebung. § 63. Landes- und Stadtrechte. § 64. Die Anfänge einer nationalen Rechtswissenschaft und Gesetzgebung. § 65. Die Rechtseinheit.

II. Das Staatsrecht 163

§ 66. Der Kaiser. § 67. Die Reichshofämter und das Reichskammergericht. § 68. Reichsregiment und Reichskreise. § 69. Der Reichstag. § 70. Die Reichsglieder und deren Stellung zum Reich. § 71. Das Staatsrecht der Territorien.

III. Das Strafrecht. § 72. 170

IV. Das Gerichtsverfahren 171

§ 73. Der Strafprozeß. § 74. Der Zivilprozeß.

V. Das Privatrecht. § 75 173

Vorbemerkung.

Das römische Recht nennen wir nach einer Stadt, die sich im Laufe der Jahrhunderte zum Universalstaate des Altertums aufgeschwungen hat. Dem deutschen Rechte gab ein ganzes Volk den Namen, das einer straffen Zusammenfassung stets entbehrte, auch in der Zeit, als es im Rahmen des heiligen römischen Reiches seine staatsrechtliche Einheit gefunden hatte. Damit ist von vornherein ein tiefgreifender Gegensatz in der Geschichte beider Rechte angedeutet. In Deutschland gebrach es an den Voraussetzungen der einheitlichen und künstlerisch abgeschlossenen Ausbildung des römischen Rechts. Der deutschen Rechtsentwicklung fehlte ein Kristallisationspunkt, wie ihn das römische Recht in der urbs gefunden. Von oben her war sie fast vollständig sich selbst überlassen. Nie hat ein deutscher Herrscher auf die Rechtserzeugung einen so nachhaltigen Einfluß genommen, wie ihn der Papst als das Haupt einer festgegliederten Hierarchie durch seine Dekretalen auf die Gestaltung des kanonischen Rechts ausübte. Umsonst suchen wir in der Geschichte des deutschen Rechts nach einer Periode, da die Justizpflege in den Händen eines absoluten Königtums und eines von ihm abhängigen Juristenstandes zentralisiert wurde, wie dies in England unter den normannischen Königen der Fall war. Bis zur Gründung des neuen Deutschen Reiches fehlte die Fähigkeit oder die Möglichkeit, im Wege der Gesetzgebung ein einheitliches Recht zu schaffen, wie es Frankreich seit Ludwig XIV. durch königliche Ordonnanzen, dann unter Napoleon I. durch dessen Kodifikationen erhalten hatte. Mit dem hervorgehobenen Mangel kräftiger Organe einer einheitlichen Rechtsbildung hängt es zusammen, daß es dem deutschen Rechte nicht beschieden war, seine Entwicklung selbständig zu vollenden. Zu einer Zeit, als es seine Jugendperiode noch nicht überschritten hatte, seit der Mitte des 15. Jahrhunderts, wurde in Deutschland fremdes Recht rezipiert, nämlich römisches Recht, kanonisches Recht und langobardisches Lehnrecht. Diese bedeutungsvolle Tatsache rechtfertigt es, die Geschichte des deutschen Rechts zunächst in zwei Zeitabschnitte zu teilen: die Periode der nationalen Rechtsbildung und die Periode der Vorherrschaft des fremden Rechtes. Innerhalb des älteren Zeitraums unterscheiden wir wieder die germanische Rechtsbildung bis zum Abschluß der Völkerwanderung, die Rechtsbildung in der fränkischen Monarchie und die des Deutschen Reiches bis zum Ausgang des Mittelalters. Einen dritten Zeitabschnitt wird der Rechtshistoriker der Zukunft mit den Kodifikationen der deutschen Reichsgesetzgebung zu beginnen haben, die der Herrschaft des fremden Rechtes in Deutschland ein Ende machten.

Die Geschichte des Rechts zerfällt nach dem Gegenstande ihrer Betrachtung in die allgemeine und in die besondere Rechtsgeschichte, je nachdem sie die Entwicklung des Rechts in seiner Totalität oder die Entwicklung der einzelnen Rechtsinstitute verfolgt. Man pflegt dafür sonst von äußerer und von innerer Rechtsgeschichte zu sprechen, Ausdrücke, die wenig passen, weil das Ganze eines Organismus nicht mit seiner Außenseite zusammenfällt und ebensowenig die einzelnen Glieder seine innere Seite bilden.

Auch in der Geschichte des Rechts waltet das Gesetz der allmählichen Differenzierung. Einrichtungen, die sich in jüngeren Perioden mit scharf ausgeprägten Gegensätzen als verschiedenartige Rechtsgebilde gegenüberstehen, sind in den Anfängen der Entwicklung gegensatzlos in einem Rechtsgebilde vereinigt, welches sich erst im Laufe der Zeit mit Rücksicht auf die verschiedenen Funktionen, die es übernimmt, in mehrere zerspaltet. Im Hinblick auf jenes Gesetz der Differenzierung der Rechtsinstitute erscheint es für die geschichtliche Behandlung des Rechts als geboten, den Stoff zunächst nach Perioden und erst innerhalb dieser, soweit es angeht, nach dem System der Rechtsinstitute zu gliedern.

Um die allgemeine Rechtsgeschichte der einzelnen Perioden darzustellen, sollen einige einleitende Worte den territorialen und historisch-politischen Rahmen der ihr zufallenden Rechtsentwicklung feststellen, sollen sodann die wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Grundlagen des Staats- und Rechtslebens skizziert und schließlich die Rechtsquellen behandelt werden. Sodann werden von den Zweigen der besonderen Rechtsgeschichte die des öffentlichen Rechtes, nämlich Verfassungs- und Verwaltungsrecht, Strafrecht und Rechtsgang, erörtert. Die Geschichte des Privatrechts wird für die drei Zeitabschnitte vor der Rezeption der fremden Rechte ohne Periodisierung im Zusammenhange dargestellt werden.

Die Geschichte des deutschen Rechtes wurde zur selbständigen wissenschaftlichen Disziplin erhoben durch Karl Friedrich Eichhorns Deutsche Staats- und Rechtsgeschichte, 4 Bde., 5. Aufl., 1843—1844, die bis jetzt in Anbetracht der geistigen Durchdringung des gesamten Stoffes das Hauptwerk geblieben ist, obwohl die ersten Bände veraltet sind. Von jüngeren Lehrbüchern sind hervorzuheben: Zöpfl, Deutsche Rechtsgeschichte, 4. Aufl., 1871, 1872. F. Walter, Deutsche Rechtsgeschichte, 2. Aufl. 1857. v. Schulte, Lehrbuch der deutschen Reichs- und Rechtsgeschichte, 6. Aufl., 1892. Heinrich Siegel, Deutsche Rechtsgeschichte, ein Lehrbuch, 3. Aufl., 1895. Richard Schröder, Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte (stoffreich und inhaltvoll), 5. Aufl., 1907.

Unentbehrliches Hilfsbuch sind dem Rechtshistoriker Jakob Grimms Deutsche Rechtsaltertümer, jetzt in vierter, aus Grimms handschriftlichen Nachträgen ergänzter Auflage, besorgt durch Andreas Heusler und Rudolf Hübner, 1899. Eine vortreffliche Darstellung der Denkmäler und der Altertümer des germanischen Rechts bietet Karl von Amira, Grundriß des germanischen Rechts 1897, Sonderabdruck aus der 2. Auflage von Pauls Grundriß der germanischen Philologie.

Erster Teil.

Die Rechtsentwicklung bis zur Aufnahme der fremden Rechte.

Erster Abschnitt.

Allgemeine Rechtsgeschichte und Geschichte des öffentlichen Rechts.

A. Die germanische Zeit.

§ 1. **Das deutsche Volk.** Das Volk der Germanen taucht nicht als ein großer nationaler Staatsverband aus seiner vorgeschichtlichen Vergangenheit auf, sondern es ist in eine erhebliche Anzahl kleinerer Völkerschaften gespalten, deren jede ein selbständiges politisches Dasein führt. Nach den Ergebnissen der Sprachforschung zerfallen die Germanen in die Westgermanen oder Deutschen und in die Ostgermanen, die aus der gotisch-vandalischen Völkergruppe und aus den skandinavischen Stämmen gebildet werden. Trotz der politischen Zersplitterung besteht ein Bewußtsein der Zusammengehörigkeit. Es äußert sich in einer von den römischen Schriftstellern überlieferten Sage über die Abstammung der Westgermanen, welche zugleich deren natürliche Gliederung in größere, durch nächste Verwandtschaft verbundene Völkerschaftsgruppen zum Ausdrucke bringt. Ununterbrochene harte Kämpfe, verursacht durch die Erwerbung und Behauptung der in Europa besiedelten Gebiete, erziehen in den Germanen ein wehrhaftes Geschlecht, das sich seine Religion, sein Recht und seine Verfassung in wesentlich kriegerischem Geiste gestaltet. Durch das Vordringen gegen Gallier und Römer treten sie als ein eigenartiges Volkstum in das Gesichtsfeld der antiken Geschichtschreibung ein. Wechselvolle Kämpfe mit den Römern setzen zwar ihrer Ausbreitung gegen Westen und Süden eine vorläufige Grenze, doch bleibt der Kern des Volkes auf die Dauer unberührt von der Machtsphäre und von der nivellierenden Kultur des römischen Weltreichs.

Seit dem 3. Jahrhundert drängten geschichtliche Ereignisse die vielgespaltene Nation zur Bildung größerer Verbände. Benachbarte Völkerschaften schlossen Bündnisse und traten nach außen hin unter gemeinsamem Namen auf. Im Laufe der Zeit erwuchs aus dem Bund ein staatsrechtlicher Verband und damit eine politische Einheit. Oder die Stammesbildung vollzog sich im Wege freiwilligen oder erzwungenen Anschlusses an eine führende und erobernde Völkerschaft. Salische und ribuarische Franken, Alemannen, Thüringer, Sachsen, Friesen und Bayern sind diejenigen dieser Stämme, die in Deutschland seßhaft blieben, während Ostgoten, Westgoten, Vandalen, Burgunder, Angelsachsen, Langobarden und andere aus den heimischen Sitzen auswanderten, um auf dem Boden des von ihnen zertrümmerten weströmischen Reiches neue Heimwesen und Staaten zu gründen.

§ 2. **Das Wirtschaftsleben.** Die Germanen trieben die Jagd, standen aber nicht mehr auf der Kulturstufe des Jägervolks. Den Mittelpunkt ihres Wirtschaftslebens bildete die Viehzucht. Das Vieh war Geld. In Viehhäuptern zahlte man die Bußen. Viehstand, nicht Land-

besitz, war die Grundlage des Reichtums. Trotzdem begegnen uns die Germanen in historischer Zeit nicht mehr als nomadisierende Hirtenstämme. Sie haben Wohnsitze und pflegen den Ackerbau, aber freilich nicht intensiv, sondern nur oberflächlich, vermutlich nach der von den Nationalökonomen sogenannten Methode der wilden Feldgraswirtschaft.

Zur Zeit Cäsars bestand an Grund und Boden weder Privateigentum noch Sondernutzung. Das Land wurde alljährlich den Geschlechtsverbänden des Gaues zu gemeinschaftlicher Nutzung zugewiesen. In der Zeit des Tacitus befanden sich wenigstens Haus- und Hofstätte im Sondereigen des einzelnen. Am Ackerlande bestand sogenannte Feldgemeinschaft mit wechselnder Hufenordnung. Als Eigentümer galt die aus der Sippe herausgewachsene Gesamtheit der Dorfgenossen, während dem einzelnen sein Anteil an der Feldmark durch periodisch wiederkehrende Verlosung zur Sondernutzung zugewiesen wurde. Da keiner ein Interesse hatte, mehr zu erhalten, als er bebauen konnte, mochten die Anteile der einzelnen mit Rücksicht auf die Arbeitskräfte, über die sie verfügten, sich verschieden gestalten. Weder Sondereigen noch Sondernutzung gab es an der gemeinen Mark, Almende, deren Hauptbestandteil Wald und Weideland bildeten. Hier übten die Markgenossen nach Bedarf die Jagd, Weide-, Holzungs- und Rodungsrechte aus. Wo die Ansiedlung gegen die herrschende Regel nicht in Dorfschaften, sondern in Einzelhöfen erfolgt war, bestand ein Sondereigentum von vornherein nicht nur an der Hofstätte, sondern auch am Ackerland. Die Rechte der Genossen an Grund und Boden, das Recht an der Hofstätte, am Ackerland und an der Almende faßt der Ausdruck Hufe als wirtschaftliche Einheit zusammen. Nach der Völkerwanderung tritt uns allenthalben ein Sondereigentum am Ackerlande entgegen, das sich in der Weise ausgebildet haben mochte, daß im Gefolge längerer Sondernutzung die wechselnde Hufenordnung eine feste wurde, dem einzelnen seine Quote dauernd verblieb und aus seinem Nutzungsrechte ein Eigentum erwuchs.

§ 3. Die Sippe. Innerhalb des Gemeinwesens hatte der Verband der Sippe öffentlich-rechtliche Aufgaben, die bei entwickelteren Kulturverhältnissen der Staatsgewalt obliegen.

Das Wort Sippe (got. sibja) hat eine zweifache Bedeutung. In der einen bezeichnet es die Blutsfreunde, die „Magen", die Magschaft des einzelnen. Innerhalb der Magschaft stehen sich die Gruppen der Vatermagen und die der Muttermagen gegenüber, nach manchen Rechten die „Vierendeele" und die „Achtendeele", als die durch die vier Großeltern bzw. die acht Urgroßeltern vermittelten Verwandtschaftsgruppen der Ausgangsperson. Die Verwandten des Mannesstammes werden als Schwert- oder Speermagen, die weiblichen Verwandten und die Männer von der Weiberseite her als Spindel- oder Kunkelmagen zusammengefaßt.

In anderer Bedeutung verwendet man das Wort Sippe für den Geschlechtsverband und nur in diesem Sinne erscheint die Sippe als eine öffentlich-rechtliche Genossenschaft. Ihre Verfassung war eine agnatische und eine genossenschaftliche. Auf vaterrechtlicher, nicht, wie manche glauben, auf mutterrechtlicher Grundlage aufgebaut, umfaßte sie die von einem gemeinschaftlichen Stammvater in männlicher Linie abstammenden Personen. Die Verfassung des Sippeverbandes beruhte auf der Gleichberechtigung der Sippegenossen; fremd blieb ihm eine patriarchalische Spitze. In der Urzeit war er ein agrarischer und ein militärischer Verband (fara). Er war der älteste Friedensverband, schloß jede Fehde unter den Genossen aus und gewährleistete ihnen Rache und Schutz. Wurde ein Mitglied der Sippe erschlagen, so waren die Sippegenossen verpflichtet, zur Blutrache zu schreiten oder den Anspruch auf sein Wergeld oder Manngeld (leudi, wer) zu erheben, das nach bestimmtem Verhältnis unter ihnen verteilt wurde. Nachmals fällt ein Teil, gewöhnlich zwei Drittel, bei den Salfranken die Hälfte, als sogenannte Erbsühne an die nächsten Erben des Erschlagenen, während der Rest als Magsühne, Maggeld den „gemeinen Magen" gebührt, von denen die näheren mehr erhalten als die entfernteren. Der Rache des beleidigten Geschlechtes war gleich dem Missetäter dessen Sippe ausgesetzt, die ihn zu schützen und für die Zahlung des von ihm verwirkten Wergeldes wenigstens teilweise aufzukommen hatte.

Schon frühzeitig ist die Teilnahme an Fehde und Wergeld gleich den später zu nennenden Funktionen des Geschlechtsverbandes über den Kreis der agnatischen Sippegenossen ausgedehnt worden, zunächst auf die Muttersippe, dann auf die Blutsverwandtschaft überhaupt, wobei aber die ursprüngliche Bedeutung des agnatischen Verbandes oft noch insofern nachwirkte, als

in manchen Rechten die Muttermagen oder die Spindelmagen nur subsidiär oder zu geringeren Anteilen am Wergeld beteiligt wurden oder gewisse Bestandteile des Wergeldes den Schwertmagen vorbehalten blieben oder einem von diesen die Leitung der Fehde gebührte.

Auch im Rechtsgang trat die Sippe dem Genossen helfend zur Seite. Der Eid war ursprünglich Geschlechtseid. Er wurde mit Sippegenossen geschworen, die ihrerseits zur Eidhilfe verpflichtet waren.

In erhöhtem Maße äußerte sich die Schutzpflicht der Sippe in bezug auf Unmündige und Weiber, denen die Schutzgewalt des Vaters bzw. des Ehemanns fehlte. Sie befanden sich unter der Gesamtvormundschaft der Sippe. Diese bestellte eines ihrer Mitglieder als Verwalter, um unter ihrer Aufsicht und Verantwortlichkeit die Geschäfte der Vormundschaft zu führen, die sie in ihrer Gesamtheit nicht erledigen konnte oder wollte. Wenn ein Genosse verarmte, war die Sippe verpflichtet, ihn zu unterstützen, wenn er starb, für eine dem Herkommen entsprechende Bestattung zu sorgen.

So groß die Bedeutung der Sippe war, so bildete sie doch keinen Staat im Staate. Ihre Unterordnung unter die Staatsgewalt äußerte sich u. a. darin, daß die Friedlosigkeit, die das Gemeinwesen verhängte, das Band der Sippe entzweischnitt, indem sie die Gemeinsamkeit des Geächteten mit seiner Sippe auflöste, eine Tatsache, die an sich die Auffassung widerlegt, daß das germanische Gemeinwesen sich nicht über die Stufe des sogenannten Geschlechterstaats hinausgehoben habe.

Wie es einerseits zulässig war, sich durch Entsippung, d. h. durch freiwilligen Austritt aus der Sippe, den Sippepflichten zu entziehen, so war es andererseits der Sippe gestattet, einen Genossen, für den sie nicht einstehen wollte, auszuschließen, indem sie sich öffentlich von ihm lossagte.

§ 4. **Das Ständewesen.** Die Bevölkerung gliedert sich in Freie, Liten und Knechte. Der Stand der Freien zerfällt in zwei Klassen, die Gemeinfreien, die den Kern des Volkes bilden, und die Adligen, Mitglieder der tatsächlich herrschenden Geschlechter, die höheres Ansehen genießen und dem Volke die Könige, die Fürsten und die Priester zu liefern pflegen. Doch läßt sich das Merkmal des Standes, der Genuß erblicher Vorrechte für die nobiles der taciteischen Zeit nicht nachweisen. Rechtlos war der Knecht, er galt als Sache gleich dem Vieh. Es gab angesiedelte Knechte, die nach Art von Kolonen lebten, und solche, die als Haus- und Hofgesinde dienten. Eine Mittelstufe zwischen den Knechten und den Freien nahmen die Liten, Leten, Laten, Aldien oder Barschalke ein, ein Stand von Halbfreien, der freiwilliger Unterwerfung unter den Sieger seine Entstehung verdankt, während Kriegsgefangenschaft und gewaltsame Unterjochung den Ursprung der Knechtschaft erklären. Der Lite ist rechtsfähig, darbt aber der Freizügigkeit und ist kraft Geburt seinem Herrn zu Diensten verpflichtet. In den Stand der Halbfreien rückte der Knecht durch die Freilassung auf. Doch gab es privilegierte Formen der Freilassung, welche die volle Freiheit begründeten. Zum deutlichsten Ausdruck gelangten die Standesunterschiede, seitdem eine rechtliche Fixierung der betreffenden Ansätze stattgefunden, im Wergelde, der Summe, die zur Sühne des Totschlags an die Verwandten der Erschlagenen bezahlt wurde. Dem Knechte fehlte es, der Lite hatte nur das halbe Wergeld des Freien. Das volle entspricht in späterer Zeit dem Werte des normalen Besitztums, der Hufe.

§ 5. **Recht und Rechtsbildung.** Das Recht (reht, lag, êwa, ê, wizzod) wird verstanden als die Ordnung des allgemeinen Friedens; es ist ungeschriebenes und weitaus überwiegend Gewohnheitsrecht. Eng mit Religion und Sitte verwachsen, wird es durch unmittelbare Anwendung der Rechtssätze im Rechtsleben entwickelt und fortgebildet. Der freie Mann kennt es infolge seiner pflichtmäßigen Teilnahme an der öffentlichen Rechtsprechung. Die naivsinnliche Auffassung, die selbst in der Sprache des Rechts zum Ausdruck kam, der Reichtum an Formen und Symbolen, in die sich der Rechtsgedanke kleidete, trugen dazu bei, das Recht im Bewußtsein des Volkes lebendig zu erhalten. Uralt ist ferner die Sitte, den Rechtssatz in Sprichwörter oder in Reime zu fassen. Als Träger des Rechtes erscheinen nur die freien Volksgenossen. Rechtlos ist der Unfreie, rechtlos der Fremde. Trotz gemeinsamer Grundlage ist das Recht bei den verschiedenen Völkergruppen ein verschiedenes. Seit sich die Stammesbildung im recht-

lichen Sinne vollzogen hat, erscheint jeder Stamm im Besitze eines besonderen Stammesrechts. Die Kenntnis des Rechts schöpfen wir für diese Periode aus den Mitteilungen römischer Schriftsteller, namentlich aus der in den ersten Jahren der Regierung Trajans abgefaßten Germania des Tacitus, und aus einer Vergleichung der Quellen der Folgezeit, die zum Teil altes Gewohnheitsrecht enthalten, das noch in die Zeiten der Völkerwanderung hinaufreicht. Einzelne wichtige Ergebnisse liefert die vergleichende Sprachforschung, indem sie den Wortvorrat untersucht, der den germanischen Sprachen und Mundarten mit den übrigen arischen Sprachen von alters her gemeinsam ist. Manche Lücken unserer Quellen vermag die vergleichende Rechtsgeschichte auszufüllen, indem sie die Nachrichten über die ältesten Rechtszustände bei anderen, insbesondere bei arischen Völkern, kritisch verwertet.

§ 6. **Die Verfassung.** Der altgermanische Staat erscheint als Kriegs- und Rechtsgenossenschaft der freien Volksgenossen und beruht insofern auf demokratischer Grundlage, wenn man dabei von der Tatsache absieht, daß ein Teil der Bevölkerung, in Knechtschaft lebend, des Rechtes darbte und die Waffenfähigkeit die Voraussetzung der vollen Rechtsfähigkeit bildete.

Die römischen Schriftsteller unterscheiden bei den Germanen civitas und pagus, Völkerschaft und Gau, Bezeichnungen, die sie ursprünglich für die keltischen Verfassungsverhältnisse zur technischen Anwendung gebracht und dann auf die Germanen übertragen haben. Die civitas ist eine einzelne politisch selbständige und abgeschlossene Volksgemeinde. Eine Unterabteilung ist der Gau, ein landschaftlicher Verband, der vermutlich aus der Niederlassung einer Tausendschaft hervorgegangen war. Die Gauleute sind in eine Anzahl kleinerer persönlicher Verbände, Hundertschaften, gegliedert, die den Zwecken des Heer- und Gerichtswesens dienen. Die Hundertschaft bildet im Heere einen Heerverband. Im Frieden wird sie zum Gerichtsdienst aufgeboten und ist als Gerichtsgemeinde das hauptsächliche Organ der Rechtspflege. Ein landschaftlicher Bezirk war die Hundertschaft in der Zeit vor der Völkerwanderung noch nicht. Erst nachmals hat sie sich bei einzelnen Stämmen zu einem solchen in verschiedener Ausgestaltung umgewandelt.

Der politische Schwerpunkt der Völkerschaft beruht in der Landesgemeinde, concilium civitatis. Sie tritt zu bestimmten Zeiten, gewöhnlich bei Neu- oder Vollmond, zusammen. Die Volksgenossen erscheinen bewaffnet. Die Landesgemeinde ist Heerversammlung und dient zur Heerschau. Sie entscheidet über Krieg und Frieden und andere wichtige Angelegenheiten der Völkerschaft. In der Landesgemeinde werden die Jünglinge wehrhaft gemacht und Freigelassene als vollberechtigte Volksgenossen aufgenommen. Die Landesgemeinde ist Wahlversammlung; sie vollzieht die Wahl und Anerkennung des Königs, kürt die Gaufürsten und den Herzog. Sie waltet als Gerichtsversammlung und richtet namentlich über politisch-militärische Verbrechen, Landesverrat, Übergang zum Feinde und Feigheit. Aus der Bedeutung der Landesgemeinde erklärt sich das verhältnismäßig lose Gefüge der germanischen Verfassung und die Leichtigkeit, mit der aus der Vereinigung mehrerer Völkerschaften neue Gesamtstaaten hervorgehen. Länger dauernde Bündnisse machten eine gemeinsame Heeresversammlung zur Notwendigkeit, und damit war das verfassungsmäßige Organ des zum Staate erwachsenden Bundes im Keime gegeben.

Die Führung der civitas stand allenthalben bei einem oder bei mehreren herrschenden Geschlechtern. Die Schriftsteller des Altertums unterscheiden die germanischen Herrscher als reges, Könige, und als principes, Fürsten. Das Merkmal des rex ist ihnen die ungeteilte Herrschaft über die gesamte civitas. Von principes sprechen sie, wo die Völkerschaft unter einer Vielheit von Klein- oder Gaukönigen steht. Wenn auch der Umfang der königlichen und der fürstlichen Gewalt ein verschiedener ist, so stellt sich doch ihr Inhalt als ein im wesentlichen gleichartiger dar. Mitunter wechseln innerhalb derselben Völkerschaft Königtum und Prinzipatsverfassung miteinander ab. Die Fürsten walten als Richter im Gau, führen im Kriege die Heeresabteilung des Gaues und bilden in ihrer Gesamtheit einen Völkerschaftsrat, welchem die Erledigung laufender, die Vorbereitung wichtigerer, der Landesgemeinde zufallender Sachen obliegt. Da die Staaten mit Prinzipatsverfassung eine ständige oberste Spitze entbehrten, mußte hier für den Kriegsfall zur Führung des Heeres ein Herzog gekoren werden und führte das Bedürfnis nach sakraler Vertretung der ganzen civitas zur Ausbildung eines besonderen

Landespriestertums. Dagegen ist der König als solcher Heerführer und Oberpriester der Völkerschaft und hat die Stellung des vorsitzenden Richters in der Landesgemeinde. Unter ihm stehen als Unterkönige die Vorsteher der einzelnen Gaue, mit denen er öffentliche Angelegenheiten berät, ehe sie an die Landesgemeinde gelangen. Der König wird aus dem königlichen Geschlechte gewählt, indem die Wahl den Mangel einer festen Erbfolgeordnung ersetzt. Aber auch bei der Wahl der Fürsten hält sich die Landesgemeinde an die herkömmlich herrschenden Geschlechter, wenn sie taugliche Männer besitzen. Zunächst hauptsächlich bei den östlichen Stämmen vertreten, dringt im Laufe der Zeit das Königtum mehr und mehr auch bei den westlichen Völkerschaften vor. Als sich die Bildung der deutschen Stämme vollzogen hatte, trat, hier früher, dort später, ein Stammeskönigtum an die Spitze der einzelnen Stämme. Nur die Sachsen haben an der Prinzipatsverfassung festgehalten.

Die von den ostgermanischen Stämmen im südlichen Europa gegründeten Staaten stellten sich nicht in unmittelbaren Gegensatz gegen die römische Staatsordnung, sondern sie fügten sich formell, soweit es ihr Interesse gestattete, in deren Rahmen ein. Die Könige ließen sich von Rom oder Byzanz aus magistratische Titel und Würden verleihen. In der engsten Verbindung mit Ostrom verblieb das ostgotische Regiment, welches Italien nach wie vor als einen Bestandteil des römischen Reiches betrachtete und den römischen Verwaltungsorganismus fortbestehen ließ, indem es den Römern den Zivildienst, den Goten den Heerdienst vorbehielt. Eine Vorstufe ähnlicher staatsrechtlicher Abhängigkeit haben auch die Reichsgründungen der Westgoten, Burgunder und Vandalen durchgemacht; doch wußten sie sich zu gelegener Zeit davon zu befreien. Die inneren Einrichtungen dieser Reiche knüpften in vielen Punkten an die vorgefundenen römischen Institutionen an, welche freilich, namentlich bei den Westgoten und Burgundern, eine wesentliche Umbildung erfuhren, indem hier u. a. die römische Trennung der Zivil- und Militärverwaltung in der Hauptsache beseitigt wurde. Die römische Bevölkerung behielt Freiheit, Recht und Habe, und nur eine Landteilung wurde vorgenommen, die sich dem römischen Einquartierungssystem (hospitalitas) anschloß. Der einzelne römische possessor mußte einen Teil seines Besitztums dem Germanen, dem es durch das Los zugewiesen worden war, abtreten, allerdings nicht zur vorübergehenden Einquartierung, sondern zum Zweck dauernder Niederlassung. Da diese Art der Ansiedlung die neuen Ankömmlinge räumlich unter die römischen Provinzialen verteilte, hat sie die rasche Verschmelzung der beiden Nationalitäten wesentlich befördert.

§ 7. **Heerwesen und Rechtspflege.** Die Bedürfnisse des Gemeinwesens wurden durch die persönlichen Leistungen der Volksgenossen gedeckt. Allgemein waren Heer-, Gerichts- und Polizeipflicht. Jeder freie Mann leistete unentgeltlichen Kriegsdienst. Das Heer war das Volk in Waffen. Wie die Religion der Germanen kriegerischen Zuschnitt hatte, stand hinwiederum das Kriegswesen unter religiösen Vorstellungen. Der Kriegsdienst war nationaler Götterdienst. Der Kriegsgott zog mit dem Heere. Götterbilder dienten als Heerzeichen. Vor Krieg und Schlacht wurde der Wille der Götter erkundet, der Feind durch Speerwurf den Göttern geweiht. Ruhmvoller Tod im Kampfe galt für das höchste Ziel männlichen Strebens. Das Heer gliederte sich in Tausendschaften und in Hundertschaften. Die kriegerische Hauptkraft der Germanen beruhte auf dem Fußvolk, das in keilförmiger Schlachtordnung anzugreifen pflegte. Doch waren einzelne Völkerschaften durch vorzügliche Reiterei berühmt. Auch bestand eine auserlesene Sondertruppe, die sich aus Reitern und leichtbewaffneten Fußsoldaten zusammensetzte.

Ein durch den Drang nach kriegerischer Tätigkeit hervorgerufenes und vorzugsweise für das Kriegswesen berechnetes Dienst- und Treuverhältnis war die Gefolgschaft. Freie, wehrhafte Männer begaben sich als Gefolgsleute in den Dienst der Könige, der Fürsten oder auch anderer, durch Ansehen und Reichtum hervorragender Persönlichkeiten. Sie schwuren dem Gefolgsherrn Treue, empfingen von ihm Schutz, Unterhalt und Ausrüstung und bildeten seine Umgebung im Frieden wie im Kriege. Hauptsächlich die adelige Jugend suchte den Gefolgsdienst als die hohe Schule kriegerischen Heldentums. Nach dem Vorbilde der unter dem Familienvater vereinigten Hausgenossenschaft entwickelte sich in der Gefolgschaft ein Herrschaftsverhältnis, das bestimmt war, in seiner Fortbildung die Grundlagen der germanischen Verfassung zu ver-

ändern. Doch darf ihre Bedeutung für den altdeutschen Staat nicht überschätzt werden. Da die Gefolgsleute im Hause des Gefolgsherrn lebten, so kann ihre Zahl nur verhältnismäßig gering gewesen sein, eine Tatsache, die an sich die früher vielverbreitete Ansicht ausschließt, daß die großen Wanderungen der Germanen im wesentlichen auf Züge abenteuernder Gefolgschaften zurückzuführen seien.

Die Rechtsprechung geschah in öffentlicher Gerichtsversammlung, Ding, Warf, ahd. madal, mahal (mallus). Jeder Freie war verpflichtet zu erscheinen und an der Rechtspflege teilzunehmen. Die Eröffnung erfolgte durch feierliche Hegung, die in sakralen Förmlichkeiten bestand und in der Verkündigung des heiligen Dingfriedens gipfelte. Ging das Ding zu Ende, so wurde es durch rechtsförmliche Enthegung geschlossen. Das Urteil wurde nicht vom Richter, der nur „Frager des Rechtes" war, sondern von der versammelten Dinggemeinde gefällt auf einen Urteilsvorschlag hin, den ursprünglich der Richter jedem der anwesenden Dinggenossen abzuverlangen befugt war. Nachmals fiel der Urteilsvorschlag bei den Oberdeutschen und Friesen einem ständigen Rechtsprecher (êsago, âsega), bei den Franken einem durch den Richter ernannten Ausschuß der Gerichtsgemeinde, den sogenannten Rachimburgen, anheim. Hatte der Vorschlag die Zustimmung, das Vollwort der Gerichtsgemeinde gefunden, das in der Form des Waffenschlags (nord. vápnatak) gegeben wurde, so erging ein dem Urteil entsprechendes Rechtsgebot des Richters.

Im Dienste der Rechtspflege war jedermann verpflichtet, an der Ergreifung handhafter Missetäter und an der Vollstreckung der Acht oder Friedlosigkeit teilzunehmen.

§ 8. Die Missetat und ihre Folgen. Das germanische Strafrecht fußt auf dem Gedanken, daß, wer den Frieden bricht, sich selbst aus dem Frieden setzt. Der Friedensbruch ist entweder ein solcher, der den Täter nur der Feindschaft des Verletzten und seiner Sippe preisgibt oder ein solcher, der ihn zum Feinde der Gesamtheit macht. In jenem Falle war es Sache des Verletzten bzw. seiner Sippe, sich Genugtuung zu verschaffen. Der Missetäter wurde von der Gesamtheit vor der Sippe, gegen die er den Frieden verwirkt, nicht geschützt, sondern er war von Rechts wegen der Fehde und Rache des Gegners ausgesetzt, wenn dieser es nicht vorzog, Wergeld oder Buße zu fordern. Das Recht der Fehde und Rache, der auch die Blutsfreunde des Missetäters preisgegeben waren, bestand in Fällen, in denen es sich um Blut und Ehre handelte. Die in erlaubter Rache vollzogene Tötung mußte öffentlich verkündigt oder allgemein als solche ersichtlich gemacht werden, widrigenfalls sie als eine unrechtmäßige Tötung behandelt wurde. In leichteren Fällen war das Recht der Rache versagt und nur ein gerichtlicher Anspruch auf Sühne begründet. Das Wergeld sühnte namentlich den Totschlag; sonst waren die meisten bekannten Rechtsverletzungen in Bußzahlen abgeschätzt, die entweder durch Teilung des Wergeldes entstanden oder auf eine bestimmte, nach den verschiedenen Rechten verschiedene Grundzahl zurückführen. Wenn Buße oder Wergeld gerichtlich eingeklagt wurden, hatte der Schuldige einen gewissen, bei den einzelnen Stämmen verschiedenartig abgestuften Betrag, das Friedensgeld, fredus, an die öffentliche Gewalt zu entrichten als Preis für deren Eingreifen zur Wiederherstellung des Friedens. Schwere Missetaten machten friedlos. Der Friedlose ist nicht nur aus der Friedens- und Rechtsgemeinschaft ausgeschlossen, sondern kann und soll als Feind des Volkes von jedermann bußlos getötet werden. Die Verfolgung des Friedlosen ist öffentliche Pflicht der Volksgenossen; er gilt für wolfsfrei, wargus, „gerit caput lupinum". Er hört von Rechts wegen auf, Geschlechtsgenosse, Ehemann, Vater zu sein. Weder die Sippe noch seine nächsten Angehörigen dürfen ihn schützen oder beherbergen. Sein Vermögen verfällt der Wüstung oder Fronung. Sein Haus wird durch Bruch oder Brand zerstört, das Werk seiner Hände vernichtet. Seine Habe wird gefront, d. h. eingezogen von der öffentlichen Gewalt, der sie verfällt, soweit nicht der Verletzte daraus befriedigt wird. Die Friedlosigkeit erscheint nachmals in einer strengeren und in einer milderen Form. Jene, die ältere und ursprüngliche, galt für unsühnbar; diese gab dem Friedlosen den Rechtsanspruch, sich durch eine fixierte Geldzahlung in den Frieden einzukaufen. Bei schändlichen und sündhaften Taten, die das Volk und seine Götter direkt verletzten, wurde die Friedlosigkeit in der Weise vollstreckt, daß man den Friedlosen den Göttern opferte. Der Opfertod stellt sich in dieser Anwendung als eine dem juristischen Rahmen der Friedlosigkeit eingefügte Todesstrafe dar, deren sakraler Charakter sich

darin äußerte, daß nicht eine beliebige, sondern eine genau bestimmte Art der Tötung stattfand, die mit Rücksicht auf die religiösen Anschauungen des Volkes bei den verschiedenen todeswürdigen Verbrechen eine verschiedene war.

Vorwiegend hielt sich das Strafrecht an den äußeren Erfolg der Tat. Der allgemeine abstrakte Begriff des Versuchs war dem altdeutschen Rechte fremd. Der Versuch war straflos, soweit nicht einzelne durch einen bestimmten äußerlichen Tatbestand gekennzeichnete Versuchshandlungen als selbständige Übeltaten minderer Strafbarkeit, also formell als vollendete Verbrechen, behandelt wurden. Hinwiederum war bei Beschädigungen, die ein generell qualifizierter Tatbestand für die Regel als ungewollt erscheinen ließ, bei sogenannten Ungefährwerken, Fehde und Friedensgeld von vornherein ausgeschlossen. Das Willensmoment kam also, wenn Tat und Wille sich nicht deckten, nicht für den Einzelfall, sondern für einen allgemeinen Typus von Tatbeständen zur Geltung, welchen das Volksrecht entweder trotz mangelnder Beschädigung das Vorhandensein oder trotz eingetretener Beschädigung das Nichtvorhandensein rechtswidrigen Willens unterstellte. Abgesehen hiervon, wurden die Strafen in mitunter peinlicher Weise nach dem Erfolge der Handlung bemessen. Die Äußerlichkeiten der Tat entschieden über die Natur des Verbrechens. So kennzeichnete sich der Totschlag als Mord, wenn der Täter die Spuren des Verbrechens zu verbergen suchte. Andererseits war die typische Beschaffenheit des bösen Willens maßgebend für den Begriff der Meinwerke, Meintaten, niederträchtiger Verbrechen, die aus ehrloser Gesinnung hervorzugehen pflegten.

§ 9. Der Rechtsgang. Weiten Spielraum hatte neben der gerichtlichen Geltendmachung des Rechtes die Befugnis der Selbsthilfe, die sich als Fehde zum Zweck der Rache oder als Pfandnahme äußerte.

Die Rechtsverfolgung vor Gericht, wie sie uns aus den Quellen der folgenden Periode als Verfahren nach altem Volksrecht entgegentritt, zeichnete sich durch einen einfachen, aber strengen Formalismus aus. Das Verfahren war öffentlich und mündlich und ruhte vollständig auf dem Verhandlungsprinzip. Es bezweckte, soweit es sich um sühnbare Rechtsverletzungen handelte, an Stelle des Streites einen Sühnevertrag der Parteien zu setzen. Eng begrenzt war die Autorität des Gerichts; sie wurde zum Teil ersetzt durch den rechtlichen Zwang des Formenwesens. Ohne Mitwirkung des Gerichts lud der Kläger in förmlicher Weise seinen Gegner zum Rechtsstreite. Vor Gericht standen die Parteien bei ihren Prozeßreden in unmittelbarem Verkehr. Durch einen Vertreter zu prozessieren, war der selbstmündigen Partei nicht gestattet. In feierlichen Worten und unter Anrufung der Götter erhob der Kläger seinen Klagevorwurf und beschwor sodann den Beklagten, ihm auf die Klage zu antworten. Als Antwort wurde nur eine volle Bejahrung oder volle Verneinung der Klageworte betrachtet, mit denen sie formell genau übereinstimmen mußte, Einwendungen waren somit von der Antwort ausgeschlossen. Soweit sie später gestattet wurden, gelangten sie als ein rechtmäßiges Verweigern der Antwort, als Verteidigung gegen das Verlangen der Antwort zum Ausdruck. Durch den Kläger rechtsförmlich aufgefordert, gaben die Dingleute das Urteil. Dieses war bei den Westgermanen, wenn der Beklagte geleugnet hatte und eventuell zu einer Leistung verbunden war, ein zweizüngiges Urteil; es war nämlich einerseits Beweisurteil, sofern es die Beweisfrage regelte, andererseits zugleich Endurteil, sofern es bestimmte, was je nach dem Ausgang des Beweisverfahrens zu geschehen habe. Es verurteilte z. B. den Beklagten, zu geloben, daß er schwören oder zahlen werde. Wer mit dem Urteile unzufrieden war, mochte es schelten, d. h. eine Klage wegen ungerechten Urteils gegen den Urteilfinder einbringen, welche nicht durch eine sachliche Prüfung des gescholtenen Urteils, sondern durch die formalen Beweismittel des Rechtsganges, bei manchen Stämmen durch Zweikampf, entschieden wurde. Besondere Grundsätze des Verfahrens galten in Achtsachen. Das Urteil konnte da nicht einen Sühnevertrag der Parteien herbeiführen wollen, sondern nur auf Acht (Tod) oder deren Ablehnung erkennen.

Dem Inhalte des Urteils entsprechend, schlossen die Parteien vor Gericht einen Vertrag, worin die Beweisführung bzw. die Befriedigung des Gegners angelobt wurde. Den Beweis erbrachte die Partei der Partei und nicht dem Gerichte. Die Beweismittel waren demnach formal, so daß ihr Ergebnis einer richterlichen Überprüfung nicht bedurfte. Nach den Rechtssätzen, die dem Beweisurteil zugrunde liegen, hatte in der Regel der Beklagte die Beweisrolle.

Er schwur sich von dem Klagevorwurf durch seinen Eid frei, den er entweder als Eineid oder mit einer bestimmten Zahl von Eidhelfern ablegte, welche schwuren, daß sein Eid „rein und unmein" sei. Der Eid mit Helfern war ursprünglich ein solidarischer Eid des Geschlechtes. Die Helfer wurden unter Teilnahme des Prozeßgegners oder nach herkömmlichen Grundsätzen der Sippe des Schwörenden entnommen. Die Form des Eides war eine korporative, indem die Helfer mit gesamtem Munde schwuren. Der Begriff der Zeugen war ein sehr beschränkter. Als solche galten Männer, die bei Vornahme einer rechtlichen Handlung zu deren Stätigung beigezogen worden (Geschäftszeugen), und Nachbarn, die über gemeindekundige Verhältnisse und Ereignisse aussagten (Gemeindezeugen). Zufällige Wahrnehmung genügte nicht, um die Zeugenqualität zu begründen. Die Zeugen des Klägers schlossen den Eid des Beklagten aus. Brachten beide Teile bezüglich derselben Tatsache Zeugen, so gingen die des Beklagten vor. Der Zeugeneid war assertorisch, sein Inhalt durch das Urteil festgestellt. Subsidiär kamen als Beweismittel Gottesurteile zur Anwendung. Als solche kannte man Feuer- und Wasserordalien, das Losordal und den Zweikampf. War der Beklagte berechtigt und bereit, sich durch einen Eid mit Eidhelfern von der Klage loszuschwören, so konnte ihm in wichtigeren Sachen der Kläger den Weg zum Eide durch die Herausforderung zum Zweikampf verlegen. Ebenso durfte gegen den Zeugen des Gegners eine Meineidsklage erhoben werden, die kampfbedürftig war, d. h. nur durch gerichtlichen Zweikampf entschieden werden konnte. Abweichende Grundsätze hatte das eigentümlich gestaltete Beweisverfahren des altsalischen Volksrechtes. Es kennt den Zeugenbeweis in ausgedehnterer, das Ordal des Kesselfangs in prinzipaler Anwendung. Für die allgemeine Entwicklung des deutschen Beweisrechtes sind diese Besonderheiten ohne bestimmenden Einfluß geblieben.

Der Beklagte, der auf die Vorladung vor Gericht nicht erschien, verfiel in eine Buße, wenn er nicht sein Ausbleiben durch echte Not (sunnis) entschuldigen konnte. Die Abwesenheit hatte aber nur dann rechtliche Wirkungen, wenn sie durch den Gegner bei sinkender Sonne rechtsförmlich konstatiert worden war, eine Handlung, die bei den Franken unter dem Namen solsadire (Sonne setzen) erscheint. Fortgesetzter Ungehorsam führte schließlich zur Friedloslegung des Beklagten.

Eine gerichtliche Zwangsvollstreckung war dem germanischen Rechtsgang fremd. Hatte der Verurteilte die Erfüllung des Urteils rechtsförmlich versprochen, so war der Kläger befugt, unter Beobachtung gewisser Förmlichkeiten zur außergerichtlichen Pfändung zu schreiten und sich durch Pfandnahme zu befriedigen. Gegen die Partei, die sich weigerte, die Erfüllung des Urteils anzugeloben, stand nur die Friedloslegung zur Verfügung, welche nicht bloß die Person, sondern auch das Vermögen des Friedlosen ergriff.

Der Gläubiger, dem sein Schuldner ein rechtsförmliches Schuldversprechen gegeben hatte, konnte, wenn der Abschluß des Schuldvertrags außer Zweifel stand, die Vertragsschuld durch einen rein außergerichtlichen Rechtsgang beitreiben, indem er nach mehrmaliger vergeblicher Mahnung zur Pfändung schritt.

War die Tat eine handhafte und zugleich eine solche, auf welche Friedlosigkeit gesetzt war, so bedurfte es nicht eines ordentlichen Rechtsganges, um sie zu ahnden. Wer sie wahrnahm, konnte das „Gerüfte" erheben, das die Nachbarn zu Hilfe und Zeugenschaft herbeirief. Angesichts ihrer durfte der durch die Tat an sich friedlos gewordene Missetäter sofort getötet werden. Doch mußte die Tötung öffentlich verlautbart und auf Verlangen als rechtmäßige Tötung eines Friedlosen gerechtfertigt werden.

B. Die fränkische Zeit.

I. Allgemeine Rechtsgeschichte.

§ 10. Das fränkische Reich. Von unscheinbaren Anfängen aus gelangte der Stamm der salischen Franken zu weltgeschichtlicher Bedeutung. Das fränkische Reich unterwarf sich die sämtlichen übrigen Stämme Deutschlands und gliederte sich — das westgotische Spanien ausgenommen — der Reihe nach die Staaten an, welche germanische Völker auf dem römischen Kontinent gegründet hatten. Bei der Begründung und Ausdehnung des fränkischen Reiches

hielten sich die Erwerbungen romanischer und germanischer Volksgebiete in merkwürdiger Regelmäßigkeit das Gleichgewicht, so daß es bis zu Ende den gemischten Charakter eines germanisch-romanischen Staatswesens bewahrte. Mit der Christianisierung der Franken trat eine neue Macht in ihr Rechtsleben ein, die katholische Kirche, welche die Ausbreitung des fränkischen Reiches unter Chlodowech und seinen Söhnen wesentlich förderte. Nach dem Tode Chlothars I. (561) folgte eine Zeit innerer Wirren, hervorgerufen durch Thronstreitigkeiten unter den merowingischen Teilkönigen. Die Bürgerkriege begünstigten das Emporkommen einer mächtigen Aristokratie, die dem Königtum über den Kopf wuchs. Einen Markstein bildet in dieser Beziehung das Edikt Chlothars II. von 614, wohl auch die Magna Charta des fränkischen Reiches genannt, weil der König darin den geistlichen und weltlichen Großen eine Reihe von Beschränkungen der königlichen Gewalt und die Beseitigung von Mißbräuchen verbriefte. Etwa seit der Mitte des 7. Jahrhunderts entstehen allenthalben territoriale Gewalten. Das Reich scheint aus den Fugen zu gehen. Da gelingt es einer dieser territorialen Gewalten, den Herzogen von Austrasien, das höchste Reichsamt, die Hausmeierwürde, an ihr Geschlecht zu bringen und, darauf gestützt, den Widerstand der territorialen Mächte zu brechen, die bedrohte Existenz des Reiches zu retten und wieder eine starke Staatsgewalt herzustellen. Die formelle Restauration des Königtums erfolgte, als der letzte Hausmeier sich mit Beseitigung des merowingischen Königsgeschlechtes von den Franken zum König erheben ließ. Nachdem dann Karl der Große das fränkische Reich zur germanisch-romanischen Weltmonarchie erweitert hatte, wurde er zu Weihnachten 800 vom Papst Leo III. zum Kaiser gekrönt und als solcher adoriert, ein Ereignis, dem die Auflösung des fränkischen Reiches entkeimte. Die Kaiserwürde, welche die kirchliche Einheit der abendländischen Christenheit zu staatsrechtlichem Ausdruck bringen sollte und daher begrifflich die Unteilbarkeit der Regierungsgewalt voraussetzte, gab den Anlaß zu Neuerungen, welche die dieser Idee widersprechenden Grundsätze der herkömmlichen fränkischen Thronfolgeordnung zu beseitigen oder doch abzuschwächen suchten. Diese Versuche führten die inneren Kämpfe herbei, die unter Ludwig I. und seinen Söhnen das Reich zerrütteten. Sie blieben erfolglos, denn im Vertrage von Verdun (843) wurde das Reich wieder gemäß der altfränkischen Teilungssitte geteilt. Andererseits haben sie die Kraft des Reiches so sehr geschwächt, daß es trotz vorübergehender Vereinigung der Teilreiche seinen Aufgaben im Inneren und den äußeren Feinden nicht mehr gewachsen blieb und schließlich in fünf kleinere Reiche auseinanderfiel. Eines davon bildeten die rein deutschen Stämme, die sich im November 887 den Karolinger Arnulf zum König setzten. Seit dieser Zeit gab es ein Deutsches Reich.

§ 11. Die wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Grundlagen der Rechtsbildung. Die Berührung mit der römischen Kultur, die Annahme des Christentums, die Erwerbung römischen Gebietes, die Erstarkung der königlichen Gewalt und die Wirkungen der Aufteilung des Ackerlandes brachten tiefgreifende Änderungen in den wirtschaftlichen Verhältnissen des Volkes hervor. Die durchschnittliche Gleichförmigkeit der Grundbesitzverhältnisse verschwand. Eine Landteilung haben die Franken mit den römischen Provinzialen nicht vorgenommen. Durch die Eroberungen wurde zunächst nur der König großer Grundbesitzer, da er die römischen Fiskalgüter an sich zog, allein durch ihn wurden es getreue Franken, die er für geleistete Dienste mit Grund und Boden belohnte. Die Adligen mochten sich vielfach von vornherein, wenigstens bei einzelnen Stämmen, vor den Gemeinfreien durch größeres Besitztum ausgezeichnet haben. Die Kirche, die man in Gallien als Großgrundbesitzer vorfand, setzte sich in dieser Eigenschaft auch in den deutschen Stammlanden fest. Der Gegensatz zwischen dem grundbesitzenden Adel Galliens, den senatorischen Geschlechtern und einem landlosen Proletariat übte schließlich seine Rückwirkung auf die Verhältnisse bei den Germanen. Das Recht der Rodung mußte allmählich zu einer Verschiebung der Besitzstände führen, da nur den Reicheren die Verfügung über eine größere Zahl von Arbeitskräften die Mittel bot, die Gewinnung von Neuland durch Rodung im großen Stile zu betreiben. Wie somit einerseits ein großer Grundbesitz entstand, wurde andererseits der Normalbesitz verringert, da er die auf ihm haftenden öffentlichen Lasten nicht mehr zu tragen vermochte und vielfach in grundherrliche Abhängigkeit geriet. Der große Grundbesitz bildete entweder einen geschlossenen Grundkomplex oder — was in den deutschen Stammlanden die Regel war — sogenannten Streubesitz, indem er sich aus vielen in verschiedenen

Dörfern oder Marken verstreuten Höfen zusammensetzte, die im Verbande der Dorf- oder Markgenossenschaft verblieben. Den wirtschaftlichen Mittelpunkt der einzelnen grundherrlichen Betriebseinheit bildete der Herrenhof, Salhof, später Fronhof, den der Herr oder der von ihm eingesetzte Verwalter bewohnte, und an den die schuldigen Abgaben oder Dienste aus den abhängigen Höfen zu leisten waren.

Die Ausbildung großen Grundbesitzes wurde aber in ihren wirtschaftlichen Folgen sofort wieder ausgeglichen durch die Entstehung zahlreicher Leiheverhältnisse, welche die unmittelbare Nutzung unter viele einzelne verteilten. Die großen Grundherren gaben nämlich einen namhaften Teil ihrer Ländereien, zum Teil schon durch den Mangel genügender unfreier Arbeitskräfte hierzu gedrängt, als Leihegut aus. Das Leihegut tritt in zwei Grundformen auf, die auf Jahrhunderte hinaus die agrarischen Verhältnisse Deutschlands beherrschen. Die eine ist das Zinsgut, oftmals ein Leiheverhältnis niederer Ordnung, das sich durch die wirtschaftliche Abhängigkeit von einem Herrenhofe und durch die Art der Zinse und Dienste als solches charakterisiert. Die andere ist das Lehen (im modernen Sinne des Wortes), ein Leiheverhältnis höherer Ordnung, welches öffentlichrechtlichen Zwecken seine Entstehung verdankt und den Beliehenen zu öffentlichrechtlichen, insbesondere militärischen Diensten heranzieht. Beide Besitzformen wirken zusammen, um durch die Aufteilung der Bodenrente die germanisch-romanische Welt vor den krassen gesellschaftlichen Gegensätzen zu bewahren, wie sie im römischen Reiche zur Zeit seines Verfalles vorhanden waren.

Hand in Hand mit der Umwandlung der Besitzverhältnisse geht eine Zersetzung der bisherigen Ständegliederung. Innerhalb des Kreises der Freien entstehen persönliche Schutz- und dingliche Abhängigkeitsverhältnisse. Schutzbedürftige Freie begeben sich als Mundmannen in die Schutzherrschaft eines Mächtigen, der sie vor Vergewaltigung schützen und im Bedürfnisfall vor Gericht vertreten soll. Sie bezahlen den gewährten Schutz mit fixen Zinsen oder Diensten und gelten infolge solcher Standesvormundschaft nicht mehr für vollfrei. Neben diesem Vogteiverhältnis niederer Ordnung entsteht in der Vassallität ein Schutz- und Dienstverhältnis höherer Ordnung, das zwischen freien Leuten ohne Schmälerung ihrer Standesrechte eingegangen werden kann. Zu einer Minderung der vollen Freiheit führte die Annahme eines wirtschaftlich abhängigen Zinsgutes, wenn, was schließlich als selbstverständliche Folge galt, der im übrigen besitzlose Hintersasse in ein Schutzverhältnis zum Grundherrn gelangte, aus welchem dem Herrn Dritten und der öffentlichen Gewalt gegenüber eine dauernde Haftung für den Hintersassen erwuchs.

Während ein Teil der Freien unter das Niveau der gemeinen Freiheit hinabsank und die Kluft zwischen Freiheit und Unfreiheit ausfüllen half, stieg ein anderer Teil über den Stand der Gemeinfreien empor. Es entwickelten sich nämlich die Ansätze eines neuen Adels, dessen Entstehungsgrund der Königsdienst war. Dieser gab höhere Rechte, zumal höheres Wergeld, mochte er nun durch Übernahme eines königlichen Amtes oder durch Eintritt in die königliche Gefolgsgenossenschaft begründet werden. Mit dem Erblichwerden dieser und analoger Verhältnisse sind alle Merkmale des höheren Standes gegeben. In den Volksrechten der meisten Stämme finden wir einen Geburtsadel, dessen Mitglieder (nobiles, adalingi) ein höheres Wergeld genossen, als die Gemeinfreien (ingenui, liberi). Bei den Franken war der Adel auf das Königsgeschlecht beschränkt. Bei den übrigen Stämmen ist er entweder völlig oder zum Teil in den königlichen Dienstadel aufgegangen.

Der Gegensatz zwischen Freien und Unfreien erlitt auch von unten her eine allmähliche Abstumpfung, indem die Knechte schlechtweg einer beschränkten Rechtsfähigkeit teilhaftig wurden und einzelne Klassen von Knechten eine der Halbfreiheit verwandte Stellung erlangten oder geradezu in den Stand der Halbfreien aufrückten. Eine rechtlich bevorzugte Stellung gewannen die servi casati oder mansionarii, Knechte, die auf einer Hufe des Herrn angesiedelt waren, ohne diese Hufe vom Herrn nicht veräußert werden konnten und daher zu den Immobilien gezählt wurden. Knechte höheren Ranges waren die Ministerialen, vassi, pueri, Unfreie, die in der persönlichen Umgebung des Herrn dienten, insbesondere eines der vier gebräuchlichen Hausämter, des Truchsessen, Kämmerers, Schenken und Marschalls, versahen. Derjenige von ihnen, der zugleich die Oberaufsicht über die Hausverwaltung führte, wurde als Seneschall (maior domus) bezeichnet. Nicht selten pflegten die Herren solche Knechte, die ihre persönliche

Umgebung bildeten, zu bewaffnen und aus ihnen eine Schar von Privatsoldaten zu bilden. Die Ministerialen des Königs und die servi casati des Fiskus erlangten das Wergeld und die Stellung der Halbfreien. Allgemeine Vorrechte hatten auch die Knechte der Kirche. Die unterste Stufe der Unfreien bezeichnet der Ausdruck mancipia. Diese konnten wie Fahrnis veräußert werden.

Die rechtlichen Funktionen der Sippe standen jetzt fast allenthalben nicht mehr dem agnatischen Geschlechtsverbande, sondern der Blutsverwandtschaft überhaupt zu und erfuhren in dieser Zeit der erstarkenden Staatsgewalt eine zunehmende Abschwächung. Die Fehde zum Zweck der Rache wurde zunächst durch das Verbot gewisser Rachetaten und durch die Einengung des ihr ausgesetzten Verwandtenkreises beschränkt, bis endlich die Karolinger die Neuerung anordneten, daß in den Fällen, wo das Volksrecht die Fehde noch erlaubte, die fehdelustigen Parteien von den öffentlichen Beamten zum Sühnevertrag gezwungen werden konnten durch den amtlichen Befehl, die Sühne zu empfangen bzw. zu leisten. Die Haftung der Sippe für das verwirkte Wergeld muß bereits in dieser Periode bei verschiedenen Stämmen, insbesondere bei den Oberdeutschen, verschwunden sein. Der Eid mit Helfern brauchte, von bestimmten Ausnahmefällen abgesehen, nicht mehr mit Blutsverwandten geschworen zu werden. Die Vormundschaft der Sippe wurde durch die Rechte des geborenen Vormundes auf eine obervormundschaftliche Stellung beschränkt, während eine solche auch die Staatsgewalt wenigstens theoretisch in Anspruch nahm. Dem Festhalten des Grundbesitzes innerhalb der Familie setzte die Gesetzgebung im Widerspruch zu den alten Stammesrechten eine beschränkte Veräußerungsfreiheit des Besitzers entgegen. Im Widerstreite mit dem exklusiven Familiengeiste brachte die Kirche mit Hilfe des Staates ein ausgedehntes Verbot der Verwandtschaftsehen in Geltung.

§ 12. **Die Rechtsbildung.** Innerhalb des fränkischen Reiches erhielt sich die Besonderheit des Rechtes nach Nationalitäten und Stämmen. Auch bei den einzelnen Stämmen war das Recht kein einheitliches. So hatten bei den Franken die Salier, die Ribuarier und die Chamaven verschiedenes Recht. Bei den Sachsen war in manchen Beziehungen das Recht der Westfalen ein anderes als das der Ostfalen und Engern. In Friesland wichen die Rechte der Ostfriesen und der Westfriesen vielfach voneinander und von dem mittelfriesischen Rechte ab.

Für die Wechselbeziehungen der Untertanen des fränkischen Reiches entwickelte sich das Prinzip der Persönlichkeit des Rechtes, demzufolge jeder nach der Lex originis, d. h. nach dem Rechte beurteilt wurde, in dem er geboren worden war. Besondere Grundsätze galten für die Entscheidung der Frage, welches Recht maßgebend sei, wenn an einem Rechtsverhältnisse mehrere Personen verschiedenen Geburtsrechtes beteiligt waren. Die Frau erwarb durch die Eheschließung das Stammesrecht, nach dem der Ehemann lebte. Die Kirche wurde nach römischem Rechte beurteilt. In Gegenden mit gemischter Bevölkerung, namentlich in Italien, wurde es Sitte, daß die Parteien vor Gericht und bei Rechtsgeschäften das Recht angaben, nach dem sie lebten, und daß diese Erklärungen (professiones iuris) in die Gerichts- und Geschäftsurkunden aufgenommen wurden.

Wo die römische Bevölkerung dichter saß, lebte sie nach römischem Rechte. Dieses hat bei ihr eine ähnliche Brechung erfahren wie das von ihr gesprochene Latein. Bei den römischen Provinzialen entwickelte sich nämlich ein Vulgarrecht, welches, den Zuständen der Zeit angepaßt, sich als eine Fortbildung oder Entartung des reinen römischen Rechtes darstellt. Auch drangen germanische Institutionen in das Recht der römischen Bevölkerung, namentlich in das Familien- und Vertragsrecht ein. Hinwiederum haben schon in fränkischer Zeit die germanischen Stämme, die mit den Römern in engere örtliche Berührung traten, einzelne römische Rechtsanschauungen und Einrichtungen aufgenommen, nicht ohne sie selbständig umzubilden und fortzubilden. Die Sprache der Gesetzgebung und der Urkunden entlehnten sie durchweg den Romanen. Gleichwie diese unter dem Einfluß des Vulgarlateins steht, so diente auch bei der Aufnahme römischen Rechtsstoffes nicht das römische Recht der Rechtssammlungen, sondern das Vulgarrecht der römischen Provinzialen als Anknüpfungspunkt.

Unter den deutschen Stammesrechten hat im fränkischen Reiche, entsprechend der herrschenden Stellung der Franken, das fränkische Recht, und zwar unter den Merowingern das salische, später das ribuarische, die führende Rolle. Abgesehen von den königlichen Satzungen

und Verordnungen, welche fränkische Rechtsbegriffe und Einrichtungen außerhalb der fränkischen Stammesgebiete zur Anwendung brachten, wirkte die Rechtsprechung des fränkischen Königsgerichtes uniformierend und machten die zahlreichen Franken, die als missi, als Grafen oder königliche Gutsverwalter oder als geistliche Würdenträger in den nichtfränkischen Reichsteilen tätig waren, bewußt oder unbewußt ihren Einfluß zugunsten des fränkischen Rechtes geltend. Trotz der Anfänge einer auf vorwiegend fränkischer Grundlage sich ausbildenden Rechtseinheit ist es jedoch der Rechtsentwicklung innerhalb des fränkischen Reiches mit nichten gelungen, den Gegensatz der Stammesrechte zu überwinden.

Die Fortbildung des Rechtes erfolgt zum Teil als eine gewohnheitsrechtliche, zum Teil im Wege der Satzung. Das Recht, das der Teilnahme des Volkes an der Rechtsprechung und Rechtssatzung seine Entstehung verdankt, nennen wir Volksrecht. Das Königtum übte nicht nur das Recht der Mitwirkung an der volksrechtlichen Satzung, die nicht selten aus der Initiative des Königs hervorging und in seinem Namen erfolgte, sondern der König wurde auch zu einem selbständigen Faktor der Rechtsbildung. Im Wege der Verwaltungspraxis und königlichen Verordnung setzten sich neue Rechtssätze und Rechtseinrichtungen durch, die in den Volksgerichten mit Hilfe der richterlichen Amtsgewalt zur Anwendung gebracht wurden. In der jüngeren rechtsgeschichtlichen Literatur pflegt man diese Neuerungen, weil sie in der Amtsgewalt des Königs und seines Beamtentums ihren Ausgangspunkt haben, zur Unterscheidung vom Volksrechte als Königsrecht zusammenzufassen. Zum Teil ergänzen sie das Volksrecht, zum Teil widerstreiten sie ihm, zum Teil treten sie zunächst in Konkurrenz mit entsprechenden Einrichtungen des alten Volksrechtes, um sie schließlich zu verdrängen. Vielfach ist das Königsrecht im Laufe der Zeit kraft Gewohnheitsrecht oder Satzung in das Volksrecht übergegangen. Am weitesten gedieh die Entwicklung des Königsrechtes im Königsgerichte, wo durch die außerordentliche Gerichtsgewalt des Königs eine Anzahl von Institutionen geschaffen wurde, die den Volksgerichten als solchen versagt blieben.

§ 13. Die Rechtsdenkmäler. Reichlich fließt in dieser Periode die Quelle des geschriebenen Rechtes. Allenthalben erweckten die neuen Lebensverhältnisse das Bedürfnis, neues Recht zu setzen und das bestehende Gewohnheitsrecht aufzuzeichnen. Den entscheidenden Anlaß zur schriftlichen Fixierung des Rechtes gab die Einwirkung der christlich-römischen Kultur. Darum setzt auch bei den Stämmen, die zuerst mit ihr in dauernde Berührung traten, die Aufzeichnung des Rechtes am frühesten ein. Unter den Rechtsquellen dieser Zeit sind zu unterscheiden: die Leges, auch Leges barbarorum, von den Neueren Volksrechte genannt, die Verordnungen der fränkischen Könige und Hausmeier, die Formelsammlungen und Urkunden.

1. Die Leges sind bestimmt, das Stammesrecht in sich aufzunehmen. Zum Teil stellen sie sich als Satzungen, zum Teil als Ergebnis von Rechtsweisungen über geltendes Gewohnheitsrecht dar. Die Satzung und Fixierung des Rechtes geht entweder vom Volke aus oder sie geschieht doch, wo nicht, wie bei gewaltsam unterworfenen Stämmen, Ausnahmeverhältnisse vorliegen, unter Beteiligung des Volkes. Denn der König ist an sich nicht befugt, das Recht des Stammes einseitig zu ändern. Doch wächst mit der steigenden Gewalt des Königtums der Anteil, den es an der Satzung und Aufzeichnung der sogenannten Volksrechte nimmt. Der Inhalt der Leges ist zum großen Teil strafrechtlicher und prozeßrechtlicher Natur; einen Hauptbestandteil bilden die Bußbestimmungen. Übrigens wollen die Volksrechte den Rechtszustand nicht in erschöpfender Weise darstellen, sie setzen einen großen Teil des geltenden Rechtes als bekannt voraus und beschränken sich auf jene Rechtssätze, zu deren Fixierung ein besonderer Anlaß vorlag. Bei den meisten Stämmen hat der Inhalt der ursprünglich abgefaßten Lex hinterher durch neue Satzungen Zusätze erhalten, Änderungen erlitten.

Von den deutschen Volksrechten kommt als das älteste und altertümlichste das der salischen Franken, die Lex Salica, in Betracht. Nach den Prologen zum salischen Volksrechte hat bei den salischen Franken eine Satzung und Aufzeichnung des Rechtes bereits in der Zeit vor Chlodowech stattgefunden. Allein die aus den ältesten vorhandenen Texten ersichtliche Grundgestalt kann die Lex erst erhalten haben zu einer Zeit, da die Franken zum Teil schon christianisiert waren, so daß Christentum und Heidentum, die in den Rechtssätzen gleichmäßig ignoriert werden, sich in der Masse des Volks noch gegenseitig die Wagschale hielten, da das fränkische

Reich sich bereits unter der Herrschaft eines Königs befand und an das Reich der Westgoten grenzte, und nachdem nicht lange vorher eine Münzreform stattgefunden hatte, kraft deren 40 Denare auf einen Solidus gingen, Anhaltspunkte, welche die Zeit vor Chlodowech ausschließen, unter dem sie in den Jahren 508—511 entstanden sein dürfte. Einzelnen Stellen und Rechtssätzen der Lex liegt die Benutzung der Gesetze des Westgotenkönigs Eurich zugrunde. Die älteren Texte enthalten die sogenannten malbergischen Glossen, Einschiebsel von altfränkischen Wörtern, die dem lateinischen Texte der Lex nachträglich eingefügt wurden, um ihn durch Ausdrücke zu erläutern, wie sie bei Gericht (in mallobergo) üblich waren. Der Inhalt der Lex wurde, abgesehen von der gewohnheitsrechtlichen Umbildung des altsalischen Rechts, vielfach durch jüngere Satzungen ergänzt oder verändert, die mit dem alten Texte zu verbinden in aller Regel den Abschreibern der Handschriften überlassen blieb.

Die Lex Ribuaria, das Volksrecht der ribuarischen Franken, ist nur in einer Textform überliefert, welche in karolingischer Zeit, wahrscheinlich noch im 8. Jahrhundert, jedenfalls vor 803, entstand. Die Abfassung der Lex, die aus mehreren ungleichartigen Bestandteilen zusammengesetzt ist, reicht aber in die merowingische Zeit zurück. Sie ist mit Benutzung der Lex Salica ausgearbeitet worden. Ein ältester Bestandteil kennzeichnet sich durch sein altribuarisches Bußsystem, ein zweiter stellt sich als systematische Umarbeitung des salischen Volksrechtes dar, welche die den Ribuariern fremden Rechtsinstitute und die bereits veralteten Titel der Vorlage absichtlich überging. Ein dritter Teil sowie ein in den zweiten eingeschobenes Königsgesetz scheinen unter Dagobert I. (628—639) entstanden zu sein, während die ersten zwei Bestandteile noch dem 6. Jahrhundert angehören dürften. — Ein Sonderrecht, das in Einzelheiten vom ribuarischen abwich, besaßen die chamavischen Franken, die das nach ihnen benannte, am Niederrhein und an der Yssel gelegene Hamaland und etliche benachbarte Gaue bewohnten. Gegen Ende des 8. oder Anfang des 9. Jahrhunderts, vermutlich in den Jahren 802/3, wurde über das chamavische Sonderrecht ein Weistum aufgenommen. Die Aufzeichnung dieses Weistums ist die Ewa Chamavorum, die 48 knappgefaßte Kapitel enthält.

Die älteste Aufzeichnung des Volksrechtes der Alamannen ist der sogenannte Pactus, von dem uns nur fünf Fragmente überliefert sind, eine Satzung, die spezifisch salfränkische Rechtsausdrücke anwendet und wahrscheinlich unter Dagobert I. entstanden ist. Eine umfassendere und besser geordnete Satzung erhielt der Stamm der Alamannen durch die Lex Alamannorum, die unter Herzog Lantfrid von Schwaben († 730) auf einer alamannischen Stammesversammlung, wahrscheinlich 717—719 (in der Regierungszeit des fränkischen Königs Chlothar IV.) zustande kam.

Das bayrische Volksrecht, die Lex Baiuwariorum, wurde wahrscheinlich unter dem Bayernherzog Odilo 743—748 nach dem Vorbilde der Lex Alamannorum und mit starker Benutzung jener Gesetze des Westgotenkönigs Eurich abgefaßt, die in den von den Westgoten nach der Niederlage Alarichs II. aufgegebenen Gebieten Galliens in Geltung geblieben waren. Eine Anzahl von Rechtssätzen geht auf ein vermutlich unter Dagobert I. entstandenes Königsgesetz kirchen- und amtsrechtlichen Inhalts zurück, das für eine Mehrheit fränkischer Herzogtümer bestimmt war und auch bei Abfassung der Lex Alamannorum benutzt worden ist.

Für den Stamm der Sachsen sind uns aus der Zeit Karls des Großen mehrere Satzungen erhalten. Vermutlich im Jahre 782 erließ Karl der Große für die damals unterworfenen sächsischen Gebiete die Capitulatio de partibus Saxoniae, gewissermaßen ein Standrechtsgesetz, das die Herrschaft der Franken und des Christentums durch grausame Strafen sicherzustellen suchte. Minder streng ist das Capitulare Saxonicum, hervorgegangen aus den Beschlüssen einer im Jahre 797 unter Beteiligung von Sachsen zu Aachen abgehaltenen Reichsversammlung. Später als dieses Kapitular, wahrscheinlich im Anschluß an einen Aachener Reichstag von 802 und 803, auf welchem Karl der Große für die Aufzeichnung und Ergänzung der Stammesrechte tätig war, wurde die Lex Saxonum abgefaßt. Man benutzte dabei die Lex Ribuaria unter Berücksichtigung einer Ergänzung, die diese durch ein vom Jahre 803 datiertes Kapitular erhalten hatte.

Ungefähr gleichzeitig entstand die Lex Angliorum et Werinorum hoc est Thuringorum, eine Satzung für die in Thüringen seßhaften Stämme der Angeln, die

im Gebiete der Unstrut wohnten (pagus Engleheim) und der Warnen, ihrer östlichen Nachbarn (Werenofeld). Sie lehnt sich an die Lex Ribuaria an und benutzt stellenweise auch die Lex Saxonum.

Nicht als eine Lex, sondern als eine Privatkompilation von Materialien verschiedenartigen Charakters und wohl auch verschiedener Entstehungszeit stellt sich die sogenannte Lex Frisionum dar. Sie enthält einerseits Rechtssätze, welche die Durchführung des Christentums, andererseits solche, welche die örtliche Fortdauer des Heidentums voraussetzen. Den Kern der sogenannten Lex bildet eine kompilierende Aufzeichnung über das Recht der Mittelfriesen (zwischen dem Flie, dem Ausfluß der Zuidersee, und der Laveke), welche den Inhalt volksrechtlicher Satzungen und königlicher Strafgesetze des 8. Jahrhunderts und mündliche Auskünfte in sich aufnahm und unter Karl dem Großen vielleicht im Anschluß an eine amtliche Inquisition von 802/3 als Vorarbeit für eine offizielle Redaktion entstanden ist, die dann aus unbekannten Gründen unterblieb. Einen Anhang bildet die sogenannte Additio sapientum, eine Sammlung von Weistümern über friesisches Recht, die von zwei Rechtsgelehrten namens Wulemar und Saxmund herrühren. Sowohl in die Lex als in die Additio wurden Zusätze über das Sonderrecht der Westfriesen (vom Flie bis zum Sinkfal nördlich von Brügge) und der Ostfriesen (von der Laveke bis zur Weser) aufgenommen.

2. Die Kapitularien. Die königlichen Satzungen der merowingischen Zeit führen die Bezeichnungen edictum, praeceptio, decretum, decretio, auctoritas. In karolingischer Zeit wird dafür der Ausdruck capitulare technische Benennung. Capitulum hieß der einzelne Abschnitt der Satzungsurkunde. Die Gesamtheit der gleichzeitig entstandenen und beurkundeten Kapitel wurde als capitulare oder capitula bezeichnet. Die Form der Beurkundung ist der bei den kirchlichen Konzilien üblichen verwandt. Je nachdem sie geistliche oder weltliche Angelegenheiten behandeln, zerfallen die Kapitularien in Capitula ecclesiastica und Capitula mundana. Doch gibt es auch solche, die man als Capitula mixta bezeichnen könnte, d. h. solche, die sowohl weltliche als auch kirchliche Materien regeln. Aus der Masse der Capitula mundana heben sich drei typische Arten von Kapitularien hervor: 1. Die Capitula legibus addenda, die gleich dem Volksrechte gesetzliche Kraft haben sollen. Sie schaffen Stammesrecht, also persönliches Recht der Stammesgenossen eines einzelnen Stammes oder ein den Angehörigen der verschiedenen Stämme gemeinsames Recht, je nachdem sie einer bestimmten einzelnen Lex oder allen Leges hinzugefügt werden sollen. Wo, wie bei den Franken, die Rechtsprechung Sache der Gerichtsgemeinden war, bedurften die Capitula legibus addenda grundsätzlich der Zustimmung des Volkes, als deren Ersatz man wohl auch den Konsens der auf dem Reichstag versammelten Menge gelten ließ. 2. Die Capitula per se scribenda, eigentliche Verordnungen, die territoriales Reichs- oder Landesrecht schaffen. Der König beriet sie regelmäßig mit den Großen des Reiches, deren Konsens seit Ludwig I. mehr und mehr ins Gewicht fiel. 3. Die Capitula missorum, Kapitularien, die an die königlichen Missi gerichtet sind. Sie wurden ihnen gewöhnlich bei der Absendung in ihre missatischen Sprengel mitgegeben, entweder, um ihnen als Instruktionen für ihre Amtstätigkeit zu dienen, oder um von ihnen zur allgemeinen Beachtung verkündigt zu werden. In der Zeit, da die wichtigsten königlichen Rechte auf die Hausmeier übergegangen waren, haben auch diese Kapitularien erlassen.

Amtliche Sammlungen der Kapitularien wurden nicht veranstaltet. Eine Privatsammlung von Kapitularien Karls des Großen und Ludwigs I. verfaßte mit Voranstellung der geistlichen Kapitularien, im übrigen nach chronologischer Anordnung der Abt Ansegisus von Fontanella (S. Wandrille, Diözese Rouen) im Jahre 827, eine Arbeit, die binnen kurzer Zeit das Ansehen einer amtlichen Sammlung erwarb. Für eine Ergänzung des Ansegisus gibt sich eine in Westfranzien um die Mitte des 9. Jahrhunderts verfertigte Sammlung angeblicher Kapitularien aus, deren Verfasser sich als Levite Benedikt von Mainz einführt. Das Werk ist zum größten Teile eine in kirchlichem Interesse unternommene Fälschung. In Italien wurde gegen Ende des 10. Jahrhunderts eine Sammlung der daselbst zur Geltung gelangten Kapitularien veranstaltet, die man Capitulare schlechtweg oder Capitulare Langobardorum nannte.

3. Die Formelsammlungen und Urkunden. Um Formulare für die Abfassung von Urkunden darzubieten, wurden im fränkischen Reiche zahlreiche Formelsammlungen abgefaßt, juristische Privatarbeiten, die das Urkundenwesen, wie sich an einzelnen Beispielen

nachweisen läßt, mitunter auf Jahrhunderte hinaus beherrschten. Unter ihnen seien als die wichtigsten hervorgehoben: 1. die formulae Andecavenses, vermutlich das Formelbuch eines Schreibers der städtischen Kurie oder eines Gerichtsschreibers der Stadt Angers, aus dem Anfang des 7. Jahrhunderts; 2. die formulae Marculfi, von einem Mönche Markulf abgefaßt und einem Bischof Landerich gewidmet, der von manchen als Bischof von Paris, von anderen als Bischof von Meaux betrachtet wird. Die Sammlung, deren Entstehungszeit in die zweite Hälfte des 7. Jahrhunderts fällt, bietet in einem ersten Buche Muster für cartae regales, in einem zweiten Formulare für Privatkunden, cartae pagenses; 3. die formulae Turonenses, jünger als Markulf, aber noch der merowingischen Zeit angehörig, in Tours vermutlich um die Mitte des 8. Jahrhunderts verfaßt; 4. die formulae Senonenses, unpassend auch Appendix Marculfi genannt, wahrscheinlich das Formelbuch eines Schreibers des Grafen von Sens. Der Grundstock der Sammlung entstand in den Jahren 768 bis 775; 5. die formulae Bignonianae, auf salischem Rechtsgebiete vor 775 entstanden; 6. eine westfränkische Formelsammlung, welche Merkel zuerst herausgegeben hat, erst in karolingischer Zeit in einer Gegend mit dichter salischer Bevölkerung abgefaßt, aber doch schon um 775 durch einen Nachtrag aus den Bignonschen Formeln ergänzt und später mit weiteren Zusätzen versehen; 7. die formulae Salicae Lindenbrogianae, eine zuerst von Lindenbruch veröffentlichte Sammlung, die auf altsalischem Boden, vermutlich in den Gebieten an der Maas und Schelde, gegen Ausgang des 8. Jahrhunderts entstand; 8. die formulae imperiales, Formeln für Kaiserurkunden, um 830 in der Kanzlei Ludwigs I. zusammengestellt; 9. das sogenannte Formelbuch des Bischofs Salomo III. von Konstanz, das der Mönch Notker der Stammler gegen Ende des 9. Jahrhunderts in Sankt Gallen zusammenschrieb.

Das germanische Urkundenwesen ist aus dem spätrömischen Urkundenwesen hervorgegangen, hat aber im Laufe seiner selbständigen Weiterentwicklung tiefgreifende Umgestaltungen erfahren. Die Urkunden scheiden sich in Königsurkunden und Privaturkunden. Nur die Königsurkunden, von denen die diplomata, capitularia, placita und indiculi als Rechtsdenkmäler am meisten ins Gewicht fallen, sind öffentliche, d. h. an sich beweiskräftige, weil unanfechtbare Urkunden. Im Gegensatz zu den Privaturkunden können sie der Zeugen entbehren, eine Eigenschaft, welche die langobardische Geschichtsurkunde mit ihnen teilt. Die Privaturkunden zerfallen in cartae und notitiae. Die carta ist konstitutive Urkunde, Geschäftsurkunde. Durch sie soll das Rechtsgeschäft, das sie beurkundet, nicht bloß bewiesen, sondern abgeschlossen werden. Sie wird von dem Vertragsgegner des Destinatärs der Urkunde, d. h. desjenigen, der sie erhalten soll, ausgestellt. Die Form des mittels carta abzuschließenden Rechtsgeschäftes bildet der Urkundungsakt, welchem die traditio cartae, die Begebung der (noch unvollständigen) Urkunde aus der Hand des Ausstellers in die Hand des Destinatärs, wesentlich ist. Bei der Übergabe werden von dem Aussteller mündliche Erklärungen über das abzuschließende Rechtsgeschäft abgegeben, denen der Text der Urkunde in dem die rechtliche Disposition enthaltenden Teile entspricht. Nach der Begebung der carta nehmen die Zeugen die firmatio, roboratio, stipulatio, die Handfestung vor, darin bestehend, daß sie die Urkunde entweder berühren (cartam tangere) oder signieren oder unterschreiben. Die Unterzeichnung durch den Aussteller ist üblich, aber nicht wesentlich. Schließlich vollzieht der Schreiber die Urkunde durch seine Unterschrift. Eine besondere Form der Urkundentradition bestand bei den Franken, Alamannen und anderen Stämmen. Hier pflegte nämlich der Aussteller die carta von der Erde aufzunehmen (cartam levare; vgl. finem levare im englischen Rechte, Protest levieren im Wechselrechte), um sie dann dem Destinatär darzureichen. Die notitia ist schlichte Beweisurkunde, d. h. sie hat nur die Aufgabe, als Beweismittel zu dienen, und ist daher im Tone eines Referates gehalten. Sie beurkundet entweder gerichtliche Handlungen oder außergerichtliche Rechtsgeschäfte. Letzterenfalls ist das Rechtsgeschäft nicht etwa mittels der Urkunde, sondern unabhängig von ihr zustande gekommen. Aussteller der notitia kann der Destinatär selbst sein. Die Zeugen der notitia sind nicht Zeugen des Urkundungsaktes, sondern des Rechtsgeschäftes, das vor der Beurkundung zum Abschluß gelangt war. Eine firmatio testium ist hier nicht erforderlich. Es genügt, daß die notitia die Gegenwart der Zeugen zu einem Bestandteile des Berichtes macht, den sie über die beurkundete Handlung erstattet.

Lex Salica. Pardessus, Loi Salique 1843. Waitz, Das alte Recht der salischen Franken 1846 (bietet den Text auf Grund der vier Handschriften der bisher sogenannten ersten Familie) mit einem Anhang von Müllenhoff über die deutschen Wörter der L. Salica. Merkel, Lex Salica 1850 mit einer Vorrede von J. Grimm. Lex Salica, hrsg. von Behrend, 2. Aufl. 1897. Lex Salica, zum akademischen Gebrauch hrsg. und erläutert von Heinrich Geffcken 1898. Die auf umfassendster Handschriftenvergleichung beruhende Ausgabe ist Hessels, Lex Salica: the ten texts with the glosses and the lex emendata synoptisch mit Erläuterungen über die fränkischen Wörter der Lex v. H. Kern, London 1880. Acht einzelne Handschriften druckte in sechs Heften ab Alfred Holder, Lex Salica 1879/80. Van Helten, Zu den Malbergischen Glossen in den Beiträgen zur Geschichte der deutschen Sprache, XXV, 225 ff.

Lex Ribuaria. Sohm in den Mon. Germ. Leges V und davon ein Textabdruck in 8° 1883. Synoptisch mit der Lex Salica bei Laspeyres, Lex Salica 1833.

Lex Francorum Chamavorum. Ausg. Sohm in den Mon. Germ. Leges V und in der Textausgabe der Lex Ribuaria.

Leges Alamannorum. Merkel in den Mon. Germ. Leges III und neuerdings in der Quartausgabe der Leges V 1 von Karl Lehmann.

Lex Baiuwariorum. Merkel in den Mon. Germ. Leges III.

Lex Thuringorum. Karl Fr. v. Richthofen in den Mon. Germ. LL. V.

Lex Saxonum. Karl Fr. v. Richthofen in den Mon. Germ. LL. V.

Lex Frisionum. Karl Fr. v. Richthofen in den Mon. Germ. LL. III. Einen Abdruck in 8° ließ die societas frisiaca 1866 besorgen. Patetta, La Lex Frisionum, Studii sulla sua origine e sulla critica del testo 1892 (Memorie della reale Accad. delle scienze di Torino, Serie II, tom. 43) mit einem kritischen Abdruck des Textes S. 70—90.

Ausgaben der **Kapitularien** und ihrer Sammlungen: Baluze, Capitularia regum Francorum 1677 und Pertz in den Mon. Germ. LL. I. II. Mit Rücksicht auf die Unzulänglichkeit dieser Ausgaben wurden die Kapitularien in den Mon. Germ. aufs neue ediert als Legum sectio II, Capitularia regum Francorum I 1883 (bis 827) ed. Boretius, II 1897 ed. Boretius et Krause mit einem umfangreichen Sachregister.

Formelsammlungen und **Urkunden.** Eine Ausgabe der einzelnen Formelsammlungen in Mon. Germ. LL. sectio V: Formulae Merowingici et Karolini aevi ed. Zeumer 1886. Eine systematisch angelegte Sammlung der Formeln bietet: Rozière, Recueil général des formules usitées dans l'empire des Francs 3 vols. 1859—1871. Die merowing. Königsurkunden sind in nicht tadelfreier Ausgabe abgedruckt bei K. Pertz, Mon. Germ. hist. Dipl. I 1872. Königs- und Privaturkunden der merowing. Zeit bei Pardessus, Diplomata ... ad res Gallo-Francicas spectantia prius collecta a De Bréquigny 2 vol. 1843. Die karoling. Königsurkunden verzeichnen Mühlbacher-Böhmer, Die Regesten des Kaiserreichs unter den Karolingern, 2. Aufl. 1906.

§ 14. (Fortsetzung.) Als ein Teil der Westgoten, als Burgunder und Langobarden unter fränkische Herrschaft kamen, blieb ihnen ihr nationales Recht.

Im westgotischen Reiche war die Gesetzgebung für Goten und Römer ursprünglich eine getrennte, später eine gemeinsame. Die Goten erhielten ein Gesetzbuch schon von König Eurich (466—484). Es entstand wahrscheinlich um das Jahr 475 und sollte nicht bloß für Streitigkeiten zwischen Goten, sondern auch für solche zwischen Goten und Römern gelten. Leider ist es uns nur fragmentarisch überliefert. Eurichs Gesetzbuch war bahnbrechend in der Geschichte der germanischen Gesetzgebung. Es ist nicht nur das älteste Gesetzbuch der germanischen Welt, sondern wurde in den meisten übrigen Volksrechten der merowingischen Zeit benutzt, so insbesondere im salischen, im burgundischen, im langobardischen, namentlich aber im bayrischen Volksrechte.

Der Westgotenkönig Leovigild († 586) nahm eine Revision der Leges Eurici vor im Sinne einer Ausgleichung der zwischen Goten und Römern bestehenden Gegensätze.

Zahlreiche und umfassende Reformgesetze, die sowohl für die Goten als auch für die Römer gelten sollten, erließ König Chindasvind (641—652). Sein Mitregent und Nachfolger Recceßvind (649—672) stellte (nicht vor 654) aus den Gesetzen seiner Vorfahren und aus seinen eigenen als Gesetzbuch für Goten und Römer einen systematisch geordneten Liber iudiciorum, die Lex Visigothorum Reccessvindiana, her. Die aus dem Codex Leovigilds herübergenommenen Gesetze tragen darin die Überschrift Antiqua. Die jüngeren haben nach dem Vorbilde der römischen Konstitutionensammlungen den Namen des Gesetzgebers als Inskription an der Spitze. Eine neue Redaktion, die einen großen Teil der älteren Gesetze durch Zusätze veränderte, veröffentlichte König Ervig 681 (Lex Visigothorum Ervigiana). Sein Nachfolger Egica (687—701) erließ zwar eine Anzahl von Novellen, hat aber keine neue Ausgabe der Lex Visigothorum veranstaltet. Ebensowenig dessen Sohn Wittiza, dem ein vereinzeltes in die

Lex aufgenommenes Gesetz zugeschrieben wird. Eine Textform der Ervigiana, welche die jüngeren Novellen hinzugefügt hatte, erlangte die Bedeutung einer Lex Visigothorum vulgata.

Das Gesetzbuch der Burgunder, die Lex Burgundionum, eine amtliche Sammlung burgundischer Königsgesetze, ist zum größten Teile das Werk des Königs Gundobad (474—516), nach dem sie auch als Lex Gundobada bezeichnet wird. König Gundobad ließ nämlich vor 501 aus den Gesetzen seiner Vorfahren und aus seinen eigenen einen Liber constitutionum herstellen, der für Rechtshändel nicht nur zwischen Burgundern, sondern auch zwischen Burgundern und Römern gelten sollte. Schon früh zeigte sich das Bedürfnis nach Novellen. Solche wurden noch von Gundobad selbst, dann von seinen Nachfolgern Sigismund und Godomar erlassen und der Lex an passenden Stellen amtlich eingefügt oder angefügt (adkapituliert).

Die hervorragendste Schöpfung auf dem Gebiete der germanischen Gesetzgebung stellen in der Zeit der Volksrechte die Quellen des langobardischen Rechtes dar. Dieses wurde zuerst unter König Rothari, nicht ohne Verwertung römischer und westgotischer Quellen, aufgezeichnet und 643 unter dem Namen Edictus publiziert. Unter dessen Nachfolgern kamen Zusätze von Grimoald, die umfassende Gesetzgebung Liutprands und einige Gesetze der Könige Ratchis und Aistulf hinzu. Aus dem Edictus Langobardorum wurde 829—832 für den Gebrauch des Herzogs und Markgrafen Eberhard von Friaul ein Rechtsbuch verfertigt, welches die denselben Gegenstand betreffenden Gesetze der einzelnen Könige zusammenstellt und sich deshalb Concordia de singulis causis nennt. Auf Grund des Edikts, der Kapitularien und späteren Königsgesetze entwickelte sich in Italien eine rege juristische Tätigkeit, die in der Rechtsschule zu Pavia ihren Ausgangspunkt hatte. Mit dem Edikt wurde das Capitulare Langobardorum zu einem Ganzen, dem Liber legis Langobardorum (Liber Papiensis), verbunden. Zwischen 1019 und 1037 entstand für Schulzwecke eine Sammlung, die dem Gesetztexte Glossen und Gerichtsformeln beifügte. Für den Gerichtsgebrauch wurde bald nach 1070 ein reichhaltiger Kommentar (Expositio) zum Liber Papiensis verfaßt. Eine neue Form erhielt das Rechtsbuch als sogenannte Lombarda vor 1100, welche den Rechtsstoff systematisch ordnete, gleichfalls glossiert und im 12. Jahrhundert kommentiert wurde. Von den sonstigen Quellen des langobardischen Rechtes ist das Cartularium Langobardicum hervorzuheben, eine im 11. Jahrhundert entstandene Sammlung von Formeln, wie sie bei der traditio cartae vom Aussteller oder dessen Vorsprecher gesprochen wurden, und von mündlichen Erklärungen, die der Abfassung gerichtlicher notitiae vorausgingen.

Leges Visigothorum. Eurichs Gesetze und die Lex Visigothorum sind herausgegeben von Karl Zeumer als Leges Visigothorum in den Monum. Germ. hist. Leges, sectio I, tomus I 1902.

Lex Burgundionum. Ausg. von Bluhme in den Mon. Germ. LL. III 525, besser von R. von Salis in der Quartserie der Leges, Sectio I, tomus 2, 1892. Einen genauen Abdruck einzelner Handschriften gab Valentin-Smith, La Loi Gombette 1889 f.

Edictus Langobardorum. Ausg. von Bluhme in den Mon. Germ. LL. IV (als Schulausgabe in 8° u. d. T. Edictus ceteraeque Langobardorum leges 1869). Liber legis Langob. Papiensis dictus, hrsg. von Boretius a. a. O. Concordia und Lombardae rubricae, hrsg. von Bluhme a. a. O. Baudia Vesme, Edicta regum Langob. 1855 (in den Monum. hist. patriae), abgedruckt von Neigebaur 1855. Die Lombarda-Commentare, hrsg. von Anschütz 1855. Summa Legis Langobardorum, Langobard. Rechtsbuch aus dem 12. Jahrh., hrsg. von Anschütz 1870. Das Cartularium Langobard. hat Boretius in Mon. Germ. LL. IV 595 ff. ediert. Padeletti, Fontes iuris italici medii aevi 1877.

§ 15. (Fortsetzung.) Auch das römische Recht, nach dem die Romanen und die Kirche lebten, hat eine Reihe von Rechtsquellen aufzuweisen, die in den germanischen Staaten entstanden sind. Während die germanischen Leges dem Mangel geschriebenen Rechtes abhelfen sollten, haben die römischen Rechtsquellen der germanischen Reiche den Grund ihrer Entstehung in dem Übermaß des überlieferten geschriebenen Rechts, das die Rechtspraxis nicht mehr zu bewältigen vermochte. Da man die geistige Beherrschung der römischen Rechtsquellen verlernt hatte, ergab sich das Bedürfnis nach sichtenden und epitomierenden Rechtssammlungen. Für die Römer des Westgotenreiches ließ Alarich II. 506 das römische Recht in der Lex Romana Visigothorum (Breviarium Alaricianum) zusammenstellen, indem er zugleich die Anwendung jeder anderen römischen Rechtsquelle verbot. Die Lex enthält eine Auswahl von Konstitu-

tionen des Theodosianus, posttheodosianische Novellen (bis 463), den sogenannten Liber Gaii, die Sententiae des Paulus, Konstitutionen aus dem Codex Gregorianus und Hermogenianus und eine Stelle aus den Responsen Papinians. Das Ganze ist mit Ausnahme des Gaius von einer fortlaufenden Glosse, interpretatio, begleitet. Im Westgotenreiche hob Reccessvind die Geltung der Lex Romana Visigothorum auf. Allein sie blieb bei der römischen Bevölkerung des fränkischen Reiches in lebhaftem Gebrauch. Als ein Auszug daraus stellt sich die in Churrätien wohl bereits vor Ausgang des 8. Jahrhunderts vorhandene Lex Romana Curiensis dar, eine bedeutsame Quelle für die Kenntnis des römischen Vulgarrechts, die zugleich einen weitgehenden Einfluß deutscher Rechtssitte auf das Recht der romanischen Bevölkerung zum Ausdruck bringt.

In Burgund entstand unter König Gundobad vor 506 für die römischen Provinzialen die Lex Romana Burgundionum, als ein Seitenstück zur Lex Gundobada. Sie wurde in der Art ausgearbeitet, daß man zur Gundobada passende Parallelstellen aus den römischen Rechtsquellen zusammenstellte. Da die Lex Romana Burgundionum die Anwendung der übrigen römischen Rechtsquellen nicht ausschloß, so kam in Burgund die Lex Romana Visigothorum in so vorwiegenden Gebrauch, daß sie jene schließlich verdrängte.

Im ostgotischen Reiche war die Gesetzgebung für die germanische und für die römische Bevölkerung von vornherein eine gemeinsame. Die Gesetze der ostgotischen Könige nannten sich Edikte, nicht Leges, da sich die Ostgotenkönige zwar das ius edicendi beilegten, wie es die römischen Magistrate besaßen, aber die kaiserliche Gesetzgebung noch als ein Reservatrecht der oströmischen Kaiser betrachteten. Nur auf römischen Rechtsquellen beruht ein aus 155 kurzgefaßten Kapiteln bestehendes Edikt, das König Theoderich vor 507 ausarbeiten ließ. Für die Ostgoten galt daneben gotisches Gewohnheitsrecht, das sich als Personalrecht von Überresten ostgotischer Bevölkerung noch bis in das elfte Jahrhundert nachweisen läßt. Nach der Zertrümmerung des ostgotischen Reiches geriet die ostgotische Gesetzgebung in Vergessenheit, und brachte die oströmische Herrschaft die Rechtsbücher Justinians zur Geltung, welche in Italien auch nach der Einwanderung der Langobarden in Kraft blieben.

Lex Romana Visigothorum, hrsg. von Hänel 1849. Lex Romana Raetica Curiensis ed. K. Zeumer in Mon. Germ. LL. V. Ebenda die Capitula Remedii.

Lex Romana Burgundionum, hrsg. von Bluhme in Mon. Germ. LL. III, von R. v. Salis in der Quartausgabe der Leges.

Edictum Theoderici, hrsg. von Bluhme in den Mon. Germ. LL. V.

II. Das Staatsrecht.

§ 16. Das Königtum. Das germanische Volkskönigtum machte im fränkischen Reiche einem Königtum anderer Auffassung Platz, das durch die von ihm ausgehenden Eroberungen seine Macht derart erhöhte, daß es die Fülle der Staatsgewalt in sich vereinigte. In der gallorömischen Bevölkerung gewann es eine Klasse von Untertanen, die ein unbeschränktes Imperium gewohnt waren. Nicht zum wenigsten hat das Königtum seine Stellung dadurch befestigt, daß es die in den romanischen Gebieten bestehenden römischen Einrichtungen zur Verstärkung der Staatsgewalt verwertete, daß es den mächtigen Einfluß der katholischen Kirche in seinen Dienst zog, und daß das gewaltig angewachsene Krongut die Mittel lieferte, um die königliche Gefolgschaft und das königliche Beamtentum zu vermehren und umfassende Landschenkungen vorzunehmen. Der übermäßigen Steigerung im 6. folgte im 7. Jahrhundert eine dauernde Schwächung der königlichen Gewalt, so daß es den Inhabern des Hausmeieramtes möglich wurde, die königlichen Befugnisse an sich zu ziehen. Diese Einbuße wurde aber dadurch wieder ausgeglichen, daß der letzte Hausmeier die ursprünglich königlichen, nunmehr hausmeierlichen Rechte wieder an das Königtum brachte, indem er sich von den Franken zum König erheben ließ. Die Karolinger haben zunächst durch die Ausdehnung und Fortbildung der Keime des Lehnwesens und durch die planmäßige Verquickung von Kirche und Staat eine Stärkung der königlichen Gewalt in die Wege geleitet. Aber dank den Geistern, die sie gerufen und nicht auf die Dauer zu lenken vermochte, verfiel die Reichsgewalt seit Ludwig I. einem unaufhaltsamen Niedergang.

Der merowingische König führte den Titel rex Francorum, und zwar auch dann, wenn

er nur Teilkönig war. Karl der Große nannte sich seit der Unterwerfung der Langobarden (774) rex Francorum et Langobardorum ac patricius Romanorum. Nach der Kaiserkrönung wich der Titel patricius dem Kaisertitel. Dieser lautet seit Ludwig I. imperator augustus. Ludwig der Deutsche nennt sich nur noch rex, womit sich auch seine Nachfolger begnügen, soweit sie nicht den Kaisertitel führen. Vermutlich nach angelsächsischem Vorbilde nahm Karl der Große 768 die Demutsformel gratia Dei in den Königstitel auf.

Ursprünglich ist auch bei den Franken mit dem Erbrechte des Königsgeschlechtes ein Wahlrecht des Volkes verbunden. Seit Chlodowech tritt dieses zurück. Erbberechtigt ist nur der Mannesstamm des merowingischen Königshauses ohne Unterscheidung ehelicher und unehelicher Geburt. Sind mehrere erbberechtigte Glieder der Dynastie vorhanden, so wird die Reichsverwaltung unter sie geteilt, und zwar zu gleichen Teilen und zu gleichem Recht, so daß keiner der Teilregenten etwa als Oberkönig Hoheitsrechte über die anderen besitzt. Im 7. Jahrhundert üben zunächst die Großen, später die Hausmeier das Recht aus, das von ihnen ausgewählte Mitglied des Königsgeschlechtes durch Thronerhebung zum König einzusetzen. Die Erhebung Pippins war zugleich die Erhebung seines Hauses zum fränkischen Königsgeschlecht. Unter den Karolingern wurde die Reichsverwaltung ebenso wie unter den Merowingern zu gleichen Teilen und zu gleichem Rechte geteilt. Mit dem Erbrecht der Karolinger konkurrierte die Teilnahme des Volks, insbesondere der Großen, an der Besetzung des Throns und an den Reichsteilungen. Uneheliche Königssöhne hatten neben ehelichen kein Recht der Thronfolge. Im Gegensatz zum herkömmlichen Teilungsprinzip verlangte die Idee des Kaisertums, weil sie die Universalmonarchie voraussetzte, die Einführung der Individualsuccession. Ludwigs I. Ordinatio imperii von 817, die durch eine Teilung zu ungleichem Recht und zu ungleichem Teilen einen Ausgleich zwischen jenen Gegensätzen versuchte, erwies sich als unausführbar, und nach aufreibenden Kämpfen wurde 843 im Verduner Vertrag das alte Teilungsprinzip wieder zur Geltung gebracht.

Der Regierungsantritt war unter den Merowingern ein rein weltlicher Akt. Er erfolgte durch feierliche Thronbesteigung, dann zuerst bei unmündigen Thronerben, schließlich allgemein, durch Thronerhebung (elevatio). Zum Zeichen förmlicher Besitzergreifung pflegte der merowingische König eine Umfahrt im Reiche zu halten. Seit Pippin wurde unter angelsächsischem Einfluß die auf altjüdisches Vorbild zurückgehende geistliche Salbung üblich. Im 9. Jahrhundert trat dann der Salbung eine Königskrönung zur Seite. Sie erfolgte entweder als ein geistlicher oder als ein weltlicher Akt, hatte aber ebenso wie die Salbung keine staatsrechtliche Bedeutung für die Erlangung der Königswürde.

Als König Pippin 754 von Papst Stefan II. zum patricius Romanorum erhoben wurde, sollte er dadurch eine Stellung erlangen, wie sie früher dem Exarchen von Ravenna als Vertreter des byzantinischen Reiches im römischen Gebiete von Rechts wegen gebührt hatte. Karl der Große behandelte dieses Gebiet, nachdem er 774 den neuen Titel angenommen hatte, wie einen Teil seines Reiches. An Stelle des Patriziats trat 800 die Würde des römischen Kaisers. Das Kaisertum gewährte seinem Inhaber nicht nur das Schutzrecht über die römisch-katholische Kirche, sondern auch die Herrschaft über das römische Gebiet. Karl der Große betrachtete das Kaisertum zunächst nur als eine persönliche Würde; erst 813 verband er es mit seinem Reiche und seinem Geschlechte. Die Kaiserkrönung, byzantinischer Sitte entstammend, erfolgte bei Karl dem Großen selbst als ein päpstlicher Akt. Ludwig I. und Lothar I. wurden von ihren Vätern gekrönt, ließen sich aber beide nachträglich vom Papste salben und krönen. Seit der Mitte des 9. Jahrhunderts erschien die päpstliche Salbung als der die Kaiserwürde verleihende Akt. Dank den im karolingischen Hause eingetretenen Zerwürfnissen war es der römischen Kurie gelungen, die Verleihung der Kaiserwürde im Gegensatz zu der von Karl dem Großen und Ludwig I. betätigten Auffassung zu einem päpstlichen Monopol zu gestalten.

Der König hat sämtlichen Untertanen gegenüber die Banngewalt. Banngewalt ist das Recht, bei Strafe zu gebieten und zu verbieten. Bann heißt ein derartiger Befehl und ebenso die Folge seiner Übertretung. Folge der Nichtbeachtung des Königsbannes ist in der Regel eine Brüche von 60 Solidi. Der Bann äußert sich als Friedensbann, als Verwaltungsbann und als Verordnungsbann und dient als der wichtigste Hebel zur Ausbildung des das Volksrecht reformierenden Königsrechts.

Die Untertanen schulden dem König Treue, sie heißen in merowingischer Zeit leudes oder homines des Königs und bekräftigen ihre Treupflicht durch einen Treueid.

Der König hat die Heergewalt, er bestimmt, in welchem Umfang die Heerpflichtigen zum Heerdienst im Einzelfalle herangezogen werden sollen, er hält Heerschau ab und führt das Heer, wenn er nicht einen besonderen Heerführer ernennt. Er hat die oberste Gerichtsbarkeit und verwaltet sie persönlich im Königsgerichte. Er vertritt das Reich nach außen hin und entscheidet über Krieg und Frieden. Er ist oberstes Organ der Friedensbewahrung. Der allgemeine Friede erscheint als Königsfriede. Der König hat Regierungsrechte in kirchlichen Angelegenheiten, insbesondere das Recht der Berufung von Synoden und der Besetzung der Bistümer. Er besitzt die Amtshoheit und ist Eigentümer des Fiskalgutes. Ihm gebührt das Münzrecht, das Recht auf Zölle und Verkehrsabgaben.

Des Königs Wort genießt erhöhte Glaubwürdigkeit. Sein Zeugnis darf im Rechtsgang bei Verwirkung des Lebens nicht angefochten werden. Wird im Namen des Königs Klage erhoben, so ist sein Vertreter von der Pflicht entbunden, die Klage durch einen Voreid zu bekräftigen.

§ 17. **Der Hof des Königs und die Reichsverwaltung.** Das Staatsrecht der fränkischen Monarchie war hauptsächlich Verwaltungsrecht. Die dem spätrömischen Rechte eigentümliche Trennung des Zivil- und Militärdienstes blieb ihm von Hause aus fremd. Die oberste Reichsverwaltung führte der König selbst. Eine ständige Residenz hatte er weder in merowingischer noch in karolingischer Zeit. Der König hielt Hof in den Pfalzen, die sich in den verschiedenen Teilen des Reichs auf Königsgut befanden. Von den Personen des Hofstaates, aulici, palatini, hatten nur einzelne ein bestimmtes Amt. Die übrigen standen zur Disposition des Königs. Zu jenen zählten die Inhaber der vier germanischen Hausämter (Truchseß, Kämmerer, Marschall und Schenke), die hier von freien, oft von vornehmen Leuten des Gefolges versehen wurden. Doch erscheint an Stelle des Truchseß, und zwar als oberster Beamter des Hofhalts, der Seneschall oder maior domus.

Der maior domus, Hausmeier, hatte am fränkischen Königshofe wahrscheinlich von Anfang an, jedenfalls seit etwa 600 die Anführung der königlichen Gefolgsgenossen, der sogenannten Antrustionen. Da diese den Kern der fränkischen Aristokratie bildeten, schwang er sich zu deren politischem Vertreter auf. Seit den Ereignissen, die den Sturz der Königin Brunhildis herbeiführten, ist der oberste Beamte der Hofverwaltung der erste Beamte der Staatsverwaltung geworden. Die hauswirtschaftlichen Funktionen seines Amtes sind von da ab einem besonderen Seneschalk übertragen. Der Hausmeier wurde ursprünglich vom König ernannt, vorübergehend von den Großen des Reichs präsentiert oder geradezu gewählt. Schließlich wurde das Amt, das die wesentlichen königlichen Rechte an sich gezogen hatte, Erbgut des austrasischen Herzogsgeschlechtes der Arnulfinger. Als der letzte Hausmeier sich zum fränkischen König erhoben hatte, ließ er das Amt des Hausmeiers erlöschen, ja, das Königtum befolgte von da ab die Politik, die Ausbildung eines kräftigen und ständigen Zentralbeamtentums für das Reich zu verhindern.

Die königliche Kanzlei steht in merowingischer Zeit unter dem Referendarius, in karolingischer unter dem Kanzler. Der merowingische Referendar fertigt u. a. auch die königlichen Gerichtsurkunden aus, jedoch, da er nicht etwa als Gerichtsschreiber an den Verhandlungen des Königsgerichtes teilnimmt, auf Grund eines vom Pfalzgrafen als Beisitzer des Königsgerichtes abgegebenen Referates, das als testimonium comitis palatii in dem Kontext der Urkunde ausdrücklich erwähnt wird. In karolingischer Zeit ist die Ausstellung der Gerichtsurkunden aus dem Ressort der Kanzlei ausgeschieden, es existieren besondere Gerichtsschreiber, die dem Pfalzgrafen unterstellt sind, eine Neuerung, die mit der verschiedenen Behandlung des Urkundenbeweises im salischen und ribuarischen Rechte zusammenhängt und das Verschwinden der das Referat des Pfalzgrafen betreffenden Klausel in den placita zur Folge hat. Der karolingische Pfalzgraf hat außerdem in weltlichen Sachen den Vortrag vor dem König und waltet an Stelle des Königs als Richter, in welcher Eigenschaft er für minder wichtige Sachen als ständiger Vertreter bestellt ist. Die am Hofe lebenden Geistlichen, zu denen in karolingischer Zeit auch die Kanzleibeamten gehörten, standen unter der Aufsicht und Leitung des ersten Hofkaplans, primus capellanus, archicapellanus, der in kirchlichen Angelegenheiten den Vortrag

vor dem Könige hatte. Ludwig der Deutsche vereinigte dann das Amt des Hofkaplans mit dem des Kanzlers. Seit der Leiter der Kanzlei zugleich das Haupt der Hofklerisei war, gewann er hervorragenden politischen Einfluß. In Sachen der Hof- und Reichsverwaltung beriet sich der König, wie das in der Natur der Dinge lag, zunächst mit Personen des Hofstaats, die sein besonderes Vertrauen genossen. Er fragte um Rat, wen er eben fragen wollte. Es gab aber auch berufsmäßige Räte des Königs, die er aus seiner ständigen Umgebung wählte oder von auswärts an seinen Hof zog. Sie führten den Amtstitel consiliarii und hießen wohl auch senatores oder consiliarii a secretis.

Beamte für die Verwaltung der königlichen Domänen waren unter den Merowingern die domestici. Es gab einen domesticus am königlichen Hofe, welcher die Oberaufsicht über die Domänenverwaltung hatte. Außerdem walteten domestici in den einzelnen Provinzen des Reichs. Noch in merowingischer Zeit zog der Hausmeier die Funktionen des Hofdomestikus an sich. Die provinziale Domänenverwaltung steht in karolingischer Zeit unter der Aufsicht und Kontrolle der königlichen Missi. Die ständigen Domänenbeamten erscheinen nunmehr unter dem Namen actores dominici. Der einzelne Gutskomplex, fiscus, ist in eine Anzahl ministeria eingeteilt, deren jedes einem Unterbeamten des actor, einem maior, zugewiesen ist.

Öffentliche Angelegenheiten pflegte der König mit den Großen des Reichs auf den Reichs- oder Hoftagen zu beraten, die in der Regel im Anschluß an Hoffestlichkeiten stattfanden. Sie enthalten den rechtsgeschichtlichen Keim unserer ständischen und parlamentarischen Vertretungskörper. Die Teilnahme erscheint nicht unter dem Gesichtspunkte des Rechts, sondern der Pflicht und beschränkt sich tatsächlich auf das höhere geistliche und weltliche Beamtentum und auf die Antrustionen der merowingischen, die königlichen Vasallen der karolingischen Zeit. Im Monat März, seit 755 im Mai wurde Heerschau abgehalten; die Heerversammlung hieß daher Märzfeld, dann Maifeld (auch wenn sie etwa in den Hochsommer fiel). Bei dieser Gelegenheit machte man dem versammelten Volke Mitteilung über wichtigere Entschlüsse, mitunter deshalb, um sich die Akklamation zu verschaffen, ein Vorgehen, in welchem das einzige Moment der fränkischen Verfassung liegt, das an die Stellung der alten Landesgemeinde erinnert. Die Mitregierung, die diese einst ausgeübt hatte, begannen unter veränderten Verhältnissen seit Ludwig I. die Hof- und Reichstage zu erwerben.

§ 18. **Die Verwaltungsbezirke und ihr Ämterwesen.** Das Reich zerfiel in eine große Anzahl von Grafschaften (comitatus) oder Gauen. Unter den Merowingern stand in einzelnen Teilen des Reiches über den Grafschaften ein größerer Verwaltungsbezirk, das Herzogtum, ducatus. Die Grafschaft gliederte sich in eine Anzahl von Hundertschaften (centenae), welche die Bedeutung räumlicher Bezirke gewonnen hatten. In Gallien hieß der Unterbezirk der Grafschaft vicaria.

An der Spitze der Grafschaft stand ein vom König ernannter Beamter, comes, grafio. Er hatte militärische Gewalt, die vermutlich den Ausgangspunkt des Amtes bildete; insbesondere lag ihm ob, den Heerbann der Grafschaft auszuheben und anzuführen. In den neufränkischen Gebieten succedierte er in die Jurisdiktion des römischen Provinzialstatthalters; in den altsalischen Landen war er zur Zeit der Abfassung der Lex Salica noch auf die Exekution beschränkt; hier hat er die Stellung des Richters im Gau erst im Laufe des 6. Jahrhunderts erlangt, nachdem er einen nicht königlichen Beamten der Salfranken, den Thungin, thunginus, verdrängt hatte, der bis dahin als Vorsitzender in den echten Dingen der Hundertschaften waltete. Der Graf besaß ferner die Polizeigewalt im Gau und war königlicher Finanzbeamter. Festes Gehalt hatte er nicht. Doch bezog er ein Drittel der Gerichtsfälle und der Bannbußen und die Nutzungen der Grundstücke, die als Amtsgut mit der Grafschaft verbunden waren (pertinentia comitatus, fiscus comitialis). Auf seinen Dienstreisen konnte er von den Gauleuten unentgeltliche Beherbergung, Beförderung und Spanndienste verlangen. Die königliche Gerichtsgewalt war ihm nicht in vollem Umfange übertragen; im eigenen Wirkungskreise besaß er nur einen Bann von 15 Solidi. Doch wurde ihm schon in fränkischer Zeit für gewisse Fälle (den sächsischen Grafen allgemein für causae maiores) der Königsbann von 60 Schillingen übertragen, wie denn überhaupt die gräfliche Gewalt in sichtlicher Zunahme begriffen ist. Ursprünglich konnte der König den Grafen beliebig einsetzen und absetzen. Unter Ludwig I. und seinen Nachfolgern geschah

die Verleihung des Amtes nach lehnrechtlichen Grundsätzen. Gegen Ende der fränkischen Zeit wurde die Vererbung der Grafschaft vom Vater auf den Sohn zunächst in Westfranzien die herrschende Regel.

Schon die merowingische Zeit kannte als Vertreter des Grafen für den Einzelfall bestellte missi comitis. Unter den Karolingern findet sich in Westfranzien und Italien ein besonderer Beamter als ständiger Vertreter des Grafen in der Grafschaftsverwaltung, der den Titel vicecomes führt.

Über mehrere Grafen war in merowingischer Zeit ein Herzog (dux) gesetzt, der die militärischen Kräfte eines größeren Bezirkes unter sich vereinigte und eine dem Grafen übergeordnete Gerichtsgewalt ausübte. Doch existierte nicht überall ein Herzogtum, sondern es gab zahlreiche Grafen, die nicht unter einem Herzog standen. Zur Zeit der Schwäche des merowingischen Königtums gelang es in einzelnen Teilen des Reiches den Herzogen, eine erbliche und ziemlich unabhängige Stellung zu gewinnen, in der sie zwar die Oberhoheit des Königs anerkannten, aber sich nicht mehr als Beamte betrachteten. Im Gegensatz zum alten Amtsherzogtum kann man dieses Herzogtum mit staatsrechtlich sanktionierter Selbständigkeit als Stammesherzogtum bezeichnen. Den Karolingern gelang es, das Stammesherzogtum allenthalben wieder zu beseitigen. Der karolingischen Verfassung ist ein besonderes Herzogtum unbekannt. Doch findet sich der Titel dux. Ihn führen nicht selten die Markgrafen (marchiones, marchisi), welchen an den Reichsgrenzen ein Gebiet von dem Umfange mehrerer Grafschaften in die Hände gelegt ist, um einen kräftigen Grenzschutz zu ermöglichen.

In den Hundertschaften ist der vom Volke gewählte Hundertschaftsvorsteher (centenarius, hunno) vielfach, aber nicht überall zu einem Unterbeamten des Grafen geworden, den der Graf unter Beteiligung des Volkes ernannte. Jener war mit der richterlichen Exekution und mit der Eintreibung der fiskalischen Gefälle betraut und erscheint daher auch unter dem Namen Schultheiß (sculthaisus). Bei Gericht saß er dem Grafen als Gehilfe zur Seite. Im gebotenen Ding konnte er ihn als Richter vertreten. Der neustrische Graf hatte in den romanischen Gebieten einen Unterbeamten, vicarius, für den Bezirk der Vikarie. Nachdem in karolingischer Zeit der Zentenar zum Unterbeamten des Grafen geworden, wurden die Ausdrücke vicaria und centena, Vikar und Zentenar, als gleichbedeutend gebraucht.

Das ribuarische Recht kannte das Amt eines ständigen Gerichtsschreibers, cancellarius, der im Mallus anwesend war und daselbst die öffentliche Vollziehung von Urkunden besorgte. Die ribuarische Einrichtung drang auch in das salische und in das alamannische Rechtsgebiet ein, doch geriet sie seit der zweiten Hälfte des 9. Jahrhunderts allenthalben in Verfall. Dagegen erhielt sich in Italien die in karolingischer Zeit durchgeführte Einsetzung amtlicher und ständiger Schreiber der Grafschaftsgerichte, womit die Entstehung eines öffentlichen Notariats in Zusammenhang steht.

Ein wirksames Mittel zur Zentralisierung der Reichsverwaltung schuf Karl der Große in dem Institut der missi dominici. Schon früher hatten die Könige von Fall zu Fall Bevollmächtigte mit Spezialaufträgen in einzelne Reichsteile geschickt (missi ad hoc). Karl machte hieraus eine organische Einrichtung der Verwaltung, indem er das Reich in große missatische Sprengel teilte, von denen jeder durch mehrere missi, gewöhnlich zwei, einen geistlichen und einen weltlichen Großen, regelmäßig bereist wurde. Sie hatten die Tätigkeit der ordentlichen Beamten zu kontrollieren und zu ergänzen und hielten Landtage und, mit der außerordentlichen Gewalt des Königs versehen, Gerichtstage ab. Die Stellung dieser ordentlichen wandernden Missi war keine ständige. Meist wurden für jeden Reisebezirk jährlich neue Missi ernannt. Als eine zwischen Königtum und Grafschaft stehende Gewalt bot das missatische Institut einen Ersatz für das von den Karolingern nicht mehr geduldete Herzogtum. Als unmittelbare Stellvertreter des Königs brachten die Missi unter Karl dem Großen die Reformgedanken des Königshofes in allen Teilen des Reiches zur Geltung. Unter Ludwig I. begann die Einrichtung zu entarten. Indem das missatische Amt auf territoriale Gewalten des missatischen Sprengels übertragen wurde, entwickelte sich die Institution ständiger Missi. Wandernde Missi wurden nur noch ausnahmsweise abgeschickt. Im ostfränkischen Reiche fanden sich seit Ludwig dem Deutschen nur noch ständige Missi und missi ad hoc.

§ 19. Die Reichsverwaltung und die Leistungen der Untertanen. Eine geordnete Finanzverwaltung sucht man auch im fränkischen Reiche vergebens. Staatsgut und Privatgut des Königs wurden nicht unterschieden, wie überhaupt nicht die öffentlich-rechtliche und die privatrechtliche Stellung des Königtums, ein Charakterzug, der sich in der Folge auch dem Beamtentum mitteilte. Eine allgemeine Steuerpflicht der Untertanen kannte man nicht. Die römische Steuerverfassung ließ man verfallen und entarten. Einzelne abhängige Völkerschaften zahlten Tribute. Für Überlassung und Benutzung von Königsland, insbesondere von Rottland, wurden Abgaben privatrechtlicher Natur entrichtet (stuoka, medem). Sonstiges Einkommen des königlichen Fiskus, über den der König einseitig verfügte, bildeten die Gerichtsgefälle und die Bannbußen, das Achtergut, Schutzzinse, Zölle und Verkehrsabgaben, Jahresgeschenke (dona annualia), die für die Kirchen seit Karl dem Großen den Charakter pflichtmäßiger Leistungen annahmen, insbesondere aber das Erträgnis der königlichen Domänen, in deren Verwaltung Karl der Große den Schwerpunkt des ganzen Finanzwesens legte.

Im übrigen war das Gemeinwesen auf die persönlichen Leistungen der Untertanen angewiesen, die zum Heerdienst, zum Gerichtsdienst, zu öffentlichem Polizeidienst (Gerichtsfolge und Landfolge) und zu gewissen öffentlichen, zum Teil aus dem römischen Postwesen hervorgegangenen Fronden verpflichtet waren.

Eine folgenschwere Umwandlung vollzog sich im Heerwesen. Zwar ist eine verfassungsmäßige Änderung der Heerpflicht unter den Karolingern nicht durchgeführt worden, allein die zunehmende Leistungsunfähigkeit der kleinen Grundbesitzer und die veränderte Art der Kriegführung brachten den auf der allgemeinen Untertanenpflicht beruhenden Heerbann allmählich zur Auflösung und veranlaßten die Heeresverwaltung, das Volksaufgebot durch Lehnsmilizen, die Fußtruppen durch Reiter zu ersetzen. Grundsätzlich lastete im fränkischen Reiche die Heerpflicht auf allen freien und wehrhaften Männern. Königliche Verordnung bestimmte, in welchem Umfang für den einzelnen Fall das Aufgebot der Wehrpflichtigen erfolgen solle; leitende Gesichtspunkte waren hierbei das jeweilige Erfordernis der Heeresstärke und die Leistungsfähigkeit des einzelnen. Um letztere zu berücksichtigen, wurde für das einzelne Aufgebot eine nach königlicher Anordnung wechselnde Vermögensquote als die dem persönlichen Heerdienst zugrunde liegende Einheit festgesetzt. Ärmere Freie wurden in der Weise zu Gruppen vereinigt, daß man nur von e i n e m den persönlichen Heerdienst verlangte, die anderen aber zu einer Beisteuer (aidutorium) verpflichtete. Wer widerrechtlich ausblieb, mußte die königliche Bannbuße bezahlen. Die Durchführung des Aufgebots fiel dem Grafen anheim, dem auch ein beschränktes Dispensationsrecht eingeräumt war. Hintersassen und Vasallen hatte in karolingischer Zeit ihr Senior, der Grund- oder Lehnsherr, aufzubieten. Handelte es sich um die Verteidigung des Landes gegen feindliche Einfälle, so war jedermann ohne Ausnahme verpflichtet, dem Rufe zur Landwehr (lantwêri) zu folgen. Während die Heeresverwaltung genötigt war, den Druck, mit dem die Heerpflicht auf den kleineren Grundbesitzern lastete, mehr und mehr zu erleichtern, wurde andererseits der Kriegsdienst, den sie zu leisten vermochten, durch eine Veränderung militärisch-technischer Natur mehr und mehr entwertet. Die Heere, welche die Gründung des fränkischen Reiches vollbrachten, bestanden fast ausschließlich aus Fußvolk; nur die Führer und Gefolgsgenossen waren beritten. Im 4. und 5. Jahrzent des 8. Jahrhunderts machte sich aus Anlaß der Kämpfe mit den Arabern das Bedürfnis nach Schöpfung einer leistungsfähigen Kavallerie geltend. Karl Martell und seine Söhne griffen zu diesem Zwecke an das Kirchengut. Sie vergabten Kirchengüter an fränkische Große, die ihrerseits durch Weiterverleihungen kleinere Vassallen in den Stand setzten, sich reitermäßig auszurüsten. Der vermehrten Reiterei wegen sah schon Pippin sich genötigt, das Märzfeld in den Mai zu verlegen. Hand in Hand mit dem Lehnwesen schritt das Reiterwesen von Westen nach Osten vor. In Westfranzien sind schon um die Mitte des 9. Jahrhunderts die Heere fast ausschließlich Reiterheere, die zum Teil aus freien Vassallen und zum Teil aus Ministerialen, reitermäßig ausgerüsteten Knechten, bestehen. Bei den rechtsrheinischen Stämmen hat sich diese Entwicklung erst in der nachfränkischen Zeit durchgesetzt.

Die Gerichtspflicht lastete hauptsächlich auf der Hundertschaft, deren Gerichtsversammlungen für Streitigkeiten aus der ganzen Grafschaft zuständig waren, und bezog sich in gleicher Weise auf die echten, ungebotenen Dinge des Volksrechtes, die vom Grafen abgehalten wurden,

wie auf die gebotenen Dinge, die Graf oder Zentenar nach Bedarf kraft ihrer Amtsgewalt ansetzten, und in denen nur causae minores, nicht aber die dem echten Ding vorbehaltenen causae maiores entschieden werden konnten. Die allgemeine Gerichtspflicht mußte in karolingischer Zeit, weil sie sich angesichts der eingetretenen Ungleichheit der Besitzverhältnisse für die ärmeren Freien als zu drückend erwies, auf drei allgemeine Gerichtsversammlungen im Jahre beschränkt werden; für die gebotenen Dinge wurde sie durch die Bestellung ständiger Urteilfinder, der Schöffen (scabini), ersetzt.

§ 20. Die Anfänge des Lehnsstaates. Während die Verfassung der älteren merowingischen Zeit im wesentlichen auf dem Grundsatz der gleichen Unterordnung aller Untertanen unter das Königtum und damit unter die Staatsgewalt beruhte, machte sich seit der Wende des 7. Jahrhunderts eine tiefgreifende Verschiebung geltend, welche einen Teil der Untertanen in ein näheres Verhältnis zum König brachte, einen anderen der unmittelbaren Einwirkung der öffentlichen Gewalt in gewissen Beziehungen entrückte und so eine Auflockerung des allgemeinen Untertanenverbandes herbeiführte. Verschiedene, zum Teil in die spätrömische Zeit Galliens zurückreichende Verhältnisse wirkten zusammen, um diese Veränderung in die Wege zu leiten. Insbesondere kommen dafür das Benefizialwesen, die Vassallität, die Grundherrlichkeit, die Immunität und die Stellung der Kirche zum Staate in Betracht.

Das Benefizialwesen hatte eine Vorstufe in den Landschenkungen der merowingischen Könige. Unter den Merowingern war es zuerst Sitte, dann politische Notwendigkeit geworden, die Großen durch Schenkung von Krongütern an das Königtum zu fesseln. Die merowingische Landschenkung begründete, wenn sie nicht ausdrücklich zu freiem Eigentum erfolgte, gemäß dem germanischen Schenkungsbegriffe nur ein beschränktes Eigentum des Beschenkten; es konnte ohne Zustimmung des Schenkers nicht veräußert werden und fiel unter gewissen Voraussetzungen, insbesondere wenn der Beschenkte ohne männliche Nachkommen starb, an den Schenker zurück. Als Karl Martell und seine Söhne sich auf umfassende Vergabungen angewiesen sahen, um sich dadurch die erforderlich gewordene Reiterei zu verschaffen, reichte das erschöpfte Krongut nicht aus. Die Kirchengüter, die sie zu diesem Zwecke verwendeten, konnten nach kanonischem Rechte nicht zu Eigentum, sondern nur zu Leiherecht vergabt werden. Die Vergabungen aus Kirchengut wurden daher unter den rechtlichen Gesichtspunkt des Benefiziums gestellt, der von nun ab auch bei Verleihungen von Krongütern maßgebend wird. Das Benefizium begründete ein zeitlich beschränktes Nutzungsrecht des Beliehenen, das nach dessen Tode (Mannfall) nicht auf die Erben überging und (wenn es aus Anlaß eines Dienst- und Treuverhältnisses verliehen war) mit dem Tode des Verleihers (Herrenfall) erlosch. Nicht nur der König bzw. der Hausmeier, sondern auch die Kirche und weltliche Große verliehen Benefizien.

Mit dem Benefizialwesen trat ein anderes, ursprünglich selbständiges Verhältnis in Verbindung, die Vassallität. In merowingischer Zeit hatte der König eine militärisch organisierte Gefolgschaft, die ihm als berittene Leib- und Ehrenwache diente, die Antrustionen. Gefolgsleute anderer Personen erscheinen unter dem Namen gasindi, später auch vassi, vassalli. Die Antrustionen verschwinden vor dem 8. Jahrhundert. An ihre Stelle tritt die viel zahlreichere Vassallität, eine jüngere Abschichtung und Fortbildung der Gefolgschaft. Die Vassallität war ein Schutz- und Dienstverhältnis, das durch einen Treueid und den symbolischen Akt der Kommendation eingegangen wurde, während andererseits der Herr dem Vassallen irgendeine Gabe reichte. Der Vassall verpflichtete sich seinem Herrn zu Diensten, die bei freien Leuten keine Schmälerung der vollen Freiheit herbeiführten. Doch gab es auch unfreie Vassallen. Nicht nur der König, sondern auch Untertanen konnten Vassallen haben. Die hauptsächliche Bedeutung des Verhältnisses lag im Kriegsdienst. Der Vassall war dem Herrn dazu verpflichtet, und zwar zum Reiterdienst, wenn der Herr ihn dazu ausrüstete oder ihm die Mittel zur Selbstausrüstung gewährte. Die Teilnahme an der Hausgenossenschaft des Herrn, wie sie bei der eigentlichen Gefolgschaft die Regel bildete, war bei den Vassallen, die nicht am Hofe des Herrn lebten, dahin beschränkt, daß der abwesende Vassall an den Hof des Herrn kommen mußte, wenn ihn dieser entbot. Der Unterhalt, den das Haus des Herrn den Gefolgsleuten gewährt hatte, wurde den Vassallen in der Regel durch Verleihung eines Benefiziums ersetzt, so daß der Vassall in dieser Beziehung als ein abgeschichteter Gefolgsmann erscheint. Schon die Kirchengüter, die von

den Hausmeiern behufs Organisation der fränkischen Reiterei vergabt wurden, kamen in der Hauptmasse an Vassallen. Indem es mehr und mehr Sitte wurde, den Vassallen ein Benefizium zu geben und für ein Benefizium Vassall zu werden, sind Benefizialwesen und Vassallität miteinander verschmolzen. Das Produkt dieser Faktoren ist das Lehnwesen. Schon früh neigte es zur Erblichkeit oder vielmehr zur Ausbildung eines rechtlichen Leihezwanges bei Eintritt des Herren- und Mannfalls, indem bei Herrenfall der Erbe des Herrn dem Lehnsmanne des Vorgängers, bei Mannfall der Lehnsherr einem Sohne des Verstorbenen die Leihe freiwillig zu erneuern pflegte, später unter gewissen Voraussetzungen erneuern mußte. In rascher Ausdehnung ergriff das Lehnwesen nicht nur den Grundbesitz, es begann auch die Ämterverfassung zu zerfressen. Seit dem 9. Jahrhundert wurde es mehr und mehr Sitte, daß der König die höheren Ämter an Vassallen verlieh, oder daß sich deren Inhaber in die Vassallität begaben. Zunächst wurde dann der mit dem Grafenamte verbundene Grundbesitz, pertinentia comitatus, als Benefizium behandelt. Als hiermit das Amt eine privatrechtliche Basis gewonnen hatte, nahmen die Amtsbefugnisse selbst allmählich den Charakter des Lehns an.

Die Grundherrlichkeit. Die auf den Gütern der Grundherren ansässigen Leute standen nicht bloß in wirtschaftlicher und privatrechtlicher Abhängigkeit, sondern der Grundherr übte über gewisse Klassen derselben auch Befugnisse, die im Laufe der Zeit öffentlichrechtliche Bedeutung erlangten. Für das fränkische Reich sind deutschrechtliche und römischrechtliche Wurzeln der Grundherrlichkeit zu unterscheiden. Nach deutschem Rechte haftete der Grundherr für seine Unfreien, für die Halbfreien und für solche Freie, die ihm schutzhörig waren. Die merowingische Rechtssprache faßt sie zusammen als homines unde mithio redebet, d. h. als die Personen, für die er Verantwortung schuldet, ein Ausdruck, der in der karolingischen Zeit verschwindet, in der man schlechtweg von homines oder homines commanentes spricht. Der Herr haftete entweder für die verwirkte Buße oder dafür, daß der homo vor das öffentliche Gericht gestellt werde, wenn ihn Dritte belangten. In Fällen, in welchen öffentliche Strafen in Frage standen, war der Grundherr verpflichtet, seine Leute dem öffentlichen Richter auszuliefern, der aber auch das Recht hatte, den Schuldigen selbständig zu greifen. Mit Rücksicht auf jene Haftung des Grundherrn wurde es Sitte, daß Dritte sich zunächst außergerichtlich an den Grundherrn oder dessen Beamten wendeten, der dann die Sache untersuchte und nach dem Ergebnis der Untersuchung erledigen ließ. Fand sich der Dritte dadurch nicht befriedigt, so mochte er sich an den öffentlichen Richter wenden. Jene interne Erledigung der Streithändel, die sich schon früh in den Formen gerichtlichen Verfahrens bewegte, ist der Ausgangspunkt der grundherrlichen Gerichtsbarkeit geworden. Diese war vorhanden von dem Zeitpunkte ab, da die Rechtsordnung dem Dritten zur Pflicht machte, zunächst den Grundherrn oder dessen Vogt anzugehen, und die öffentliche Jurisdiktion auf den Fall der Justizverweigerung und des Rechtszuges beschränkte. Dazu ist es aber in der fränkischen Zeit noch nicht oder doch nicht allgemein gekommen. In Gallien übten schon in vorfränkischer Zeit die größeren Kirchen und größere Grundbesitzer (homines potentes) über ihre Leute, zum mindesten, wenn diese untereinander prozessierten, eine selbständige Gerichtsbarkeit aus, die der Kompetenz des spätrömischen defensor entsprach. Sie ist, soweit sie behauptet wurde, ebenso wie die Sonderjurisdiktion, die den Kirchen über gewisse Klassen der von ihnen abhängigen Bevölkerung zustand, in die Immunität übergegangen, deren verfassungsgeschichtliche Bedeutung zum Teil darin besteht, daß sie die Reste unorganischer Gerichtsbarkeit notdürftig in den allgemeinen Rahmen der fränkischen Gerichtsverfassung einfügte. Die militärische Bedeutung der Grundherrschaft, die sich in dem Aufgebot der Hintersassen durch den Grundherrn äußerte, wurde bereits erwähnt [1]. Seit der Umbildung des Heerwesens ist sie in der Vassallität und Ministerialität aufgegangen.

Die Wurzeln der Immunität reichen in die römische Zeit zurück. Sie hat bei den Franken ihren Ausgangspunkt in der Stellung des Königsgutes, das nicht etwa unter den Grafen und ihren Unterbeamten stand, sondern von besonderen königlichen Domänenbeamten verwaltet wurde. Wie im römischen Reiche die kaiserlichen Domänen von Steuern und öffentlichen Fronden befreit waren, so genoß auch das fränkische Königsgut die Immunität. Allein

[1] Siehe oben Seite 91.

neben der Freiheit von Abgaben und Fronden schloß die fränkische Immunität auch die Gerichtsbarkeit über die Immunitätsleute in sich, soweit sie einen finanziellen, rein fiskalischen Charakter hatte und die von jenen verwirkten Friedensgelder und Bannbußen in Frage kamen. Durch königliches Privileg ging die Immunität auf die Kirchengüter über, für die sie schon unter Ludwig I. als herrschende Regel erscheint. Durch das Benefizialwesen gelangten die weltlichen Großen in ihren Genuß, indem das Benefizium als Eigentum der Krone rechtlich den Charakter des Krongutes beibehielt. Die Immunität wehrte den öffentlichen Beamten, das Immunitätsgebiet in amtlicher Eigenschaft zu betreten (Verbot des introitus), fiskalische Gefälle zu erheben (Verbot von exactiones), die Amtsgewalt unmittelbar gegen Immunitätsleute anzuwenden (Verbot der districtio). Den Kirchen wirkte sie seit karolingischer Zeit einen von persönlichen Schutzprivilegien des Königs unabhängigen höheren dinglichen Frieden, den die gefreiten Besitzungen der Kirche genossen. Der Immunitätsherr hatte die Gerichtsbarkeit über die Immunitätsleute in causae minores. An ihn fielen die von ihnen verwirkten Gerichtsfälle. Bei Klagen Dritter hatte er, wie es scheint, ursprünglich seinen Hintersassen vor das öffentliche Gericht zu stellen; doch wurde es spätestens in der zweiten Hälfte des 8. Jahrhunderts Rechtens, daß Immunitätsleute von Dritten zunächst im Immunitätsgerichte belangt werden mußten. In Kriminalfällen blieb er nach wie vor verpflichtet, den Beklagten vor das Grafengericht zu bringen. Die Eigengerichtsbarkeit übte der Immunitätsherr durch einen besonderen Beamten, advocatus, Vogt, aus, der regelmäßig einen Teil (1/3) der den Immunitätsherren verfallenden Gerichtsgefälle bezog. Die Wahl der Vögte zog das karolingische Königtum in den Bereich seiner Verordnungen. Es behandelte sie nicht als reine Privatbeamte, sondern stellte sie unter die Kontrolle der Missi gleich den öffentlichen Beamten. Der Vogt sollte aus den freien Eigentümern der Grafschaft mindestens unter Mitwirkung des Grafen und des Volkes bestellt werden. Nachmals gelangten die Immunitätsbezirke zu territorialer Abgeschlossenheit durch Kauf, Tausch, Schenkung, Vergewaltigung oder endlich dadurch, daß den Herren die öffentliche Gewalt über die auf freiem Eigentum innerhalb des Bezirkes ansässigen Grundbesitzer übertragen wurde.

Die fränkische Kirche war unter den Merowingern nationale Landeskirche und als solche dem König untergeordnet. Die Konzilien waren Nationalkonzilien, die der König berief oder mit seiner Erlaubnis zusammentreten ließ. Dagegen bestand keinerlei Oberhoheit des Papstes in Sachen der Kirchenverwaltung. Seit der Mitte des 8. Jahrhunderts trat ein Umschwung ein. Bonifazius organisierte die Christianisierung der ostrheinischen Stämme in unmittelbarem Anschluß an Rom. Die fränkische Kirche wurde — zunächst allerdings nur, soweit es dem König gefiel — unter das Papsttum gestellt. Der Staat, der das Christentum als politische Grundlage der Reichseinheit verwertete und förderte, übernahm rein kirchliche Aufgaben, wogegen die Kirche und die Geistlichkeit in den Dienst der unmittelbaren Staatsaufgaben gestellt wurden. Die damit herbeigeführte Verquickung zwischen Kirche und Staat äußerte sich vorerst in einem gesteigerten Kirchenregimente des Königs. Dieser übte durch seine capitularia ecclesiastica das Gesetzgebungsrecht in kirchlichen Dingen. Karl der Große legte sich sogar das Recht bei, in Glaubenssachen selbständig zu prüfen und Beschluß zu fassen. Aber seit Ludwig I. büßte das Königtum diese leitende Stellung wiederum ein. Die Reichssynoden gerieten in Abhängigkeit vom Papste. In kirchlichen Kreisen begann man den Vorrang der geistlichen Gewalt vor der weltlichen zu betonen. Die großen kirchenrechtlichen Fälschungen aus der Mitte des 9. Jahrhunderts arbeiteten in dieser Richtung.

Die Besetzung des Bistümer bestimmte schon in merowingischer Zeit der Wille des Königs. Zwar galt theoretisch der Satz des kanonischen Rechtes, daß der Bischof durch Klerus und Gemeinde zu wählen sei. Allein der Gewählte durfte nicht ohne königliche Bestätigung konsekriert werden. Oft beeinflußte der König die Wahl, oder er besetzte das Bistum durch einseitige Ernennung. Diese wurde so sehr die Regel, daß es unter den Karolingern eines besonderen königlichen Privilegs bedurfte, wenn der Bischof (mit Vorbehalt der königlichen Bestätigung) gewählt werden sollte. Die Übertragung des Bistums geschah durch den König, und zwar schon im 9. Jahrhundert unter Darreichung des Bischofsstabes.

Nach den römisch-kanonischen Ordnungen war alles Kirchengut unveräußerliches Eigentum der Bischofskirche. Die Verwaltung stand im freien Ermessen des Bischofs. Dagegen vermochte eine abweichende germanische Rechtsanschauung im Anschluß an die Rechtsstellung

der germanischen Eigentempel der heidnischen Zeit das Institut der Eigenkirchen auszubilden. Danach stand die einzelne Kirche im Eigentum des Grundherrn, der die Nutzungen bezog und, wenn er nicht selbst Geistlicher war, den Geistlichen (nicht selten einen Unfreien) bestellte und besoldete. Im fränkischen Reiche gab es neben den älteren, unmittelbar zum Bistum gehörigen Kirchen zahlreiche Eigenkirchen. Solche Eigenkirchen hatte insbesondere der König (ecclesiae, monasteria in dominio regis). Es waren das die auf Fiskalland erbauten oder dem König tradierten Kirchen. Seit dem 7. Jahrhundert drang das System der Eigenkirchen so sehr durch, daß selbst unmittelbar zum Bistum gehörige Kirchen als Eigenkirchen des Bischofs aufgefaßt wurden. Die karolingische Gesetzgebung suchte eine gewisse Unterordnung der grundherrlichen Geistlichen unter den Bischof herbeizuführen. Der Grundherr sollte den Geistlichen nicht ohne Zustimmung des Bischofs bestellen. Die Eigenkirche mit einem unfreien Kleriker zu besetzen, wurde verboten. Mehr und mehr wurde es Sitte, dem Geistlichen die Kirche samt Einkünften als beneficium zu verleihen nach den Grundsätzen des reinen (nicht vassallitischen) Benefizialrechts. Papst Eugen II. hat 826 auf einer römischen Synode das Eigentum der Grundherren an Eigenkirchen und Eigenklöstern anerkannt.

III. Das Strafrecht.

§ 21. In dem Verhältnis von Acht- und Bußsachen brachte der Einfluß der Kirche, welche die Leibes- und Lebensstrafen grundsätzlich bekämpfte, zunächst eine erhebliche Verschiebung hervor. Das Bußsystem erfuhr auf Kosten der Acht und der Fehde eine weitgehende Ausdehnung. In den merowingischen Volksrechten haben Wergeld und Buße die unbestrittene Vorherrschaft. Zahlreiche frühere Achtfälle sind durch Bußfälle ersetzt. Die Vollstreckung der Acht wurde fast nur für den Fall der handhaften Tat aufrechterhalten, die Friedloslegung oder Ächtung nur noch im Ungehorsamsverfahren verhängt. Doch trat noch im Laufe der fränkischen Zeit eine Reaktion gegen die Ausdehnung des Bußsystems ein, indem Bußfälle wieder in die Reihe der prinzipiellen Achtfälle einrückten.

Aus der alten Friedlosigkeit oder Acht hat sich eine Reihe von Strafen abgespalten, peinliche Strafen, nämlich Todesstrafen, bei denen die Todesart nicht von vornherein rechtlich bestimmt war, und Leibesstrafen, insbesondere verstümmelnde Strafen, ferner die Verbannung, der Freiheitsverlust in der Form der Internierung, der Strafhaft und der Strafknechtschaft, die Einziehung des Vermögens und die Hingabe in die Gewalt des Verletzten. Doch wirkte bei den peinlichen Strafen die Abstammung aus der sühnbaren Friedlosigkeit insofern nach, als es dem Schuldigen, wie er sich vormals wieder in den Frieden einkaufen konnte, nunmehr gestattet wurde, die Strafe um Geld abzulösen, wobei aber die Lösungssumme nicht wie die Buße an die Partei, sondern an die öffentliche Gewalt fiel. Die Kirche begünstigte diese Entwicklung und machte zum Schutz der Verbrecher gegen peinliche Strafen ein Asylrecht der Kirchen geltend.

Ein eigentümliches Strafsystem entwickelte sich aus der Behandlung der Infidelität. Auf Verletzung der Untertanentreue setzte das Volksrecht Todesstrafe und Konfiskation des Vermögens. Als der Umfang der Treupflichten, die in den Treueid hinein interpretiert wurden, namentlich unter Karl dem Großen eine ungemessene Ausdehnung erfahren hatte, wurde es unmöglich, jede Verletzung dieser Pflichten mit dem Tode zu ahnden; vielmehr trat eine arbiträre Strafgewalt des Königs ein, deren äußerste Grenze durch den historischen Rahmen der Friedlosigkeit gegeben war. Da das königliche Ermessen die Strafe bestimmte, befand sich der Schuldige „in potestate regis", ein Rechtszustand, mit welchem der Begriff der königlichen Ungnade, des Verlustes der Königshuld, verschmolz, der sich ursprünglich in den Dienstverhältnissen der königlichen Gefolgsgenossen und Beamten ausgebildet hatte. Auf gewisse Untaten, die nach Volksrecht nicht oder nicht genügend verpönt waren, wurde die Bannbuße gesetzt, die im Laufe der Zeit als Strafe nach Königsrecht die volksrechtlichen Friedensgelder der einzelnen Stämme verdrängte.

Erhebliche Fortschritte machten die Idee der allgemeinen Strafgewalt des Staates und der Gedanke, daß durch das Verbrechen die Gesamtheit verletzt werde. Er äußerte sich in der Einengung der Fehde, die im Wege der Gesetzgebung und kraft königlicher Banngewalt im

Verwaltungswege beschränkt wurde. Ferner darin, daß der Richter bei handhafter Tat von Amts wegen einschritt und die Vollstreckung der Acht der öffentlichen Gewalt vorbehalten wurde. Beschränkt wurden die Taidigungen oder Richtungen, d. h. die außergerichtliche Abfindung des Verletzten mit dem Missetäter, zum Teil schon darum, damit dem Fiskus der Anspruch auf das Friedensgeld nicht entgehe. Endlich ermöglichte die Einführung des Rügeverfahrens die Verfolgung von Verbrechen auch dann, wenn der Verletzte seinen Schaden verschwieg.

Das Willensmoment gelangte bei der Behandlung der Missetaten allmählich mehr zur Geltung. Der Begriff der Ungefährwerke wurde ausgedehnt und deren Ahndung gemildert. Der Kreis der Versuchsdelikte und jener Missetaten, die den Vorsatz als begriffliches Merkmal voraussetzten, erfuhr eine Erweiterung. Anstiftung und Beihilfe wurden bei bestimmten Verbrechen unter Strafe gestellt. Auch die Unterscheidung der Missetaten hat sich etwas verinnerlicht. Den Mord kennzeichnete nicht mehr das Benehmen des Täters nach der Tat, sondern die meuchlings verübte, die heimliche Tötung. Vermessentlicher Totschlag wurde schärfer bestraft als die Tötung, die aus Anlaß eines Streites im Affekt erfolgte.

IV. Der Rechtsgang.

§ 22. Im Rechtsgang macht sich die Erstarkung der Staatsgewalt durch die Beschränkung der Selbsthilfe und durch eine Umgestaltung des Gerichtsverfahrens geltend. Jene äußert sich in der Einengung des Fehderechtes und in der Beschränkung der außergerichtlichen Pfändung um Schulden. Die Reformen im Gerichtsverfahren führen eine Milderung des strengen Rechtes herbei und haben im allgemeinen ihren Ausgangspunkt im Verfahren des Königsgerichtes. Von hier aus werden sie zum Teil auf das volksgerichtliche Verfahren ausgedehnt, zum Teil aber bleiben sie auf das Königsgericht beschränkt. Die Änderungen, die das Verfahren der Volksgerichte erfuhr, betreffen:

1. die Christianisierung der Prozeßformalitäten. Die altheidnischen Formen werden ausgemerzt und durch christliche ersetzt. Während der Kläger früher die Klage mit Anrufung der heidnischen Götter erhob, hat er jetzt bei den Franken einen Voreid anzubieten und zu schwören, sofern nicht Beweiszeichen des Tatbestandes oder gewisse Verdachtsgründe vorliegen, während nach anderen Stammesrechten die Klage bei Gott und den Heiligen erhoben wird. Die regelmäßige Eidesform wurde der Eid auf die Reliquien oder auf die Evangelien. Der Ordalien nahm sich die Kirche an und stattete sie mit kirchlichem Zeremoniell aus. Vorübergehend wurde ein spezifisch christliches Ordal, die Kreuzprobe, eingeführt, aber 818/9 wieder verboten;

2. die Steigerung der richterlichen Autorität. Sie hat eine Beschränkung des Verhandlungsprinzips, eine Abschwächung des Formalismus und somit eine Umwandlung der ganzen Struktur des Verfahrens im Gefolge. An die Seite der alten volksrechtlichen Einrichtungen des Rechtsganges tritt eine Anzahl amtsrechtlicher Neuerungen, die den unmittelbaren Verkehr der Parteien und die hierzu notwendigen Formalakte durch richterliche Befehle ersetzen. Vorerst stehen die neuen Institutionen in konkurrierendem Verhältnis zu den Formen des Volksrechts, schließlich haben sie diese vollständig verdrängt. So verschwindet die rechtsförmliche Vorladung von seiten der Partei, die mannitio, allmählich neben einer neuen Art der Vorladung durch richterlichen Befehl (bannitio). Während sonst die Partei selbst durch formellen Akt den Gegner zur Antwort, zum Eide, die Urteilfinder zur Urteilfindung auffordern mußte, erzielt nunmehr der richterliche Antwort- und Eidesbefehl, die richterliche Urteilsfrage gleiche rechtliche Wirkung. Mit Hilfe der richterlichen Urteilsfrage kann die Partei, die im Beweisverfahren obsiegte, den Ausgang des Rechtsstreites durch ein deklaratorisches Urteil gerichtlich feststellen lassen. Neben die Entscheidung über die Urteilsschelte durch gerichtlichen Zweikampf tritt eine freie Untersuchung der Voraussetzungen des gescholtenen und an das Königsgericht gezogenen Urteils, welche nicht an die volksrechtlichen Beweisregeln gebunden ist. In direktem Gegensatz zum Verhandlungsprinzip des Rechtsganges wurde in karolingischer Zeit das Frageverfahren, inquisitio, eingeführt. Der königliche Beamte wählte eine Anzahl glaubwürdiger Gemeindegenossen aus, die auf ein eidliches Wahrheitsversprechen hin inquiriert wurden. Diese inquisitio benutzte man in Verwaltungsangelegenheiten und im Prozesse. Sie wurde u. a. als Rügeverfahren angewendet, um Verbrechen auf die Spur zu kommen, hinsichtlich deren

keine oder doch keine formell gültige Privatklage vorlag. Der Gerügte reinigte sich durch Eid mit Helfern, eventuell durch ein Ordal. Wurde er beweisfällig, so trat Bestrafung von Amts wegen ein, ebenso im Fall der handhaften Tat, wenn ein Privatkläger fehlte. Auf einer Rezeption des geschilderten Rügeverfahrens beruht das Verfahren, das die fränkische Kirche in den kirchlichen Sendgerichten zur Ausbildung brachte. Das Verfahren bei handhafter Tat ist in dieser Periode regelmäßig bereits ein Rechtsverfahren, das die Vollstreckung der Friedlosigkeit dem Richter vorbehält. Der mit Gerüfte verfolgte oder festgenommene Missetäter darf nicht mehr ohne weiteres getötet, sondern nur noch gebunden und vor den Richter gebracht werden, er müßte sich denn der Festnahme widersetzen. Ohne daß es einer Vorladung und einer rechtsförmlichen Klage bedurfte, wird der gebundene Verbrecher, dem das Recht der Antwort und des Unschuldsbeweises versagt ist, von Amts wegen gerichtet, nachdem der Urheber der Festnahme, der bei allgemein friedlos machenden Taten nicht gerade der Verletzte zu sein brauchte, die handhafte Tat mit Eidhelfern beschworen und damit die Rechtmäßigkeit der Festnahme und Bindung bewiesen hat. Nur noch bei gewissen Verbrechen, so z. B. bei nächtlichem Diebstahl, darf der handhafte Verbrecher wie einst ohne jedes Rechtsverfahren getötet werden.

3. Die Ausbildung eines richterlichen Vollstreckungsverfahrens. Die außergerichtliche Pfandnahme, wie sie das Volksrecht dem Gläubiger auf Grund eines gerichtlichen oder außergerichtlichen Versprechens gestattete, wurde bei den meisten Stämmen an die Voraussetzung richterlicher Erlaubnis geknüpft. Das salische Recht stellte ihm statt der Selbstpfändung die Auspfändung des Schuldners durch den Grafen oder dessen Unterbeamten zur Verfügung, eine königsrechtliche Neuerung, die bei den Franken die Selbstpfändung verdrängte. War ein Bußschuldner insolvent, so wurde er, wenn die Verwandten oder Dritte ihn nicht auslösten, in die Gewalt und Willkür des Klägers gegeben; doch gestattete das karolingische Königsrecht dem Schuldner, diese äußerste Konsequenz durch freiwillige Begebung in rechtlich geregelte Schuldknechtschaft abzuwenden. Im Ungehorsamsverfahren, für das früher nur die Friedloslegung zu Gebote stand, wurde jetzt zunächst die richterliche Pfandnahme, in Strafsachen auch die Verhaftung zulässig. Soweit man die Friedlosigkeit noch verhängte, erschien sie als Entziehung des Königsschutzes, welcher das Recht der karolingischen Zeit als Vorstufe einen provisorischen Vorbann des Grafen (forbannitio) vorausgehen ließ. Während die richterliche Auspfändung sich nur auf Mobilien erstreckte, entwickelte sich unter den Karolingern eine richterliche Exekution in das gesamte, auch in das unbewegliche Vermögen des Beklagten, die Fronung oder missio in bannum regis. Auch sie war eine Abspaltung der Friedlosigkeit, indem diese nur gegen das Vermögen, nicht auch gegen die Person des Säumigen Platz griff. Das Gut des Beklagten wurde vom Grafen mit Beschlag belegt und fiel, wenn es jener nicht binnen Jahresfrist aus dem Banne zog, dem Fiskus anheim, soweit es nicht zur Befriedigung des Klägers in Anspruch genommen wurde.

4. Die Reform des Beweisverfahrens. Der Eidhelferbeweis wurde erschwert, indem man die Eidhelfer einzeln schwören ließ. Soweit der Schwörende das Recht hatte, die Eidhelfer auszuwählen, war er in der Regel nicht mehr auf den Kreis seiner Magen beschränkt. In bestimmten Fällen erlaubte man dem Gegner des Beweisführers, die Zahl der Eidhelfer zu überbieten und diesen hierdurch zum Aufgeben der Beweisrolle oder zum Schwur mit der gleichen Anzahl von Eidhelfern zu zwingen. Um die Glaubwürdigkeit des Zeugnisses zu erhöhen, wurde die Zeugenfähigkeit von einem bestimmten Vermögensmaß abhängig gemacht, wurde ferner ein Verhör der Zeugen vorgenommen, ehe man sie zum Eide zuließ, und wurde die Aufstellung von Gegenzeugen gestattet. Wenn die Aussagen der Zeugen und Gegenzeugen nicht übereinstimmten, entschied der Zweikampf der Zeugen. Das Verfahren mit Urkunden gestaltete sich verschieden bei Königsurkunden und bei Privaturkunden. Die Privaturkunde erforderte die Zuziehung von Zeugen; denn sie lieferte, wurde sie bestritten, an sich keinen Beweis, sondern es mußten die Urkundszeugen für sie eintreten, indem sie die Wahrheit des Urkundeninhalts bezeugten. Die fränkischen Volksrechte kennen eine schlichte und eine rechtsförmliche Anfechtung der Urkunde. Letztere charakterisiert sich dadurch, daß derjenige, der die Urkunde schilt, sie vor Gericht durchstößt (allgemeine Rechtsform, um eine Urkunde zu entkräften), worauf hin die Zeugen (salisches Recht) oder Zeugen und Schreiber (ribuarisches Recht) die Wahrheit der Urkunde, eventuell durch gerichtlichen Zweikampf, erhärten mußten. Die

Königsurkunde ist dagegen unanfechtbar. Da sie somit an sich vollen Beweis liefert, bedarf sie keiner Zeugen. Die fränkischen Könige (und die letzten Hausmeier) urkunden daher in der Regel zeugenlos.

Besondere prozessualische Grundsätze konnten im Königsgerichte und in den als Emanationen des Königsgerichtes erscheinenden Gerichten des Pfalzgrafen und der königlichen missi in Anwendung kommen. Das Königsgericht konnte grundsätzlich in allen Rechtsstreitigkeiten kompetent werden und konkurrierte insofern mit den Volksgerichten; insbesondere entschied es, wenn das ordentliche Gericht die Rechtshilfe verzögerte, versagte oder zu gewähren außerstande war. Um die Kompetenz des Königsgerichtes im einzelnen Falle formell zu begründen, waren schriftliche Mandate der königlichen Kanzlei, sogenannte indiculi regales, in Übung, die zu Händen des Klägers ausgestellt wurden. Der König war außerdem befugt, im einzelnen Falle die Formen des strengen Rechts außer Kraft zu setzen und nach Billigkeit entscheiden zu lassen, sowie überhaupt Prozeßprivilegien zu erteilen. So gab er in den Mundbriefen jenen, die er in höheren Schutz aufnahm, das Reklamationsrecht, das ist das Recht, einen Prozeß aus dem Gaugerichte an das Königsgericht zu ziehen, damit er dort secundum aequitatem entschieden werde. Während das volksgerichtliche Verfahren die Stellvertretung vor Gericht grundsätzlich versagte, durfte sie das Königsgericht in Fällen echter Not einer Prozeßpartei gestatten, und konnte man durch besonderes königliches Privilegium das Vorrecht erlangen, sich in jedem Gerichte vertreten zu lassen. Vorbehaltene Beweisinstitute des königsgerichtlichen Verfahrens waren das Gerichtszeugnis und der Inquisitionsbeweis. Während sonst gerichtliche Akte, falls sie hinterher bestritten wurden, durch die formalen Beweismittel des volksrechtlichen Verfahrens bewiesen werden mußten, konnten sie im Königsgerichte durch Gerichtszeugnis konstatiert werden, das irgendeiner Anfechtung nicht unterlag. Der Inquisitonsbeweis bestand in der Anwendung des Frageverfahrens als Beweismittel in Zivilsachen, und zwar namentlich in Streitigkeiten um Grundbesitz, Freiheit und Eigenleute. Die Inquisitionszeugen wurden von Amts wegen ausgewählt und bei Königsbann vorgeladen, eingeschworen und inquiriert. Ihr Wahrspruch war einer Anfechtung durch die Partei nicht ausgesetzt. Die Inquisitionsgewalt, d. h. die Befugnis, den Inquisitionsbeweis anzuordnen, besaß nur der König, der zu diesem Zwecke besondere Mandate erließ (brevia, indiculi inquisitionis). Allgemeine Inquisitionsvollmacht hatten die königlichen missi, und in dieser Beziehung waren Witwen, Waisen und Hilfsbedürftige ihrer besonderen Obsorge empfohlen. Einzelne Parteien hatten Inquisitionsrecht, d. h. die Befugnis, die Anwendung der inquisitio in ihren Prozessen vor jedem Richter zu verlangen, so der Fiskus für das durch mannigfaltige Prozeßvorrechte privilegierte Königsgut, so zahlreiche Kirchen, denen der König dieses Recht besonders verliehen hatte.

C. Das Deutsche Reich bis zum Ausgang des 15. Jahrhunderts.

I. Allgemeine Rechtsgeschichte.

§ 23. Das Deutsche Reich. Das Deutsche Reich wurde nach seiner Entstehung zunächst als ein Teil oder als die Fortsetzung der fränkischen Monarchie angesehen. Etwa ein halbes Jahrhundert lang hatte das neue Staatsgebilde um seine Konstituierung zu ringen. In den einzelnen Stammesgebieten war eine stammesherzogliche Gewalt entstanden oder im Entstehen begriffen, mit der das Königtum sich auseinanderzusetzen hatte. Eine Zeitlang schien es zweifelhaft, ob die deutschen Stämme, die sich unter Arnulf erhoben hatten, vereinigt bleiben würden. Die Bande, die sie trotzdem zusammenhielten, waren die königliche Gewalt und die harte Notwendigkeit, die Angriffe äußerer Feinde, insbesondere die der Ungarn, abzuwehren. Nachdem Heinrich I. durch weitgehende Nachgiebigkeit gegen die Herzogtümer die Anerkennung und Duldung der königlichen Gewalt erreicht hatte, legte Otto I. die dauernden Grundlagen der politischen Einheit. Mit ihm begann jene Periode der deutschen Geschichte, die wir als die Zeit der vollen Machtentfaltung des Deutschen Reiches bezeichnen dürfen. Diese erreichte ihren Höhepunkt unter Konrad II. (1024—1039). Die Kraft des Königtums beruhte auf der Verbindung mit einem von ihm abhängigen, geförderten und national gesinnten Episkopat. In raschem Aufschwung erlangte das Deutsche Reich die unbestrittene Vorherrschaft in Europa.

Otto I. ließ sich 962 zum Kaiser krönen. Seitdem gab die deutsche Königswürde den Anspruch auf die Würde des römischen Kaisers.

Die universale Stellung, die der deutsche König durch die Kaiserwürde erlangte, führte zu langwierigen Kämpfen mit der ultramontanen Hierarchie und zu einer endgültigen Schwächung der königlichen Gewalt. Eine Reichspolitik, die sich grundsätzlich auf die Bischöfe stützte, ließ sich nur durchführen, solange der König die Kirche beherrschte, insbesondere die Bischöfe ernannte. Die Herrschaft über den deutschen Episkopat war aber nur dann auf die Dauer gesichert, wenn der deutsche König Italien in fester Hand und damit den Papst in Abhängigkeit hielt. Allein nachdem das Papsttum in die Hände einer von Heinrich III. geförderten kirchlichen Reformpartei gelangt war, die sich die Unabhängigkeit der Kirche von der weltlichen Gewalt zum Ziele setzte, wurde der Papst aus einem Schützling zu einem Gegner des Königtums. Gregor VII. eröffnete den Kampf durch das Verbot der Laieninvestitur. Den Investiturstreit schlichtete zwar das Wormser Konkordat von 1122, aber ohne den Gegensatz zwischen Kaisertum und Papsttum aus der Welt zu schaffen. Im Investiturstreit hatte sich das Papsttum zu einer dem deutschen Königtum ebenbürtigen Macht erhoben. Durch die Leitung der Kreuzzüge erlangte es die politische Führung des Abendlandes. Damit war an sich der Anlaß zu fortgesetzten Reibungen zwischen den beiden Gewalten gegeben. Die Zeit der Kämpfe zwischen dem Kaisertum und dem Papsttum, das in den deutschen Fürsten Bundesgenossen gewonnen hatte, fand ihren Abschluß mit dem Untergange der Staufer.

Die Früchte des Kampfes ernteten in Deutschland die deutschen Fürsten. Die Notwendigkeit wiederholten Eingreifens in Italien, dessen Beherrschung den eigentlichen Zankapfel bildete, hatte das deutsche Königtum von seinen heimischen Aufgaben abgezogen. Während es in der Fremde seine Kraft verzehrte, büßte es die Grundlagen seiner Machtstellung in Deutschland ein, wo inzwischen die höheren Reichsbeamten sich zu Landesherren ihrer Amtsbezirke aufschwangen. Nach dem Interregnum hat es das Königtum bereits verlernt, den Gedanken der Reichseinheit in sich zu verkörpern. Da die Königswahlen seitdem von einem Geschlechte zum anderen übersprangen, beuteten die deutschen Könige in dem Bewußtsein, daß die Krone ihrem Hause nicht verbleiben werde, ihre Stellung zugunsten ihrer Hausmacht aus. So wirkte die Zentralgewalt selbst für die Erhöhung der Territorialgewalten und gab das Beispiel partikularistischen Strebens. Seit das Reich im Königtum keinen rechten Halt mehr fand, sahen sich die Reichsstände im eigenen Interesse genötigt, das des Reiches wahrzunehmen, das allmählich auf föderativer Grundlage umgebaut wurde und den Charakter einer Staatenrepublik annahm.

§ 24. Die Besitzverhältnisse. Zu dem wirtschaftlichen Gegensatz von großem, mittlerem und kleinem Grundbesitz, wie ihn die fränkische Periode angebahnt hatte, traten zahlreiche Unterscheidungen in der rechtlichen Qualifikation des Besitzes. Der Zug der Zeit ging auf Verdinglichung ihrer Natur nach nichtdinglicher Rechtsverhältnisse. Fast alle öffentlichen Rechte und Pflichten wurden auf Grund und Boden radiziert. Das subjektive Recht wurde zur Gerechtsame, die Verpflichtung wurde zur Last. Das öffentliche Recht hat darum in dieser Periode ein wesentlich privatrechtliches, ein sachenrechtliches Gepräge.

Die Formen der Leiheverhältnisse, die in fränkischer Zeit entstanden waren, dehnten sich aus. Neue gesellten sich hinzu. Der größere allodiale Grundbesitz wurde zum Lehen. Den kleineren saugte die Grundherrschaft auf. Der freie Bauernstand nahm weiter ab. Schließlich stand der größere Teil von Grund und Boden im Nexus der Leiheverhältnisse. Er war sozusagen auf den Stufenbau der Lehnshierarchie gestellt, auf welchem der kleinere Besitz vom größeren abhängig war. Nicht bloß der Mann, auch das Gut hatte seinen Heerschild. In Gemeinschaft mit ausgedehnten Hoheitsrechten bildete der Besitz, mit welchem das zum Lehen gewordene Fürstenamt ausgestattet war, die reale Grundlage des Fürstentums. Als rechtlich höher qualifizierte Besitztümer erscheinen ferner die Grundherrschaften mit mehr oder minder ausgedehnter Gerichtsbarkeit über die Hintersassen sowie über die Güter, die zum Schöffenamte und zur Leistung des Reiterdienstes befähigten. Der kleinere Besitz war mit Abgaben und Lasten beschwert. Auf der untersten Stufe standen die niederen Leiheverhältnisse aus dem Gebiete des Hofrechtes.

In der Zeit vom 9. bis zum 13. Jahrhundert vollzog sich der Ausbau des Landes westlich

der Elbe durch Rodung des unkultivierten Bodens. Die vorhandenen Feldmarken wurden dadurch erweitert, neue wurden auf Waldboden angelegt und besiedelt. Die Rodung ging hauptsächlich von geistlichen und weltlichen Grundherren aus.

Die grundherrliche Landwirtschaft beruhte zumeist auf der hofrechtlichen Leihe und dem Fronhofsystem. Die grundherrlichen Besitzungen, die häufig keinen zusammenhängenden Komplex, sondern Streubesitz bildeten, waren zum größten Teile an Hintersassen, Hörige oder freie Zinsleute ausgetan. Mittelpunkt der zu einer Verwaltungseinheit vereinigten Höfe war der Fronhof oder Salhof. Diesem war regelmäßig ein villicus, Meier, als herrschaftlicher Beamter vorgesetzt. Er bewirtschaftete das zum Salhof gehörige unmittelbare Herrenland (Salland), übte im Namen des Herrn dessen Rechte über die Hintersassen und deren Hufen aus und waltete als Rentmeister des Herrn, indem er von den leiherechtlich besetzten Hufen die Zinse, Zehnten und Abgaben eintrieb. In größeren Grundherrschaften gab es als Zwischenstufen zwischen Grundherrn und Meiern größere Haupt- oder Oberhöfe, die mehreren Villikationen übergeordnet waren.

Die gemeinen Marken oder Almenden erfuhren eine fortschreitende Verkleinerung. Seltener wurden die Marken ganzer Hundertschaften, es gab in der Regel nur noch Marken einzelner oder mehrerer Dörfer und Bauerschaften. Den freien Markgenossenschaften traten grundherrliche und gemischte zur Seite. Die ursprünglich ungemessenen Nutzungsrechte der Markgenossen verwandelten sich in gemessene. So wurde das Weiderecht vielfach beschränkt auf die Stückzahl Vieh, das der einzelne durchwintern konnte, das Recht der Rodung nur noch auf Hammerwurfsweite gestattet oder an die Genehmigung der Markgenossenschaft gebunden. An den Nutzungen nahmen regelmäßig nur diejenigen teil, die in der Mark eigenes Feuer und eigenen Rauch hatten, d. h. mit eigenem Haushalt angesessen waren. Über Markangelegenheiten verhandelte und beschloß das Märkerding, das unter der Leitung des Obermärkers, Wald- oder Holzgrafen tagte, die Marknutzungen regelte, die Markbeamten wählte und über Markfrevel richtete. In den grundherrlichen Markgenossenschaften war stets der Grundherr Obermärker, in den gemischten hat er das Amt in der Regel an sich gebracht.

Im 12. Jahrhundert begann eine starke Abwanderung bäuerlicher Elemente nach dem Osten in die rechts der Elbe eroberten und in außerdeutsche Gebiete. Vom 13. Jahrhundert ab zogen die Ostmarken und die östlichen Nachbarländer des Reiches deutsche Kolonisten zur Hebung der Kultur und des Wohlstandes systematisch heran. Wollte ein Fürst, eine Kirche oder ein Grundherr ein Gebiet mit deutschen Kolonisten besiedeln, so übertrug er die Anwerbung und Ansiedlung einem Unternehmer, locator. Dieser erhielt etliche Freihufen und das erbliche Schulzenamt. Die deutschen Bauern empfingen ihre Hufen zu Erbzinsrecht. Wo in den deutschen Grenzlanden wendische Bauern sitzenblieben, hatten sie regelmäßig schlechteres, später sogenanntes lassitisches Besitzrecht, kraft dessen sie das Gut nur auf taugliche Söhne vererben und nicht veräußern durften. Verhältnismäßig bescheiden war in den deutschen Ostmarken neben dem bäuerlichen der ritterschaftliche Besitz. Der Ritter erhielt durchschnittlich vier bis sechs Hufen Landes, die er vermutlich von dienstpflichtigen slawischen Kossäten bebauen ließ. Erst nach dem Ausgang des Mittelalters kam es östlich der Elbe zur Ausbildung größerer und geschlossener Rittergüter.

In einem Teile der deutschen Stammlande, insbesondere im Nordwesten und in Hessen, setzte vom 13. Jahrhundert ab eine Entwicklung ein, die zur örtlichen Auflösung des Fronhofsystems führte. An den hofrechtlichen Besitzständen hatte sich eine unbeschränkte oder doch eine beschränkte Erblichkeit des Hintersassenrechtes ausgebildet. Die Leistungen der Hintersassen hatten sich als unwandelbare gewohnheitsrechtlich fixiert, die Naturallieferungen, soweit sie das Bedürfnis der grundherrlichen Hof- und Haushaltung überstiegen, vielfach in feste Geldrenten umgewandelt. Da lag es denn schließlich im Interesse der Grundherren, ihre Einkünfte zu erhöhen, indem sie die hofrechtlichen Leiheverhältnisse durch landrechtliche Leiheverträge ersetzten und die bisher mit Grundholden besiedelten Höfe unmittelbar in Zeitpacht gaben. Das Verwaltungsamt des Meiers fiel damit hinweg. Die Erledigung der Bauerhufen vermittelte nötigenfalls die Freilassung höriger Hintersassen, welche Zeitpächter wurden oder als Häusler in ihrem Hause sitzenblieben oder abwanderten. Die in Zeitpacht gegebenen Höfe hießen in

Nordwestdeutschland Meiergüter, in Hessen Landsiedelgüter. Beide Besitzarten sind nachmals zur Erblichkeit durchgedrungen.

Anders als auf dem flachen Lande entwickelten sich die Besitzverhältnisse innerhalb der Stadtmauern. Hier vollzog sich der Übergang von der ausschließlichen Naturalwirtschaft zur Geldwirtschaft. Im 13. Jahrhundert führte die Entwicklung des Handelsverkehrs ein geradezu rapides Wachstum der Städte und ihres Wohlstandes herbei. Die steigende wirtschaftliche Bedeutung, welche die Fahrhabe erlangte, wirkte auf die Grundbesitzverhältnisse in den Städten zurück. Den etwa vorhandenen, zu hofrechtlicher Leihe oder zu landrechtlicher Erbleihe besessenen Grund und Boden überragte innerhalb des Stadtbezirks der eigentliche städtische Grundbesitz, den man als freies Eigen besaß, oder den ein Grundherr zu städtischer Leihe nach Burgrecht oder Weichbild erblich verliehen hatte. Städtischer Leihe- und Eigenbesitz stand unter städtischer Gerichtsbarkeit und wurde die Grundlage des Bürgerrechts. Während auf dem flachen Lande der bäuerliche Grundbesitz in steigendem Maße belastet wurde, hat sich in den Städten der Leihebesitz allmählich entlastet, indem die gegen Zinspflicht verliehene Baufläche in das Eigentum des Beliehenen überging und das ursprüngliche Eigentum des Verleihers sich in ein Rentenrecht umsetzte, das schließlich der Ablösung anheimfiel.

§ 25. **Das Ständewesen.** Das Ständewesen erfuhr im Anschluß an die Entwicklung der fränkischen Zeit eine allmähliche, aber tiefgreifende Umbildung, indem gewisse Berufsklassen zunächst zu einer gesellschaftlichen Sonderstellung gelangten und dann zu Berufsständen wurden, die schließlich zur Entstehung von Geburtsständen führten. Dabei wurde innerhalb der einzelnen Berufsklassen der Gegensatz von Freiheit und Unfreiheit dergestalt überwunden, daß unfreie Personen auf Grund des Berufs in die Freiheit aufstiegen, freie in Hörigkeit herabsanken.

Unter den Freien gestaltete sich die ständische Gliederung verschieden nach Landrecht und nach Lehnrecht. Landrechtlich bildeten den höchsten Stand die Fürsten, ein aus der fränkischen Amtsaristokratie hervorgegangener Amtsadel. Als Fürsten galten vor 1180 alle Inhaber gewisser höherer Ämter, nämlich Erzbischöfe, Bischöfe und Reichsäbte, der Reichskanzler, Herzoge, Markgrafen und Grafen, mochten sie nun ihre Ämter und Lehen unmittelbar vom König oder von einem anderen Fürsten haben. Gleichzeitig mit der Zertrümmerung des Stammesherzogtums, wie sie sich durch den Sturz Heinrichs des Löwen vollendete, trat hierin eine Änderung ein, die den Begriff des Fürstentums nach lehnrechtlichen Gesichtspunkten einschränkte. Seit 1180 entstand nämlich der jüngere Reichsfürstenstand, der die Reichsunmittelbarkeit voraussetzte. Von den weltlichen Herren wurden nur noch jene als Fürsten angesehen, die mindestens eine Grafschaft unmittelbar vom König zu Lehen trugen und keines anderen weltlichen Reichsfürsten Lehnsmannen waren. Auf die Fürsten folgten nach der Lehre des Sachsenspiegels die freien Herren, Besitzer von allodialen oder lehnrührigen Grundherrschaften mit mehr oder minder ausgedehnter Gerichtsherrlichkeit. Als einen unter den freien Herren stehenden Stand nennt der Sachsenspiegel die Schöffenbarfreien, scepenbare lude. Zu ihnen zählen die Grundbesitzer von mindestens drei Hufen Landes, die einem altfreien Geschlechte angehören, sich gewisse Reste der agnatischen Sippenverfassung bewahrt haben und zum Reiterdienste und zum Schöffenamt im Grafschaftsgerichte fähig sind, und zwar auch dann, wenn sie mit Vorbehalt ihrer Schöffenbarkeit in die Ministerialität eingetreten waren, ferner solche Reichsministerialen, die nach erfolgter Freilassung ein Schöffenamt und den erforderlichen Grundbesitz erhalten hatten. Den vierten landrechtlichen Stand bilden nach Sachsenrecht die Pfleghaften oder Biergelden (bargilden), freie bäuerliche Grundbesitzer, welche, weil sie den zum Reiterdienst gewordenen Heerdienst nicht zu leisten vermochten, mit einer ständigen Abgabe belastet waren; den fünften die Landsassen, die kein Eigen hatten, fremden Grund und Boden bebauten, ohne an die Scholle gebunden zu sein und ohne einer anderen als der öffentlichen Gerichtsbarkeit zu unterstehen.

In Süddeutschland kannte man unterhalb des Standes der Fürsten gegen Ende des 13. Jahrhunderts nur freie Ritter und freie Bauern. Jene zerfielen wieder in hochfreie und in mittelfreie Ritter.

Einen besonderen Stand bildeten die Ministerialen, Dienstmannen. Ursprünglich Eigenleute, die der Herr mit einem Verwaltungsamte betraute, wurden sie seit der Ausbildung des

Reiterdienstes vorzüglich zu diesem verwendet. Wie früher die Vassallität, gelangte nunmehr die Ministerialität durch Abschichtung zur wirtschaftlichen Selbständigkeit, indem die Ministerialen aus dem Haushalte des Leibherrn ausschieden und mit Dienstlehen ausgestattet wurden, einer zunächst hofrechtlichen Besitzform, welche Eigenschaften des Zinsgutes und des echten Lehens in sich vereinigte. Die ritterliche Beschäftigung hob die Ministerialen gesellschaftlich auf eine Stufe mit den rittermäßigen Freien, eine Stellung, mit welcher freilich das rechtliche Merkmal der Unfreiheit seltsam kontrastierte. Gegen die bäuerliche Bevölkerung schloß sich die Ministerialität dadurch ab, daß den Bauersöhnen reichsgesetzlich verboten wurde, Ritter zu werden. Andererseits haben sich, um Dienstlehen zu erhalten, deren Verleihung für den Herrn vorteilhafter war als die Verleihung echter Lehen, vollfreie Leute nicht selten mit Vorbehalt gewisser Freiheitsrechte, namentlich der Schöffenbarkeit im gräflichen Gerichte, in die Ministerialität ergeben. In Süddeutschland konnten nur Fürsten Ministerialen im eigentlichen Sinne haben. Wo diese Regel galt, schieden sich die unfreien Ritter in zwei Stände, indem den Ministerialen die übrigen als milites, Ritter schlechtweg, gegenübergestellt wurden. Letzteren fehlte die aktive Lehnsfähigkeit, ja sogar die Ebenbürtigkeit mit den eigentlichen Dienstmannen. Der Abstand zwischen der sozialen und der rechtlichen Lage der Ministerialen und unfreien Ritter glich sich seit dem 13. Jahrhundert allmählich aus. Sie traten in den Kreis der freien Ritter ein und lieferten das hauptsächliche Kontingent für den niederen Adel der neueren Zeit.

Die lehnrechtliche Ständescheidung schildern uns die Rechtsbücher des 13. Jahrhunderts n dem System der Heerschilde. Den ersten Heerschild hat der König; im zweiten stehen die Pfaffen-, im dritten die Laienfürsten; nach dem Sachsenspiegel haben den vierten die freien Herren, den fünften die Schöffenbarfreien und die Ministerialen, den sechsten die Mannen der Inhaber des fünften Schildes; der siebente Schild bleibt im Sachsenspiegel unbenannt. Nach dem Schwabenspiegel stehen im vierten die Hochfreien, im fünften die Mittelfreien, im sechsten die Ministerialen, im siebenten alle übrigen ritterfähigen Leute. Die praktische Bedeutung des Heerschildsystems lag aber darin, daß niemand von einem Heerschildgenossen Lehen nehmen konnte, ohne seinen Schild zu erniedern und aus der bisherigen Schildgenossenschaft auszuscheiden. Als lästige Schranke gegen den Verkehr mit Lehen wurden die Heerschildregeln zuerst durch Scheingeschäfte umgangen und gerieten dann seit dem 14. Jahrhundert allmählich in Vergessenheit.

In den Städten zeigt die ständische Entwicklung nicht eine differenzierende, sondern eine nivellierende Tendenz. Sie ging dahin, daß die anfänglich vorhandenen Geburtsstände verschwanden und aus der Aufhebung der ursprünglichen Gegensätze ein freies, standesgleiches Bürgertum erwuchs. Die Bevölkerung der älteren Städte schied sich regelmäßig in Freie, in Ministerialen des Stadtherrn und in hörige Handwerker. Seit dem 11. Jahrhundert strömten zahlreiche freie Bevölkerungselemente vom flachen Lande in die Städte ein. Bei Erhebung eines Ortes zur Stadt, bei Gründung einer Stadt fand regelmäßig eine Besiedlung der Stadt mit freien Kaufleuten und Handwerkern statt. Schließlich wurde die persönliche Freiheit der Einwohner ein Merkmal der Stadt. In zahlreichen Städten galt der Grundsatz: Luft macht frei, kraft dessen ein Unfreier oder Höriger, der sich Jahr und Tag unbehelligt in der Stadt aufgehalten hatte, als Freier behandelt wurde. Ausnahmsweise steigerte sich die befreiende Wirkung der Stadtluft dahin, daß der Einwanderer sofort mit der Niederlassung frei wurde. Um ihre Macht zu erhöhen, pflegten die Städte Grundbesitzer und andere Personen, die außerhalb der Stadtmauern wohnten, durch Erteilung des Bürgerrechtes in den Stadtverband aufzunehmen. Solche Bürger unterstanden der Stadtgerichtsbarkeit, hatten die Befugnis, in der Stadt zu verkaufen, waren der Stadt zu kriegerischem Dienste verpflichtet und hießen Ausbürger oder Pfahlbürger. Innerhalb der Bürgerschaft standen die Reicheren und Vornehmeren als Alt-, Voll- oder Erbbürger den minderberechtigten Handwerkern und Kleinkaufleuten gegenüber, die zunächst von den städtischen Ämtern und vom Stadtrate ausgeschlossen waren. In die Klasse der Altbürger gingen die Ministerialen auf, soweit sie nicht völlig aus der Stadt verdrängt wurden.

Die Handwerker gliederten sich nach gewerblichen Genossenschaften, die als Ämter, Innungen, Zünfte, Gaffel oder Gilden bezeichnet wurden. Diese erlangten die Bedeutung öffentlichrechtlicher Körperschaften, hatten Gerichtsbarkeit über die Genossen und hatten Polizei-

gewalt in Gewerbesachen, besaßen das Recht, die Genossen zu besteuern, gaben sich eine militärische Organisation und eröffneten im Laufe des 14. Jahrhunderts zuerst im südlichen, dann im nördlichen Deutschland den Kampf um die rechtliche Gleichstellung mit den Altbürgern, als dessen Ergebnis allenthalben eine mehr oder minder ausgedehnte Demokratisierung der Stadtverfassung eintrat.

Als im Heerwesen der Reiterdienst durchgedrungen war, wurde die Landbevölkerung, die diesen Dienst nicht leistete, als die bäuerliche unter dem Namen rustici, homines rusticani, rusticanae conditionis von der ritterlichen unterschieden. Ein Teil der Bauern zählte zu den freien landrechtlichen Ständen, jene nämlich, die auf einem mit Abgaben belasteten Eigen saßen, und jene, die ihre Hufen auf Grund landrechtlicher Erbleihe oder in Zeitpacht innehatten. Ständisch tiefer standen die Landleute, die zum Hofe eines Grundherrn, am tiefsten jene, die einem Leibherrn gehörten.

An den Höfen der größeren Grundherren zeigt noch im 10. Jahrhundert die Bevölkerung eine ungefähr ähnliche ständische Mischung wie in den Städten. Sie bestand aus Ministerialen, aus freien hintersässigen Vogteileuten, aus Hörigen und Eigenleuten. Während aber in den Städten der Stand der Freien die Oberhand gewann und die tieferstehenden Klassen zu sich emporzog, schlug die Entwicklung an den Höfen der Grundherren die entgegengesetzte Richtung ein. Hier wuchsen, nachdem die Ministerialen oder milites ausgeschieden waren, die verschiedenen ständischen Elemente in eine grundhörige Gemeinde zusammen. Den Kern gaben die Halbfreien ab, die Laten des Nordens, die Barschalke des Südens. Mit ihnen verschmolzen die freien mansionarii, während andererseits die auf bäuerlichen Höfen angesiedelten Knechte ohne besondere Freilassung regelmäßig für Laten galten. Sie gehörten sämtlich vor das grundherrliche Gericht, waren an die Scholle gebunden (glebae adscripti), entrichteten Kopfzins, Heiratssteuer und, soweit sie das Recht der Vererbung besaßen, Erbschaftsabgaben.

Tiefer standen die nicht auf bäuerlichen Nahrungen angesiedelten Knechte, die Unfreien aus dem Hausgesinde und die ländlichen Arbeiter (dagescalci, dagewerchten). Hauptsächlich diese wurden seit dem 13. Jahrhundert als homines proprii de corpore, seit dem 14. Jahrhundert als lipeigen bezeichnet. Sie leisteten ungemessene Fronden oder Gesindedienst im Haushalt und standen samt ihrer Habe im Eigentum ihres Herrn. Von vornherein nicht sehr zahlreich, ist die knechtische Bevölkerung in einzelnen Teilen Deutschlands schon gegen Ausgang des Mittelalters verschwunden.

Kraft Privilegs oder gewohnheitsrechtlich bestand an grundherrlichen Höfen der Rechtssatz, daß die Luft eigen macht, d. h. daß der Ankömmling, der Jahr und Tag unter den Grundholden eines Herrn weilt, dessen Grundholde werde.

§ 26. Die Rechtsbildung. Das geschriebene Recht der vorigen Periode kam im Deutschen Reiche allmählich außer Gebrauch. Die Leges und die Kapitularien gerieten in Vergessenheit. Die Umgestaltung der Verfassungsgrundlagen, die neuen Standesverhältnisse, die mit dem Kulturzustande sich ändernden Rechtsanschauungen schoben ihre Rechtssätze, auch wenn sie sich gewohnheitsrechtlich festgewurzelt hatten, allmählich beiseite. Das Recht ist bis ins 13. Jahrhundert vorzugsweise wieder ungeschriebenes Recht, es wird durch Schöffensprüche fortgebildet, in zweifelhaften Fällen durch Aufnahme eines Weistums festgestellt, d. h. durch eine Aussage über geltendes Gewohnheitsrecht, die auf amtliche Anfrage hin von glaubwürdigen, rechtskundigen Männern abgegeben wird.

Die Rechtsbildung nahm denselben Gang wie die politische Entwicklung, den Gang der Vereinzelung und des Partikularismus, eine Erscheinung, die sich zumeist aus dem Mangel einer einheitlichen Gerichtsverfassung und aus der Entstehung zahlreicher Sondergerichte erklärt. Abgesehen von der aus der vorigen Periode überkommenen Besonderheit der Stammesrechte schieden sich für gewisse Rechtsverhältnisse, für bestimmte Bevölkerungsklassen und für einzelne Territorien neue Rechtsgebiete aus, die mit der Bildung von Sondergerichten zusammenhängen. Streitigkeiten aus dem Lehnsverhältnisse, sowohl des Herrn mit dem Lehnsmann als auch der Lehnsmannen untereinander, kamen vor das Lehnsgericht, an welchem der Herr als Richter die Lehnsmannen als Urteiler fungierten. Das hier zur Ausbildung gelangende Recht ist das Lehnrecht, das Seitenstück zum Landrechte, das in den öffentlichen Gerichten der Grafschaft

und der Hundertschaft gehandhabt wurde. Gewisse Streitigkeiten der Grundholden wurden im Hofgerichte des Grundherrn entschieden. Der grundherrliche Beamte, der Vogt, Schulze oder Meier, war Richter, die Hofgenossen fanden das Urteil nach Hofrecht, das sich an den Höfen der verschiedenen Grundherren in sehr mannigfaltiger Weise gestaltete. Die Dienstmannen standen zu Recht vor dem Gerichte ihres Dienstherrn, das gleichfalls Hofgericht hieß. Mit der steigenden Bedeutung der Ministerialität streiften sie die Schranke des Dienstrechtes ab und wurden bezüglich ihrer Lehen des gemeinen Lehnrechts, im übrigen des Landrechts teilhaftig.

Die Stadt war ursprünglich kein besonderer Gerichts- und Rechtsbezirk; den verschiedenen Klassen der städtischen Bevölkerung fehlte ein gemeinsames Gericht und ein gemeinsames Recht. Die Freien lebten nach Landrecht, die Ministerialen nach Dienstrecht, die Hörigen nach Hofrecht. Aber mit der Entwicklung des Städtewesens bildete sich auf Grundlage der dem Stadtherrn zustehenden oder verliehenen Immunität und in Marktsachen für die Bürger der Stadt ein besonderes Stadtgericht aus, mit welchem der Ausgangspunkt eines den Städten eigentümlichen Stadtrechts gegeben war. In Nord- und Mitteldeutschland wird das Stadtrecht seit der zweiten Hälfte des 12. Jahrhunderts als Weichbild bezeichnet. Nur in einzelnen Städten hat sich das Stadtrecht selbständig entwickelt (Urrechte). Viele Städte dagegen empfingen ihr Recht durch Bewidmung, d. h. indem sie sich das in einer anderen Stadt ausgebildete Stadtrecht übertragen ließen. Mittels der Bewidmung entstanden ausgedehnte Stadtrechtsfamilien, unter denen die des magdeburgischen und des lübischen Rechtes die ansehnlichsten waren. Die Stadt des Mutterrechtes blieb gewöhnlich als Oberhof in dauernder Verbindung mit der Stadt des Tochterrechtes. Wenn nämlich die Schöffen dieser des Rechtes nicht weise waren, fragten sie um Rechtsbelehrung bei den Schöffen des Oberhofs an oder legten ihnen geradezu den Rechtsfall zur Entscheidung vor. Lübeck, Magdeburg, Eisenach und Frankfurt a. M. waren die berühmtesten Oberhöfe. Deutsches Stadtrecht drang auch über die Grenzen des Reiches in die benachbarten slawischen und ungarischen Lande ein. Die zahlreichen Kolonien, welche die Deutschen hier gründeten, wahrten sich das deutsche Stadtrecht. In Polen wurde magdeburgisches Recht wesentliches Merkmal des Stadtbegriffes und verpflanzte sich als allgemeines Stadtrecht selbst in Orte mit vollständig undeutscher Bevölkerung.

Als mit dem Emporkommen der Landesherrlichkeit sich innerhalb der Stammesgebiete selbständige Territorien ausgeschieden hatten, bildete sich in einigen davon ein vom allgemeinen Stammesrechte verschiedenes Territorialrecht, für welches das landesherrliche Gericht den Kristallisationspunkt abgab. So haben sich z. B. in Bayern, wo die Zersetzung des Stammesrechtes am meisten wirkte, für Österreich, Salzburg, Oberbayern und Steiermark besondere Territorialrechte entwickelt. Abgesehen hiervon hat manche kleinere Landschaft, mancher Gau sein Sonderrecht hervorgebracht.

Den einzelnen Faktoren der Besonderung des Rechtes vermag das einzige Organ zentraler Rechtsbildung, das deutsche Königsgericht, nur in sehr unvollkommener Weise entgegenzuwirken. Es besitzt nicht die dominierende Stellung, wie sie das fränkische Königsrecht besessen hatte. Während in den Untergerichten die Rechtsprechung an den herkömmlichen Dingstätten meist von ständigen Schöffen besorgt wurde und den Gegenstand eines lebenslänglichen, häufig erblichen Amtes abgab, wurden am jeweiligen königlichen Hoflager die Urteile nicht von ständigen Urteilfindern, sondern von den zufällig anwesenden Großen und Reichsministerialen gefunden. In dem Kampfe zwischen Rechtseinheit und Rechtsverschiedenheit hatten sonach die Organe örtlicher Rechtsbildung von vornherein den Vorzug festerer Ausgestaltung für sich.

Unter den Stammesrechten gewinnt auf Grundlage der ihm gewidmeten juristischen Literatur das sächsische die stärkste Konsistenz und die einheitlichste Ausbildung. Die Rechte der Schwaben, Bayern und Thüringer stehen unter dem beherrschenden Einflusse des fränkischen Rechtes, dessen Institutionen, infolge der starken fränkischen Kolonisation, zum Teil auch im Herrschaftsgebiete des sächsischen Rechtes Wurzel fassen. Das Recht der Bayern fällt in eine Anzahl selbständiger Territorialrechte auseinander; niemals ist hier der Versuch einer einheitlichen Darstellung des Rechtes gemacht worden, wie dies auf sächsischer, schwäbischer und fränkischer Erde geschah. In einer gewissen Abgeschlossenheit vollzieht sich auf beschränktem Geltungsgebiete die Fortbildung des friesischen Rechtes, dessen Rechtsquellen sich vor allen anderen durch die hohe Altertümlichkeit ihrer Bestimmungen auszeichnen.

Seit dem 13. Jahrhundert taucht in Deutschland geschriebenes Recht in Masse auf. Seinem Ursprunge nach ist es entweder Satzung oder schlichte Rechtsaufzeichnung oder juristische Bearbeitung des Rechtes (Rechtsbücher). Als Sprache der Rechtsquellen tritt im 13. Jahrhundert neben die lateinische die deutsche Sprache, die seit der Mitte dieses Jahrhunderts das Übergewicht erlangt. Neben dem geschriebenen Rechte behielt das ungeschriebene Gewohnheitsrecht ein ausgedehntes Herrschaftsgebiet.

§ 27. **Quellen des Reichsrechtes.** Das Reichsrecht liefert bis zur Mitte des 12. Jahrhunderts nur spärliche Quellen. Tätiger wurde die königliche Gesetzgebung in der Zeit der Staufer, die einzelne ihrer Gesetze, um ihnen größere Verbreitung und höheres Ansehen zu verschaffen, in das Corpus iuris civilis einfügen ließen. Die Reichsgesetze wurden vom König mit der auf den Reichstagen eingeholten Zustimmung der Großen erlassen. Dem Inhalte nach haben wir unter den Reichsgesetzen hauptsächlich zwei Gruppen zu unterscheiden:

1. Landfriedensgesetze, constitutiones pacis. Seit dem Durchdringen des Reiterwesens wurde in den ritterlichen Kreisen das Fehdewesen so sehr ausgedehnt und nahm die Rechtsunsicherheit durch mißbräuchliche Selbsthilfe so sehr überhand, daß die öffentliche Gewalt nicht mehr in der Lage war, den zahlreichen Störungen des Friedens auf normalem Wege mit Hilfe der ordentlichen Rechtspflege und mit den Strafrechtssätzen der Stammesrechte zu steuern. Daher sahen sich die Könige genötigt, von Zeit zu Zeit Landfriedensgesetze zu erlassen, durch die der Friedensbruch unter höhere, meist peinliche Strafe gestellt wurde. In der Regel hatte die Aufrichtung des Landfriedens den Charakter einer beschworenen Einigung; er wurde nämlich von den Großen, mit denen der König ihn vereinbart hatte, beschworen, die ihn dann ihrerseits landschaftsweise beschwören ließen. Entweder verbieten die Landfriedensgesetze die Fehde schlechtweg, oder sie knüpfen deren Ausübung an bestimmte rechtliche Voraussetzungen und Schranken. Entweder wird das Gesetz ohne zeitliche Beschränkung als ein dauerndes erlassen, oder der Landfriede wird nur auf eine bestimmte Zahl von Jahren errichtet, indem das Gesetz für diese Zeit eine Art beschworenen Standrechtes verkündigt. Die Bestimmungen über den Friedensbruch bilden nur den Kern der Landfriedensgesetze, diese enthalten auch sonstige strafrechtliche, prozessualische und polizeiliche Vorschriften. Den Reichslandfrieden sind zahlreiche provinzielle Friedenseinigungen teils vorausgegangen, teils zur Seite getreten.

Die für das ganze Reich errichteten Landfrieden reichen bis in die Zeit Heinrichs IV. zurück. Im Jahre 1103 wurde zu Mainz ein Landfriede auf vier Jahre beschworen. Das bedeutendste und berühmteste Landfriedensgesetz ist Friedrichs II. Constitutio Moguntina vom 15. August 1235, welche außer dem Fehdewesen und den Friedensbrüchen zahlreiche andere Materien, so z. B. Zoll- und Münzwesen, Geleitrecht, die Kirchenvogtei und die Organisation des Hofgerichtes betrifft. Sie wurde in amtlicher deutscher Redaktion verkündigt und etwa 1400 von dem Juristen Nikolaus Wurm glossiert. Auf dem Mainzer Landfrieden von 1235 beruhen in der Hauptsache die Landfrieden, die nach dem Interregnum von Rudolf I. und seinen nächsten Nachfolgern errichtet wurden. Neue und selbständige Bahnen sucht der Landfriedensentwurf Albrechts II. von 1438 einzuschlagen, welcher das Fehderecht vollständig aufheben wollte und für die Handhabung des Friedens eine Einteilung des Reiches in vier Kreise projektierte. Dagegen wird ein bedingtes Fehderecht wieder anerkannt in der Frankfurter Reformation Friedrichs III. von 1442, die außerdem das Recht der Pfandnahme, Geleitrecht, Münzwesen und Vehme behandelt. Ein Landfriede wurde 1467 auf fünf, 1474 auf zehn Jahre von Friedrich III. errichtet. Endlich kam 1495 ein ewiger Landfriede zustande, den man auf den folgenden Reichstagen mehrmals republizierte, erläuterte und mit Zusätzen versah.

2. Verfassungsgesetze. Als solche sind mit Einschluß der Konkordate zu nennen das Wormser Konkordat vom 23. September 1122, das den Investiturstreit beendete, die Sententia de regalibus von 1158, betreffend die königlichen Regalrechte in Italien, nachmals auf Grund der Aufnahme in die Libri feudorum auch in Deutschland rezipiert, ferner zwei für die Entwicklung der Landeshoheit bedeutsame Gesetze, das Privilegium für die geistlichen Fürsten von 1220, das Statutum in favorem principum von König Heinrich auf einem Wormser Reichstage 1231 beschlossen, 1232 von Friedrich II. bestätigt, das auf einem Frankfurter Reichstage verabschiedete Gesetz Ludwigs des Bayern mit den Anfangsworten licet iuris vom 8. August 1338,

Karls IV. goldene Bulle, Grundgesetz des Reichs für die Königswahl und für die Rechtsstellung der Kurfürsten, aber auch Vorschriften über Landfrieden, Pfahlbürger und anderes enthaltend, in ihrem ersten Teile (c. 1—23) am 10. Januar 1356 zu Nürnberg, in ihrem zweiten Teile (c. 24—31) am 25. Dezember 1356 zu Metz publiziert, das Konstanzer Konkordat von 1418 und das sogenannte Wiener Konkordat vom 17. Februar 1448.

Zu den Quellen des Reichsrechtes zählen außer den Gesetzen die Mandate und Privilegien, die der König erließ oder gewährte, und die Urteile des Königsgerichtes, zumal die in zweifelhaften Fragen getroffene Entscheidung für künftige gleichartige Fälle als Norm dienen sollte. Der Tätigkeit des Königsgerichtes verdanken auch die Reichssentenzen ihre Entstehung, Fürstenweistümer, die allgemeine Aussprüche über Rechtsfragen enthalten.

Die Reichsgesetze und andere Quellen des Reichsrechtes bis 1313 stehen bei Pertz, Mon. Germ. hist. Leges II. Eine bessere und vollständigere Sammlung bietet die Quartausgabe der Leges unter dem Titel: Constitutiones et acta publica imperatorum et regum, tom. I—V (911 bis 1324), VIII, I (1345—1347). Die jüngeren Reichsgesetze findet man zurzeit in der neuen und vollständigeren Sammlung der Reichs-Abschiede (Senckenberg-Kochsche Sammlung) 1747. Bessere Texte der wichtigsten Stücke bietet Zeumer, Quellensammlung zur Gesch. der deutschen Reichsverfassung 1904. Derselbe, Die goldene Bulle Kaiser Karls IV., 1908. Deutsche Reichstagsakten, Publikation der Münchener historischen Kommission, bis jetzt 12 Bände der älteren Serie, die Zeit von 1376 bis 1437 umfassend, besorgt von Weizsäcker, Kerler und anderen. Franklin, Sententiae curiae regis, Rechtssprüche des Reichshofes im Mittelalter, 1870.

§ 28. Die Land- und Lehnsrechtsbücher. Der Sachsenspiegel. Die literarische Bearbeitung des Rechtes hat ihren Ausgangspunkt in der epochemachenden Darstellung des Sachsenrechtes, die uns im Sachsenspiegel vorliegt. Dieser wurde von dem sächsischen Schöffen und Ritter Eike von Repkow wahrscheinlich im 3. Jahrzehnt des 13. Jahrhunderts verfaßt (jedenfalls zwischen 1220 und 1235 vollendet). Das Dorf Reppichau (Gau Serimunt), von welchem sein dort ansässiges Geschlecht den Namen führte, liegt zwischen Köthen, Dessau und Aken. Eike selbst erscheint in Urkunden von 1209—1233. Er zählt zu den in die Ministerialität eingetretenen Schöffenbarfreien. Zuerst schrieb er sein Werk in lateinischer Sprache, um es dann auf Veranlassung des Grafen Hoyer von Falkenstein in deutscher Sprache, vermutlich in niedersächsischer Mundart, umzuarbeiten. Dem Texte des Rechtsbuches gehen vier Vorreden voraus, von denen die erste, die sogenannte praefatio rhythmica, in ihrem zweiten Bestandteile Eike selbst zum Verfasser hat, der uns darin Aufschlüsse über die Entstehung seines Werkes gibt. Der Sachsenspiegel zerfällt in ein Landrechts- und in ein Lehnrechtsbuch. Jenes wurde etwa hundert Jahre nach seiner Abfassung von dem Glossator Johann von Buch in drei Bücher eingeteilt. Die Darstellung des Dienst-, Hof- und Stadtrechts hat der Verfasser von vornherein aus seiner Aufgabe ausgeschlossen. Er will zwar Sachsenrecht überhaupt darstellen, allein vielfach beschränkt sich die Geltung der Rechtssätze des Sachsenspiegels auf die ostfälischen Teile des sächsischen Stammesgebietes. Besondere Rücksicht finden die Verhältnisse der sächsischen Marken und das Sonderrecht der Nordschwaben. Hauptquelle der Rechtskunde Eikes war das Rechtsleben in den Gebieten der Bistümer Magdeburg und Halberstadt. Mit dem konservativen Geiste des Niedersachsen verfolgt Eike, wie er in der gereimten Vorrede erklärt, die Absicht, das von den Vorfahren überlieferte Recht darzustellen. Doch trübt an einzelnen Stellen eine gewisse Vorliebe für Zahlenmystik die Klarheit seines Blickes. Andererseits tritt er auf Grund scharf ausgeprägten Rechtsgefühls und juristischer Logik als bahnbrechender Reformator auf, indem er mit kühner Gestaltungskraft Rechtssätze formuliert, die erst nachmals auf Grund seiner Darstellung Rechtens geworden sind.

Der Sachsenspiegel gelangte rasch zu großem Ansehen. Obwohl Arbeit eines Privatmanns, wurde er in den sächsischen Gerichten gleich einem Gesetzbuch angewendet. Schon im 14. Jahrhundert hielt man ihn für ein Werk kaiserlicher Gesetzgebung, indem man das Landrechtsbuch zum größten Teile Karl dem Großen, das Lehnrechtsbuch Friedrich I. zuschrieb. Der Sachsenspiegel wurde nicht nur in verschiedene deutsche Mundarten, insbesondere ins Hochdeutsche und ins Niederländische, sondern auch mehrfach ins Lateinische und außerdem in das Polnische übersetzt. Im 14. Jahrhundert wurde er mit einer Glosse versehen. Die älteste Glosse des Landrechtes rührt von dem märkischen Ritter Johann von Buch, der im Jahre 1305 zu Bologna studiert hatte, und ist nach 1325, wahrscheinlich vor 1335, entstanden. Sie wurde später

umgearbeitet und ergänzt, noch im 14. Jahrhundert durch Nikolaus Wurm, im 15. Jahrhundert durch Brand von Tzerstede und durch die Gebrüder Bocksdorf. Zum Sachsenspiegel Lehnrechtes wurde nach dem Muster der Buchschen Glosse um die Mitte des 14. Jahrhunderts eine kürzere und dann eine sie erweiternde längere Glosse verfaßt, die 1386 durch Nikolaus Wurm umgearbeitet worden ist. Etwa ein halbes Jahrhundert später als die Buchsche Glosse entstand zu Stendal eine selbständige Glosse, die sowohl das Landrecht als das Lehnrecht des Sachsenspiegels erläutert.

Auf Grund des Sachsenspiegels entstand in Süddeutschland, vermutlich zu Augsburg, um die Mitte des 13. Jahrhunderts der Spiegel der deutschen Leute, eine Arbeit, die sich nicht auf ein einzelnes Stammesrecht beschränken, sondern allgemein deutsches Recht darstellen will. Der Sachsenspiegel Landrechts ist darin bis II 12 § 13 den süddeutschen Verhältnissen entsprechend umgearbeitet, von da ab mit wenigen Änderungen ins Oberdeutsche übersetzt. Das letztere gilt auch vom Lehnrecht. Der Deutschenspiegel wurde übrigens bald verdrängt durch das kaiserliche Land- und Lehnrecht, den seit dem 17. Jahrhundert mit Unrecht sogenannten Schwabenspiegel, dessen unbekannter Verfasser, ein Mann geistlichen Standes, die im Deutschenspiegel unvollendete Arbeit zu Ende führte, indem er den ganzen Sachsenspiegel, wie er ihm in der Form des Deutschenspiegels vorlag, mit Verwertung verschiedenartiger Quellen, zu einer Darstellung des deutschen Rechtes überhaupt umarbeitete. Entstehungsort und Entstehungszeit des Rechtsbuches sind streitig. Nach einer älteren, namentlich durch Julius Ficker verteidigten und mit Recht herrschend gebliebenen Ansicht ist es in den Jahren 1274/75, und zwar wahrscheinlich zu Augsburg entstanden. Dagegen suchte Rockinger, der seit langen Jahren eine kritische Ausgabe des kaiserlichen Land- und Lehnrechts vorbereitet, auszuführen, daß es 1259 in Ostfranken, und zwar in Bamberg abgefaßt und dann vor Ende des Jahres 1265 zu Würzburg umgearbeitet worden sei. Gleich dem Sachsenspiegel gelangte das kaiserliche Land- und Lehnrecht zu großer handschriftlicher Verbreitung und zu dauerndem Ansehen. Es wurde ins Lateinische, ins Französische und ins Tschechische übersetzt.

Auf einer Bearbeitung des Schwabenspiegels beruht ein für das Bistum Freising ausgearbeitetes Landrechtsbuch; es hat vermutlich den Vorsprecher Ruprecht von Freising zum Verfasser, der 1328 mit Benutzung des Schwabenspiegels ein Freisinger Stadtrechtsbuch ausarbeitete. Beide Werke wurden im 15. Jahrhundert zu einem Rechtsbuche für Land und Stadt Freising verbunden.

In der Zeit Ludwigs des Bayern (vermutlich 1326—1340) schrieb, wahrscheinlich im fränkischen Hessen, ein uns unbekannter Autor ein Rechtsbuch, welches das kleine Kaiserrecht genannt wird. Es will gemeines Recht darstellen, wie es Karl der Große der ganzen Christenheit gesetzt habe, und pflegt für die einzelnen Rechtssätze des Kaisers Gebot als Quelle anzuführen. Das Rechtsbuch zerfällt in den meisten Handschriften in vier Bücher, die vom Gerichtswesen, vom Privat- und Strafrecht, von den Reichsministerialen und vom Stadtrechte handeln. Besondere Rücksicht wird auf die Stellung der Reichsdienstmannen und auf die Reichsdörfer genommen.

Eine Ergänzung zum Sachsenspiegel, nämlich eine Darstellung des Prozesses der sächsischen Landgerichte, liefert der Richtsteig Landrechts, den der erwähnte Johann von Buch vermutlich um 1335 verfaßte. Noch im 14. Jahrhundert arbeitete ein unbekannter Verfasser das Seitenstück zu diesem Rechtsbuche, den Richtsteig Lehnrechts, aus.

Sachsenspiegel: Homeyer, Des Sachsenspiegels erster Teil (Landrecht), 3. Ausg., 1861. Des Sachsenspiegels zweiter Teil nebst den verwandten Rechtsbüchern, I 1842, II 1844. Ssp. Ldr. (obersächsischer Text), hrsg. v. Weiske, 7. Aufl., 1895. Die Dresdener Bilderhandschrift des Ssp., hrsg. v. Karl v. Amira I (1902).

Der Spiegel der deutschen Leute, hrsg. von Ficker 1859. — Sogenannter Schwabenspiegel, hrsg. vom Freiherrn von Laßberg (Swsp. L.), 1840; von Wackernagel (Das Landrecht, Swsp. W.) 1840; von Gengler (Landrechtsbuch), 2. Aufl., 1875; von v. Daniels in den Rechtsdenkmälern des deutschen Mittelalters, synoptisch mit dem Sachsenspiegel und dem französischen Schwabenspiegel. Matile, Le miroir de Souabe, 1843. Eine kritische Ausgabe des Schwabenspiegels fehlt.

Das Stadt- und das Landrechtsbuch Ruprechts von Freysing, hrsg. von L. von Maurer, 1839.

Das Kaiserrecht nach der Handschrift von 1372, hrsg. von Endemann, 1846. Der Richtsteig Landrechts nebst Cautela und Premis, hrsg. von C. G. Homeyer, 1857. Der Richtsteig Lehnrechts bei Homeyer, Sachsenspiegel II 1.

§ 29. **Landes- und Landschaftsrechte.** An die Bedeutung stammesrechtlicher Satzungen reichen die friesischen Küren hinan, die zu den ältesten und altertümlichsten Quellen dieser Periode zählen. Die friesischen Gaue zwischen Zuidersee und Weser, die unter verschiedene Grafschaften aufgeteilt waren, schlossen zur Sicherung des Friedens nach außen und im Inneren ein Bündnis ab, nicht um die gräfliche Gewalt zu beseitigen, sondern um sie zu ergänzen, weil sie sich als ungenügend erwies und andererseits eine herzogliche Gewalt in Friesland fehlte, die jener Aufgabe hätte gerecht werden können. Die verbundenen Landschaften hatten Vereinstage, die von geschworenen Bevollmächtigten (iurati, deputati) zu Upstalsbom im Asterga nicht weit von Aurich abgehalten wurden. Zweck dieser Versammlungen war u. a., über das Recht zu beraten, das die Friesen halten sollten. Mit der Tätigkeit, welche die Upstalsbomer Vereinstage für die Feststellung und Besserung des friesischen Rechtes entfalteten, hängt ein Teil der älteren gemeinfriesischen Rechtsquellen zusammen. Zu ihnen gehören: 1. die 17 Küren (kesta, petitiones, electiones), eine Zusammenstellung von Rechtssätzen, die angeblich Karl der Große den Friesen auf deren Verlangen zugesichert habe; 2. die 24 Landrechte (londriuchta, constitutiones), Weistümer über das bei den Friesen geltende Recht, zum Teil inhaltlich mit den 17 Küren übereinstimmend; 3. die 7 Überküren (urkera), von welchen die drei ersteren die Verfassung des Bundes betreffen; 4. die allgemeinen Bußtaxen, ein Katalog von Bußen, namentlich von Wundbußen. Die aufgezählten Rechtsquellen sind uns sämtlich in friesischer Sprache, mit Ausnahme der Überküren in einem lateinischen Texte und mit Ausnahme der Bußtaxen in jüngeren Texten niederdeutscher Mundart, erhalten. Die Entstehungszeit der älteren gemeinfriesischen Quellen ist streitig und unsicher. Küren, Landrechte und Überküren enthalten Rechtssätze, deren Ursprung eine Zeit voraussetzt, in der die friesischen Küsten von heidnischen Nordmännern heimgesucht wurden. Das weist auf das 11. Jahrhundert als Entstehungszeit dieser Rechtssätze zurück. Die Aufzeichnung ist noch vor Anfang des 13. Jahrhunderts erfolgt.

Der Upstalsbomer Verein zerfiel nach 1231, wurde aber 1323 mit etwas veränderter Tendenz erneuert. Während der ältere Friedensbund das Verhältnis der einzelnen Landschaften zu den Grafen nicht berührte, kehrt das Bündnis von 1323, dessen Statut den Namen leges Upstalsbomicae führt, seine Spitze gegen den Grafen von Holland, den Landesherrn der Westergoer, von denen der Anstoß zur Erneuerung des Bundes ausgegangen war. Der neue Bund löste sich nach vier Jahren wieder auf. Ein 1361 zu Groningen abgefaßtes Statut verdankt seine Entstehung dem Versuch der Stadt Groningen (die sich mit Hilfe friesischer Landdistrikte der Landeshoheit der Bischöfe von Utrecht entziehen wollte), unter ihrer Leitung den Bund der friesischen Gaue zu erneuern.

Neben den gemeinfriesischen Quellen besitzen wir besondere Satzungen und Aufzeichnungen für das Recht einzelner Gaue und Landschaften, so das westerlauwersche Schulzenrecht, die Hunsingoer Küren von 1252, die Rüstringer Satzungen (12. und 13. Jahrhundert) und den umfangreichen Brokmerbrief aus der Zeit von 1276—1345.

Ergebnisse autonomer Rechtsbildung sind die Beliebungen der Nordfriesen aus dem 15. Jahrhundert, das Dietmarscher Landrecht, das zuerst 1448 auf einen Landesbeschluß hin aufgezeichnet und bis 1467 durch Novellen ergänzt wurde, und die Statuten oder Landbücher einzelner Landschaften der Schweiz.

In den Territorien, in welchen die Landeshoheit zur Ausbildung gelangte, übten die Fürsten das Recht, Privilegien und Freibriefe zu erteilen, territoriale Landfrieden aufzurichten und mit Zustimmung der Großen des Landes allgemein bindende Normen zu erlassen. Solche durch Satzung entstandene Landesordnungen sind die Kulmsche Handfeste des Großmeisters Hermann von Salza aus dem Jahre 1233 für das deutsche Ordensland, die salzburgische Landesordnung von 1328, das oberbayrische Landrecht Kaiser Ludwigs von 1336, revidiert und vermehrt 1346, das für das Fürstentum Breslau ausgearbeitete Landrecht von 1356, eine offizielle Bearbeitung des Sachsenspiegels.

Als eine bloße Aufzeichnung des geltenden Rechtes erscheint die ältere Fassung des österreichischen Landesrechtes, die im Winter 1236/37 verfaßt wurde, um die in der Zeit Herzog Leopolds VI. bestehenden Rechtszustände festzustellen und dafür die Bestätigung Kaiser Friedrichs II. zu erwirken, wogegen die jüngere Fassung vermutlich eine im Jahre 1266 auf Grund der älteren ausgearbeitete Satzung des Königs Ottokar von Böhmen, des damaligen Herrn von Österreich, ist. Aufzeichnungen von Landesrechten sind das Ritter- und Landrecht der Grafschaft Berg aus den Jahren 1355—1397 und ein steirisches Landesrecht aus der Mitte des 14. Jahrhunderts, das auch in Kärnten rezipiert wurde.

Friesische Rechtsquellen, hrsg. von K. v. Richthofen, 1840. Dazu ein altfriesisches Wörterbuch von demselben, 1840. Oude friesche Wetten, hrsg. von De Haan Hettema, 1846/47. Die Überküren und die lateinischen Texte des Vetus ius Frisicum und die Leges Upstalsbomicae in besserer Form bei v. Richthofen, Untersuchungen über friesische Rechtsgeschichte I 1880, nebst Erörterungen über ihren Charakter und ihre Entstehungszeit. Die niederdeutschen Rechtsquellen Ostfrieslands, hrsg. von Borchling I 1908. Die nordfriesischen Quellen stehen bei v. Richthofen, friesische Rechtsquellen S. 561. Das dietmarscher Landrecht bei Michelsen, Sammlung altdithmarscher Rechtsquellen, 1842. Die Kulmsche Handfeste bei Leman, Das alte Kulmische Recht, 1838. Die Salzburgische Landesordnung bei Rößler, Über die Bedeutung und Behandlung der Geschichte des Rechts in Österreich, 1847. Kaiser Ludwigs erstes oberbayrisches Land- und Lehnrecht, hrsg. v. Rockinger 1908. Bayrisches Landesrecht bei Freyberg, Sammlung historischer Schriften und Urkunden 1827 ff. IV 381. — Österreichisches Landesrecht bei Viktor Hasenöhrl, Österreichisches Landesrecht im 13. u. 14. Jahrh., 1867, und bei v. Schwind und Dopsch, Ausgewählte Urkunden zur Verfassungsgeschichte der deutsch-österr. Erblande, 1895, S. 55 ff., 101 ff. — Steiermärkisches Landrecht des Mittelalters, hrsg. v. F. Bischoff, 1875. — Das Bergsche Landesrecht bei Lacomblet, Archiv für Geschichte des Niederrheins, 1832, I, 79 ff.

§ 30. **Dienst- und Hofrechte.** Das Dienstrecht gestaltete sich an den Höfen der verschiedenen Dienstherren in großer Mannigfaltigkeit, weil der Ministerialität die einheitliche Spitze fehlte, wie sie das Lehnwesen im Königtum besaß. Zuerst empfand man an den geistlichen Stiftern, wo die Ministerialen am frühesten zu hervorragender Stellung gelangten, das Bedürfnis, deren Rechte und Pflichten aufzuzeichnen. Die ältesten Dienstrechte behandeln die Dienstmannen noch als eine besondere Gruppe der ganzen grundherrlichen Gemeinde, der „Familie" der Kirche, während die jüngeren das Recht der Ministerialen als das eines besonderen Standes normieren.

Von den Aufzeichnungen der Dienstrechte kleiden sich manche in die Form der Satzung. Im Laufe des 12. Jahrhunderts versuchte man nämlich in geistlichen Stiftern, namentlich in Reichsabteien, die Pflichten und Rechte der Ministerialen, die den Kirchen über den Kopf zu wachsen drohten, mit Hilfe von Urkundenfälschungen festzustellen. Ein hervorragendes Beispiel bietet die um 1150 in Reichenau entstandene Constitutio de expeditione Romana, ein auf den Namen Karls des Großen gefälschtes Dienstmannenrecht. Aufzeichnungen von Dienstrechten, welche den Weg der Fälschung verschmähten, sind die von Bamberg (11. Jahrhundert), von Köln (1154—1176), von Basel (in deutscher Sprache aus der zweiten Hälfte des 13. Jahrhunderts), von Magdeburg und Hildesheim (beide aus dem 13. Jahrhundert).

Die Hofrechte haben sich weitaus zum größten Teile als Gewohnheitsrecht entwickelt und fortgebildet. Satzungen des Hofrechtes sind selten. Eine der ältesten und bedeutsamsten ist die Lex familiae Wormatiensis ecclesiae, eine Satzung des Bischofs Burchard von Worms aus den Jahren 1023—1025, veranlaßt durch das Bestreben, die Grundholden der Kirche gegen Bedrückungen von Seite der Vögte, der vicedomini und der Ministerialen zu schützen. Die Mehrzahl der schriftlichen Hofrechte geht auf Weistümer zurück. In den grundherrlichen Gemeinden wurde es nämlich Sitte, daß alljährlich an bestimmten Tagen auf Grund einer amtlichen inquisitio das geltende Recht gewiesen wurde. Der herrschaftliche Beamte, der Vogt oder Meier fragte im Ding, was in einem bestimmten Falle Rechtens sei. Beeidigte Hofgenossen gaben die Antwort. Im Wechsel von Frage und Antwort wurde der Stoff des Gewohnheitsrechtes mehr oder minder erschöpft. Markgenossenschaften und freie Bauerschaften ahmten diese Sitte ständiger Rechtsvorträge nach. Im Laufe der Zeit wurden aus bestimmten Veranlassungen oder in der allgemeinen Erwägung, daß die Schrift doch noch dauerhafter sei

als das Gedächtnis der Menschen, die Rechtsweisungen aufgeschrieben. Die Aufzeichnungen hießen wir ihr Gegenstand Weistümer, Taidinge, Bantaidinge, Ehehafttaidinge oder Öffnungen.

Wackernagel, Das Bischofs- und Dienstmannenrecht von Basel, 1852. Die übrigen angeführten Dienstrechte bei v. Fürth, Ministerialen, 1836. Frensdorff, Das Recht der Dienstmannen des Erzbischofs von Köln, 1883. Kraut-Frensdorff, Grundriß, 6. Aufl. 1886, S. 37 f.

Weistümer, hrsg. v. J. Grimm, nach dessen Tode fortgesetzt von Schröder, 6 Bde. 1840—69 und ein Registerband von Schröder, 1878. Luxemburger Weistümer als Nachlese zu J. Grimms Weistümern, gesammelt von Hardt, 1870. Aargauer Weistümer, hrsg. v. Rochholz, 1876. Habets, Limburgsche Wijsdommen, Dorpscostumen en Gewoonten, 1891. Die Weistümer der Rheinprovinz I I, hrsg. von Loersch, 1900. Eine Gesamtausgabe der österreichischen Weistümer veranstaltet die Wiener Akademie der Wissenschaften. Bisher sind erschienen die salzburgischen Taidinge von Siegel und Tomaschek, 1870, die Tirolischen Weistümer von Zingerle, Inama-Sternegg und Egger, 4 Bde. 1875—1891, die steirischen und kärntischen Taidinge von Bischoff und Schönbach, 1881, die niederösterr. Weistümer von G. Winter, 3 Teile 1886—1909.

§ 31. **Stadtrechtsquellen.** Das geschriebene Stadtrecht weist als älteste Quelle Privilegien (Handfesten) auf, die der König oder der Stadtherr erteilte. Seit dem 13. Jahrhundert erlangten die Städte durch tatsächliche Ausübung oder ausdrückliche Verleihung das Recht der Selbstsatzung, das sogenannte Kürrecht. Von da ab traten die städtischen Willküren (Schraën) — Ratsverordnungen oder Schöffensatzungen — in den Kreis der Stadtrechtsquellen ein. Unmittelbaren Anlaß zur Aufzeichnung städtischen Gewohnheitsrechtes gab nicht selten das Ansuchen um Bewidmung. So schöpfen wir die Kenntnis des Magdeburger Rechtes zum großen Teile aus den Rechtsmitteilungen, die von Magdeburg zu Anfang des 13. Jahrhunderts an den Herzog Heinrich I. von Schlesien (sogenanntes Magdeburg-Goldberger Recht), von der mit Magdeburger Recht bewidmeten Stadt Halle 1235 nach Neumarkt, von Magdeburg selbst 1261 und 1295 nach Breslau, 1304 nach Görlitz, 1338 nach Kulm, 1363 nach Schweidnitz, 1364 nach Halle ergingen. So liegt uns das Recht Lübecks in Rechtsmitteilungen für Tondern (1243), für Reval (1257 und 1282), für Danzig (1263), für Elbing (1270) und für Kolberg (1297) vor. Dazu kommen Sammlungen von Schöffensprüchen, wie sie insbesondere in den Oberhöfen aus Anlaß von Anfragen gefällt worden sind. Breiten Raum nehmen unter den Stadtrechtsquellen die Stadtbücher ein, in Buchform geordnete, rechtlich erhebliche Aufzeichnungen städtischer Behörden, deren Zweck ein sehr verschiedener sein konnte. Entweder wollen sie das der Stadt eigentümliche Recht zusammenstellen (Statutenbücher), oder sie sind der Rechtsprechung des Gerichts oder des Stadtrats gewidmet (Urteils-, Schöffen-, Gerichts-, Wette-, Achtbücher), oder sie sind bestimmt, gewisse Rechtsgeschäfte der Bürger amtlich zu beurkunden (Grund-, Schreins-, Währschafts-, Erbe-, Renten-, Schuld-, Pfand-, Gemächtbücher), oder sie dienen der Stadtverwaltung im engeren Sinne (Ämter-, Bürger-, Rats-, Ratsdenkel-, Kämmereibücher und andere).

Unter den Privatarbeiten über das städtische Recht sind neben schlichten Rechtsaufzeichnungen als besonders bedeutsame Rechtsquellen die Stadtrechtsbücher sowie die Privatsammlungen und Bearbeitungen städtischer Schöffensprüche zu nennen. Die literarische Bearbeitung des Stadtrechts hat ebenso wie die des Land- und Lehnrechts in Sachsen ihren Ausgangspunkt, und zwar stehen in erster Linie die Bearbeitungen des Magdeburger Rechts, von welchen die wichtigsten sind: 1. Das sächsische Weichbild. Ende des 13. oder Anfang des 14. Jahrhunderts wurde auf Grund von Magdeburger Weistümern, die 1261 und 1295 nach Breslau ergangen waren, das sogenannte Magdeburger Schöffenrecht ausgearbeitet. Vor 1269 verfaßte ein unbekannter Autor eine belehrende Arbeit über die Gerichtsverfassung, welche nachträglich einige Zusätze aufnahm. Beide Arbeiten wurden ohne innerliche Ausgleichung des Stoffes miteinander verbunden. Das Ergebnis dieser Verbindung ist das vielgebrauchte sächsische Weichbild, das ins Lateinische, Polnische und Tschechische übersetzt und mit Bezugnahme auf das römische und kanonische Recht glossiert wurde. 2. Das Meißner Rechtsbuch oder das Rechtsbuch nach Distinktionen (schlesisches Landrecht, vermehrter Sachsenspiegel), so genannt nach der Einteilung in Distinktionen. Der Verfasser will Weichbild sächsischer Art überhaupt darstellen und bestrebt sich, die Unterschiede zwischen Landrecht,

städtischem Gewohnheitsrecht und Stadtrecht nach kaiserlichem Privilegium anzugeben. Für das erste ist der Sachsenspiegel, für das zweite das Magdeburger Recht, für das dritte das Stadtrecht von Goslar benutzt. Das ausführliche Rechtsbuch entstand nach der Mitte des 14. Jahrhunderts in der Mark Meißen. In der ersten Hälfte des 15. Jahrhunderts wurde es von dem Eisenacher Stadtschreiber Johannes Rothe († 1434) mit Zuziehung anderer Quellen für die Verhältnisse von Eisenach zu einem Eisenacher Rechtsbuch umgearbeitet. Derselbe Johannes Rothe verfaßte gleichfalls für Eisenach das sogenannte Rechtsbuch Johann Purgoldts. 3. Die Blume von Magdeburg. Um 1386 schrieb unter diesem Titel der romanistisch geschulte Jurist Nikolaus Wurm von Neu-Ruppin, ein ebenso fruchtbarer als geschmackloser Schriftsteller, ein Rechtsbuch, das sich für eine Arbeit des Magdeburger Schöffenstuhls ausgibt. Wurm selbst arbeitete es später in ein neues Werk um, das er Blume des Sachsenspiegels nannte. 4. Das systematische Schöffenrecht, aus der Mitte des 14. Jahrhunderts, auf Magdeburg-Breslauer Bewidmungen und Breslauer Schöffensprüchen beruhend. Seine systematische Anordnung ist von Interesse, weil sie sich vom römischen und kanonischen Rechte durchaus unabhängig hält. 5. Der alte Kulm, das alte Kölmische Buch, eine Rezension des systematischen Schöffenrechts, das gegen Ende des 14. Jahrhunderts nach Kulm in Preußen kam, in den preußischen Gerichten rezipiert und durch Zusätze aus dem Schwabenspiegel vermehrt wurde. Das Rechtsbuch erhielt eine Glosse, die Parallelstellen aus dem Sachsenspiegel und verschiedenen sächsischen Stadtrechtsbüchern heranzieht. 6. Die Magdeburger Fragen, eine Sammlung und Bearbeitung von Anfragen, wie sie nach Magdeburg als Oberhof gerichtet wurden, und von daraufhin ergangenen Urteilen, 1386 bis 1400 in Preußen, vermutlich in Thorn entstanden.

Eine selbständige Stellung hat im Verhältnis zum Magdeburger Rechte das Stadtrechtsbuch der Stadt Freiberg in der Mark Meißen, eine durch eingehende Berücksichtigung des Rechtsgangs hervorragende Privatarbeit, die zwischen 1296 und 1307 entstand und offizielle Geltung erlangte.

Von süddeutschen Stadtrechtsbüchern sind neben dem schon genannten des Ruprecht von Freising hervorzuheben das Wiener Stadtrechtsbuch aus dem Ende des 13. Jahrhunderts, nachträglich durch Einschaltungen aus dem Schwabenspiegel vermehrt, und das Brünner Schöffenbuch, eines der besseren juristischen Werke des Mittelalters, welches ein im römischen und kanonischen Rechte wohl bewandernder Stadtschreiber von Brünn, Johannes (von Gelnhausen?) in lateinischer Sprache um die Mitte des 14. Jahrhunderts aus Brünner Privilegien, Willküren, Schöffensprüchen und selbständigen Ausführungen unter alphabetisch geordneten Rubriken zusammenstellte. Eine Privatarbeit, die sich die Form einer Satzung eines Herzogs Leopold von Österreich gibt, ist das Stadtrecht von Wiener-Neustadt aus der zweiten Hälfte des 14. Jahrhunderts.

Unter den mitteldeutschen Stadtrechtsquellen ragt durch rechtsgeschichtliche Ergiebigkeit das um die Mitte des 13. Jahrhunderts entstandene Rechtsbuch der thüringischen Stadt Mühlhausen, unter den niederländischen das zu Anfang des 15. Jahrhunderts von dem Clerk Johannes Mathiae (Jan Matthijssen) verfaßte Rechtsbuch der Stadt Briel hervor.

Nachweisungen über Stadtrechte und Sammelwerke: Riccius, Zuverlässiger Entwurf von Stadtgesetzen und Statutis 1740. Gengler, Codex iuris municipalis Germaniae medii aevi I (bis Duisburg) 1863. Bischoff, Österreichische Stadtrechte und Privilegien mit Literaturangaben und Anmerkungen 1857. Fockema Andreae, Overzigt van oudnederlandsche rechtsbronnen 1881. Eine gedrängte Übersicht der wichtigsten Stadtrechtsquellen in Kraut-Frensdorff, Grundriß, 6. Aufl. § 8, S. 25 ff. Gengler, Deutsche Stadtrechte des Mittelalters, teils verzeichnet, teils vollständig oder in Probeauszügen 1852. Gaupp, Deutsche Stadtrechte des Mittelalters mit rechtsgeschichtlichen Erläuterungen 1851. Oberrheinische Stadtrechte I, fränkische, II schwäbische, III elsässische, 1895 ff. Westfälische Stadtrechte I, 1. 2, 1901 ff. Meiller, Österreichische Stadtrechte und Satzungen aus dem 12. u. 13. Jahrh., Archiv f. Kunde österr. Geschichtsquellen X (1853). Keutgen, Urkunden zur städtischen Verfassungsgeschichte, 1901.

Gaupp, Das alte magdeburgische und hallische Recht 1826. Magdeburger Rechtsquellen zum akad. Gebrauch, hrsg. von Laband 1869. Schöffenurteile bei Wasserschleben, Sammlung deutscher Rechtsquellen 1860; — Deutsche Rechtsquellen des Mittelalters 1892 und bei Stobbe, Beiträge zur Gesch. d. d. Rechts 1865. Magdeburger Schöffensprüche, hrsg. von Friese und Liesegang I 1901. Hach, Das alte lübische Recht 1839. — Die Goslarischen

Statuten, hrsg. von Göschen 1840. Das Stadtbuch von Augsburg, hrsg. von Christian Meyer 1872. Dortmunder Statuten und Urteile, hrsg. v. Frensdorff 1882. Ein Stendaler Urteilsbuch aus dem 14. Jahrh. (mit eingehendem Kommentar), hrsg. von Behrend 1868. Das Stadtbuch von Quedlinburg, hrsg. von Janicke im UB. der Stadt Quedlinburg II (1882) S. 229 ff. Stadtrechtsbücher. Das sächsische Weichbildrecht, hrsg. von Thüngen 1837. Nach einer Handschrift von 1381 mit Glossar, hrsg. v. Walther 1871. Dat buk wichbelde recht, hrsg. von v. Daniels 1853 und mit der Glosse in dessen Rechtsdenkmälern I 1858. — Das Rechtsbuch nach Distinktionen nebst einem Eisenachischen Rechtsbuch, hrsg. von Ortloff 1836. Das Rechtsbuch Johannes Purgoldts nebst statutarischen Rechten von Gotha und Eisenach, hrsg. von Ortloff 1860. — Das Magdeburg-Breslauer systematische Schöffenrecht, hrsg. von Laband 1863. — Der alte Kulmbei Leman, das Kulmische Recht 1838. — Die Magdeburger Fragen, hrsg. von Behrend 1865. — Das Freiberger Stadtrecht, hrsg. von H. Ermisch 1889. — Das Wiener Stadtrechts- oder Weichbildbuch, hrsg. von Schuster 1873. — Das Brünner Schöffenbuch bei Rößler, Deutsche Rechtsdenkmäler aus Böhmen und Mähren II 1852. — Das Wiener Neustädter Stadtrecht des 13. Jahrh., Kritik und Ausgabe von G. Winter 1880. Das Stadtrecht von Mühlhausen, hrsg. von Förstemann 1843. Het rechtsboek van den Briel ed. J. A. Fruin en Pols 1880.

§ 32. **Urkunden- und Formelbücher.** Die Königsurkunden, unter welchen nur noch die wichtigeren Privilegien in der Form der Diplome ausgestellt werden, halten sich zwei Jahrhunderte hindurch an das karolingische Vorbild. Eine wesentliche Veränderung beginnt unter Heinrich IV. und setzt sich als Regel seit Lothar III. durch, unter dem ein vollständiger Wechsel des Kanzleipersonals erfolgt war. Die Königsurkunde hört auf, im Gegensatz zur Privaturkunde eine zeugenlose Urkunde zu sein. Den Übergang vermittelt die unter Heinrich IV. auftauchende Sitte, die Namen der Personen, deren Fürbitte oder Beirat früher der Kontext der Urkunde erwähnte, als Zeugen der königlichen Verfügung zu nennen. Schließlich wurden die Zeugen als Mittel zur Beglaubigung der formellen Echtheit der Königsurkunde aufgefaßt gleich der Unterschrift und dem Siegel. Das Siegel hat man bis in das 12. Jahrhundert der Urkunde aufgedrückt. Seit Konrad III. dringen Hängesiegel ein, um für die Privilegien zur Regel zu werden. Seit dem Anfang des 13. Jahrhunderts beginnt man Königsurkunden zum Zeichen des Konsenses von Fürsten mitbesiegeln zu lassen. In wichtigeren Fällen wird es Sitte, den Konsens nicht durch Mitbesiegelung, sondern in einer Nebenurkunde, Willebrief, zu erklären. Seit dem 14. Jahrhundert unterscheidet der Kanzleigebrauch bei Briefen zwischen litterae patentes (Patente), denen das Siegel aufgedrückt oder angehängt wird, und litterae clausae, die mit dem Siegel verschlossen werden.

Hinsichtlich der Privaturkunden tritt nach Auflösung der fränkischen Monarchie ein Rückschlag ein. Die Carta verschwindet, wo sie in Gebrauch gekommen, und wird durch die Notitia oder durch völlig unbeglaubigte Aufzeichnungen ersetzt. Die Gründe dieses Verfalls des Privaturkundenwesens liegen in der Ignorierung des selbständigen Beweiswertes der Urkunde. Die Wiederbelebung des Privaturkundenwesens ging aus der Besiegelung der Urkunden hervor. Ursprünglich nur Verschlußmittel oder Erkennungszeichen, wurde das Siegel zuerst bei den Königsurkunden (bei diesen schon in karolingischer Zeit), dann bei den Urkunden der geistlichen und weltlichen Großen ein Beglaubigungsmittel und endlich das ausschließliche Beglaubigungsmittel der Urkunde. Die gerichtliche Beweiskraft von Brief und Siegel ist im Laufe des 13. Jahrhunderts fast allenthalben durchgedrungen. Der Aussteller konnte die Urkunde mit dem eigenen Siegel versehen, wenn er ein solches besaß. Gewisse Personen, König, Fürsten, Herren, geistliche Würdenträger, Stadtbehörden und Gerichte, besaßen das Recht, auch fremde Urkunden durch ihre Siegel zu beglaubigen. In Italien, wo ein gewerbemäßiges Notariat existierte, erlangte die Notariatsurkunde die Bedeutung einer öffentlichen Urkunde. Seit dem 12. Jahrhundert wurde es allgemeine Sitte, daß der Notar den wesentlichen Inhalt der von ihm auszufertigenden Instrumente in ein Register eintrug. Diese Eintragungen nennt man Imbreviaturae. Die Einrichtung drang auch in das deutsche Südtirol ein. Regelrechte Notare finden sich hier zuerst in Bozen, wo bayerisches Recht galt. Von einem Bozener Notar Jakob Haas stammt das Imbreviaturbuch von 1237, das älteste, das auf rein deutschem Boden erhalten ist.

Seit dem Niedergang des Urkundenwesens hatte in nachfränkischer Zeit auch die Herstellung von Formelsammlungen ausgesetzt. Erst seit dem 12. und 13. Jahrhundert lebt diese Art von Literatur in Deutschland wiederum auf. Neben bloßen Sammlungen von Urkunden-

mustern entstanden Formelbücher, die ihren Formularen theoretische Auseinandersetzungen über die Urkunden und Urkundenarten beifügten, wie z. B. das Baumgartenberger Formelbuch, Formularius de modo prosandi, aus dem Anfang des 14. Jahrhunderts, oder solche, die rein theoretische Ausführungen über Urkundenwesen enthalten, wie die Summa de arte prosandi des Zürchers Konrad von Mure vom Jahre 1275/76.

Hans v. Voltelini, Acta Tirolensia II: Erster Teil der Südtiroler Notariats-Imbreviaturen des 13. Jahrh. 1899 (mit lehrreicher Einleitung). Rockinger, Briefsteller und Formelbücher des 11. bis 14. Jahrh. 1863 in den Quellen und Erörterungen zur bayrischen und deutschen Geschichte IX. Bärwald, Das Baumgartenberger Formelbuch in den Fontes rerum Austriacarum, 2. Abt. XXV. Konrad v. Mure, auszugsweise bei Rockinger, Quellen und Erörterungen IX 405 ff.

II. Das Staatsrecht.

§ 33. Die Thronfolge. Das Deutsche Reich war ein unteilbares Wahlreich. Doch ist der Gedanke der Erblichkeit keineswegs sofort erloschen. Jahrhunderte hindurch ergänzten sich Wahl und Erbgang; die Königswahl hielt sich zunächst an das regierende Geschlecht, und oftmals wurde schon bei Lebzeiten des Königs der von ihm designierte Nachfolger gewählt, eine Sitte, die bei ungestörter Entwicklung zur Ausbildung des reinen Erbreiches geführt hätte. Allein während des Streites zwischen Heinrich IV. und dem Papsttum trat eine verhängnisvolle Wendung ein, indem eine Fürstenversammlung von 1077 zu Forchheim unter päpstlichem Einfluß das freie Wahlrecht, im Gegensatz zum tatsächlichen Herkommen, deklarierte. Es folgte eine Zeit des Kampfes zwischen den Anhängern der freien Wahl und des Erbprinzipes. Ein Versuch Heinrichs VI., die Krone in seinem Hause erblich zu machen, hatte kein Ergebnis. Mit dem Untergange der Staufer war der Sieg des reinen Wahlprinzips entschieden. Dann kam die Zeit der sogenannten springenden Wahlen. Seit dem Ausgang des 13. Jahrhunderts rangen die drei im Osten des Reiches zu starker Hausmacht gelangten Geschlechter der Habsburger, der Luxemburger und der Wittelsbacher mit wechselndem Erfolg um die deutsche Königskrone. Schließlich behaupteten die Habsburger das Übergewicht, aus deren Haus von 1438 bis zu dessen Aussterben (1740) der deutsche König gewählt wurde. Ansprüche auf Prüfung und Bestätigung der Wahl, die der Papst namentlich bei Doppelwahlen erhob, wies ein Beschluß des Kurvereins von Rense 1338 endgültig zurück.

Ursprünglich war die Wahl ein Recht des ganzen deutschen Volkes. Wenn es dabei auch nur auf die geistlichen und weltlichen Großen ankam, so galt doch, was geschah „als Wille und Tat der Gesamtheit". Das übrige Volk war von je auf die Rolle des Umstandes und das Recht der Folge beschränkt, das dann im 13. Jahrhundert hinwegfiel. Stand die Person des zu Wählenden nicht von vornherein fest (wie namentlich bei Designationen), so ging der Kur eine formlose Vorwahl voraus, in der die Großen sich über die Person des neuen Königs einigten. Bei der Kur gaben dann nur die angeseheneren Wähler den Kurspruch ab, indem sie in herkömmlicher Wahlformel den Gewählten bei Namen nannten (eligere). Die übrigen stimmten mit gesamtem Munde zu (consensus, laudatio). Feste Grundsätze über das Recht der Kur haben sich bis zum Ende des 12. Jahrhunderts nicht ausgebildet. Die Formen schwankten; doch trat bei der Königswahl von alters her die besondere Bedeutung des Erzbischofs von Mainz hervor, dem die prima vox und die Leitung der Wahl gebührte. Die Wahl verlangte Einstimmigkeit der Wähler, wobei man davon ausging, daß in der Wahlversammlung die Minderheit verpflichtet sei, der Mehrheit beizustimmen. Nur wenn getrennte Wahlversammlungen wählten, konnte es zu einer Doppelwahl kommen. Als 1198 die erste Doppelwahl stattgefunden hatte — bis dahin hatte es nur einmütige Wahlen gegeben —, wurden vereinzelte Stimmen laut, daß die Kur hauptsächlich gewissen Fürsten gebühre. In der Gärung der Meinungen drang die Ansicht durch, daß das Kurrecht in erster Linie drei geistlichen und drei weltlichen Fürsten zustehe, jenen Fürsten, die bei der Krönungshandlung rechtlich beteiligt seien, nämlich den drei rheinischen Erzbischöfen und den Inhabern der Erzämter mit Ausnahme des Königs von Böhmen, der zwar des Reiches Schenke sei, aber als ein nichtdeutscher Mann bei der Kur außer Betracht bleibe. Die Krönung hatte damals staatsrechtlichen Charakter, den der Investitur in das Königstum. Erst durch sie erwarb der Gewählte die königliche Gewalt. Gerade bei den Thronstreitig-

keiten Philipps und Friedrichs II. mit Otto IV. hatte die Frage der ordnungsmäßigen Krönung eine erhebliche Rolle gespielt. So konnte es geschehen, daß die rechtliche Teilnahme an der Krönungshandlung, die eine ausdrückliche Anerkennung des Königs in sich schloß, zur Entstehung einer Wahltheorie führte, die vom Verfasser des Sachsenspiegels aufgenommen und zuerst formuliert, durch den Einfluß des Rechtsbuches, und weil sie dem unbestreitbaren Bedürfnis fester Normierung der Königswahl entsprach, in der zweiten Hälfte des 13. Jahrhunderts zur Geltung gelangte. Laut dem Sachsenspiegel sind aber die ersten an der Kur die Erzbischöfe von Mainz, Trier und Köln, der Pfalzgraf bei Rhein, der Herzog von Sachsen und der Markgraf von Brandenburg. Nach ihnen küren die übrigen Fürsten. Jene sechs sollen ihren Kürspruch nur für denjenigen abgeben, den die Gesamtheit der Fürsten in einer Vorwahl zum König „irwelt".

Die Wahlpraxis änderte die Lehre des Sachsenspiegels dahin ab, daß die ersten an der Kur die ausschließlichen Wähler wurden und die Beteiligung der übrigen Fürsten hinwegfiel. Die Erzämtertheorie, d. h. die Theorie, daß das Erzamt die Grundlage des Wahlrechtes bildet, wurde dahin ausgebaut, daß man das Kurrecht der Erzbischöfe durch deren Erzkanzlerämter motivierte, und daß man die Zahl der Kurfürsten auf sieben erhöhte. Und zwar wurde die siebente Kurstimme, nachdem vorübergehend der Herzog von Bayern zur Wahl zugelassen worden war, endgültig dem Schenken des Reichs, dem König von Böhmen, zugesprochen. Was die Wahlform betrifft, so trat im Anschluß an die kirchlichen Wahlgebräuche seit 1257 die Neuerung ein, daß die Kurfürsten einen aus ihrer Mitte bevollmächtigten, im Namen aller den Kurspruch abzugeben. Das geschah mindestens bis 1314, vielleicht bis zur goldenen Bulle. Im Gegensatz zum älteren Rechte gelangte unter dem Einfluß der romanistisch-kanonistischen Korporationslehre während der Kämpfe Ludwigs des Bayern mit dem Papste das Mehrheitsprinzip zur Anerkennung. Zuerst sprach es 1338 der Kurverein von Rense aus. Die goldene Bulle von 1356 stellte es reichsgrundgesetzlich fest und brachte außerdem eine eingehende Regelung des Wahlverfahrens und des Wahlrechtes. Sie bestimmte, daß der Erzbischof von Mainz die Kurfürsten der Reihe nach um ihre Stimmen befragen und schließlich selbst küren solle, daß die Kurwürden auf den Kurlanden haften, diese unteilbar seien und in den weltlichen Territorien nach dem Rechte der Erstgeburt vererben.

Seit Otto I. empfing der neue König die Salbung und Krönung, die von da ab staatsrechtliche Bedeutung erlangten. Sie fanden regelmäßig zu Aachen statt. Mit der heiligen Handlung war die Übergabe der Reichsinsignien und die Erhebung auf den Stuhl Karls des Großen verbunden. Konsekration und Krönung war anfänglich ein Recht des Erzbischofs von Mainz, dann erlangte es der von Köln. Doch erhob auch der Trierer einen Anspruch auf Mitwirkung. Der Krönung folgte das Krönungsmahl, bei dem die Inhaber der Erzämter ihre Funktionen versahen. Seit Rudolf I. büßte die Krönung ihre staatsrechtliche Bedeutung ein. Er datierte seine Regierung schon von der Wahl ab. Unter seinen Nachfolgern schwankte die Praxis. Seit Karl IV. ist nur noch die Wahl für die Datierung maßgebend. Nach der goldenen Bulle sollte der Gewählte sich der Regierungshandlungen enthalten, solange er nicht die Privilegien und Rechte der Kurfürsten bestätigt hat.

Die Königswürde gab den Anspruch auf die Kaiserwürde. Diese erwarb der deutsche König erst durch die Kaiserkrönung, die vom Papste vollzogen wurde. Erst von da ab hatte er den kaiserlichen Titel und die kaiserliche Gewalt. Allerdings bestimmte die Constitutio Licet iuris von 1338, daß schon die Königswahl die Kaiserwürde gewähre. Allein praktisch ist dies im Mittelalter nicht geworden. Nach der goldenen Bulle wurde der König wie früher gewählt als rex in imperatorem promovendus, womit jener Satz von 1338 reichsgrundgesetzlich verneint und zugleich der Anspruch des deutschen Königs auf die Kaiserkrone aufrecht erhalten wurde.

§ 34. **Die königliche Gewalt.** Der deutsche König hatte zunächst den Titel rex; seit Heinrich III. wurde Romanorum rex gebräuchlich; nach der Kaiserkrönung hieß er imperator, seit Otto III. Romanorum imperator augustus.

Der König lebte nach fränkischem Rechte. Sein Gerichtsstand war in weltlichen Sachen der Pfalzgraf bei Rhein, in geistlichen der Papst. Die Absetzung Heinrichs IV. schuf ein Prä-

judiz für die Absetzbarkeit des Königs. Seit die Königswahl ein ausschließliches Recht der Kurfürsten geworden, legten diese sich das Recht bei, den deutschen König abzusetzen.

Die königlichen Rechte sind in dieser Zeit im allgemeinen dieselben wie in der vorigen Periode. Ihre Zahl hat sich sogar noch vermehrt. Trotzdem ging die königliche Gewalt einer nachhaltigen Schwächung entgegen. Einerseits wurde ihr Umfang durch zahlreiche Exemtionen geschmälert, infolge deren der Inhaber der Immunität die bis dahin öffentlichen Rechte im eigenen Namen und zu eigenem Nutzen ausübte. Andererseits handhabte der König die öffentliche Gewalt, soweit er nicht selber tätig war, regelmäßig nicht mehr durch Beamte im eigentlichen Sinne, sondern durch Lehnsleute, die das Amt zwar im Namen des Königs, aber zu eigenem Nutzen verwalteten.

Der König ist als solcher Eigentümer des Reichsgutes, das man seit dem Wechsel der Königsgeschlechter von deren jeweiligem Hausgut zu unterscheiden beginnt. Von den Reichsgütern, die bis ins 13. Jahrhundert den eigentlichen Kern der königlichen Macht gebildet hatten, sind infolge von Schenkungen, Verleihungen und Verpfändungen nach dem Interregnum nur noch geringe Reste vorhanden. Um weiterer Verschleuderung des Reichsgutes vorzubeugen, wird der König in der Verfügung darüber beschränkt. Seit Rudolf I. ist es reichsrechtlich anerkannter Grundsatz, daß der König zur Veräußerung von Reichsgut der Zustimmung der Kurfürsten bedürfe, die sie in der Form von „Willebriefen" oder durch Mitbesiegelung der königlichen Urkunde erteilen.

Der König ist Dienstherr der Reichsministerialen, Stadtherr der Reichsstädte und übt als Schutzherr der Reichskirchen die dem Reiche über das Reichskirchengut zustehenden Rechte.

Der König ist oberster Lehnsherr, er gebietet als solcher seinen Lehnsleuten Hoffahrt und Heerfahrt und übt das Recht des Heimfalls aus. Dieses Recht wird aber durch die eingetretene Erblichkeit der Lehen wesentlich beschränkt. Die Lehen können bei Thronfall und bei Mannfall nicht mehr ohne weiteres eingezogen werden, sondern der Nachfolger des verstorbenen Lehnsherrn ist dem Lehnsbesitzer, der Lehnsherr dem Lehnserben die Belehnung zu erneuern verpflichtet, wenn diese zu gehöriger Zeit und in gehöriger Form darum nachsuchen. Der Heimfall wird daher nur noch praktisch, wenn ein successionsberechtigter Abkömmling des letzten Lehnsbesitzers nicht vorhanden ist. Noch weiter ging der Leihezwang bei den zu Lehen gewordenen öffentlichen Ämtern. Da das Amt einen Träger der Amtsbefugnisse und Amtspflichten verlangte, so war der Lehnsherr verpflichtet, das Amtslehen auch dann, wenn der Inhaber ohne Hinterlassung eines Lehnserben gestorben war, aufs neue durch Belehnung zu besetzen. Solcher Leihezwang bestand für den König bei den Fahnlehen, d. h. bei den zu Lehen gewordenen Fürstenämtern, die durch das Symbol der Fahne verliehen wurden. Ein ledig gewordenes Fahnlehen durfte der König nicht unbesetzt lassen, er mußte es binnen Jahr und Tag aufs neue verleihen, eine Schranke, die dem deutschen Königtum den Weg versperrte, durch Einziehung heimfallender Fahnlehen der königlichen Gewalt das Übergewicht über die Territorialgewalten zu verschaffen, wie dies dem französischen Königtum hinsichtlich der großen Kronlehen gelang.

Der König hatte nach wie vor die Vertretung des Reiches nach außen, er hat die oberste Heergewalt, das Recht der Friedensbewahrung und die oberste Gerichtsgewalt.

Die höhere Gerichtsgewalt steht theoretisch allenthalben dem König zu. Er übt sie entweder selbst aus oder überträgt sie auf andere. Da aber die Gerichtslehen — die Ämter mit höherer Gerichtsbarkeit waren Lehen geworden — nicht alle vom König selbst verliehen wurden, sondern in der Mehrzahl Afterlehen bildeten, so äußerte sich seine Gerichtsgewalt wenigstens in der Bannleihe dank dem Rechtssatze, daß jeder höhere Richter den Königsbann persönlich einholen und dafür dem König Hulde schwören müsse. Die Markgrafschaften und die weltlichen Fürstentümer Süddeutschlands haben diese Beschränkung nicht gekannt. In der zweiten Hälfte des 13. Jahrhunderts setzten sich die meisten Laienfürsten über das Erfordernis der königlichen Bannleihe hinweg, indem sie selbst den von ihnen bestellten Richtern mit dem Amte zugleich auch die Gerichtsgewalt übertrugen. Auch Pfaffenfürsten haben diese Befugnis entweder durch königliches Privileg oder auf dem Wege der Usurpation erworben. Im allgemeinen hat sich in den geistlichen Territorien die Bannleihe des Königs länger erhalten als in den weltlichen, weil nach kanonischem Rechte die Übertragung des Blutbannes Irregularität zur Folge

hatte, eine Schranke, die Bonifaz VIII. zugunsten der geistlichen Fürsten allgemein beseitigte. — Die höchste Gerichtsbarkeit handhabte der König selbst als oberster Richter. Als Urteiler fungierten nicht etwa ständige Pfalzschöffen, sondern die eben am Hofe anwesenden Fürsten, Herren und Ministerialen, zumal die Reichshofbeamten. Diesem Mangel ständiger Urteilfinder sowie dem Mangel eines ständigen Amtssitzes ist es hauptsächlich zuzuschreiben, daß das deutsche Königsgericht auf die Rechtsprechung der Volksgerichte nicht jenen nachhaltigen zentralisierenden Einfluß ausübte, den die französische und die anglonormannische curia regis durch die Entwicklung gleichmäßiger Verwaltungspraxis und fester juristischer Technik erlangte. Der König konnte im Königsgerichte einen Stellvertreter setzen. Bis ins 13. Jahrhundert geschah dies von Fall zu Fall oder auf längere Zeit. 1235 schuf Friedrich II. das Amt eines ständigen Hofrichters, der den normannisch-sizilischen Titel iustitiarius erhielt. Doch blieben gewisse Sachen, namentlich die causae maiores der Fürsten und Fürstengenossen und die Verhängung der Reichsacht, dem König vorbehalten. Vor das Reichshofgericht kamen Streitigkeiten im Wege des Rechtszugs und wegen Justizverweigerung und -verzögerung sowie alle Sachen, in denen die Untergerichte nicht kompetent waren. Außerdem konnte es jede noch nicht rechtskräftig erledigte Streitsache aus jedem Gerichte an sich ziehen (ius evocandi).

Als neue Rechte erwarb der König in dieser Periode das Spolienrecht, d. h. das Recht auf den beweglichen Nachlaß eines verstorbenen Prälaten, das im 11. Jahrhundert entstandene Bergregal, das Recht auf die in der Erde begrabenen Schätze, das meistens mit dem Zollrecht verbundene Geleitrecht (ius conductus) und das Judenregal. Doch bewirkten sie keine wesentliche Erhöhung der königlichen Gewalt, zumal der König sie nicht festzuhalten vermochte, indem er teils darauf verzichtete, teils durch Veräußerung oder Belehnung oder tatsächliche Duldung sie den Landesherren einräumte, wie das auch hinsichtlich des Münzrechtes, des Rechts auf Zölle und des Markttregals geschah.

Seit in der Thronfolge das Wahlprinzip völlig durchgedrungen war, bildeten sich im 13. Jahrhundert feste Grundsätze über die interimistische Ausübung der Reichsgewalt durch Reichsvikare, Reichsverweser, während der Zeit, da der Thron ledig stand. Die goldene Bulle überwies das Reichsvikariat in den Ländern des fränkischen Rechts dem Pfalzgrafen bei Rhein, in den Ländern des sächsischen Rechts dem Herzog von Sachsen. Die Verleihung von Fahnlehen und die Veräußerung von Reichsgut war in den Vikariatsrechten nicht inbegriffen.

§ 35. Heer- und Steuerwesen. Die Reichsheerfahrten wurden herkömmlich auf den Hof- und Reichstagen beraten und beschlossen. Von Heinrich V. ab bis ins 13. Jahrhundert ließ sie der König von den anwesenden Großen ausdrücklich beschwören. Doch sollte die Heerpflicht dadurch nicht etwa erst begründet, sondern nur bestärkt werden, wie denn auch solche aufgeboten werden konnten, die der Versammlung fern geblieben waren und nicht geschworen hatten. Für Reichskriege verwendete man nicht mehr den allgemeinen Heerbann. Nur in Fällen der Landesnot fand ein Aufgebot zur Landwehr statt, dem jedermann, auch der Unfreie, innerhalb der Landesgrenzen zu folgen verpflichtet war. Theoretisch bestand zwar noch der Grundsatz der allgemeinen Wehrpflicht, allein die in der Kriegführung eingetretenen Änderungen verlangten eine andere Art des Heerdienstes, als ihn die allgemeine Wehrpflicht zu leisten vermochte. Seit Heinrich V. bestanden die Heere fast nur noch aus Reitern. Ihren Kern bildeten die schwergerüsteten Reiter, die Panzerreiter. Die Leistung des Reiterdienstes setzte größeren Grundbesitz und beständige Übung voraus. Damit ergab sich bei Reichsheerfahrten von selbst die Beschränkung des Aufgebotes auf jene Klasse der Bevölkerung, welche die militärische Ausbildung zum Lebensberufe machte. So verschwand der deutsche Bauer aus den Reichsheeren, indem er gegen Zahlung einer Heersteuer auf seiner Scholle sitzen blieb. An Stelle der allgemeinen Wehrpflicht trat die ritterliche Dienstpflicht, die auf den Vassallen, auf den Dienstmannen und unfreien milites lastete. Das königliche Aufgebot erging jedoch — abgesehen von den Reichsministerialen, unmittelbaren Reichslehnsmannen und Reichsstädten — nicht an die Dienstpflichtigen, sondern an die geistlichen und weltlichen Großen, die ihrerseits die Mannschaft aushoben und anführten. Die Truppen der aufgebotenen Reichsstädte und die Reichsministerialen standen unter dem Befehle von Reichsvögten. Der einzelne Fürst hatte nicht etwa stets seine ganze streitbare und ihm dienstpflichtige Mannschaft aufzubieten. An-

fänglich bestimmte der König die Zahl der Schilde, die zu stellen waren. Im Laufe der Zeit bildete sich in dieser Beziehung ein bestimmtes Herkommen aus. Besonders stark war das Reichskirchengut belastet. Später wird für die Feststellung der Kontingente die Zustimmung des Reichstags verlangt. Seit dem 15. Jahrhundert beginnen die Reichsheere sich in geworbene Söldnerheere umzuwandeln und werden neben den Reitern die Landsknechte ein bedeutsamer Faktor des Heerwesens.

Allgemeine und dauernde Reichssteuern gab es nicht. Die Abgaben, mit welchen seit Feudalisierung des Heerdienstes der davon befreite bäuerliche Grundbesitz belastet wurde, fielen nicht an das Reich, sondern an die territorialen Gewalten. Doch bezog der König spätestens seit dem 12. Jahrhundert ordentliche Steuern aus den königlichen Städten, aus den Judengemeinden, aus dem Reichskirchengut und aus den Reichsdörfern. In der königlichen Kammer bestanden besondere Matrikeln für die Veranlagung der steuerpflichtigen Orte. Neben den ordentlichen Steuern erhob der König bei besonderen Anlässen außerordentliche Steuern. So z. B. Rudolf I. zur Abhaltung von Hoftagen. Eine allgemeine Reichssteuer wurde aus Anlaß der Hussitenkriege unter Sigismund auferlegt, zuerst als gemeiner Pfennig, dann nach dem System der Matrikularumlagen. Daß es an einer durchgreifenden Finanzverfassung und an einer geregelten Finanzverwaltung fehlte, war eine der Hauptschwächen des deutschen Reichsstaatsrechts. Man lebte von der Hand in den Mund und half sich zur Not mit der Veräußerung oder Verpfändung von Einnahmequellen, soweit nicht der König erforderliche Ausgaben aus den Einkünften seiner Hausmacht decken konnte und wollte.

§ 36. Die Kirche. Da der König das Recht hatte, die Bischöfe zu ernennen und die Reichsabteien kraft seines Eigentums daran zu besetzen, so wurde es in nachfränkischer Zeit Politik des deutschen Königtums, in den Bischöfen die Stützen seiner Herrschaft zu suchen und die Bistümer und Reichsabteien mit öffentlichen Rechten und königlichen Besitzungen auszustatten, womit begreiflicherweise das Streben Hand in Hand ging, die Abhängigkeit der Reichskirchen zu steigern. Bistum und Reichsabtei waren Reichsämter, die den großen Vorzug besaßen, daß der König bei ihrer Besetzung nicht wie bei den weltlichen Reichsämtern Erbansprüche zu berücksichtigen hatte. Die Übergabe des Bistums und der Abtei (Investitur) erfolgte durch Darreichung des Hirtenstabs oder mittels Ring und Stab, ohne daß dabei zwischen temporalia und spiritualia unterschieden worden wäre. Als Papst Gregor VII. in schroffem Widerspruch zu dem bestehenden Rechte die Laieninvestitur verbot, war dies eine revolutionäre Maßregel, der sich der deutsche König nicht fügen konnte, ohne einen politischen Selbstmord zu begehen. Durch das Wormser Konkordat, das den Investiturstreit zum Abschluß brachte, wurde zwar die kanonische Wahlform anerkannt und die Investitur mit Ring und Stab beseitigt, zugleich aber im Sinne der kaiserlichen Partei die Unterscheidung der spiritualia und der temporalia praktisch durchgeführt, indem bestimmt wurde, daß der Gewählte — in Deutschland vor der Weihe — gegen Treueid und homagium vom König die Regalien per sceptrum empfangen solle. Als Regalien faßte man aber die Gesamtheit aller den einzelnen Bistümern zugehörigen Gütermassen und weltlichen Rechte ohne Unterscheidung des Erwerbstitels zusammen.

An den Rechten des Königs über das Reichskirchengut und die sonstigen der Kirche zustehenden Regalien hat der Ausgang des Investiturstreites im wesentlichen nichts geändert, wohl aber eine Umwandlung angebahnt, welche die rechtliche Auffassung des Verhältnisses der Reichskirchen zum Reiche betrifft. Das Reichskirchengut war tatsächlich von je ein dem echten Lehen verwandtes Besitzverhältnis. Es wurde aber nicht von Anfang an als Lehen aufgefaßt, obwohl es dem Inhaber Pflichten und Beschränkungen auferlegte, die zum Teil über das echte Lehen hinausgehen und in letzter Linie auf Grundsätze des germanischen Schenkungsbegriffes zurückführen. König oder Reich galten nicht etwa als Eigentümer des Kirchengutes, allein es wurde in der Hand des jeweiligen Amtsinhabers wie ein vom König geschenktes Gut behandelt. Der König übte die Rechte des Gebers. Zu Veräußerungen und zu Belastungen war seine Zustimmung erforderlich. Starb der Amtsinhaber, so hatte der König das Recht der Investitur des Nachfolgers; seit Friedrich I. nahm er auch das aus dem Eigenkirchenrechte stammende ius spolii in Anspruch. Sede vacante fielen die Nutzungen des Kirchengutes an den

König (ius regalium); ebenso im Falle der Regaliensperre, die er wegen Verletzung des Treueides verhängen konnte.

Seit der zweiten Hälfte des 12. Jahrhunderts drangen Grundsätze des reinen Lehnrechts in die Stellung der Reichskirchen ein. Die Investitur mit den Temporalien wurde als Belehnung aufgefaßt, Bischöfe und Äbte galten für Lehnsmannen des Reichs, wie sie denn auch von den Rechtsbüchern in das System der Heerschilde eingegliedert wurden. Auf einzelne Befugnisse, auf das ius regalium und auf das ius spolii, haben Otto IV. und Friedrich II. ausdrücklich verzichtet. Staatsrechtlich werden die geistlichen Fürstentümer nun mehr als eine ausgezeichnete Art der Reichslehen, nämlich als Szepterlehen, behandelt, und nur noch vereinzelte Überbleibsel erinnern an die frühere Stellung des Reichskirchengutes.

Erst etliche Zeit nach Beendigung des Investiturstreites eröffnete die Kirche mit kluger Vorsicht den zunächst aus taktischen Gründen vertagten Feldzug gegen das Laieneigentum am niederen Kirchengut. Das Eigenkirchenrecht verwandelte sich seit Alexander III. in ein Patronatsrecht, dessen Bedeutung in der Folge mehr und mehr abgeschwächt worden ist.

Abgesehen von dem Kampfe, den die Kirche zur Erweiterung ihrer Macht gegen das deutsche Königtum und gegen das germanische Eigenkirchenrecht angriffsweise führte, hatten die einzelnen Kirchen vielfältigen Anlaß, sich gegen Übergriffe örtlicher Gewalten, namentlich der Kirchenvögte, zu verteidigen. Nach den Ordnungen des karolingischen Reiches mußten die Kirchen Vögte haben. Der Vogt übte die der Kirche kraft der Immunität zustehende Gerichtsbarkeit über deren Hintersassen aus; außerdem hatte er die Kirche nach außen hin, insbesondere bei Rechtsgeschäften und in Rechtshändeln zu vertreten und zu schützen. Nicht selten hatte eine Kirche mehrere Vögte (Teilvogtei). Die Vögte größerer Kirchen verwalteten häufig die Vogtei nicht selbst, sondern setzten Unter- oder Vizevögte. Der Obervogt hieß dann archiadvocatus, summus, primus advocatus. Hatte die Kirche die höhere Gerichtsbarkeit, so bedurfte der Vogt, der sie ausüben sollte, der königlichen Bannleihe. Die Vogtei war ein nutzbares Recht. Der Vogt hatte Anteil an den Gerichtsgefällen, er bezog von den Hintersassen Abgaben und den Unterhalt bei den Gerichtstagen, er hatte Anspruch auf einen Schutzzins oder auf die Nutzung von Ländereien, die mit der Vogtei als solcher verbunden waren. Das von Hause aus der Kirche zustehende Recht der freien Vogtwahl kam seit dem 11. Jahrhundert abhanden. Die Vogtei wurde ein erbliches Lehen. Die Vögte waren nicht selten mächtige Herren. Über manche Kirchen hatte der König die Vogtei. Herzöge und Grafen suchten die Vogteien ihres Gebietes planmäßig an sich zu bringen. Je mehr der Wohlstand der Kirchen stieg, desto mehr wurde die Vogtei eine Quelle von Bedrückungen und Mißbräuchen. Die Vögte bemächtigten sich der Kirchengüter oder ihrer Einkünfte, eigneten sich den ganzen Ertrag der Gerichtsbarkeit an, forderten von den Hintersassen widerrechtliche Leistungen. Daher erwuchs bei den Kirchen das Streben nach Beschränkung oder Beseitigung der Vögte oder doch wenigstens der Untervögte, die, weil sie der Kirche unmittelbar auf dem Nacken saßen, besonders lästig wurden. Seit dem 12. Jahrhundert verschafften sich zahlreiche Kirchen gefälschte oder echte Privilegien, welche die Rechte der Vögte begrenzten oder die Einsetzung von Untervögten verboten oder eine vollständige Endvogtung der Kirche herbeiführten, die darin bestand, daß die Kirche die Vögte durch eigene Amtleute ersetzte, während der Schutz der Kirche nach außen vom König oder vom Landesherrn ohne Entgelt zugesichert wurde (sogenannte Schirmvogtei im Gegensatz zur Gerichtsvogtei).

§ 37. Der Hof des Königs und die Reichsverwaltung. Gleich den fränkischen hatte auch der deutsche König keine ständige Residenz. Er zog von Pfalz zu Pfalz, von Stadt zu Stadt und mit ihm der Hof und die Reichsverwaltung.

Das Ämterwesen am Hofe des Königs erlangte nicht nur keine festere Gestaltung, sondern wurde zunächst noch weiter desorganisiert, indem das Amt des Pfalzgrafen den Charakter des Hofamtes verlor und indem einzelne Hofämter in die Hände von Beamten gelangten, die keinen Teil des Hofstaates bildeten. So kam die oberste Leitung der Reichskanzlei, das Erzkanzleramt, an den Erzbischof von Mainz. Er behielt es, von kürzeren Unterbrechungen abgesehen, für Deutschland, während ein Erzkanzleramt für Italien von Konrad II. mit dem Erzbistum Köln, ein Erzkanzleramt für Burgund gegen Ende des 13. Jahrhunderts mit dem Erzbistum

Trier verbunden wurde. Die Erzkanzler fungierten als solche nur bei wichtigen und bei besonders feierlichen Anlässen. Die eigentlichen Kanzleigeschäfte leitete der vom König ernannte Hofkanzler. Unter den Hofkanzlern standen die Protonotare, denen eine Anzahl von Notaren und Schreibern unterstellt war. Die pfalzgräfliche Kanzlei, wie sie in karolingischer Zeit entstanden war, fiel mit dem Hofamte des Pfalzgrafen hinweg. Dagegen erhielt der 1235 geschaffene oberste Hofrichter eine besondere Gerichtskanzlei.

Die Funktionen der vier alten Hofbeamten, des Truchseß, des Marschalls, des Kämmerers und des Schenken, wurden bei besonders feierlichen Gelegenheiten, so bei der Krönung, von den Inhabern der Erzämter versehen. Den täglichen Dienst am Hof leisteten Reichsministerialen. Zu den vier alten Hofämtern trat unter Philipp das des Küchenmeisters hinzu. Im Laufe der Zeit sind diese Hofämter Erbämter bestimmter Familien geworden.

Die neuen Ämter, die seit dem 13. Jahrhundert am Hofe des Königs entstanden, wurden der Territorialverwaltung entlehnt, ein deutliches Zeichen, daß das Reich als solches aufgehört hatte, die treibende Kraft für die Fortbildung des Ämterwesens zu sein. Dahin gehören das dem Königreich Neapel und Sizilien entlehnte Amt des obersten Hofrichters und das an oberdeutschen Fürstenhöfen vorgebildete Amt des Hofmeisters, das seit Anfang des 14. Jahrhunderts auch am Königshofe erscheint. Ursprünglich ein rein wirtschaftlicher Beamter, erlangte der Hofmeister (magister curiae) neben der obersten Leitung des Hofhalts wesentlichen Anteil an den Regierungsgeschäften. Unter Ruprecht wurde das Amt nach territorialem Vorbilde gespalten, indem die wirtschaftlichen Aufgaben einem Haushofmeister, die Regierungsgeschäfte einem Obersthofmeister zugewiesen wurden. Dieser erhielt zugleich die erste Stelle im königlichen Hofrat, der aus einer Anzahl berufsmäßiger und ständiger Ratgeber und Vertrauensmänner des Königs bestand.

Aus Italien stammt das Amt eines Hofpfalzgrafen, das in Deutschland seit Karl IV. vom König verliehen wird und zur Ernennung von Notaren, zur Legitimation unehelicher Kinder und zu anderen Akten freiwilliger Gerichtsbarkeit ermächtigt.

Wie in fränkischer Zeit pflegte der König wichtigere Reichsangelegenheiten mit den geistlichen und weltlichen Großen des Reichs auf Hof- oder Reichstagen zu beraten. Reichstag nennen wir einen Hoftag von allgemeinerer Bedeutung. Bischöfe, Reichsäbte und Lehnsmannen des Königs waren verpflichtet, auf den Hoftagen zu erscheinen und so lange zu verweilen, bis der König sie entließ. Die Berufung eines Hoftages und die Auswahl der Geladenen lag im Belieben des Königs. Eine Pflicht, die Großen um ihren Rat zu fragen oder ihn zu befolgen, bestand für den König anfänglich nicht. Allein seit dem 12. Jahrhundert wurde aus dem Beirat der Großen allmählich ein Recht der Beschlußfassung, aus der ursprünglichen Verwaltungsmaßregel ein Grundsatz der Reichsverfassung, aus der Pflicht der Hoffahrt ein Recht der Reichsstandschaft, d. h. das Recht, an den Verhandlungen der Reichstage mit Sitz und Stimme teilzunehmen. Dieses Recht erlangten die Kurfürsten, die Fürsten und Herren, aber nicht die Reichsministerialen, die namentlich in staufischer Zeit auf den Reichstagen erschienen waren. Seit Wilhelm von Holland sind auch Städte auf den Reichstagen vertreten, aber als minderberechtigte Teilnehmer, indem sie nur bei gewissen Anlässen, wie bei Landfriedensaufrichtungen, zugezogen werden, dagegen in Sachen, die sie nicht unmittelbar angehen, kein Votum haben. Auch diese beschränkte Reichsstandschaft erwarben nur die Reichsstädte und die bischöflichen Städte. Kraft alten Herkommens konnten Reichstage nur in Reichsstädten und in bischöflichen Städten stattfinden. Die Beschlußfassung erfolgte in der Form der gerichtlichen Urteilfindung. Seit dem 14. Jahrhundert findet sich, daß die Kurfürsten, die Fürsten und Herren und die Städte sich in gesonderter Beratung schlüssig machen.

§ 38. Das Ämterwesen in den einzelnen Teilen des Reiches. Nach Auflösung der fränkischen Monarchie blieb in Deutschland das fränkische Ämterwesen bestehen, soweit es in den einzelnen Stammesgebieten durchgedrungen war. Nach wie vor waltete als ordentlicher Richter in den Grafschaften der Graf, in seiner richterlichen Tätigkeit auch Landrichter, iudex provincialis, genannt. Der Unterbezirk der Grafschaft, die Hundertschaft oder Zent, in Sachsen Go, stand unter dem centenarius, zentenaere, zentgrâve, in Sachsen unter dem gôgreve. Vollzugsorgan des Grafen war der gräfliche Schultheiß, Schulze. Doch ist dieser, indem sein Amt

mit dem des Centenars verschmolz, häufig zum Unterrichter geworden. Eine höhere Stellung nahm er bei den ostfälischen Sachsen ein, wo ihm die Vertretung des Grafen und der Mitvorsitz vor Gericht gebührte, während als Vollzugsorgan der vom Grafen eingesetzte Fronbote fungierte. Die fränkische Schöffenverfassung ist nicht überall durchgedrungen oder in Bestand geblieben. Bei den Friesen erhielten sich als ständige Urteilfinder die ihnen eigentümlichen Asegen. In Bayern berief der Richter zur Findung des Urteils eine Anzahl von Beisitzern aus den Dinggenossen, die sogenannten Vorsprecher des Rechtes.

Die karolingische Einrichtung der königlichen Missi hat sich in den deutschen Stammlanden nicht erhalten. Doch schob sich um die Wende des 9. Jahrhunderts zwischen das Königtum und die gräfliche Gewalt eine neue politische Macht ein, das Stammesherzogtum. Der Stammesherzog hatte die Führung der militärischen Kräfte des Stammes, er übte für den Umfang seines Herzogtums eine übergeordnete Gerichtsbarkeit aus, hielt Hoftage ab, auf welchen die ihm untergebenen Grafen, in Bayern auch Bischöfe und Markgrafen, zu erscheinen hatten. Um der herzoglichen Gewalt ein Gegengewicht zu schaffen, schritt das Königtum seit Otto I. zur Bestellung von Stammespfalzgrafen, deren Amt an das der ständigen missi regis Italiens anknüpft. Der Pfalzgraf hatte in Vertretung des Königs dessen Rechte innerhalb des Stammesgebietes wahrzunehmen, insbesondere oblag ihm die Aufsicht über die königlichen Güter und Einkünfte. Im Kampfe gegen das widerspenstige Stammesherzogtum fand der deutsche König einen Bundesgenossen an den Fürsten, die dem Herzog untergeordnet waren. Dem doppelten Drucke von oben und von unten vermochte es auf die Dauer nicht zu widerstehen. Mit dem Sturze Heinrichs des Löwen ist die Zertrümmerung des Stammesherzogtums entschieden.

Die Landfriedensvereinigungen führten zur Ausbildung kommissarischer Landfriedensgerichte für bestimmte Bezirke. Auf den Vorsitz in solchen Gerichten scheint die hervorragende Stellung des Landgrafen von Thüringen zurückzugehen, während im übrigen der Titel Landgraf solchen Grafen zuteil wurde, die nach Auflösung der Gauverfassung die höhere Gerichtsbarkeit und gewisse andere gräfliche Rechte im Umfang des alten Amtsbezirkes behauptet hatten.

Eine selbständigere Stellung und eine straffere Gewalt als die übrigen Grafen besaßen die Markgrafen. Sie übten die höhere Gerichtsbarkeit persönlich oder durch stellvertretende Beamte aus, ohne daß für diese das Erfordernis der königlichen Bannleihe bestand. Sie dingten, wie der Sachsenspiegel sagt, bei eigenen Hulden.

Über größere Komplexe von Krongütern und über königliche Abteien waren Reichsvögte gesetzt als Verwaltungsbeamte und zur Handhabung der gräflichen Gerichtsbarkeit.

§ 39. Die Landeshoheit. Eine vollständige Änderung seiner staatsrechtlichen Grundlagen erlitt das Reich durch die Ausbildung der Landesherrlichkeit oder Landeshoheit. Die wesentlichen Ursachen dieses Prozesses, der in der gräflichen Gewalt seinen eigentlichen Ausgangspunkt hat, sind in kurzem folgende. Die gleichmäßige Einteilung des Reichs in Grafschaftsgaue verschwand (sogenannte Gauauflösung). Die zahlreich emporschießenden Immunitäten zerschnitten oder durchlöcherten die gräflichen Amtssprengel. Grafschaftsgaue spalteten sich in mehrere Grafschaften. Andererseits wurden mitunter mehrere Grafschaften in einer Hand vereinigt und mit der gräflichen Gewalt nicht selten Immunitätsrechte verbunden. Gräfliche Rechte wurden geistlichen Stiftern oder weltlichen Herren, ganze Grafschaften größeren Kirchen übertragen. Am schwersten fällt die Umwandlung der Ämter in erbliche Lehen ins Gewicht; sie gestaltete, da der Inhaber des Amtes die öffentlichen Rechte zwar im Namen des Königs, aber zu eigenem Nutzen ausübte, die Amtsbefugnisse zum nutzbaren Rechte.

Als das Stammesherzogtum fiel, erntete nicht das Königtum, sondern die fürstliche Gewalt die Früchte des Sieges. Seit dieser Zeit findet sich auch zuerst in Urkunden der Ausdruck dominus terrae. Wesentlichen Vorschub erhielt das Aufkeimen der Landesherrlichkeit durch die auf Italien gerichtete Politik der deutschen Könige. Um hier augenblickliche Erfolge zu erringen, fanden sich die Könige mit den Fürsten ab, so gut es eben ging. Dagegen wurde die einzige Macht, die der fürstlichen noch ein Gegengewicht bieten konnte, das deutsche Städtewesen, in einer Entwicklung gehemmt. Dieser Politik verdanken namentlich zwei Reichsgesetze des 13. Jahrhunderts ihre Entstehung, das Privilegium für die geistlichen Fürsten von 1220 und das Statutum in favorem principum von 1231—32, in welchen der König zugunsten der Fürsten

auf wichtige Rechte verzichtet, deren sich diese freilich zum Teil schon tatsächlich bemächtigt hatten, während zugleich zum Vorteil der Landesherren eine Reihe städtefeindlicher Bestimmungen erlassen wird.

Die hiermit reichsgesetzlich sanktionierte Landesherrlichkeit wucherte dann rasch empor, während des Interregnums infolge des Mangels, darnach infolge der Schwäche der königlichen Gewalt. War sie früher unter dem Schutze des Lehnwesens gewachsen, so trat sie nunmehr in ein zweites Stadium der Entwicklung, in dem sie die Schranken des Lehnrechts durchbrach. Das Erfordernis der Bannleihe für die höheren Richter der Territorien fiel hinweg. Nachdem die Umwandlung der Ämter in Lehen als wichtigster Hebel für die Ausbildung der Landesherrlichkeit gedient hatte, verstand es diese, innerhalb der Territorien mit dem Lehnwesen zu brechen. Nach dem Reichslehnrechte war der Inhaber eines Gerichtslehens verpflichtet, die darin enthaltenen Afterlehen weiter zu verleihen. Diesen Rechtssatz setzten die Landesherren nach dem Wegfall der Bannleihe außer Kraft, indem sie die Gerichte ihrer Territorien nicht mehr zu Lehen gaben, sondern besoldete Landrichter, Vögte oder Amtleute bestellten, somit die Lehen in Ämter im eigentlichen Sinne des Wortes verwandelten. Also haben, während der König bei Erledigung von Fürstenämtern nach wie vor an den Leihezwang gebunden blieb, die Fürsten ihrerseits den sie beschränkenden Leihezwang beseitigt. Neue Errungenschaften machte die Landesherrlichkeit vorerst für die kurfürstlichen Territorien durch die goldene Bulle von 1356. Münzrecht, Bergregal, Recht auf Zölle und Judenschutz wurden darin den Kurfürsten ausdrücklich zugesprochen. Sie erlangten ferner die Privilegien de non evocando und de non appellando. Endlich wurde die Unteilbarkeit der Kurlande und die Primogeniturfolge festgestellt. Das den Kurfürsten gewährte Maß von Unabhängigkeit steckten sich auch die übrigen Landesherren, zum Teil in rücksichtslosester Weise, zum Ziel. Im 15. Jahrhundert wurde das ius evocandi des Reichshofgerichtes bereits grundsätzlich bestritten und 1487 dem damaligen königlichen Kammergerichte schlechtweg versagt.

Wie nach oben hin schloß sich die Landesherrlichkeit auch nach unten hin ab. Der Komplex ihrer herzoglichen, gräflichen, lehnsherrlichen, immunitäts-, grund- oder dienstherrlichen und vogteilichen Rechte und der auf sie übergegangenen königlichen Regalien bildete sich zum allgemeinen Begriffe der Staatsgewalt aus. Indem man die einzelnen Rechte nicht mehr ihrem historischen Ursprunge nach unterschied, erschienen sie als Konsequenz einer ihrem Wesen nach einheitlichen obrigkeitlichen Gewalt über das ganze Land.

Die Nachfolge in die weltlichen Territorien gestaltete sich zunächst nach den Grundsätzen des Lehnrechtes als Individualsuccession. Als die Landesherren sich über die Schranken des Lehnrechtes hinwegsetzten, betrachteten sie es vorerst als eine Errungenschaft, das Land wie Eigengut unter gleich nahe Erben zu teilen. Allein die Erfahrung, daß die Teilungen das Hausinteresse schädigten und die fürstliche Macht zu pulverisieren drohten, erweckte in zahlreichen Territorien das Bestreben, deren staatsrechtliche Unteilbarkeit durch Hausgesetze, Familienverträge oder kaiserliche Privilegien festzustellen und nach dem Vorbilde der weltlichen Kurlande die Primogeniturfolge einzuführen.

Das Ämterwesen war in den einzelnen Territorien ein verschiedenartiges. Als Organe der Zentralverwaltung begegnen in der Regel der Hofmeister, gewissermaßen eine verkleinerte Auflage des fränkischen Hausmeiers, ferner der Kanzler, von den Inhabern der Hausämter der Marschall und der Kämmerer, die beide von Beamten der Hofverwaltung zu Beamten der Landesverwaltung emporwuchsen. Außerdem gab es Hofleute, die dem Landesherrn im Bedürfnisfall zum Beirate verpflichtet waren. Seit dem 14. Jahrhundert wurden daraus in einzelnen Territorien landesherrliche Ratskollegien mit dem Charakter kommissarischer Behörden. An der Spitze der territorialen Verwaltungsbezirke standen als landesherrliche Beamte Landrichter, Vögte, Amtmänner oder Pfleger. Dabei blieben Verwaltung und Rechtspflege regelmäßig in derselben Hand. Doch schieden sie sich in einem Teile des Reiches, so namentlich in Westdeutschland und in Bayern, indem zur Handhabung der Rechtspflege dem Verwaltungsbeamten, dem Amtmann oder Pfleger ein beamteter Richter unterstellt wurde.

In der Gerichtsverfassung trat etwa seit dem 13. Jahrhundert insofern eine grundsätzliche Wandlung ein, als die Zuständigkeit der gräflichen Gerichte (Landgerichte), im Gegensatz zu den Niedergerichten, nicht mehr durch den Begriff der causae maiores (Blut, Freiheit, Eigen),

sondern durch die ständische Stellung der Parteien bestimmt wurde. Die Niedergerichte verloren jede Kompetenz über sendmäßige Leute. Diese zogen die (höheren) Landgerichte an sich während die Untergerichte (niederen Landgerichte) den Blutbann über die geringeren Bevölkerungsklassen und die Gerichtsbarkeit über bäuerliches Eigen erlangten. Aus den Landgerichten, denen die Landesherren persönlich vorsaßen, oder auch aus den alten Landfriedensgerichten entwickelten sich als Gerichte für den Adel und als Berufungsgerichte landesfürstliche Hofgerichte, an welchen zur Vertretung der Fürsten ständige Hofrichter bestellt wurden.

Ihren Ausbau erhielt die Verfassung der Territorien durch die Entwicklung der Landstände. Wie die Könige, pflegten auch die Fürsten auf ihren Hoftagen, zu welchen sie Hoffahrt geboten, Landesangelegenheiten mit den Großen des Landes (maiores terrae) zu beraten. Im Anschluß an diese Hoftage bildete sich, gefördert durch die steigende Geldnot der Landesherren und durch Einungen, welche die Herren, Ritter und Städte eingingen, die landesständische Verfassung aus. Das wichtigste Organ der Landstände wurden die Landtage, regelmäßige ständische Versammlungen mit dem Rechte der Mitwirkung in wichtigeren Angelegenheiten des Landes. Das Recht der Landstandschaft erwarben die geistlichen und die weltlichen Großgrundbesitzer (Prälaten und Herren), die Ritterschaft und die Städte, nur ausnahmsweise auch die Bauern. Den Kern der landständischen Rechte bildete die Bewilligung von Steuern (Beden), die von den Ständen, namentlich bei finanziellen Verlegenheiten der Landesherren, zur Erringung weitgehender Befugnisse ständischer Mitregierung benutzt wurde. Das Emporkommen der Landstände hatte zwar eine vorübergehende Schwächung der landesherrlichen Gewalt zur Folge; es führte in manchen Territorien sogar zu lehnrechtlichen Rückbildungen auf dem Gebiete des örtlichen Ämterwesens und zu einer Steigerung der Grundherrlichkeit, da die Landesherren, um die Großen des Landes bei guter Laune zu halten, ihnen die kleinen Leute preisgeben mußten. Andererseits aber bewirkte die bewußte Interessengemeinschaft der führenden Klassen eine stärkere Abschließung des Landes nach außen und damit eine Konsolidierung der Einheit und Selbständigkeit des Territoriums.

§ 40. Staatsrechtliche Sonderbildungen. Einzelne von den Übergangsformen, welche die Umbildung der Amtsgewalt zur Landeshoheit, des Amtsbezirks zum Territorium durchmachte, erhielten sich in verschiedenen Gegenden des Reiches länger als anderwärts und gaben daselbst den Anlaß zur Ausbildung eigenartiger Institutionen. Hier und da bewahrten die höheren Gerichte den unmittelbaren Zusammenhang mit Kaiser und Reich und stellten sich dadurch in Gegensatz zu den rein territorial gewordenen Gerichten. Das war insbesondere der Fall im Herzogtum Westfalen, wo nach der Ächtung Heinrichs des Löwen der Erzbischof von Köln die herzogliche Gewalt erlangt hatte, und in den Bistümern Münster, Osnabrück und Minden. Länger als anderwärts blieb hier das Erfordernis der königlichen Bannleihe für die höheren Richter, die sogenannten Freigrafen in Kraft. Dies bot den Ausgangspunkt für die eigenartige Verfassung der Femgerichte, die auf Grund eines Geheimbundes nur mit Wissenden besetzt sein durften, d. h. mit Personen, die in die Geheimnisse der Feme eingeweiht waren. Als königliche Gerichte legten sich sie die Befugnis bei, im ganzen Reiche zu richten, wenn der ordentliche Richter das Recht zu gewähren nicht willens oder nicht imstande war. Im 14. Jahrhundert haben die Femgerichte durch prompte Strafjustiz eine heilsame Wirksamkeit entfaltet. Allein die schrankenlose Macht, die sie schließlich erlangten, führte zu Mißbräuchen und Übergriffen. Städte und Fürsten vereinigten sich zu gemeinsamer Abwehr. Die allgemeine Reform des Strafverfahrens machte ihr Eingreifen in die Justiz auswärtiger Gerichtsbezirke entbehrlich. So teilten sie denn endlich das Schicksal, das die meisten anderen Gerichte bei Königsbann bereits viel früher erlitten hatten. Sie wurden seit dem 16. Jahrhundert zu landesherrlichen Gerichten herabgedrückt, als welche sie bis ins 19. Jahrhundert mit einer sehr verkümmerten Kompetenz ihr Fortleben fristeten.

Reichsvogteien, seit der Ausbildung der Städteverfassung in Stadt- und Landvogteien geschieden, bestanden nicht nur auf Reichsgütern und in Reichsstädten, sondern auch dort, wo der König als Obervogt einer Kirche das Recht bewahrt hatte, den Vogt zu ernennen. Reichsvögte erhielten auch einzelne Gebiete, in denen es gelang, die Ausbildung einer erblichen Grafschaft zu verhindern. Die Reichslandvogteien wurden seit dem Ausgang des 13. Jahrhunderts

reorganisiert. In der Schweiz vermittelte die Reichslandvogtei den Übergang von den Anfängen der Landeshoheit zur vollen Unabhängigkeit. In den Gemeinden Uri, Schwyz und Unterwalden besaßen die Habsburger erbvogteiliche, gräfliche und grundherrliche Rechte. Der Versuch, sie zu voller Landeshoheit umzugestalten, gab den Anlaß zur Bildung der Eidgenossenschaft. Die nachmaligen Urkantone erlangten von Heinrich VII. die Anerkennung ihrer Unmittelbarkeit und die Ausschließung jeder Gerichtsbarkeit mit Ausnahme der des Reichshofgerichtes und des Reichslandvogtes. Auch von der letzteren wurden sie befreit, indem Wenzel 1389 den Urnern das Recht gab, einen Richter zu wählen, der mit Königsbann zu richten befugt sei, und indem Sigismund 1415 Schwyz und Unterwalden mit dem Blutbann belehnte. Im Kampf mit den Habsburgern wußte die Eidgenossenschaft ihre Reichsunmittelbarkeit zu behaupten und ihr Gebiet zu erweitern und abzurunden. Ende des 15. Jahrhunderts machte die Schweiz gegen Kaiser und Reich die Freiheit von Reichssteuern und Reichsgerichten geltend. Indem sie ihre Ansprüche im sogenannten Schwabenkriege 1499 durchsetzte, löste sie tatsächlich jede Verbindung mit dem Deutschen Reiche auf.

Eigenartige Verhältnisse weisen vorübergehend die friesischen Landschaften zwischen Fli und Weser auf, ohne sich dadurch in grundsätzlichen Gegensatz zur allgemeinen Verfassungsentwicklung Deutschlands zu stellen. Die Landeshoheit ist hier erst verhältnismäßig spät zur Ausbildung gelangt, während die königliche Gewalt weniger als anderwärts durchgriff. Da ein Herzogtum fehlte, die Grafschaften meist an auswärtige Herrengeschlechter und Bistümer verliehen waren und die Grafen regelmäßig außerhalb des Landes wohnten, gelangten die friesischen Landschaften zu einer weitgehenden Selbständigkeit. Zum Schutze des Landesfriedens und zur Abwehr äußerer Feinde schlossen sie einen Landfriedensbund, von dem schon oben § 29 bei Erörterung der friesischen Rechtsquellen die Rede war. Mit Unrecht hat man aus den Vereinigungen der friesischen Gaue den Schluß gezogen, daß sie von alters her einen Freistaat gebildet hätten, der die republikanische Verfassung der Urzeit im wesentlichen bewahrt habe, eine Auffassung, die in politischer Tendenz nach der heldenmütigen Befreiung der Niederlande vom spanischen Joche in Umlauf gesetzt worden war.

§ 41. Die Städte. Als besondere Verwaltungsbezirke und als politische Körperschaften treten in nachfränkischer Zeit die Städte aus dem allgemeinen Rahmen des Reichs- und Landesstaatsrechtes heraus. Die Entwicklung der deutschen Städteverfassung, seit langem Gegenstand einer lebhaften wissenschaftlichen Kontroverse, schließt sich nicht, wie manche annehmen, an die untergegangene römische Städteverfassung an, sondern hat in germanischen Einrichtungen ihre Keime getrieben. Im fränkischen Reiche waren die Städte ohne administrative Sonderstellung in die Gau- und Hundertschaftsverfassung einbezogen, so daß ein öffentlichrechtlicher Unterschied zwischen Stadt und Land nicht obwaltete. Als der Begriff der Stadt im Rechtssinn sich ausgebildet hatte, gehörten zu ihren Merkmalen das Marktrecht, das Stadtgericht, das Recht der Befestigung und das Dasein einer Stadtgemeinde. Den Ausgangspunkt bildete für die Entstehung der Städte das Marktrecht, dessen Verleihung dem Könige zustand. Mit dem Markte verband sich ein besonderer Friede, regelmäßig Marktzoll und Münze und die Befugnis, in Marktsachen bei Königsbann zu richten. Die römischen Städte, die auf deutscher Erde die Stürme der Völkerwanderung überdauert hatten, besaßen das Marktrecht meist von alters her. Andere Orte sind im Anschluß an Pfalzen und Burgen auf Grund des Marktverkehrs allmählich zu Städten erwachsen. Dagegen sind zahlreiche Städte durch Gründung von Marktorten in der Weise entstanden, daß diese an eine ältere mit Immunität ausgestattete Niederlassung angeschlossen und mit freien Kaufleuten und Handwerkern besiedelt wurden, die ihre Hausstätten gegen Zins oder wohl auch als zinsfreies Eigen erhielten und, im Gegensatz zu einer alten grundherrlichen Gemeinde, zunächst eine gesonderte handelsgewerbliche Gemeinde bildeten.

Jede Stadt hat einen Stadtherrn. Er ist Marktherr, ihm gebühren Zoll und Münze. Im ganzen Stadtgebiete oder in einem Teile davon ist er Grundherr und Gerichtsherr, sei es nun zu eigenem, sei es zu abgeleitetem Rechte. Je nachdem der König selbst oder ein geistlicher oder weltlicher Großer Stadtherr ist, unterscheidet man königliche Städte, wie Frankfurt a. M. und Nürnberg, bischöfliche wie Köln und Magdeburg, bzw. Abteistädte und landesherrliche

wie Freiburg im Breisgau, Wien und ursprünglich auch Lübeck. Die Städte, die Sitze von Bistümern oder von größeren Abteien waren, sind den übrigen in der ersten Phase der städtischen Entwicklung vorangeeilt. Die Politik der deutschen Könige, welche die hohe Prälatur zur Hauptstütze der Reichsgewalt machte, gab ihnen erhöhte Bedeutung.

Selbständiger Gerichtsbezirk wurde die Stadt kraft der durch die Marktgerichtsbarkeit gesteigerten Immunität, die dem zum Stadtherrn gewordenen Grundherrn entweder von vornherein zustand oder mit der Verleihung des Marktrechts gewährt wurde. Das Stadtgericht war nicht nur in Zivilsachen und mindestens in niederen Strafsachen der Bürger, sondern zur Marktzeit auch für alle Marktbesucher und in allen Marktfreveln zuständig. Als Richter fungierte ein vom Stadtherrn eingesetzter Verwaltungsbeamter, der Schultheiß, iudex oder Stadtrichter. Die höhere Gerichtsbarkeit stand zwar an sich nach wie vor dem Grafen zu. Allein in den bischöflichen Städten hatte der Bischof regelmäßig die gräflichen Rechte, die er durch seinen Vogt, in größeren Städten wohl auch durch einen in der Stadt wohnenden Burggrafen ausüben ließ, während sie in den königlichen Städten durch Reichsvögte verwaltet wurden.

Die Städte waren regelmäßig befestigte Orte. Burg war die älteste deutsche Bezeichnung der Stadt. Doch gab es einerseits Burgen, die nur Kastelle, nicht Städte waren, und einzelne Städte, die offene Vororte von Burgen bildeten. Im 13. Jahrhundert begann man die Ummauerung als rechtliches Erfordernis der Städte anzusehen.

Seit dem 12. Jahrhundert wurden aus wirtschaftlichen und politischen Gründen Städte „aus wilder Wurzel" gegründet und Dörfer oder stadtähnliche Anlagen zu Städten erhoben, indem man die typisch gewordene Städteverfassung auf sie übertrug.

In der ersten Phase seiner Entwicklung entfaltete sich das Städtewesen unter dem Schutze der Stadtherrschaft. Seit dem Ausgang des 12. Jahrhunderts beginnt eine zweite Periode der städtischen Verfassungsgeschichte, die Periode, in der die Städte auf Kosten und zum Teil gegen den Willen des Stadtherrn ein mehr oder minder ausgedehntes Recht der Selbstverwaltung gewinnen. Als Organ der aufstrebenden Bürgerschaft erscheint allenthalben der Stadtrat, dessen Entstehungsgeschichte streitig ist. Er scheint in den einzelnen Städten auf verschiedenartigen Grundlagen erwachsen zu sein. Zu Anfang des 13. Jahrhunderts entspannen sich um des Stadtrats willen, namentlich in den bischöflichen Städten, heftige Kämpfe zwischen dem Stadtherrn und der Bürgerschaft. Abgesehen von den landesherrlichen Städten, in denen der Landesherr nicht selten die Ernennung oder doch die Bestätigung der Stadträte geltend machte, war der Ausgang der kommunalen Bewegungen der, daß die Bürgerschaft sich von der Stadtherrschaft im wesentlichen befreite, während die Ratmannen, den Bürgermeister an der Spitze, sich als Vertreter der Bürgerschaft zur eigentlichen Stadtobrigkeit aufschwangen. Besteuerungsrecht, Gerichtsbarkeit, Zoll und Münze und die übrigen Hoheitsrechte des Stadtherrn fielen der Reihe nach an die Stadt; die von jenem eingesetzten Magistrate wurden beseitigt und durch die Organe der Bürgerschaft ersetzt, welche ihre Befugnisse nicht als subjektives Privatrecht, sondern kraft ihres Amtes im Namen der Stadtgemeinde verwalteten. Die Städte dehnten ihre Gewalt über das eigentliche Weichbild aus, indem sie außerhalb der Stadt wohnende Personen in den Bürgerverband aufnahmen. Die wachsende Macht der Städte weckte den Widerstand der Fürsten, unter deren Druck das auf ihre Hilfe angewiesene Königtum zeitweise sich zu städtefeindlichen Gesetzen herbeiließ; doch wurden sie durch Verwaltungsmaßregeln zugunsten der Städte teilweise aufgewogen und vermochten die Entwicklung des Städtewesens nicht mehr rückgängig zu machen. Denn die politische Bedeutung der Städte beruhte im Verhältnis zu den Landesherren hauptsächlich auf ihrem finanziellen Übergewicht, das durch die Reichsgesetzgebung nicht betroffen wurde. Die Städte waren die Geldmächte jener Zeit, eine Tatsache, die sich aus der Ausbildung der Geldwirtschaft, aus dem Vorhandensein eines zahlreichen leistungsfähigen Mittelstandes und aus dem städtischen Steuerwesen erklärt. Dieses beruhte zum Teil auf indirekten Abgaben, auf dem sogenannten Ungeld. Daneben kannte man die direkte Besteuerung, Schatzung; doch trat diese in manchen Städten nur ausnahmsweise ein. Seit dem 14. Jahrhundert begannen die Städte im Wege der Leibrentenverkäufe und anderer Kreditgeschäfte städtische Anlehen aufzunehmen. Für den wirtschaftlichen Aufschwung zahlreicher Städte fällt auch der Erwerb des Stapelrechts ins Gewicht.

Der Gegensatz zu den Fürsten drängte die Städte zu vereinigtem Handeln. Sie traten vom 13. Jahrhundert ab zu Städtebündnissen zusammen, die in entscheidender Weise in die Reichsangelegenheiten eingriffen und die Heranziehung der Städte zu den Reichstagen zur Folge hatten. So haben die bischöflichen Städte und die auf ursprünglichem Königsgute im Anschluß an königliche Pfalzen und Burgen erwachsenen Reichsstädte die Reichsstandschaft erworben, die dagegen den landesherrlichen Städten versagt blieb. Unter den zahlreichen Städtebünden sind aus dem 13. Jahrhundert der große rheinische Städtebund und die Hanse hervorzuheben. Jener, zu politischen Zwecken und zur Erhaltung des Landfriedens gegründet, gab sich 1254 eine feste bundesstaatliche Organisation, hat aber nach kraftvollem Eingreifen in die Reichspolitik seine Bedeutung rasch wieder verloren, nachdem er durch den Beitritt von Fürsten und Herren den rein städtischen Charakter eingebüßt hatte. Dagegen war die Hanse eine Verbindung niederdeutscher Städte zu Handelszwecken und zum Schutz des gemeinen deutschen Kaufmannes im Ausland, welche ohne feste Organisation unter der tatsächlichen Oberleitung Lübecks dauernde politische Bedeutung erlangte. Ende des 14. Jahrhunderts stellte sich in Süddeutschland der schwäbische Städtebund an die Spitze einer politischen Bewegung, die gegen die übergreifende Macht der Landesherren gerichtet war, aber mit der Niederlage der schwäbischen (Schlacht bei Döffingen 1388) und der mit ihnen verbündeten rheinischen Städte endigte. Seit diesem Siege der Landeshoheit tritt ein merklicher Rückgang der städtischen Macht ein. Die Landeshoheit wird die ausschließliche Basis der deutschen Verfassung, und die Städte fügen sich ihr als kleinere Territorien von minderer Bedeutung ein, in denen die Landeshoheit den Stadtobrigkeiten zusteht.

Im Laufe des 14. Jahrhunderts hat sich zuerst in den süddeutschen, später in den norddeutschen Städten eine Änderung der Stadtverfassung vollzogen. War vordem das Stadtregiment im Alleinbesitz der Vollbürger gewesen, so erreichten die Handwerker durch den Ausgang der Zunftkämpfe Zutritt zu den städtischen Ämtern und in die Ratskollegien. Wo der Sieg der Zünfte ein vollständiger war, wurde die Zunftverfassung zur Stadtverfassung, indem von allen Bürgern der Eintritt in eine Zunft gefordert wurde. Anderwärts wurde dem alten Rat ein neuer, von den Zünften gebildeter Rat zur Seite gesetzt; oder aber es wurden Zünftige schlechthin oder nach bestimmtem Zahlenverhältnis in den bisherigen Rat aufgenommen. Der Umschwung der Verfassungsverhältnisse bekundet sich durch ein verändertes Auftreten der Städte nach außen hin. An Stelle einer nach patrizischen Traditionen geleiteten, oft engherzigen, aber stetigen Staatskunst tritt eine etwas sprunghafte und wechselvolle Politik, welche die Niederlagen der Städte gegen Ende des 14. Jahrhunderts zum Teil mitverschuldet hat.

III. Das Strafrecht.

§ 42. Das Strafrecht dieser Zeit nährt sich im wesentlichen von den Prinzipien, die die fränkische Periode erzeugt hatte; anfänglich fand sogar eine rückläufige Bewegung statt, indem die Volkssitte zum Teil wieder in jene Bahnen einlenkte, aus welchen sie durch die Volksrechte und das fränkische Reichsrecht verdrängt werden sollte. Die Ausdehnung der öffentlichen Strafen auf Kosten des Bußensystems, die schon in karolingischer Zeit begonnen hatte, machte weitere Fortschritte. Mit nachhaltigem Erfolge arbeitete die Landfriedensgesetzgebung in dieser Richtung. Die Zersplitterung der Gerichtsbarkeit und die zunehmende Schwäche der Reichsgewalt führten den Übelstand mit sich, daß die höheren Stände sich der Anwendung des Strafrechts tatsächlich entzogen und nur innerhalb der Territorien eine kräftige Handhabung der Strafjustiz Platz greifen konnte.

Unter den strafbaren Handlungen unterschied man Ungerichte und Frevel. Ungerichte waren die Missetaten, die eine Strafe zu Hals oder Hand, d. h. die Todesstrafe oder eine verstümmelnde Strafe nach sich zogen, Frevel leichtere Vergehen, die zu Haut und Haar bestraft wurden oder nur eine Vermögensstrafe (Buße und Wette) zur Folge hatten. Doch wird der Begriff der Ungerichte in manchen Quellen weiter gefaßt, so daß er auch die zu Haut und Haar strafbaren Fälle in sich schließt und ihm nur die eigentlichen Bußsachen gegenüberstehen. Als Todesstrafen kennt der Sachsenspiegel den Galgen, die Enthauptung und den Feuertod. Andere Quellen, namentlich die süddeutschen, zeigen größere Mannigfaltigkeit der Todesstrafen, wie

denn z. B. im sogenannten Schwabenspiegel das Ertränken und das Lebendigbegraben hinzutreten. Während das sächsische Strafrecht des 10. Jahrhunderts wegen der häufigen Anwendung der Todesstrafe als grausam verrufen war, ist das Strafrecht des Sachsenspiegels milder als das des Schwabenspiegels. Gegen Ausgang des Mittelalters riß in Süddeutschland durch Härte und Willkür geradezu eine Verwilderung der Strafjustiz ein.

Die Ablösung der Strafe um Geld war bei Ungerichten, die zu Hals oder Hand geahndet wurden, an die Einwilligung des Richters und des Klägers gebunden. Dagegen konnte die Strafe zu Haut und Haar stets nach freiem Belieben des Schuldigen geledigt werden. Die Verurteilung zu einer ehrenkränkenden Strafe, mag diese nun vollzogen oder abgelöst worden sein, minderte die volle Rechtsfähigkeit, sie machte rechtlos. In bestimmten Fällen hatte schon die (unehrliche) Missetat an sich diesen Nachteil zur unmittelbaren Folge. Aus dem Strafablösungsrechte entstand, indem man die Lösungssumme und die Zustimmung des Klägers fallen ließ, ein richterliches Begnadigungsrecht, das unter der Voraussetzung Platz greifen konnte, daß der Schuldige sich mit freiwilligem Geständnis in die Gnade des Richters begab. Doch vermochte die Begnadigung ebensowenig wie früher die Ledigung der Strafe den Eintritt der Rechtlosigkeit auszuschließen.

Das Wergeld des alten Rechtes büßte zum größten Teile seine praktische Bedeutung ein, eine Entwicklung, die sich u. a. darin spiegelt, daß seine Abstufungen mit der Neubildung der landrechtlichen Stände nicht mehr gleichen Schritt hielten. Es entfiel nur noch bei Tötungen, die sich als Ungefährwerk darstellten. Andere Tötungen wurden als Ungerichte peinlich bestraft. Bei der Totschlagsühne hielt man sich im größeren Teile Deutschlands nicht mehr an feste Wergeldsätze; vielmehr mußte sich der Totschläger zu feierlicher Abbitte, zu Pilgerfahrten, die wieder hier und da um herkömmlich fixierte Geldsummen abgelöst werden konnten, zur Zahlung von Seelenmessen oder zu frommen Stiftungen für das Seelenheil des Erschlagenen verstehen. Die Sühne durch Zahlung eines Sühngeldes behauptete sich fast nur noch in den niederdeutschen Landschaften. — Die dem Verletzten gebührende Buße nahm den ausschließlichen Charakter des Strafgeldes an. Der Schadenersatz, den die compositio der Volksrechte mitumfaßt hatte, wird nunmehr neben der Buße geltend gemacht. Die Geldsumme, die der Missetäter dem Richter zu zahlen hat, heißt jetzt in Niederdeutschland Wette, Gewette, anderwärts auch Wandel. Sie schließt den alten fredus und den bannus in sich.

IV. Der Rechtsgang.

§ 43. Im Gebiete der Selbsthilfe hat sich die Fehde zum Zweck der Rache für den Fall des Totschlags erhalten. Die beleidigte Familie war befugt, Blutrache zu üben, sofern es nicht im einzelnen Falle der öffentlichen Gewalt gelang, von den verfeindeten Parteien einen vorläufigen Frieden auf bestimmte Zeit (treuga, trève) zu erzwingen oder eine endgültige Sühne zu vermitteln. In einzelnen Teilen des sächsischen Rechtsgebietes, bei den Friesen, insbesondere aber in Holland, Seeland und Flandern, hat sich die Haftung der Magen für das verwirkte Sühngeld behauptet, ja in Holland sogar eine Ausdehnung auf dessen gesamten Betrag erfahren, da das Gut des Totschlägers selbst vom Grafen eingezogen wurde.

Seit der Ausbildung des Reiterwesens durchbrach die Fehdeübung allenthalben die durch das ältere Recht gezogenen Schranken. In den Kreisen des Rittertums bildete sich die Unsitte und die Auffassung aus, daß man nicht bloß in Fällen der Blutrache, sondern wegen jeder Verletzung zur Selbsthilfe greifen und Fehde üben könne. Die Reichsgewalt sah sich genötigt, mit den tatsächlichen Zuständen und den Anschauungen des Kriegerstandes zu rechnen und sich auf die Eindämmung des Fehdewesens zu beschränken. Dasselbe Ziel verfolgte seit dem 11. Jahrhundert die deutsche Kirche durch die Verkündigung von Gottesfrieden (treuga Dei), kraft deren zu bestimmten Zeiten, insbesondere an gewissen Wochentagen jede Fehde ruhen sollte, gewisse Personen und Orte dauernden Frieden haben sollten. Die Vorschriften der Gottesfrieden wurden von der Landfriedensgesetzgebung aufgenommen. Friedrich I. sprach in seinen älteren Landfriedensgesetzen ein absolutes Verbot der Fehde aus. Es erwies sich aber als unausführbar. Die jüngere Gesetzgebung begnügte sich daher, die Fehdeübung an gewisse Voraussetzungen zu binden. Noch Friedrich I. knüpfte sie an die Bedingung, daß die Fehde rechtzeitig durch

einen Fehdeboten angekündigt werde. Seit dem 4. Jahrzehnt des 13. Jahrhunderts verbieten die Landfrieden jede Fehde, wenn nicht vorher der Rechtsweg vergeblich beschritten worden war. Damit ist ein subsidiäres Fehderecht, nämlich ein Fehderecht in Ermangelung ordentlicher Rechtshilfe anerkannt. Erst der ewige Landfriede von 1495 hat das Fehderecht unbedingt, ausnahmslos und endgültig beseitigt.

Das Verfahren vor Gericht kennzeichnet sich durch einen fast überkünstelten Formalismus, der bis in die minutiösesten Details ausgebildet wurde. Für alle, die vor Gericht anwesend waren, zumal aber für die Parteien, äußerte er sich als vare, Gefahr, welcher technische Ausdruck „den Formalismus in seinen Anforderungen und Wirkungen" bezeichnete. Grundsätze, die bereits den altdeutschen Prozeß beherrschten, traten nunmehr in ihrer ganzen Schärfe zutage. Zahlreiche Förmlichkeiten, die namentlich bei den Formalakten des Eides und der Schelte gefährlich wurden, erschwerten die Bewegung vor Gericht. Auf die Prozeßreden wurde das Prinzip der strikteſten Wortinterpretation angewendet. Ein Fehler in der Rede konnte nach dem Grundsatze „ein Mann ein Wort" von der Partei nicht mehr gebessert werden. Darum ließ man Vorsprecher für sich reden, deren Worte die Partei unter gewissen Voraussetzungen zu desavouieren und zu verbessern berechtigt war (Recht der Erholung und Wandelung). Doch zahlte der Vorsprecher in solchem Falle eine Buße, weil er formell ohne den Auftrag seines Herrn und somit eigenmächtig, ohne das Recht zur Rede, gesprochen hatte. Erst allmählich brach sich die Überzeugung Bahn, daß diese Strenge der Form den Anforderungen des materiellen Rechts widerspreche, und schritt man hier früher, dort später zur Beseitigung oder doch zur Milderung der Gefahr.

Während eine Vertretung im Worte zulässig war, blieb die Vertretung im Rechtsstreite, die Durchführung eines Prozesses durch einen Gewalthaber, Klagführer, Klagboten, Anwalt, Machtmann, procurator oder mandatarius, auch in dieser Periode selbstmündigen Personen im allgemeinen versagt. Keine Ausnahme machte der Kampfvormund des Lahmen, denn dieser galt von Rechts wegen in bezug auf den gerichtlichen Zweikampf für unmündig. Das Königsgericht gewährte das Recht der Vertretung im Falle echter Not. Nur sehr vereinzelt gestatteten schon Stadtrechte des 13. Jahrhunderts unter gewissen Voraussetzungen, einen Vertreter zu bestellen, die Klage einem anderen „an die Hand zu setzen", „die Klage aufzugeben". In einigen Landesrechten wurde dagegen das Aufgeben der Klage bis in das 17. Jahrhundert hinein für unzulässig gehalten.

Die allgemeine Struktur des Verfahrens entspricht zwar insofern den Neuerungen des fränkischen Amtsrechtes, als der unmittelbare Wechselverkehr der Parteien vor Gericht, wie ihn das alte Volksrecht kannte, beseitigt ist, und diese sich in ihren Reden und Anträgen stets an den Richter wenden müssen. Allein der Richter ist in seiner prozeßleitenden Tätigkeit an die Voraussetzungen des Volksrechts gebunden; er handelt nicht aus eigener Macht, sondern fragt über jeden Antrag um ein Urteil der Schöffen. Auf dem durch ein Urteil festgestellten Satz wird durch neue Urteilsfragen weiter gebaut, so daß das ganze Verfahren von Urteil zu Urteil vorwärts schreitet.

Das Beweisverfahren behielt seinen formalen Charakter. Als Beweismittel kamen der Parteieid (Eineid oder mit Eidhelfern), der Eid der Zeugen, die Urkunde, der Zweikampf und das einseitige Ordal in Anwendung. Der Zeugenbeweis, dessen Zulässigkeit namentlich im Sachsenrechte eine sehr beschränkte war, erfuhr im jüngeren Mittelalter eine allmähliche Ausdehnung. Im Verfahren bei handhafter Tat gelangte man zu einem materiellen Beweisverfahren, indem man von den Schreimannen, die früher als Eidhelfer auftraten, die Wissenschaft der Tat verlangte, so daß sie sich in Zeugen umwandelten. Nach dem Vorbilde der handhaften wurde die notorische Tat behandelt und die Notorietät in bestimmten Fällen durch die Aussage von Zeugen hergestellt. — Ein Beweis mittels Privaturkunden ist den sächsischen Land- und Lehnrechtsbüchern noch völlig fremd. Dagegen hat sich in Süddeutschland der Grundsatz ausgebildet, daß das Privatsiegel die Urkunde beweiskräftig mache, eine Neuerung, die dann auch im Gebiete des sächsischen Rechtes zur Aufnahme gelangte. Was die Ordalien betrifft, so wurden diese im Jahre 1215, nachdem sich bereits vereinzelte Spuren von der Erschütterung des Glaubens an die Ordalien bemerkbar machten, von der Kirche verboten, ohne aber deshalb sofort in Deutschland außer Gebrauch zu kommen.

Die in der fränkischen Zeit dem Königsgerichte vorbehaltenen Beweismittel des Inquisitionsbeweises und des Gerichtszeugnisses haben ihre exzeptionelle Stellung verloren und sind auch außerhalb des Königsgerichtes in Gebrauch. Der Inquisitionsbeweis findet sich in Sachsen als Befragung der Umsassen, in Süddeutschland als Kundschaft, Sage ehrbarer Kundschaft bei Besitzstandfragen, außerdem kommt er vor zur Feststellung des geltenden Rechtes durch Aufnahme von Weistümern. Bei der Landfrage über gemeinschädliche Verbrecher wird er in Süddeutschland als Schuldbeweis verwendet. Das Gerichtszeugnis erscheint in zwei Hauptformen, nämlich als eigentliches Dingzeugnis (so nach dem Sachsenspiegel), welches das Gericht als solches, repräsentiert durch Richter und Schöffen, auf Begehren der Partei abgibt, und als Dingmannenzeugnis (so nach dem Schwabenspiegel), ein Beweis, den die Partei selbst mit zwei oder mehreren Dingleuten dem Gerichte gegenüber erbringt. In die Beweiskraft des Gerichtszeugnisses teilen sich die vom Gerichte ausgestellten Gerichtsurkunden oder Gerichtsbriefe, nach Stadtrecht die Eintragungen in die öffentlichen Bücher und vielfach auch die vom Stadtrat ausgestellten Handfesten oder Stadtbriefe. Mit Rücksicht auf die Unanfechtbarkeit erringen das Gerichtszeugnis und dessen Beurkundung eine über das Beweisverfahren weit hinausgreifende Bedeutung. Durch Vermittlung des Scheinprozesses zieht sie das Verkehrsleben in seinen Dienst zur Feststellung von Rechtsgeschäften aller Art, so von Eigentumsübertragungen, Satzungen, Rentenbestellungen, Schuldverträgen und Zahlungen. Im weiteren Verlauf der Entwicklung wird die ursprünglich durch das Beweisbedürfnis verlangte Gerichtlichkeit und amtliche Beurkundung des Rechtsgeschäftes zu einer privatrechtlich ausgezeichneten oder schlechthin notwendigen Form. So trieb denn das Privatrecht, und zwar zunächst das städtische Privatrecht, aus dieser prozessualischen Wurzel eine Reihe von praktisch höchst bedeutsamen Institutionen des Sachenrechtes und des Vertragsrechtes hervor.

Bei der Einteilung der Klagen sieht das deutsche Recht nicht, wie das römische, auf den Rechtsgrund, sondern auf den Klagezweck. Sie scheiden sich daher nach dem Gegenstande, auf den das Begehren des Klägers gerichtet ist, in peinliche, wenn dieser auf peinliche Bestrafung des Beklagten dringt, und in bürgerliche, wenn dies nicht der Fall ist. Eine Zwitterstellung haben die vermischten Klagen, bei denen während der Verhandlung eine Änderung des ursprünglich peinlichen oder bürgerlichen Klagzweckes eintritt.

Von den bürgerlichen Klagen gliederten sich die vermögensrechtlichen Klagen nach dem Objekte als Klagen um Schuld, um fahrende Habe und um Liegenschaften. Der Kläger konnte sein Begehren schlechthin stellen, ohne einen Rechtsgrund anzugeben; dann lag eine schlichte Klage vor, deren sich der Beklagte mit seinem Eide entredete. Wollte es der Kläger nicht darauf ankommen lassen, so mußte er seine Klage motivieren, d. h. bestimmte positive Rechtsgründe angeben, aus welchen die dem Klagbegehren entsprechende Verpflichtung des Beklagten folgte. Gegen die Begründung der Klage konnte der Beklagte auch seinerseits Tatsachen anführen, kraft deren er die behauptete Verpflichtung bestritt. Die für die Entscheidung des Prozesses maßgebende Tatsache wurde dann durch Beweisurteil nach bestimmten Regeln zum Beweise gestellt, und zwar mit prinzipieller Begünstigung des Beklagten und mit Rücksicht auf die größere oder geringere Beweiskraft der beiderseits angebotenen Beweismittel. Eine Eigentümlichkeit des sächsischen Rechtsganges war es, daß er bei Klagen um Schuld mit Ausnahme des Gerichtszeugnisses jeden Zeugenbeweis gegen den Schuldner ausschloß. — Die Zwangsvollstreckung zerfiel in zwei scharf geschiedene Akte, von welchem der erste durch Pfändung der Fahrnis, durch Fronung des Grundstücks, die Sicherstellung, der zweite die Befriedigung des Gläubigers herbeiführen sollte. Die Fronung schloß sich an die fränkische missio in bannum an und hatte die Bedeutung eines Veräußerungsverbotes und der Ausweisung des Schuldners aus dem Besitz. Die Befriedigung des Gläubigers erfolgte in der Weise, daß ihm die als Pfand genommene Fahrhabe „geweldigt", das gefronte Grundstück (durch Anleite, Insatz) übereignet oder (im Wege der Veräußerung) versilbert wurde.

Peinliche Klagen mußten, gewisse Fälle ausgenommen, mit Gerüfte, mit Zetergeschrei erhoben werden. Die wirksamste Kriminalklage war die auf Grund handhafter Tat. Zum Begriff der handhaften Tat gehörte, daß aus Anlaß der Tat das Gerüfte geschrien und der Täter auf der Tat oder auf der Flucht der Tat ergriffen wurde. Die Klage um handhafte Tat mußte vor übermächtiger Tat und mit leiblicher Beweisung des Faktums erhoben werden.

War der Beklagte nicht ergriffen worden, so konnte unter Beobachtung bestimmter Förmlichkeiten eine kampfliche Ansprache stattfinden. Gegen die peinliche Klage, die nicht um handhafte Tat und ohne kampflichen Gruß erhoben wurde, mochte sich der Beklagte mit Eidhelfern verteidigen. Dem Verletzten stand es übrigens frei, die peinliche Klage zu verschmähen und eine bürgerliche (schlichte oder mit Zeugnis verstärkte) Klage anzustrengen. Er mochte auch, wenn er wollte, seinen Schaden völlig verschweigen und etwa die Ahndung der Tat dem Rügeverfahren überlassen. Doch bildeten manche Stadtrechte als Ersatz des Rügeverfahrens einen Anklagezwang aus, indem der Rat den Verletzten zwingen konnte, wegen gemeinschädlicher Missetat Klage zu erheben. Anderwärts wurde es üblich, daß in Fällen, in welchen weder eine Privatklage, noch eine Rüge vorlag, das Gericht von Amts wegen einschritt, indem der Richter selbst die Anklage erhob oder zur Wahrung der Form einen Ankläger bestellte.

Wenn der Beklagte auf mehrmalige Vorladung nicht vor Gericht erschien, so wurde er verfestet; er verlor in dem Sprengel des verfestenden Gerichts die Fähigkeit, gerichtliche Handlungen vorzunehmen. Betraf man ihn, so durfte man ihn binden und vor Gericht bringen, wo er behandelt wurde wie ein auf handhafter Tat ertappter Missetäter. Der Kläger wurde gegen ihn sofort zum Beweise zugelassen. Verurteilt, konnte er das Urteil, das ihm stets an den Hals ging, nicht schelten und die zuerkannte Strafe nicht ablösen. Bei andauernder Kontumaz wurde die Verfestung zur Reichsacht ausgedehnt, welche für das ganze Reich dieselben Wirkungen hatte, wie die Verfestung für den einzelnen Gerichtssprengel. Blieb jemand durch Jahr und Tag in der Reichsacht, so verfiel er in die Aberacht; er wurde friedlos und konnte von jedermann bußlos getötet werden.

Während für die karolingische Zeit ein periodisch wiederkehrendes Rügeverfahren sich nicht nachweisen, wenn auch vermuten läßt, sind uns in nachfränkischer Zeit regelmäßige Rügegerichte bezeugt. Die Rüge findet auf dem echten Dinge statt. Sie wird auf die richterliche Frage hin erbracht. Entweder ist die Gesamtheit der Dinggenossen, oder es sind die Gemeindevorsteher, Heimburgen oder Bauermeister rügepflichtig. Nach der Fragestellung ziehen sich die Rügepflichtigen zu einem Gespräche zurück, um dann durch einen aus ihrer Mitte die Rüge abzugeben. Neben dem Rügen auf Verdacht, von dem der Gerügte sich reinigen mag, kannte man ein Rügen auf Wahrheit, das als Überführungsbeweis behandelt wurde, wenn mindestens etliche der Rügegeschworenen die Tat wahrgenommen hatten.

Besondere Grundsätze des Verfahrens beobachteten die westfälischen Femgerichte. In Westfalen hatte sich die karolingische Gerichtsverfassung länger als anderwärts erhalten, indem hier der Stand der Gemeinfreien der allgemeinen Zersetzung des Ständewesens einen zäheren Widerstand entgegensetzte. Während sonst in Deutschland das Erfordernis der königlichen Bannleihe für die höheren Richter hinwegfiel, haben die westfälischen Freigrafen nach wie vor den Gerichtsbann direkt vom König empfangen. Da in den Frei- oder Femgerichten demnach bei Königsbann gerichtet wurde, galten sie als königliche und nicht als landesherrliche Gerichte, eine Stellung, die sie infolge der bereits erlangten festen Organisation auch dann noch behaupteten, als König Wenzel 1382 dem Erzbischof von Köln als Herzog von Westfalen das Recht verlieh, den von ihm bestellten Freigrafen den Blutbann selbst zu übertragen. Die Gerichte, die bei Königsbann gehegt wurden, zeichneten sich von je durch gewisse Förmlichkeiten aus, die sich in den westfälischen Freigerichten erhielten und allmählich den Charakter des Geheimnisvollen annahmen. So konnte es kommen, daß die Femgerichte, welche ihre Einrichtung auf Karl den Großen zurückführten, sich im Bewußtsein ihres Gegensatzes zu den landesherrlichen Gerichten nach Art eines Geheimbundes organisierten. An der Spitze jeder Freigrafschaft stand ein Freigraf, der ebenso wie die Freischöffen ein freier Mann sein mußte. Die Aufnahme als Freischöffe konnte nur auf roter (westfälischer) Erde geschehen; sie erfolgte in feierlicher Form, indem der Aufzunehmende in die Geheimnisse der Feme eingeweiht wurde und einen Eid ablegte, die Feme geheimzuhalten vor Weib und Kind, vor Sand und Wind. Als eigentlich königliche Gerichte dehnten die Femgerichte ihre Jurisdiktion über das ganze Reich aus. Die Gerichtsversammlungen waren teils offene (gemeine), teils heimliche Dinge. Zu jenen wurden alle Gerichtspflichtigen, zu diesen nur die Wissenden geladen. Die Stillgerichte fanden anfangs nur statt, wenn es sich um Verurteilung eines Wissenden handelte oder ein Unwissender auf die Vorladung nicht erschien. Da man seit Ausgang des

14. Jahrhunderts die Unwissenden nicht mehr zur Teilnahme an den Femdingen zu berufen pflegte, wurden die Stillgerichte allgemein. Die Feme befaßte sich hauptsächlich mit Strafgerichtsbarkeit. Wer von mindestens drei Freischöffen auf handhafter Tat ergriffen wurde, konnte von ihnen sofort aufgehängt werden. Das Verfahren bei nicht handhaften Straffachen ist aus dem karolingischen Rügeverfahren hervorgegangen. Das Femding erscheint außerhalb Westfalens, so z. B. in Braunschweig (Rechtsaufzeichnung von ca. 1312), als ein Rügegericht mit deutlichen Anklängen an die aus derselben Wurzel hervorgegangene anglonormannische Rügejury. In Westfalen hat die Einrichtung ausgedehntere Anwendung gefunden, festere und mehr amtliche Formen erhalten und Momente des Anklageverfahrens in sich aufgenommen. Die Freischöffen haben hier die Stellung von ständigen und amtlichen Rügegeschworenen, welche von dritten Personen Anzeigen entgegennahmen. Sie sind bei ihrem Eide verpflichtet, als Ankläger aufzutreten, d. h. die Rüge zu erheben, und ausschließlich hierzu berechtigt. War die Tat eine Femrüge (wroge), so erfolgte die Vorladung vor das offene bzw. heimliche Ding. Den Ungehorsamen traf, wenn der Kläger seine Schuld selbsiebent beschwor (ihn übersiebnete), die Verfemung, die für die Person des Verfemten die Wirkung der Oberacht hatte. Zur Vollstreckung wurde ein Schöffe bestellt, dem sämtliche Wissende beizustehen verpflichtet waren. Sie erfolgte durch Aufknüpfen des Verurteilten. Im Beweisverfahren war (wie schon bei dem fränkischen Rügeverfahren) der Zweikampf ausgeschlossen. Der Ausschluß der Ordalien war selbstverständliche Folge des kirchlichen Verbotes. Als Reinigungsmittel diente der Eid mit Helfern (als welche nur Schöffen dienen konnten); doch fand zwischen dem Ankläger und Beklagten ein Überbieten mit Eidhelfern statt, wodurch es bis zu einem Eide mit 20 Eidhelfern kommen konnte.

Zweiter Abschnitt.

Geschichte des Privatrechts bis zur Aufnahme der fremden Rechte.

---

§ 44. Allgemeine Bemerkungen. Zu einer vollständigen Differenzierung des öffentlichen und des Privatrechtes ist die deutsche Rechtsentwicklung in der Zeit ihrer Selbständigkeit nicht durchgedrungen. Verschiedene Rechtsinstitute tragen durch ihre Zugehörigkeit zu beiden Rechtsgebieten ein gemischtes Gepräge an sich. Doch ist die Scheidung der Sache nach weit mehr vorhanden, als sie in der Überlieferung zum theoretischen Ausdruck gelangt. Erst gegen Ende dieser Periode hat in den Rechtsquellen, zumal in den städtischen, der Prozeß der begrifflichen Auseinandersetzung begonnen. Soweit übrigens diese den Versuch einer systematischen Darstellung des Rechtes machen, findet man nicht sowohl ein System der Rechtsverhältnisse als vielmehr der Lebensverhältnisse, nicht sowohl ein juristisches als ein wirtschaftliches System, das die im Leben nebeneinander liegenden Erscheinungen im Zusammenhang ihrer natürlichen Verwandtschaft behandelt.

Gleich dem römischen hat sich auch das deutsche Privatrecht im engsten Anschluß an das Prozeßrecht entwickelt. So bildete z. B. die grundsätzliche Unzulässigkeit der gerichtlichen Stellvertretung den Ausgangspunkt für eine Reihe bedeutsamer Institutionen des Vertragsrechtes. Die jüngere Form des Pfandrechtes an Immobilien hat sich anknüpfend an das Vollstreckungsverfahren in Liegenschaften ausgestaltet. Die Rechtssätze über den Schutz des Eigentums an der Fahrhabe stehen in Zusammenhang mit der Form der Eigentumsklage. Auf die schriftliche Fixierung des Gerichtszeugnisses geht die Eintragung der Immobiliargeschäfte in öffentliche Bücher und damit das moderne Grundbuchwesen zurück. Wie das Gerichtsverfahren und das Strafrecht, hat auch das Privatrecht einen typischen und daher formalistischen Zuschnitt, indem die äußerlich erkennbare Erscheinung für Begründung und Wesen der Rechtsverhältnisse maßgebend ist. Daher das Erfordernis der Form für die Privatrechtsgeschäfte, daher die verschiedenen Scheingeschäfte, daher die typischen Merkmale des bösen Glaubens, daher die Be-

deutung der Gewere im Sachenrecht, der Hausgemeinschaft im Familien- und Erbrecht, daher zum Teile der tiefgreifende Unterschied zwischen Fahrnis- und Liegenschaftsrecht.

Die Fortbildung des Privatrechtes beruht darin, daß die typische Ausprägung der Rechtssätze abgeschwächt oder abgestreift wird und neben der Form der rechtsgeschäftliche Wille zu größerer Berücksichtigung gelangt. Dabei machte sich nicht selten eine Spaltung zwischen der inneren und der äußeren Seite der Rechtsverhältnisse geltend, indem im Interesse des Rechtsverkehrs zugunsten Dritter an der typischen Ausprägung mehr oder minder festgehalten wurde, ein Gegensatz, der bislang hauptsächlich für einzelne Institute des modernen Handelsrechtes hervorgehoben zu werden pflegte, aber auch das sonstige deutsche Privatrecht in den verschiedenen Stadien seiner Entwicklung durchdringt.

Auch die Gestaltung des Privatrechtes war in den verschiedenen Rechten eine sehr mannigfaltige. Doch dürften immerhin die Grundlagen der bedeutsamsten Rechtsinstitute als Gemeingut des ganzen Volkes angesehen werden.

I. Die Rechtsfähigkeit.

§ 45. Grundlagen der vollen Rechtsfähigkeit waren die Freiheit, die Volksgenossenschaft, die Friedensgemeinschaft, der volle Genuß der Ehre und die Standesgleichheit (Ebenbürtigkeit).

Das freigeborene Kind trat in ältester Zeit nicht sofort mit der Geburt in die volle Rechtsfähigkeit ein, sondern erst mit der Namengebung, die binnen neun Nächten zu erfolgen pflegte und schon in heidnischer Zeit mit Wassertauche oder Wasserbegießung verbunden war. Bis dahin mochte der Vater dem neugeborenen Kinde die Aufnahme in sein Haus verweigern und es aussetzen lassen. An den Akt der Namengebung war ursprünglich auch der Eintritt in das volle Wergeld und die durch die Hausgemeinschaft bedingte Erbfähigkeit geknüpft.

Auf daß ein Kind für lebendig geboren gelte, forderte das ältere Recht gewisse typische Lebenszeichen. Da der Beweis durch das Zeugnis von Männern erbracht werden mußte und diese aus Schicklichkeitsgründen nicht Augenzeugen des Geburtsaktes sein konnten, bedurfte es nach zahlreichen, insbesondere nach niederdeutschen Rechten des Ohrenzeugnisses, daß das Kind die vier Wände des Hauses beschrien habe, während oberdeutsche Rechte den Beweis verlangten, daß es das Dach des Hauses und die vier Wände erblickt habe. Jüngere Quellen gestatten oder verlangen den Beweis der lebendigen Geburt durch das Zeugnis von Frauen, die dabei zugegen waren.

Der Freiheit darbten die Knechte und die Halbfreien (Hörigen). Die Knechte, ursprünglich völlig rechtlos, erlangten im Laufe der Zeit eine Schritt für Schritt sich ausdehnende beschränkte Rechtsfähigkeit. Ebenso erfuhr der Umfang der Knechtschaft eine weitgehende Einschränkung. Sie verschwand in den Städten gemäß dem Satze: Luft macht frei. Ministerialen und unfreie Ritter traten in den Stand der Freien über. Die angesiedelten Knechte, die mansionarii, wurden den Liten gleichgestellt.

In der Entwicklung der Rechtsfähigkeit der Knechte sind die innere und die äußere Seite der Knechtschaft, nämlich das Verhältnis zum Herrn und das zu Dritten, auseinanderzuhalten. Die Kirche verbat die willkürliche Tötung und Verletzung der Knechte, befreite sie vom Knechtsdienst an Sonn- und Feiertagen und setzte die Anerkennung ihrer Ehen durch, anfangs für den Fall der Zustimmung des Herrn, später auch ohne diese Voraussetzung. Teilweise griff die Staatsgewalt mildernd ein, die schon in fränkischer Zeit den Verkauf von Knechten ins Ausland verbot. Was der Knecht erwarb, gehörte der Theorie nach dem Herrn, jener durfte es nicht veräußern und es fiel bei kinderlosem Absterben an den Herrn. Dritten gegenüber haftete der Herr ursprünglich für die Missetat des Knechtes wie für die eigene, doch wurde diese Haftung schon in der Zeit der Volksrechte auf den Fall der Mitwissenschaft des Herrn beschränkt, während sie im übrigen, wenn er den schuldigen Knecht preisgab oder auslieferte, zu einer Haftung für Ungefährwerk einschrumpfte und schließlich völlig verschwand.

Von den Entstehungsgründen der Knechtschaft waren die vornehmsten: Kriegsgefangenschaft, Abstammung von leibeigenen Eltern oder auch nur von einem leibeigenen Elternteil, Heirat mit einer unfreien Person, Aufenthalt in unfreier Luft, d. h. unter Leibeigenen eines Leibherrn, wenn er durch Jahr und Tag gedauert hat. Verknechtung kennen als Strafe nur

einzelne Rechte. Allgemein galt für zulässig die freiwillige Verknechtung sowie die Verpfändung der Freiheit von Seite des Schuldners.

Die wichtigste Aufhebungsart der Knechtschaft war die Freilassung. Noch in fränkischer Zeit machte sie den Freigelassenen nicht vollfrei, sondern stellte ihn als Schutzhörigen unter die Vertretung des früheren Herrn oder der Kirche, welche die Freilassung vermittelte. Doch gab es von je Freilassungsformeln, welche die volle Freiheit begründeten. Diese Wirkung hatte bei den Franken die vor dem König durch Schatzwurf vorgenommene Freilassung (manumissio per denarium). Gleiche Kraft erlangten in nachfränkischer Zeit auch die übrigen Freilassungsarten, von denen die durch Freibrief oder vor Zeugen die gebräuchlichste wurde.

Die halbfreien oder grundhörigen Leute hatten nur gemessene Abgaben und Dienste zu leisten und waren vermögensfähig. Doch hatte nach ihrem Tode der Herr Anspruch entweder auf eine Quote des Vermögens (buteil) oder auf eine bestimmte Abgabe, Besthaupt, Todfall, Sterbfall, mortuarium, meist das beste Stück Vieh (Sterbochse, Todgans) und das beste Gewand (Gewandfall). Bei der Verehelichung mußten sie den Konsens des Herrn erkaufen oder eine fixierte, aus der Schutzhörigkeit herrührende Mundgebühr entrichten, maritagium, vadimonium, beddemund, bûmede. An dem Gute, das sie bewirtschafteten, erwarben sie unvererbliches oder bedingt vererbliches Recht. An die Scholle gebunden, konnten sie nicht ohne die Scholle veräußert, nicht ohne Rechtsgrund davon entfernt werden.

Für rechtlos galten in ältester Zeit auch die Fremden. Doch milderte das Gastrecht die Härte dieses Rechtssatzes. Fremde, die heimische Märkte besuchten, schützte der Marktfriede. Zudem konnte sich der Fremde unter den Schutz eines Volksgenossen stellen. Schon früh bildete sich ein subsidiärer Schutz der Königs zugunsten von Fremden, die keinen anderen Schutzherrn hatten. Im Deutschen Reiche wurde der Fremdenschutz ein nutzbares Regal, das die Landesherren namentlich in der Richtung geltend machten, daß sie den Nachlaß des in ihrem Lande verstorbenen Fremdlings sich aneigneten oder wenigstens einen Abzug erhoben oder einen Sterbefall geltend machten.

Die vorhandene Rechtsfähigkeit konnte vollständig verloren gehen, wenn jemand aus der Friedensgemeinschaft ausgeschlossen, wenn die Friedlosigkeit, die Oberacht über ihn verhängt wurde. Der Friedlose konnte nicht nur bußlos und straflos getötet werden, sondern er galt auch für bürgerlich tot; er vermochte im Zustande der Friedlosigkeit weder ein rechtes Eheweib, noch echte Kinder zu gewinnen; er verlor sein Vermögen, die Vermögens- und die Gerichtsfähigkeit. Doch konnten die Erben sein liegendes Gut an sich ziehen, wenn sie eidlich versprachen, dem Ächter daraus nichts zukommen zu lassen.

Dagegen liegt nur eine Schmälerung der Rechtsfähigkeit wegen Mangels der Ehre in der sogenannten Rechtlosigkeit, die uns am deutlichsten in den sächsischen Rechtsbüchern entgegentritt. Unter den Rechtlosen sind zwei Hauptgruppen zu unterscheiden, jene, die rechtlos sind wegen Geburt und entehrenden Gewerbes (uneheliche Kinder, Kämpen und deren Kinder, Spielleute), und jene, die ihr Recht verwirkt haben. Die Quellen sprechen im ersteren Falle auch von Unechtheit, im zweiten von Recht und Ehrlosigkeit. Jedem Rechtlosen fehlt das Wergeld und die normale Buße, doch stand er unter dem allgemeinen Frieden. Wer diesen an ihm verletzte, verfiel öffentlicher Strafe und mußte in leichteren Fällen Friedensgeld bezahlen. Da aber ein solches stets einer Buße für die verletzte Partei entsprechen mußte, waren für die Rechtlosen Scheinbußen gesetzt, um damit zum Ausdruck zu bringen, daß ihnen zwar die subjektive Rechtsfähigkeit, nicht aber der Schutz des objektiven Friedens gebrach. Der Rechtlose war ferner lehensunfähig und konnte gewisse öffentliche Stellungen nicht einnehmen, gewisse prozessualische Handlungen nicht verrichten, die Unbescholtenheit der Ehre voraussetzten. Als das Buß- und Wergeldsystem vollständig verschwand, waren es die letztgenannten Folgen allein, die den Inhalt der Rechtlosigkeit ausmachten. Wer sein Recht verwirkt hatte, trug nicht nur die allgemeinen Folgen der Rechtlosigkeit, sondern entbehrte auch die Eidesfähigkeit. Aus der Recht- und Ehrlosigkeit, die durch Rechtsverwirkung eintrat, ging nachmals die Ehrlosigkeit, die sich u. a. in der Zeugnisunfähigkeit äußerte, aus der alten Unechtheit die sogenannte Anrüchigkeit hervor.

Das Ständewesen beeinflußte die Rechtsfähigkeit, sofern für gewisse gerichtliche Handlungen (Herausforderung zum Zweikampf, Zeugnis, Urteilfindung, Funktion als Vorsprecher), für die Vormundschaft, für den Erbgang und für die Eingehung einer vollwirksamen Ehe Eben-

burt verlangt wurde. Heiratete ein Mann eine nicht standesgleiche Frau, so lag eine Mißheirat im engeren Sinne vor, welche nicht die vollen bürgerlichen Wirkungen einer Ehe hatte, da weder Frau noch Kinder den Namen und Stand des Vaters teilten und die Kinder gegenüber dem Vater und den väterlichen Verwandten kein Erbrecht besaßen. Dagegen wurde die höher stehende Frau durch die Ehe mit einem Ungenossen für die Dauer der Ehe in dessen Stand herabgezogen, die Kinder folgten auch hier der ärgeren Hand. Wirkungen der Mißheirat konnten auch vertragsmäßig festgestellt werden durch Abschluß einer Ehe zur linken Hand, einer morganatischen Ehe (auch matrimonium ad legem Salicam). Der Begriff der Ebenbürtigkeit war insofern ein schwankender, als in den verschiedenen Anwendungsfällen manchmal ein größerer, manchmal schon ein geringerer Abstand der Stände maßgebend wurde.

II. Das Sachenrecht.

§ 46. Die Gewere. Für Besitz haben die deutschen Rechtsquellen das Wort Gewere, vestitura, investitura. In der zuerst nachweisbaren Anwendung bedeutet das Wort den Akt, durch den ein Grundstück in rechtsförmlicher Weise übergeben wurde und der bisherige Besitzer den Besitz zu räumen erklärte. Nach älterem Rechte mußte die Handlung auf dem Grundstücke selbst als körperliche Vestitur erfolgen. Doch bildeten sich schon in fränkischer Zeit Formen einer unkörperlichen (symbolischen) Vestitur aus, die als konsensuale Besitzübertragung und Besitzräumung mit Übergabe bestimmter Symbole außerhalb des Grundstückes stattfand.

Das Wort Gewere wurde dann auf die regelmäßige Konsequenz der Vestitur ausgedehnt, nämlich auf den Besitz als die typische äußere Erscheinung des Gewaltverhältnisses einer Person zu einer Sache. Dabei erstreckte man den Begriff der Gewere von den Liegenschaften auf die Fahrnis, von dem übertragenen Besitz auf den originär erworbenen Besitz. Gewere in diesem Sinne hatte an Liegenschaften, wer den Nutzen daraus zog. Die Nutzung konnte eine unmittelbare oder, indem sie sich in dem Bezug von Diensten, Zinsen oder Zehnten äußerte, eine mittelbare sein. Daher war es möglich, daß an einem Gute eine mehrfache Gewere bestand. Die Gewere am Gute schloß auch das bewegliche Zubehör in sich, insbesondere das Wirtschaftsinventar, das erforderlich war, um das Gut zu nutzen. An beweglichen Sachen hatte die Gewere, wer sie in Gewahrsam hatte. Animus domini war kein Merkmal der Gewere. Die Gewere war vererblich, d. h. der Erbe rückte mit dem Tode des Erblassers in dessen Besitzposition ein. Je nach dem Inhalte des Rechtes, in dessen Ausübung die Gewere sich äußerte, wurden Eigengewere, Gewere zu Leibzucht, Gewere zu Lehnrecht, Satzungsgewere usw. unterschieden. Gewere war nicht bloß an körperlichen Sachen, sondern auch an Rechten möglich, die eine dauernde Ausübung zuließen.

Die Gewere gab die Befugnis der Selbsthilfe. Fremde Gewere durfte nicht durch Eigenmacht gebrochen werden. Eigenmächtiger Bruch fremder Gewere machte strafbar. Klagen um Liegenschaften waren Klagen wegen rechtswidriger Entziehung oder Vorenthaltung der Gewere; Klagen um Fahrnis beruhten auf unfreiwilligem Verlust der Gewere. Doch kannte das ältere deutsche Recht keinen selbständigen Besitzprozeß. Erst seit dem 13. Jahrhundert tauchten im Anschluß an die Landfriedensbewegung vereinzelte Ansätze eines possessorischen Verfahrens auf.

Die Gewere begründete die Vermutung des Rechtes. Sie gewährte daher im Rechtsstreite gewisse Vorteile. Der Besitzer hatte die Rolle des Beklagten. Gegen die schlichte Klage wehrte er sich mit seinem Eide. Der Kläger mußte ihm gegenüber, wollte er diese Art der Verteidigung abschneiden, die Verpflichtung zur Einräumung der Gewere nachweisen.

An Liegenschaften wurde in gewissen Fällen jemand eine Gewere zugeschrieben, obwohl nicht er, sondern ein anderer das Grundstück besaß. Wie die Vestitur bei Übergabe von Grundstücken eine unkörperliche sein konnte, so gab es als deren Konsequenz auch eine unkörperliche, eine sogenannte ideelle Gewere. Eine solche erwarb man durch Auflassung eines Grundstücks. Wer sie empfangen, hatte die Befugnis, sich in den Besitz zu setzen oder sich gerichtlich einweisen zu lassen. Der Auflasser hatte ja ihm gegenüber den Besitz zu räumen erklärt. Unkörperliche Gewere hatte ferner der gewaltsam Entwerte gegen den Entwerer, solange dessen eigenmächtig erworbene und daher fehlerhafte (unrechte) Gewere noch nicht überjährig war. Ebenso der

Erbe und der, dem die Gewere durch gerichtliches Urteil zugesprochen worden war. Auch die unkörperliche Gewere gab die Vermutung des Rechtes und die prozessualischen Vorteile der körperlichen Gewere, aber nicht gegen jeden dritten Besitzer. Vielmehr wirkte die Gewere aus der Auflassung nur gegen den Auflasser, die Gewere des Entwerten gegen den Entwerer, die des Erben gegen den, der die Sache als Nichterbe in Besitz nahm, die Urteilsgewere gegen den, dem die Gewere durch Urteil aberkannt worden war.

§ 47. **Liegenschaftsrechte.** Das Eigentum an Liegenschaften. Das vollste Recht, das man an einer Sache haben kann, ist Eigentum. Der Begriff ist alt, wenn auch die Worte Eigenschaft und Eigentum erst aus dem 13. Jahrhundert nachweisbar sind. Die Übereignung von Grundstücken erforderte erstens ein Veräußerungsgeschäft, sala (zugleich den dinglichen Vertrag im Sinne unseres geltenden Rechtes enthaltend), zweitens die Übergabe des Grundstückes, vestitura, investitura, Handlungen, die ursprünglich in ungeschiedener Einheit verbunden waren, indem sie gleichzeitig auf dem Grundstücke vorgenommen wurden. Die Übergabe wurde durch Verbindung von zwei Formalakten zur rechtlichen Darstellung gebracht. Der eine bestand in der Darreichung einer Erdscholle oder eines anderen zur handhaften Tradition tauglichen Grundstücksteiles, der zweite in der körperlichen Räumung des Grundstückes vonseiten des Veräußerers (exire). An Stelle der körperlichen Besitzräumung trat aber schon früh ein Besitzräumungsvertrag, der durch eine mündliche Erklärung und bei den Franken durch Übergabe einer festuca (eines Stabes oder Halmes) abgeschlossen wurde. Das hieß per festucam se exitum dicere, exfestucatio, warpitio, resignatio, später Auflassung. Neben den germanischen Übereignungsformen fand sich im fränkischen Reiche noch eine andere, die sich in dem römischen Vulgarrecht entwickelt hatte, die Übereignung per cartam, darin bestehend, daß der Veräußerer dem Erwerber eine Veräußerungsurkunde übergab. Diese Form wurde auch von den Germanen angewendet, namentlich bei Vergabungen an Kirchen, und von ihnen zu einer Art der Vestitur umgebildet. Vermittelt wurde diese Umbildung durch die Entwicklung der unkörperlichen oder symbolischen Vestitur.

Ursprünglich mußte die Vestitur auf dem Grundstücke selbst stattfinden, es gab nur eine reale (körperliche) Vestitur. Zufolge ihrer rechtsförmlichen Ausgestaltung hatte sie aber von Hause aus die Fähigkeit und die Tendenz, sich von dem Grundstück loszulösen und dadurch in eine unkörperliche Übergabe zu verwandeln. Als eine solche außerhalb des Grundstückes stattfindende (unkörperliche) Vestitur begegnet uns zuerst im Königsgerichte, dann im Volksgerichte die prozessualische Auflassung, die vor Gericht auf gerichtliches Urteil hin erfolgte. Da ein solches Urteil nicht bloß durch einen wirklichen Rechtsstreit, sondern auch durch einen Scheinprozeß hervorgerufen werden konnte, bildete sich zum Zwecke der Übereignung ein der römischen in iure cessio vergleichbares Verfahren aus, bei welchem der Beklagte den Anspruch des Klägers auf Überlassung des Gutes einräumte und sich dem Urteile gemäß davon in rechtsförmlicher Weise lossagte. Als eine unkörperliche Vestitur wurde dann auch die Übereignung per cartam ausgestaltet, indem die Veräußerungsurkunde in Verbindung mit den Traditionssymbolen Torf und Zweig, Handschuh, Messer und festuca vor Gericht oder außergerichtlich dem Erwerber dargereicht wurde. Ein weiterer Schritt war dann der, daß man die Übergabe der Urkunde allein oder die Übergabe der Traditionssymbole ohne carta als selbständig wirksame Vestitur betrachtete. Im Lehnrechte, im Staatsrechte und Staatskirchenrechte diente die Übergabe von Traditionssymbolen, welche diesfalls von einer Auflassungshandlung nicht begleitet war, unter dem Namen Investitur als Form der Belehnung und Übertragung der Amtsgewalt.

In der Zeit der Rechtsbücher war die gerichtliche Auflassung zu erhöhter Bedeutung gelangt, was sich zum Teil durch die ausgezeichnete Beweiskraft des Gerichtszeugnisses und der Gerichtsurkunde erklärt. In Süddeutschland hat sich neben der gerichtlichen Auflassung die Übereignung durch Urkunde und die durch körperliche Vestitur erhalten. Doch machen verschiedene Stadtrechte die gerichtliche Auflassung obligatorisch. Nach sächsischem Land- und Stadtrecht wurde sie unbedingtes Erfordernis der Übereignung. Das Verfahren blieb zwar ein gerichtliches, doch war die herrschende Form nicht mehr die des Rechtsstreites. Die Parteien erklären ihre Absicht, die Auflassung vornehmen zu wollen. Die Schöffen urteilen, daß sie es von Rechts wegen können. Darauf findet die Auflassung mit etwas anderer Symbolik, nämlich

nicht wie bei den Franken mit Mund und Halm (festuca), sondern mit Mund und Hand statt. Mit der gerichtlichen Auflassung ist ein Aufgebotsverfahren verbunden, durch welches Dritte aufgefordert werden, etwaige Einsprüche geltend zu machen. Sind solche nicht sofort erfolgt, so schließt das Verfahren damit ab, daß der Richter dem Erwerber des Gutes für dieses den Frieden wirkt durch einen Friedensbann, der uns in solcher Anwendung für Deutschland bereits aus dem 11. Jahrhundert bezeugt ist. Die gerichtliche Auflassung hatte vim rei iudicatae. Der Erwerber kam dadurch in ein ähnliches Verhältnis, als hätte er das Gut im Wege Rechtens von dem früheren Besitzer erstritten. Die gerichtliche Auflassung erforderte das echte Ding. In den Städten hat sie hier und da den Charakter eines gerichtlichen Aktes völlig abgestreift, indem sie den Stadtschöffen — nicht ohne deren lebhaften Widerstand — entzogen und auf den Stadtrat übertragen wurde. Die Auflassung konnte als gerichtlicher Akt durch eine gerichtliche notitia beurkundet werden. Schon früh wurde es in den Städten Sitte, die Beurkundungen der Auflassung in besondere öffentliche Bücher von Amts wegen einzutragen. Die Eintragung sollte zunächst nur den Auflassungsakt beurkunden, ist aber dann wesentliches Erfordernis der Übereignung geworden. Von den Städten verbreitete sich die Einrichtung der öffentlichen Bücher auf das flache Land. Sie hat sich in dem Grundbuchsystem unseres heutigen Rechtes erhalten und fortgebildet.

Wer eine Liegenschaft auf Grund gerichtlicher Auflassung und richterlichen Friedensbannes durch Jahr und Tag ohne rechte Widersprache besaß, hatte daran die rechte Gewere erworben. Die Wurzeln der rechten Gewere reichen in die fränkische Zeit zurück und sind an die missio in bannum regis anzuknüpfen, die wir bei Darstellung der fränkischen Zwangsvollstreckung in Liegenschaften kennen gelernt haben. Wie diese die volle Jahresfrist offen ließ, um das Gut aus dem Banne des Königs zu ziehen, so hatte der dem aufgelassenen Gute gewirkte Friedensbann die rechtliche Wirkung, Anfechtungsrechte Dritter nach Jahr und Tag auszuschließen. Gemäß fränkischem Rechte brauchte der Besitzer nach Ablauf dieser Zeit im Rechtsstreite um das Gut gegen den Kläger nur das Vorhandensein der rechten Gewere zu beweisen und konnte daraufhin jede Antwort ablehnen. Die rechte Gewere wirkte hier als Erwerb des Eigentums auf Grund der Verschweigung, d. h. auf Grund der Tatsache, daß alle, welche Rechte an dem Gute hätten geltend machen können, sich daran verschwiegen hatten. Schwächere Wirkung hatte die rechte Gewere nach den sächsischen Rechtsbüchern. Wer sie besaß, brauchte sich erst im nächsten echten Ding auf die Klage einzulassen, bedurfte nicht der Vertretung durch seinen Gewährsmann, mußte aber nicht bloß die rechte Gewere beweisen, sondern auch sein Recht an dem Gute durch seinen Eid erhärten.

Neben der Übereignung, durch die der Veräußerer jedes Recht an der Sache auf die Dauer aufgab, kannte das deutsche Recht Übereignungen, durch die der Erwerber nur ein zeitlich beschränktes und unveräußerliches Recht erwarb, wogegen dem Veräußerer unter gewissen Voraussetzungen der Wiederanfall gewahrt blieb. Maßgebend war der kundgegebene Wille des Veräußerers und die Form der Übereignung, der die der Auflassung eigentümliche Verzichtserklärung fehlte. Beschränktes Eigentum begründete nach älterem Rechte insbesondere die Landschenkung. Denn die Schenkung des germanischen Rechtes war Zweckschenkung. Und als der Zweck der Schenkung galt es im Zweifel, daß der Beschenkte die Sache habe, nicht ein beliebiger Dritter. Daher die Unveräußerlichkeit des Schenkgutes und das Wiederanfallsrecht (droit de retour) des Schenkers. Über die fränkische Zeit hinaus hat sich im Kreise der westgermanischen Rechte ein Wiederanfallsrecht des Schenkers nur bei gewissen Gaben erhalten, so bei der Elterngabe (Schenkungen von Aszendenten an eheliche Deszendenten), bei der Hornungsgabe (an Uneheliche) und bei gewissen Heiratsgaben. In bestimmten Fällen erfuhr das Recht des Gebers eine Steigerung. Sein Wiederanfallsrecht wurde als Eigentum, das Recht des Beschenkten nur noch als Nutzungsrecht an fremder Sache aufgefaßt. Diese Auffassung hat sich unter dem Einfluß der kirchlichen Prekarien schon in der fränkischen Zeit bei dem beneficium, sehr viel später bei der Leibzucht des ehelichen Güterrechtes durchgesetzt. Die umgekehrte Entwicklung zeigt sich bei der Elterngabe, bei der das Wiederanfallsrecht des Gebers zu einem Intestaterbrechte einschrumpfte.

Unter den Leiheverhältnissen sind nach dem Rechtsgebiete der Verleihung Leihe zu Lehnrecht, zu Dienstrecht, zu Hofrecht, landrechtliche und stadtrechtliche Leihe zu unterscheiden.

Das Lehnsverhältnis hat eine persönliche und eine dingliche Seite. Die Lehnserrichtung erfolgt durch den Doppelakt der Hulde und Leihe. Der Mann schwört, dem Herrn so treu und hold zu sein, als ein Mann von Rechts wegen dem Herrn soll (Hulde schwören), und bietet, indem er seine gefalteten Hände in die Hände des Herrn legt, diesem seine Mannschaft an (Hulde tun, Mannschaft leisten). Auch die Leihe erfolgt als ein symbolischer Akt: sie gibt dem Manne ein Recht auf die Einweisung in das Lehen. Der Vassall ist nicht befugt, das Gut zu veräußern, darf es aber in die Afterleihe geben. Bei Herrn- und Mannfall muß binnen Jahr und Tag das Lehen gemutet, die Lehenserneuerung erwirkt werden, soll das Lehen nicht heimfallen. In das Lehen folgen nur männliche Deszendenten des letzten Besitzers, doch bietet die Gesamtbelehnung ein Mittel, den Übergang des Lehns auf Seitenverwandte zu sichern. Ist der Lehnserbe unmündig, so tritt sogenannte Lehnsvormundschaft ein, d. h. der Herr bezieht, bis der Lehnsmann zu seinen Jahren gekommen, die Nutzungen des Lehns. Von mehreren Lehnserben ist der Herr nur e i n e n, jenen, den diese vorschlagen, zu belehnen verpflichtet, ein Satz, woraus sich mit Rücksicht auf die Lehnsvormundschaft eine Primogeniturfolge in Lehen entwickelte.

Die Dienstlehen, welche die Dienstmannen von ihren Herren erhielten, wurden ursprünglich nach Hofrecht, und zwar ohne Mannschaft geliehen. Der Dienstmann war ja dem Herrn durch seine Geburt zu Diensten verpflichtet. Das nach Hofrecht geliehene Dienstlehen durfte der Dienstmann weder veräußern, noch in Afterleihe geben. Seit dem 12. Jahrhundert wurden Ministerialen mit echten Lehen (gegen Mannschaft) beliehen und wurden Dienstlehen in echte Lehen umgewandelt.

Mit dem echten Lehen, mit dem Dienstlehen und den hofrechtlichen Leiheverhältnissen konkurrierte eine persönliche Abhängigkeit des Beliehenen vom Leiheherrn, welche auf Vertrag oder auf Geburt beruhte und den Beliehenen zum mindesten in Sachen des Gutes der Gerichtsbarkeit des Leiheherrn unterwarf. Durch die Freiheit von solcher Abhängigkeit kennzeichnen sich die freien landrechtlichen Leiheverhältnisse, Zeitpacht, Erbpacht und Erbzinsgut und die stadtrechtliche Leihe.

Ein eigenartiges Recht an fremder Sache hat sich in den G r u n d l a s t e n oder Reallasten ausgebildet. Sie bestehen darin, daß der Eigentümer der Sache zu wiederkehrenden Leistungen verbunden ist, deren Ausbleiben den Berechtigten befugt, sich an die Sache zu halten. Die Leistungen konnten in Zinsen, Zehnten, Fronden oder Renten bestehen. Das Recht wurde durch Auflassung begründet und zählte zum unbeweglichen Vermögen. Nur die Sache war verhaftet, nicht auch das sonstige Vermögen des Eigentümers. Rückstände blieben auf der Sache liegen und bildeten nicht etwa eine persönliche Schuld desjenigen, unter dessen Eigentumsperiode sie entstanden. In den Städten hat sich der Leihezins, den der Hauseigentümer für die geliehene Baustelle entrichtete, allmählich in eine Reallast umgewandelt. Der Hauseigentümer konnte das Haus auch zugunsten Dritter mit Renten belasten.

§ 48. **Das Recht an der Fahrnis** war nicht in allen Fällen durch eine absolute (gegen jeden Dritten wirksame) Klage geschützt. Hatte jemand eine Sache selbst einem anderen anvertraut, so hatte er keine Klage gegen den dritten Besitzer, sondern mußte sich an die Hand halten, in die er sie gegeben. „Hand muß Hand wahren." „Wo du deinen Glauben gelassen hast, mußt du ihn suchen." Dagegen war im Falle des unfreiwilligen Besitzverlustes, bei abhanden gekommenen Sachen, namentlich solchen, die gestohlen oder geraubt worden, die sogenannte Anfangsklage gegen jeden dritten Besitzer gegeben. Sie legte den objektiven Tatbestand des Diebstahls oder des Raubes zugrunde, ohne gegen den Widersacher den unmittelbaren Vorwurf der Missetat zu erheben. Ihre Beschränkung auf den Fall unfreiwilligen Besitzverlustes steht in geschichtlichem Zusammenhang mit der Tatsache, daß das deutsche Recht anders als das römische Recht die Unterschlagung von dem Diebstahl trennt, indem es das Wegnehmen aus dem Gewahrsam eines anderen als begriffliches Merkmal des furtum betrachtet. Das Anefangsverfahren zeichnet sich zunächst durch die besondere Form außergerichtlicher Einleitung des Rechtsstreites aus. Traf derjenige, dem die Sache wider Willen abhanden gekommen war, diese im Besitz eines Dritten, so nahm er den Anefang (intertiatio, oberdeutsch auch fürfang) vor, d. h. er faßte die Sache unter bestimmten Förmlichkeiten an und behauptete die Tatsache des unfreiwilligen Verlustes. Der Anefang galt rechtlich als „der Klage Beginn". Die Ane-

fangsklage war von Hause aus nicht Klage des Eigentümers als solchen, sondern Klage desjenigen, aus dessen rechtlichem Gewahrsam die Sache gekommen war. Konnte sich der Besitzer nicht auf originären Erwerb der Sache berufen, so mochte er den Vormann angeben, von dem er sie erworben habe. Er mußte dann versprechen, den Gewährsmann vor Gericht zu bringen oder, wie langobardisches und sächsisches Recht verlangten, den Kläger zum Gewährsmann führen, gegen den der Anefang wiederholt wurde. Der Vormann mochte sich seinerseits wieder auf einen Vormann berufen. Doch war nach vielen Rechten nur ein dreimaliger Gewährszug gestattet. Übernahm der Vormann die Gewährschaft, so wurde ihm die Sache zugeschoben, und er trat an Stelle des früheren Besitzers in den Rechtsstreit ein. Der unterliegende Besitzer mußte nicht nur die Sache herausgeben, sondern verfiel auch in die Diebstahlsstrafe, wenn er nicht den durch die Anefangsklage vorausgesetzten Vorwurf unrechtmäßigen Erwerbs in bestimmter Weise entkräften konnte. Beschwor der Besitzer, die Sache auf offenem Markte gekauft zu haben, so befreite er sich damit vom Verdachte des Diebstahls, mußte aber die Sache an den Kläger herausgeben. Wurde der Anefangskläger sachfällig, so zahlte er Buße wegen unrechten Anefangs. Juden brauchten eine redlich erworbene Sache nur gegen Ersatz des Kaufschillings herauszugeben.

III. Das Recht der Schuldverhältnisse.

§ 49. Die Schuld. Das Recht der Schuldverhältnisse stand bis zur Entwicklung des städtischen Verkehrsrechtes hinter der reicheren Ausbildung des Sachenrechtes etwas zurück, eine Erscheinung, die sich aus dem Vorwiegen des Grundbesitzes im wirtschaftlichen Leben erklärt. Im jüngeren Mittelalter hat lange vor der Rezeption der fremden Rechte auf dem Gebiete des kaufmännischen Obligationen- und Gesellschaftsrechtes eine Aufnahme italienischer Handelsrechtssätze stattgefunden.

Die germanischen Rechte unterscheiden zwischen Schuld und Haftung. Die Schuld ist ein Leistensollen auf Seite des Schuldners. Doch gebraucht die ältere Rechtssprache das Wort Schuld auch für das Bekommensollen auf Seite des Gläubigers, und wird daher mitunter auch der Gläubiger als Schuldner bezeichnet.

Die wichtigsten Entstehungsgründe von Schulden waren Missetat und Schuldvertrag.

Der Schuldvertrag bedurfte einer bestimmten hörbaren und sichtbaren Form. Unter den Vertragsformen erscheinen die wadiatio, die Wette, der die Hingabe einer wadia, festuca, stipula, eines Stabes oder Halmes oder eines anderen Symboles wesentlich war, ferner das Treugelöbnis, das Geloben mit Hand und Mund, d. h. mit Darreichung der Hand (Handschlag) und formalhafter Rede, oder das Geloben mit Fingern und Zungen. Die Bedeutung einer Vertragsform erlangte in fränkischer Zeit auch der Urkundungsakt, indem die Hingabe einer konstitutiven Schuldurkunde, einer cautio, die Darreichung einer festuca ersetzte.

Unwesentlich war die Form für Verträge, bei denen ein Teil mit einer Leistung vorangegangen war (für Realkontrakte). Durch Zahlung eines Handgeldes (arrha) erhielt der formlose Vertrag die bindende Kraft des Realkontraktes. Das Handgeld konnte sofort zu frommen oder wohltätigen Zwecke verwendet werden (Gottespfennig), oder es wurde von den Kontrahenten in Gemeinschaft mit den Geschäftszeugen vertrunken (Vertragsschluß durch Weinkauf). Eine beweisrechtlich ausgezeichnete Wirkung hatte — namentlich nach dem Beweissystem des Sachsenspiegels — der gerichtlich abgeschlossene Vertrag. Nicht bloß erhöhte Beweiskraft erlangte nach zahlreichen Stadtrechten das vor Schöffen oder Stadtrat abgelegte oder bekannte Schuldversprechen, über das ein Stadtbrief oder Schöffenbrief ausgestellt oder eine stadtbücherliche Eintragung vorgenommen worden war. Es galt nicht nur für unleugbar, sondern vermittelte im Falle des Verzugs die sofortige Zwangsvollstreckung.

Die Eintreibung der Schuld setzte in der Zeit der Volksrechte vergebliche Mahnung des Schuldners voraus, die in der Wohnung des Schuldners geschehen mußte. Die Schuld war, sofern nicht ein anderes verabredet wurde, im allgemeinen Holschuld, der Gläubiger hatte die Leistung im Hause des Schuldners zu holen. Im Falle vergeblicher Mahnung war es nicht etwa dem Gläubiger überlassen, das Verzugsinteresse geltend zu machen, sondern es traten gesetzlich fixierte Säumnisbußen ein, die sich als Sühne für das dem Gläubiger durch rechts-

widrige Vorenthaltung zugefügte Unrecht darstellen. In der Zeit der Rechtsbücher galten Geldschulden für Bringschulden. Der Gläubiger mußte in seinem Hause des Geldes warten, das der Schuldner auch ohne Mahnung zur Erfüllungszeit darzubringen verpflichtet war. Die gesetzlichen Verzugsbußen sind verschwunden, ein Schadenersatz wegen Verzugs konnte nur noch beansprucht werden, wenn und soweit er im Schuldvertrag ausdrücklich verabredet worden war. Mit Rücksicht auf diese Beschränkung der Schadenersatzpflicht wurde es üblich, in die Schuldbriefe ein besonderes Schadengedinge aufzunehmen, in welchem der Schuldner sich verpflichtete den etwaigen Verzugsschaden zu ersetzen. Um sich die Liquidierung des Schadens zu erleichtern, ließ der Gläubiger den Schuldner nicht selten versprechen, se credere de damnis et expensis simplici verbo creditoris, eine im jüngeren Mittelalter weit verbreitete Klausel der Schuldurkunden, durch die der Schuldner dem Gläubiger das Recht einräumte, die Höhe des Schadens ohne Eid und ohne Zeugenbeweis durch sein schlichtes Wort bestimmen zu dürfen.

Die Schuldurkunde hatte nicht bloß für die Eingehung von Verbindlichkeiten, sondern auch für die Ausübung der Forderung privatrechtliche Bedeutung. Wie der Gläubiger die wadia gegen Zahlung der Schuld zurückzugeben hatte, so brauchte der Schuldner auch nur gegen Rückgabe der von ihm ausgestellten cautio zu zahlen. Den cautiones der fränkischen Zeit war es eigentümlich, daß die Verpflichtung zur Rückgabe der cautio ausdrücklich in den Kontext der Schuldurkunde aufgenommen wurde. War deren Zurückerstattung unmöglich geworden, so stellte der Gläubiger einen Todbrief, einen Mortifikationsschein, epistola evacuatoria, aus, worin er die Schuld für erloschen und die cautio, die er nicht zur Hand habe, für kraftlos erklärte. Doch kam es vor, daß in der cautio die Zahlung mit ausdrücklichem Ausschluß jeder epistola evacuatoria nur gegen Rückgabe der cautio versprochen wurde. Bei der Rückgabe pflegte die cautio durch Zerschneiden oder durch einen schriftlichen Vermerk (cassatura) entkräftet zu werden. Als die Geldschuld im allgemeinen den Charakter der Mahn- und Holschuld verloren hatte, erschienen als ein besonderer Typus von Schuldurkunden die Präsentationspapiere, nämlich diejenigen, bei welchen kraft besonderer Klausel der Schuldner nur gegen Aushändigung des Papiers zu zahlen verpflichtet war, die Schuld den Charakter einer Hol-, nicht einer Bringschuld hatte und der Verzug des Schuldners nicht durch den Verfallstag an sich, sondern durch die Präsentation am Verfallstag bedingt wurde.

Unzulässig war nach älterem deutschen Rechte die Übertragung der Forderung aus Schuldverträgen ohne den Willen des Schuldners. Der Klage des Dritten, dem die Forderung übertragen worden, hätte der Schuldner einfach antworten können, er sei ihm nicht schuldig zu leisten, denn er habe nicht versprochen ihm zu leisten. An die Stelle des ursprünglichen Gläubigers konnte ein anderer gesetzt werden durch „Verwandlung des Gelübdes", indem jener den Schuldner veranlaßte, die Schuld dem neuen Gläubiger zu geloben. Als die gerichtliche Stellvertretung, sei es nun in beschränktem Maße oder allgemein gestattet wurde, benutzte man die Erteilung der Prozeßvollmacht, um die Schuld ohne Zustimmung des Schuldners einem Dritten zuzuwenden. Diese Zuwendung, „Beweisung der Schuld", erfolgte im Gewande der Vollmacht. Der Dritte klagte auf Grund der Vollmacht; starb er, so ging seine Vollmacht nicht auf seine Erben über, Grundsätze, die sich im englischen Rechte bis 1873 erhalten haben.

Schon das Rechtsleben der fränkischen Zeit kennt die Zulässigkeit von Verträgen, in denen der eine Kontrahent dem anderen verspricht, daß er einem Dritten, oder daß er unter gewissen Voraussetzungen einem Dritten leisten werde. Der Dritte hatte als Destinatär der Leistung das Recht, die Forderung im eigenen Namen geltend zu machen, ohne daß er das innere Verhältnis, das zwischen ihm und dem Promissar bestand, aufzudecken brauchte. Solange die gerichtliche Stellvertretung versagt oder doch beschränkt war, solange ferner die freie Übertragbarkeit der Forderung aus dem Schuldvertrag ausgeschlossen war, bot es nach beiden Seiten hin einen naheliegenden Ausweg dar, wenn der Gläubiger sich bei Abschluß des Vertrags vom Schuldner versprechen ließ, daß dieser ihm oder einem Dritten leisten werde. Der Dritte konnte von vornherein namentlich benannt werden, es konnte aber auch dem Gläubiger überlassen werden, ihn nachträglich zu bestimmen. Die wichtigste Anwendung des Versprechens, einem Dritten zu leisten, enthalten die Orderpapiere und die Inhaberpapiere.

Das Orderpapier reicht bis in die Anfänge des germanisch-romanischen Urkundenwesens zurück. Schon in Formeln des 7. Jahrhunderts findet sich die Exaktionsklausel, nämlich eine

Klausel, durch die sich der Schuldner verpflichtete, einem namentlich genannten Gläubiger zu zahlen oder demjenigen, cui dederit hanc cautionem ad exigendum. Italienische Urkunden bieten im 8. Jahrhundert die Klausel vel cui in manum miseris, im 12. Jahrhundert als deutlichen Vorläufer der heutigen Orderklausel die Wendung vel cui ordinaveris dar. In den deutsch geschriebenen Urkunden des Mittelalters finden wir die typische Klausel: oder wer diesen Brief mit ihrem Willen (ihrem guten Willen) innehat. Die Wirkung des Orderpapiers bestand darin, daß der Schuldner verpflichtet war, dem Präsentanten der Urkunde zu leisten, wenn dieser beweisen konnte, daß ihm der namentlich Genannte das Papier gutwillig begeben habe. Der Beweis dieser Begebung konnte durch eine besondere Urkunde des namentlich Genannten (Willebrief) oder durch andere beliebige Beweismittel geführt werden. Das Erfordernis des Begebungsbeweises entfiel bei den Inhaberpapieren. Diese kennzeichnen sich durch die Inhaberklausel, die entweder als alternative oder als reine Inhaberklausel erscheint. Jene verspricht, daß an eine namentlich genannte Person oder an den Inhaber, diese schlechtweg, daß an den Inhaber geleistet werden solle. Beide Klauseln finden sich zuerst in italienischen Urkunden; im 9. Jahrhundert tritt daselbst die alternative Inhaberklausel, etwa ein Jahrhundert später die reine Inhaberklausel auf. Seit dem 13. Jahrhundert lassen sie sich auch in deutschen Urkunden nachweisen. Der Präsentant des Papiers mit der Inhaberklausel war zur gerichtlichen und außergerichtlichen Geltendmachung des verbrieften Rechtes befugt. Der Schuldner konnte weder den Beweis einer Vollmacht oder der Sukzession in das Recht des ersten Nehmers verlangen, noch konnte er dem Inhaber die Einrede unrechtmäßigen Papiererwerbes entgegensetzen.

§ 50. Die Haftung. Haftung ist Einstehen für eine Schuld. Man kann haften, ohne zu schulden. Haften kann nicht nur eine Person, sondern nach dem Sprachgebrauch der Quellen auch eine Sache, die Person mit Leib, Freiheit, Ehre und mit ihrem Vermögen oder einem davon. Man kann haften für eigene und für fremde Schuld.

Für fremde Schuld haftete der in der Gewalt des Gläubigers befindliche Geisel. Für fremde Schuld haftete der Bürge, und zwar derart, daß der Gläubiger sich in erster Reihe an den Bürgen halten konnte, der nach älterem Rechte seinerseits befugt war, den Schuldner außergerichtlich zu pfänden, ja sogar dessen Person dem Gläubiger auszuliefern. Der Bürgschaftsvertrag wurde rechtsförmlich, bei den Franken in der Form der Wette abgeschlossen, indem die Wadia (hier ein Stab) vom Schuldner dem Gläubiger, von diesem dem Bürgen übergeben wurde, der dadurch Gewalt über den Schuldner erlangte. Bürgschaftsschuld ging nicht auf die Erben über, wenn diese sich nicht mitverbürgt hatten. Das ältere fränkische Recht entwickelte in Fällen, wo Bürgschaft verlangt wurde, eine Selbstbürgschaft, bei welcher der Schuldner, der keinen Bürgen stellen konnte, sich in der Rechtsform der Bürgschaft für die versprochene Leistung haftbar machte.

Von alters her bestand innerhalb des Rahmens der Friedlosigkeit eine Haftung von Rechts wegen, so für Schulden aus Missetaten und für Schulden, die sich durch rechtswidriges Verhalten des Schuldners zu Missetaten gesteigert hatten. Aus der vertragsmäßigen Übernahme einer Haftung, aus besonderen Haftungsgeschäften, wodurch der Schuldner seine Person oder nur das Vermögen (Vermögenshaftung) oder die Person ohne das Vermögen für die Schuld einsetzte und dem Zugriff des Gläubigers (unabhängig von der Friedloslegung) unterwarf, sind vermutlich die oben § 49 erwähnten Vertragsformen der Wette und des Treugelöbnisses hervorgegangen. Solche Haftungsgeschäfte ersparten dem Gläubigern in allen Fällen die langwierige und nicht immer zum Ziele führende Betreibung einer Friedloslegung des Schuldners.

Das ältere Recht überließ den Schuldner, der eine Bußschuld nicht bezahlen konnte, der Willkür des Gläubigers. Dieser mochte ihn als einen Friedlosen behandeln, der seiner Rache verfallen war, er mochte ihn töten, verstümmeln, mißhandeln, in Haft oder Zwangsknechtschaft halten. Die weitere Entwicklung schwächte die Willkür des Gläubigers ab, beseitigte sie aber nicht vollständig, damit er Zwangsmittel in der Hand behalte, um den Schuldner zu freiwilliger Begebung in die Schuldknechtschaft zu veranlassen. Diese Bedeutung hatte das in jüngeren Quellen hier und da noch begegnende Verstümmelungsrecht des Gläubigers. Im allgemeinen wurde aber das Recht des Gläubigers dahin beschränkt, daß er den Schuldner ohne Schaden

für seine Gesundheit in strenger Haft halten durfte. An Stelle der Privathaft trat nachmals, zuerst in den Städten, die Verwahrung des Schuldners im öffentlichen Schuldgefängnis, die eigentliche Schuldhaft. Manche Rechte verfolgten eine andere Entwicklung; sie bildeten, wie z. B. schon das langobardische Recht, die Hingabe des Schuldners in die Gewalt des Gläubigers zur exekutiven Verknechtung aus. Dem fränkischen Recht ist sie unbekannt geblieben. Dieses kannte nur eine freiwillige Begebung des Schuldners in die Knechtschaft des Gläubigers. Die Verknechtung (freiwillige und exekutive) war nach ältestem Rechte eine endgültige; der Gläubiger mochte den Schuldner wie jeden anderen Knecht verkaufen. Nicht ohne Einwirkung der Kirche erlangte die Verknechtung um Schuld den Charakter der Satzung, so daß der Schuldner nur noch loco wadii stand. Diese Schuldknechtschaft ist wieder entweder eine härtere oder eine mildere. Jene, die ältere, ist ein Seitenstück der Zinssatzung; der Schuldner dient nämlich als Schuldknecht, bis er durch Zahlung der Schuldsumme ausgelöst wird, so daß also dem Gläubiger das Erträgnis der Arbeit zugute kommt. Die jüngere Schuldknechtschaft stellt sich als Analogon der Totsatzung dar; denn sie dauert nur so lange, bis der Schuldner durch seine Arbeit die Schuld (mit Einschluß der Unterhaltungskosten) abverdient hat. — In den Städten wurde gegen säumige, insbesondere gegen böswillige Schuldner auch die Stadtverweisung verhängt.

Die vom Schuldner oder vom Bürgen vertragsmäßig übernommene Haftung konnte sich im einzelnen Falle verschieden gestalten. Es stand in seiner Wahl, sich für den Fall des Vertragsbruchs beliebigen Rechtsnachteilen auszusetzen. Er mochte erklären, daß er friedlos, daß er exkommuniziert sein wolle, daß sein Leben, daß bestimmte Gliedmaßen dem Gläubiger verfallen sein sollen. Er setzte für die Erfüllung der Verbindlichkeit seine Treue und seine Ehre ein, die Ehre mitunter so, daß er dem Gläubiger die Befugnis gab, ihn im Falle des Verzugs durch Wort und Bild (Schandgemälde) in seiner Ehre anzugreifen. Sehr häufig kam es vor, daß der Schuldner versprach, für den Fall der Nichtbefriedigung des Gläubigers das Einlager zu leisten, d. h. sich freiwillig einer Beschränkung seiner persönlichen Freiheit zu unterziehen, welche insgemein in der Form erfolgte, daß er mit Begleitung in eine Herberge einritt, um dort so lange zu verbleiben, bis die Schuld bezahlt war oder der Gläubiger ihn seines Versprechens löste. Namentlich vornehme, mächtige Herren, gegen die eine gerichtliche Eintreibung der Schuld nicht leicht durchzuführen war, mußten sich zum Versprechen des Einlagers herbeilassen. Da es Sitte wurde, während der Geiselschaft großen Aufwand zu machen, trat schließlich der ursprüngliche Gesichtspunkt der konventionellen Schuldhaft so sehr zurück, daß mitunter der Schuldner sich bei der Leistung des Einlagers auf seine Kosten einen Stellvertreter setzen konnte. Die üblichen Kosten des Einlagers sollten auf den Schuldner und dessen Sippe einen Druck ausüben, die Schuld zu bezahlen.

Beschränkt war die Haftung der Erben für Schulden des Erblassers. Sie fand ihre Grenze in dem Betrage des übernommenen Nachlasses. Wo der Erblasser in der Verfügung über den Grundbesitz durch das Beispruchsrecht der Erben gebunden war, hafteten diese keinesfalls über den Betrag der nachgelassenen Fahrhabe hinaus; nach dem Rechte des Sachsenspiegels hafteten sie nur für Schulden des Erblassers, deren Gegenwert sich in dem von ihnen erworbenen Teile des Nachlasses befand.

Um dieser beschränkten Haftung des Erben willen kam in Deutschland ein vielfach angewendetes Geldgeschäft, der Rentenkauf, in Übung, der zugleich das durch die Kirche verbotene zinsbare Darlehen wirtschaftlich ersetzte. Der Rentenkäufer erwarb durch Hingabe einer Geldsumme das Recht, aus einem Grundstücke eine wiederkehrende Rente zu beziehen, die dessen jeweiliger Besitzer zu zahlen hatte. Das Rentenrecht wurde durch Auflassung begründet und ruhte auf dem Gute des Rentenverkäufers als eine Reallast, welche unkündbar und ursprünglich auch unablösbar war. Im weiteren Verlaufe der Entwicklung hat sich vielfach ein Übergang der Rente in das zinsbare Darlehen vollzogen, indem die sachenrechtlichen Merkmale des Rechtsverhältnisses abgestreift wurden, während anderwärts aus der Reallast ein von dem Schuldgrunde mehr oder minder unabhängiges Pfandrecht, eine Grundschuld erwuchs.

§ 51. **Das Pfand.** Das deutsche Recht unterscheidet gesetztes und genommenes Pfand. Eine Sache konnte für eine Schuld als Pfand (goth. vadi, ahd. weti, mlat. wadium) gesetzt werden, so daß nur die Sache haftete, ohne daß daneben eine persönliche Haftung des

Schuldners bestand. Damit hing es zusammen, daß, wenn das Pfand ohne Verschulden des Gläubigers zugrunde ging, der Verpfänder keinen Anspruch auf den Mehrwert des Pfandes erheben, der Gläubiger seine Forderung nicht mehr geltend machen konnte. Erst seit es üblich wurde, mit dem Akte der Verpfändung ein Treugelöbnis oder einen Wettvertrag zu verbinden, haftete der Schuldner bei etwaigem Minderwert des Pfandes, und trug er ausschließlich den durch zufälligen Untergang des Pfandes erwachsenden Schaden.

Das Pfandrecht gestaltete sich verschieden an Liegenschaften und an Fahrnis.

Die fränkische Zeit kannte zwei Formen eines volksrechtlichen Pfandes an Liegenschaften, nämlich ein Eigentumspfand und ein Nutzungspfand. Jenes verwendete zur Sicherstellung die Form der Übereignung. Die Verpfändung geschah durch bedingte Vestitur. Die Bedingung war entweder eine Resolutivbedingung oder eine Suspensivbedingung. Bei resolutiv bedingter Vestitur wurde verabredet, daß das dem Pfandgläubiger übertragene Eigentum erloschen sein solle, sobald die Schuld bezahlt sei. Das Geschäft hatte Ähnlichkeit mit einem Kauf auf Wiederkauf, ist nachmals vielfach als solcher aufgefaßt worden und schließlich darin aufgegangen. Seltener war die suspensiv bedingte Vestitur, bei der bestimmt wurde, daß das Pfand dem Gläubiger zu Eigentum übertragen sein solle, wenn nicht binnen bestimmter Fallfrist die Schuld bezahlt sei. Der Schuldner konnte dabei im Besitz des Grundstücks bleiben, sofern die Verpfändung durch unkörperliche Vestitur erfolgte. Das langobardische Rechtsleben benutzte zu diesem Zwecke die Übergabe einer Veräußerungsurkunde an den Pfandgläubiger, der seinerseits dem Schuldner einen Pfandrevers ausstellte, worin er sich verpflichtete, jene Veräußerungsurkunde gegen gehörige Befriedigung zurückzugeben. Auf suspensiv bedingte Vestitur geht die in einzelnen bayrischen Stadtrechten bezeugte Verpfändung durch Übergabe des Hausbriefs (der Erwerbsurkunde) an den Pfandgläubiger zurück.

Das Nutzungspfand, die von den Germanisten so genannte ältere Satzung, setzte den Gläubiger in Besitz und Nutzung des Grundstücks auf so lange, bis die Schuld getilgt wurde. Das Eigentum blieb bei dem Schuldner. Die Satzung war in der Regel Zinssatzung. Der Gläubiger bezog nämlich die Früchte des Grundstücks, bis das Pfandstück durch Zahlung der Schuldsumme eingelöst wurde, eine Pfandrechtsform, die sich in den sogenannten Reichspfandschaften über die Zeit der Rezeption des römischen Rechtes hinaus erhalten hat. Es konnte aber auch bedungen werden, daß der Gläubiger die Früchte vom Schuldkapital abzuziehen habe und somit das Pfandstück im Laufe der Zeit durch sein Erträgnis sich selbst auslösen solle. Das hieß Totsatzung, Setzen auf Totschlag.

In der Zeit der Rechtsbücher trat, zumal in den Städten, eine neue Form der Verpfändung auf, die sogenannte jüngere Satzung, eine Verpfändung zu Exekutionsrecht, die sich als eine Nachbildung des Exekutionsverfahrens in Liegenschaften, also in letzter Linie, da diese auf die Fronung friedlosen Gutes zurückführt, als ein historischer Ausläufer der vermögensrechtlichen Friedlosigkeit darstellt. Der Gläubiger erwarb weder den Besitz noch die Nutzung des Grundstücks, erlangte aber durch den öffentlichen Akt der Satzung für den Verzugsfall die Rechte eines Gläubigers, der gegen den Schuldner ein Urteil auf Zahlung und die Fronung des Grundstücks erwirkt hatte [1]. Er brauchte daher, um zur Befriedigung aus dem Pfande zu gelangen, nur noch das zweite Stadium der gerichtlichen Zwangsvollstreckung zu erledigen, das in der Übereignung oder — nach jüngerem Rechte — in der Versilberung des Grundstücks bestand. Wie die Auflassung, so pflegte in den Städten auch der Akt der Satzung in öffentlichen Büchern zur Beurkundung eingetragen und schließlich durch die Eintragung vollzogen zu werden. Auf der jüngeren Satzung hat sich unser modernes Grundpfandrecht aufgebaut, das mit ihr das Erfordernis der Publizität und der gerichtlichen Realisierung gemein hat.

An Fahrnis war nur ein Faustpfand möglich. Dem Verpfänder mußte die tatsächliche Verfügung über das Pfandstück entzogen sein. Löste er es nicht rechtzeitig ein, so verfiel es dem Gläubiger. Seit der Pfandschuldner auch eine persönliche Haftung zu übernehmen pflegte, wurde das Verfallspfand zum Verkaufspfand. Der Gläubiger wurde aus dem Erlöse befriedigt, der Mehrwert dem Pfandschuldner herausgegeben.

---

[1] Siehe oben § 43.

Das Wort Pfand (nd. pand, pant) bedeutete ursprünglich nicht das gesetzte, sondern das genommene Pfand. Die Pfandnahme war entweder Privatpfändung oder obrigkeitliche Pfändung. Das Recht der Pfandnahme (Schüttung) hatte der Grundbesitzer an fremdem Vieh, das auf seinem Grund und Boden Schaden anrichtete. Nach ältestem Rechte verfiel das Tier der Rache des Beschädigten, er durfte es töten. Doch hat sich die Tötungsbefugnis nur bei gewissen Tieren (Gänsen, Enten, Hühnern) erhalten; andere durfte der Beschädigte schon in fränkischer Zeit nicht mehr töten, sondern nur noch in Haft nehmen und einschließen (schütten). Löste der Eigentümer die Tiere nicht ein, so konnte der Beschädigte an ihnen Vergeltung üben. Nach jüngerem Rechte haftete das geschüttete Vieh regelmäßig nach Art eines Pfandes, aus dem der Beschädigte seine Befriedigung suchen durfte. Pfandnahme war ferner zulässig gegen die Person, die auf fremdem Besitztum Schaden anrichtete oder sich daran tatsächlich eine Eigentumsbefugnis anmaßte. Das Recht der Pfändung hatten der Leihehherr und der Vermieter wegen versessenen Zinses, der Rentenherr wegen versessener Rente. In Notfällen, nämlich bei Rechtsverweigerung und bei Gefahr im Verzug, war die Pfändung jedem Gläubiger gestattet.

Um gewettete Schuld konnte nach älterem Rechte der Schuldner bzw. der Bürge außergerichtlich gepfändet werden. Doch wurde die Ausübung des Pfändungsrechtes schon in der Mehrzahl der Volksrechte an gerichtliche Ermächtigung und an die Beobachtung gewisser Formen gebunden. Wegen der Gefahr der Störung des Friedens haben die Landfriedensgesetze die Privatpfändung um Schuld verboten. Eine Ausnahme bildete nur noch der Fall der Pfändungsklausel, die im jüngeren Mittelalter aufkam, d. h. der Fall, daß der Gläubiger sich in der Schuldurkunde vom Schuldner die Befugnis der außergerichtlichen Pfändung verschreiben ließ.

IV. Das Familienrecht.

§ 52. Die Ehe. Die Familienrechtsverhältnisse sind auf das Mundium des Familienhauptes gebaut. Mundium, Vormundschaft, bezeichnet aber im allgemeinen ein Schutz- und Vertretungsverhältnis, ein Begriff, der über das Gebiet des Familienrechtes hinausragt, da unter ihn außerdem noch fallen das Verhältnis des Schutzherrn zum Mundmann, zum Hörigen, die Vogtei über Fremde, über Kirchen und die prozessualische Vertretung mündiger Personen, soweit sie ausnahmsweise gestattet war. Der Vormund vertritt den Mündel vor Gericht, haftet für dessen Vergehen und empfängt für ihn Buße und Wergeld. Der Begriff des Mundiums ist im Laufe der Zeit eingeschränkt worden, indem einzelne Vertretungsverhältnisse den privatrechtlichen Charakter völlig abstreiften, andere den einer beliebig widerruflichen Willensfubstitution annahmen. Andererseits traten die einzelnen Anwendungsfälle des Mundiums als selbständige Privatrechtsinstitute auseinander, indem die innere Seite des Verhältnisses, nämlich die Stellung zwischen Vormund und Mündel, sich verschiedenartig gestaltete und das Vertretungsverhältnis auch nach außen hin differenzierte. So schieden sich die Fälle der Familienvormundschaft in die der ehelichen Vormundschaft, der väterlichen, der subsidiären Alters- und Geschlechtsvormundschaft und der Vormundschaft wegen geistiger und wegen körperlicher Gebrechen.

Die Voraussetzungen der Eheschließung wurden durch das Volksrecht bestimmt. Im ältesten germanischen Rechte hatte der Frauenraub ebenso wie einst bei den Indern und Römern ehebegründende Kraft. Als die rechtlich allein zulässige Form der Eheschließung erscheint in den ältesten Rechtsquellen der Frauenkauf. Er war ursprünglich von beiden Seiten Realkontrakt, indem die Leistung des Kaufpreises durch den Bräutigam und die Hingabe der Braut durch den Vormund uno actu, Zug um Zug erfolgten. Aber schon früh traten der Kaufvertrag über die Braut und deren Übergabe als zwei zeitlich und rechtlich geschiedene Handlungen auseinander, so daß nunmehr die Eheschließung in den Akt der Verlobung (desponsatio) und in den Akt der Trauung (traditio puellae) zerfiel. Die Verlobung war der schuldrechtliche Vertrag, abgeschlossen zwischen dem Bräutigam und der Sippe oder dem Vormund der Braut, durch den diese in die Ehe verkauft wurde. Auf den Willen der Braut kam es nicht an. Sie brauchte um die Verlobung nicht einmal zu wissen. Doch wurde unter dem Einfluß des Christentums auf die Zustimmung der Braut (die sich dadurch zur Treue verpflichtete) steigende Rücksicht genommen und den Weibern, zunächst den Witwen, die Befugnis eingeräumt, sich in bestimmten Fällen selbst zu verloben. Für den Kaufpreis (Wittum, burgundisch wittemo, friesisch

wetma, angelsächsisch weotuma, ahd. widemo) bestanden gesetzliche Ansätze, die in den verschiedenen Stammesrechten verschieden normiert waren. Uranfänglich war die Zahlung des Kaufpreises wesentlich für die bindende Kraft der Verlobung. Dies änderte sich entsprechend der allgemeinen Wandlung des Vertragsrechtes. Für den Abschluß des Vertrags genügte die Zahlung eines Handgeldes, das bei den Franken einen solidus und einen denarius betrug und allmählich den Charakter eines symbolischen Kaufpreises erhielt. Außerdem war es zulässig, den Kaufpreis mit Hingabe einer wadia zu versprechen, die Verlobung beiderseits durch Wettvertrag abzuschließen. Galt nach ursprünglicher Auffassung die Braut selbst als Gegenstand des Kaufvertrags, so machte sich bei fortschreitender Entwicklung eine verfeinerte Anschauung geltend. Wo die Kaufidee wenigstens formell festgehalten wurde, betrachtete man als Kaufobjekt nicht mehr die Braut, sondern das Mundium über sie, das um den Kaufpreis (langobardisch mundius, friesisch mundscet, Mundschatz) abgelöst werden soll. In der Regel trat die Kaufidee auch der Form nach zurück, und sachlich wurde die Verlobung allenthalben für den Bräutigam zur Verpflichtung, die Braut heimzuführen und ihr ein Wittum (dos) zu bestellen, so daß die puella emta sich in eine puella dotata verwandelte. Es ging nämlich vom 6. bis zum 9. Jahrhundert bei den verschiedenen Stämmen eine Veränderung in dem Charakter und Zweck des Kaufpreises vor sich. Nachdem es Sitte geworden, daß der Vater oder Vormund einen Teil des Kaufpreises oder dessen ganzen Betrag der Braut zuwendete, fiel dieser schließlich von Rechts wegen ganz oder zum größten Teile an die Braut mit der Bestimmung, deren Witwenversorgung zu bilden.

Der zweite wesentliche Akt der Eheschließung, die Trauung, bestand darin, daß die Braut in Gegenwart der Verwandten dem Bräutigam von dem Vormunde feierlich mit Übergabe bestimmter Trauungssymbole tradiert wurde, woran sich nach mehreren Rechten die Heimführung der Braut, der Brautlauf, anschließen mußte. Erst mit der Trauung wurde die Ehe perfekt. Die Verlobung an sich übertrug noch kein Mundium. Entführung oder Raub der noch nicht angetrauten Braut wurde nicht dem Bräutigam, sondern dem Mundwalt gebüßt. Die Mundgewalt und mit ihr die Vertretung der Frau gegen Dritte ging von dem Vormunde auf den Bräutigam erst durch die Trauung über.

Später wird die Verlobung unmittelbar zwischen Bräutigam und Braut mit Zustimmung des Vormundes abgeschlossen. Die Trauung verliert den Charakter der traditio puellae und wird zur gegenseitigen Trauung. Die Volkssitte verlegt den Trauungsort aus dem Hause des Vormundes vor die Kirchentür, um die Öffentlichkeit des Aktes zu erhöhen und ihm die Einsegnung des getrauten Paares in der Kirche unmittelbar folgen zu lassen.

Friedlosigkeit des Ehemannes oder der Ehefrau führte von Rechts wegen die Auflösung der Ehe herbei. Die Ehe konnte aber auch vertragsmäßig geschieden werden, und zwar durch einen zwischen dem Ehemann und der Sippe der Frau abgeschlossenen Scheidungsvertrag. Außerdem konnte der Mann die Ehe einseitig scheiden. Die einseitige Scheidung war entweder eine rechtmäßige, wenn sie ex iusta causa, z. B. wegen Unfruchtbarkeit des Weibes, erfolgte. Oder sie war eine rechtswidrige; dann löste sie zwar die Ehe auf, allein der Mann setzte sich der Fehde der Verwandten seiner verstoßenen Frau aus, oder die Scheidung hatte eine Buße und vermögensrechtliche Nachteile zur Folge. Einseitige Scheidung durch den Willen der Frau war dem älteren Rechte unbekannt. Aber noch in fränkischer Zeit wurde eine Ehescheidung durch Scheidungsvertrag beider Ehegatten Rechtens, und erlangte auch die Frau in gewissen gesetzlichen Fällen ein einseitiges Scheidungsrecht. Seit Karl dem Großen drangen die kirchlichen Grundsätze über Ehescheidung in das weltliche Recht ein. Im 10. Jahrhundert erwarb die Kirche die ausschließliche Gerichtsbarkeit in Sachen der Ehescheidung, die von da ab nur nach kirchlichem Rechte beurteilt wurde.

§ 53. Das eheliche Güterrecht. Das eheliche Güterrecht der fränkischen Zeit erscheint in der Hauptsache als ein auf der vormundschaftlichen Gewalt des Mannes beruhendes System der Verwaltungsgemeinschaft. Die Trauung schloß als Übergabe der Braut auch die Übergabe ihres Vermögens in sich. Der Mann hatte daher Besitz und Verwaltung des Frauengutes, er hatte daran, wie es später heißt, eine Gewere zu rechter Vormundschaft. Kraft dieser mochte er Frauengut zu ehelichen Zwecken veräußern; nur bezüglich des liegenden Gutes war

eine Mitwirkung der Frau erforderlich. Die innere Seite des Verhältnisses wurde durch diese nach außen hin hervortretende Einigung des Vermögens nicht berührt, indem beide Ehegatten, ohne in eine Rechtsgemeinschaft einzutreten, Subjekte ihres Vermögens blieben, so daß nach wie vor zwischen dem Gute des Mannes und dem Frauengute zu unterscheiden war.

Zu den Bestandteilen des Frauengutes gehörten insbesondere drei durch Ursprung und Zweck gekennzeichnete Gaben, nämlich die Aussteuer oder Heimsteuer, das Gut, das der Frau aus dem Elternhause oder aus der Hausgemeinschaft, der sie angehörte, anläßlich der Eheschließung mitgegeben wird, ferner zwei Gaben des Mannes, das aus dem Mundschatz hervorgegangene Wittum, auch dos genannt, und die Morgengabe, ursprünglich ein freiwilliges, aber auf der Sitte beruhendes Geschenk, das der Mann der Frau am Morgen nach der Brautnacht darbrachte. Einzelne Stammesrechte gewährten der Frau ein gesetzliches Wittum oder eine gesetzliche Morgengabe, falls und soweit solche nicht vertragsmäßig bestellt waren. So gebührte nach jüngerem salfränkischem Rechte der Frau als gesetzliche dos die sogenannte tercia, ein Drittel vom beweglichen und unbeweglichen Vermögen des Mannes.

Franken und Westfalen kannten schon in fränkischer Zeit eine beschränkte Gütergemeinschaft; sie räumten der Frau einen Anteil an der Errungenschaft ein, d. h. an dem Vermögen, das die Ehegatten während der Ehe durch Arbeit oder entgeltliches Rechtsgeschäft erwarben. An der Errungenschaft bestand eine Rechtsgemeinschaft, an der die Frau bei den Franken zu einem Drittel, bei den Westfalen zur Hälfte beteiligt war.

Bei Auflösung der Ehe fiel das vorher in der Hand des Mannes geeinte Vermögen in seine Bestandteile auseinander. Doch gestaltete sich das Schicksal der das Frauengut bildenden Gaben verschieden mit Rücksicht auf den verschiedenartigen Charakter, den sie unter dem Gesichtspunkte der Zweckschenkung besaßen, und mit Rücksicht auf den Einfluß, den nach manchen Rechten die Geburt eines lebendigen Kindes auf das Güterrecht durch Herbeiführung einer engeren Gemeinschaft unter den Ehegatten ausübte. Starb der Mann, so nahm die Frau die einzelnen Bestandteile des Frauengutes; das Wittum häufig nur zu unveräußerlichem lebenslänglichen Eigentum, indem es bei beerbter Ehe den Kindern verfangen, bei unbeerbter Ehe dem Rückfall an die Verwandten des Mannes (des Bestellers) unterworfen war. Löste sich die Ehe durch den Tod der Frau auf, so fiel die Morgengabe an den Mann als den Geber zurück. Das Wittum gebührte bei unbeerbter Ehe in der Regel dem Manne, bei beerbter Ehe den Kindern. Die Aussteuer kehrte bei unfruchtbarer Ehe an den Besteller oder dessen Erben zurück; anderenfalls gehörte sie zur Erbschaft der Frau. Doch behielt bei fruchtbarer Ehe der Mann nach oberdeutschen und nachmals auch nach fränkischen Rechten die Aussteuer für Lebenszeit.

In nachfränkischer Zeit haben die meisten deutschen Stammesrechte eine Gütergemeinschaft aufzuweisen. Sie tritt entweder durch die Eheschließung an sich oder doch mit dem Beilager ein oder erst dann, wenn in der Ehe ein lebendiges Kind geboren worden war, während bei unfruchtbarer Ehe an der Verwaltungsgemeinschaft festgehalten wird. Der fruchtbaren Ehe wird an vielen Orten die überjährige Ehe gleichgestellt. Die Gütergemeinschaft ist entweder Errungenschaftsgemeinschaft, oder sie ist Fahrnisgemeinschaft, d. h. Gemeinschaft des beweglichen Vermögens und der Errungenschaft. Einzelne Rechte, so insbesondere westfälische und fränkische, sind zu einer allgemeinen Gütergemeinschaft vorgeschritten. Als Übergangsformen finden sich bei den Franken die Rechtsinstitute der Verfangenschaft und des Teilrechtes. Die so zur Entwicklung gelangte Gütergemeinschaft läßt an den Vermögensteilen, die sie ergreift, wahre Rechtsgemeinschaft entstehen und äußert sich praktisch zumeist in der Haftung für Schulden und in der Behandlung des Vermögens bei Auflösung der Ehe.

Im Gegensatz zu den im fränkischen und westfälischen, im friesischen Rechte und in Süddeutschland ausgebildeten Arten der Gütergemeinschaft hat das ostfälisch-sächsische Recht, wie es uns im Sachsenspiegel und in den Quellen des Magdeburger Rechtes überliefert ist, das System der Verwaltungsgemeinschaft bewahrt. Eigentümlich ist ihm u. a. das Institut der Gerade. Diese besteht aus den zum persönlichen Gebrauch der Frau bestimmten und aus den ihrem häuslichen Wirkungskreise angehörigen Gegenständen, wie sie die Aussteuer zu bilden pflegten. Bei Auflösung der Ehe wurde der Frau statt der im konkreten Falle eingebrachten Aussteuer als deren Ersatz die Gerade herausgegeben. Außerdem erhielt die Frau nach dem Tode des Mannes die Morgengabe, den sogenannten Musteil, das ist die Hälfte des auf dem

Hofe vorhandenen Speisevorrats, und das Wittum, das entweder in dem lebenslänglichen Nießbrauch an Grundstücken (Leibgedinge, Leibzucht) bestand oder aber zu Ursal, d. h. in frei veräußerlichem und vererblichem Eigentum an Liegenschaften, bestellt wurde. Bei Auflösung der Ehe durch den Tod der Frau fiel ihre Gerade an ihre nächste weibliche Verwandte (Niftelgerade).

§ 54. **Die Kindschaft.** Das Kind steht unter der Mundschaft und Gewalt des Vaters, die so lange dauert, als es im Hause des Vaters lebt, in dessen Were sitzt. Der Vater hat das Vermögen des Kindes in Verwaltung und Nutzung, haftet aber für dessen Missetat. Mündigkeit oder Großjährigkeit ist an sich ohne Einfluß auf den Bestand der väterlichen Gewalt. Diese erlischt durch den Tod des Vaters, durch Austritt aus der väterlichen Hausgenossenschaft und durch rechtsförmliche Aufhebung. Der Austritt geschah bei Töchtern durch die Verheiratung, bei Söhnen, indem sie einen selbständigen Haushalt begründeten oder in eine fremde Hausgenossenschaft eintraten. Die Begründung wirtschaftlicher Selbständigkeit erfolgte von seiten der Söhne wohl meistens mit ihrer Verheiratung. Sofern dies nicht der Fall war, verlangen jüngere Quellen, zumal fränkische Stadtrechte, einen rechtsförmlichen Akt, durch den der Vater vor Gericht den Sohn aus seinem Brote scheidet, indem er ihm zugleich ein gewisses Einkommen anweist, eine Handlung, welche exseparare, emancipare, forisfamiliare, aus Brot und Pflicht tun genannt wird. Nach manchen Rechten vermag diese Förmlichkeit eine selbständige rechtliche Wirkung zu äußern; der Sohn gilt kraft derselben auch dann für emanzipiert, wenn er im Hause des Vaters verbleibt, oder doch, wenn er nach längerer, gesetzlich befristeter Abwesenheit dahin zurückkehrt. Eine Aufhebung der väterlichen Gewalt führte in ältester Zeit die Aufnahme in die Gefolgschaft herbei, weil sie den Eintritt in eine fremde Hausgenossenschaft, nämlich in die des Gefolgsherrn, zur Folge hatte.

Das uneheliche Kind, Winkelkind (hornung, horning) hatte noch in der Zeit der Volksrechte eine verhältnismäßig günstige Stellung. Vom Vater anerkannt, gehörte es dem väterlichen Hause an, wenigstens dann, wenn es in öffentlichem Konkubinat (in einer Kebs- oder Friedelehe) mit einem freien Weibe erzeugt worden war. Uneheliche Söhne hatten ein beschränktes oder doch ein subsidiäres Erbrecht gegen den Vater. Erst unter dem Einfluß der Kirche ist die Stellung der Unehelichen bis zur „Rechtlosigkeit" verschlechtert worden. Sie verloren jedes Erbrecht gegen den Vater. Ja, nach manchen Rechten, welche die rechtliche Stellung der von unfreien Mägden geborenen Bastarde auf alle Winkelkinder ausdehnten, darbten sie auch der Mutter gegenüber des Erbrechts. Bei den Friesen blieben wenigstens Zuwendungen des Vaters an das uneheliche Kind (Horningsgaben) gestattet und durch die Sitte geboten. Auch geht der Alimentationsanspruch, den nachmals das gemeine Recht dem unehelichen Kinde gegen den Erzeuger gewährt, auf deutschrechtliche Grundlagen zurück.

§ 55. **Die Vormundschaft.** In dem engeren Sinne, in welchem wir das Wort Vormundschaft gegenwärtig verwenden, tritt die Familienvormundschaft bei solchen schutzbedürftigen Personen ein, welches es an der väterlichen bzw. ehelichen Mundschaft gebricht. Sie steht ursprünglich der Sippe in ihrer Gesamtheit zu, welche einen aus ihrer Mitte zur Verwaltung der Vormundschaft bestellt. Da man hierzu, wie es in der Natur der Sache lag, regelmäßig den nächsten Schwertmagen des Mündels, d. h. den nächsten männlichen Verwandten männlicher Linie, wählte, bildete sich der Rechtssatz, daß dieser der geborene Vormund sei. Im Verhältnis zu den geborenen Vormündern äußert sich das Recht der Sippe als Obervormundschaft. Sie hat das Recht der Aufsicht, das Recht des Konsenses, namentlich bei der Verheiratung des Mündels und vielfach auch bei Veräußerungen von Mündelgut, und das Recht, den Vormund wegen schlechter Verwaltung abzusetzen. In Bedürfnisfällen macht sie hier und da auch die Befugnis geltend, einen Vormund zu bestellen. Mit der Obervormundschaft der Sippe tritt, zuerst in den Städten, die Obervormundschaft der Obrigkeit in Konkurrenz, für die sich schon in der fränkischen Zeit theoretische Ansätze ausgebildet hatten. Das endgültige Ergebnis dieser Entwicklung, welche zum Teil über die Zeitgrenze dieser Periode hinausfällt, war ein verschiedenes. Entweder hat die Staatsgewalt die Obervormundschaft vollständig an sich gezogen, was ihr namentlich dort gelang, wo die Obervormundschaft der Sippe dem geborenen Vor-

munde gegenüber nur noch wenig zu bedeuten hatte. Oder der Staat hat die Sippe mediatisiert, was besonders früh in den flandrischen und niederländischen Städten geschah, indem er sie zu einem Organ der Vormundschaftsverwaltung, nämlich zum Familienrate herabdrückte.

Die Familienvormundschaft ist Altersvormundschaft oder Geschlechtsvormundschaft oder Vormundschaft über Toren und Sinnlose. Der Altersvormundschaft bedürfen die Unjährigen, d. h. jene, welche die Jahre der Mündigkeit noch nicht erreicht haben. Die Jährigkeitstermine waren in den einzelnen Stammesrechten verschieden bestimmt. Anfänglich verhältnismäßig früh angesetzt, erfuhren sie später eine Verschiebung, indem die Dauer der Unjährigkeit — mitunter zunächst in den höheren Berufsklassen — ausgedehnt wurde. Die ältesten Termine waren das zehnte (ursprünglich bei den Angelsachsen) und das zwölfte Jahr (bei Salfranken, Friesen und Sachsen). Durch Erhöhung um die Hälfte sind daraus die Termine von fünfzehn (Ribuarier) und achtzehn Jahren (Langobarden seit Liutprand) hervorgegangen. Der Unjährige war nicht schlechtweg geschäftsunfähig. Doch konnte er das von ihm abgeschlossene Rechtsgeschäft nach erreichter Jährigkeit widerrufen. Zu einer vollkommenen gerichtlichen Vertretung der Unjährigen sind die meisten Volksrechte noch nicht gelangt. Prozesse um Erbgut des Unjährigen blieben nach fränkischem Rechte bis zum Eintritt der Jährigkeit suspendiert.

Der Sachsenspiegel kennt als den Termin, mit dem man mündig wird, „zu seinen Jahren kommt", noch das zwölfte Jahr. Personen, die bereits zu ihren Jahren gekommen sind, aber noch nicht das 21. Jahr vollendet haben, „noch nicht zu ihren Tagen gekommen sind", und solche, die über ihre Tage hinaus sind (60. Jahr), haben nach Sachsenrecht die Befugnis, sich einen Vertreter zu wählen, dessen Stellung gleichfalls unter den Gesichtspunkt der Vormundschaft gebracht wird. Die Stellung des geborenen Vormundes gestaltete sich verschieden in den einzelnen Rechten, wobei ins Gewicht fällt, ob die Hausgemeinschaft zwischen Vormund und Mündel als Regel gedacht war oder nicht. Im allgemeinen führte der Vormund die Verwaltung des Mündelgutes, für die er Sicherheit bestellen mußte, und über die er nach manchen Rechten Rechenschaft abzulegen hatte, während ihm nach anderen am Mündelgute, das „nicht wachsen noch schwinden" konnte, eine tutela usufructuaria gebührte. Außerdem stand dem Vormunde die gerichtliche Vertretung und die Vertretung oder Witwirkung bei Rechtsgeschäften zu.

Unter Geschlechtsvormundschaft standen die Weiber ihr Leben lang. Vormund war ihr nächster Schwertmage, über die Ehefrau der Ehemann, über die Witwe der nächste Schwertmage des verstorbenen Mannes, wenn aber der Mann ihr nicht ebenbürtig gewesen war, der nächste Schwertmage ihrer eigenen Sippe.

V. Das Erbrecht.

§ 56. Der Erbgang. Das germanische Erbrecht war ein Familienrecht. Die Erben waren geborene, nicht gekorene, soweit nicht nach einzelnen Rechten die Blutsverwandtschaft durch Adoption ersetzt werden konnte. Unbekannt oder unstatthaft waren letztwillige Verfügungen.

Die Anfänge des Erbrechtes weisen auf eine Vermögensgemeinschaft zurück, die bei Lebzeiten des Erblassers zwischen ihm und den in seinem Haushalte vereinigten Erben bestand. Den Sohn, der sich selbständig machte, fand ursprünglich die Abschichtung, die Tochter, die der Ehemann heimführte, fand die Ausstattung für den Anteil am Hausvermögen ab. Wenn die Gemeinschaft sich durch den Tod des Erblassers auflöste, so erhielt der Tote selbst seinen Anteil daran. Ihm gebührte nämlich der sogenannte Totenteil, eine Quote des beweglichen Nachlasses, nicht selten ein Drittel, oder ein Inbegriff bestimmter Gegenstände, z. B. Pferd oder Rind, Gewand und Waffen. Der Totenteil wurde zur Bestattung und zur Trauerfeier verwendet; indem er mit verbrannt oder begraben wurde, gab man ihn dem Verstorbenen ins Jenseits mit. Reichte der Nachlaß des Verstorbenen nicht aus, um ihn gehörig auszustatten, so wurde wohl auch fremde Habe widerrechtlich dazu verwendet. Die älteste Satzung des alamannischen Rechtes setzt besondere Bußen für den Fall, daß man seinem Toten fremdes Gut ins Grab legt. Als nach der Christianisierung der Germanen die Kirche die Sorge für das Heil der Verstorbenen im Jenseits übernommen hatte, gestaltete sich der Totenteil zum Seelgerät, Seelteil oder Seelschatz. Der Tote empfing nunmehr seinen Anteil an der Erbschaft dadurch, daß er zum Heil seiner Seele der Kirche oder den Armen zugewendet wurde.

Antretung der Erbschaft war nicht erforderlich. „Der Tote erbt den Lebendigen." Der Erbe wurde nach dem Tode des Erblassers an sich als Besitzer des Nachlasses angesehen. „Le mort saisit le vif."

Die Auseinandersetzung durfte unter den Erben erst stattfinden, nachdem der dreißigste Tag nach dem Tode des Erblassers abgelaufen war. Die Zeit bis zum Dreißigsten, die mit einer religiösen Feier abschloß, war Trauerzeit; diese sollte nicht durch Umkehrung des Hauswesens gestört werden. Solange blieb die Witwe und blieb das Gesinde im Sterbehause. So lange war der Erbe gegen Ansprüche der Nachlaßgläubiger geschützt.

Für die Erbteilung galt der Grundsatz: Der Ältere teilt, der Jüngere wählt. Nicht selten blieben die mehreren Erben nach dem Tode des Erblassers als sogenannte Ganerben in ungeteilter Erbschaft sitzen.

Der Gedanke der Hausgemeinschaft wirkte nach der Ausbildung eines von ihr unabhängigen Erbrechtes insofern nach, als innerhalb des Kreises der Blutsverwandten ein engerer Erbenkreis unterschieden wurde, der in den verschiedenen Rechten verschiedenartig abgegrenzt war, aber regelmäßig die Kinder, die Eltern und die Geschwister des Erblassers umfaßte. Zunächst waren die Nachkommen zum Erbe berufen, unter diesen zuerst die Kinder. Enkel hatten anfänglich, wenn Kinder des Erblassers vorhanden waren, neben diesen kein Erbrecht. Fehlte es an Nachkommen, so erbten die Eltern, in deren Ermangelung die Geschwister. Den weiteren Erbenkreis bildete die Magschaft im engeren Sinne. Erst von da ab fühlte man das Bedürfnis, die Sippe zu zählen und zu beweisen.

Die Gliederung der Sippe beruhte auf der Gruppierung der Blutsverwandten nach sogenannten Parentelen, Linien, Gliedern oder Knien. Die gesamte Verwandtschaft schichtete sich nach näheren oder entfernteren Nachkommenschaften oder Parentelen. Eine Parentel bildeten jene Personen, die durch den nächsten Stammvater verbunden waren. Die nähere Parentel erbte vor der entfernteren. Innerhalb der Parentel entschied die Entfernung vom gemeinsamen Stammvater. Die Ursprünglichkeit der Parentelenordnung ist bestritten. Jedenfalls reicht sie in hohes Altertum hinauf. Für den agnatischen Sippeverband der Urzeit war die Gliederung nach Nachkommenschaften von selbst gegeben. Als die Kognaten an den Rechten und Pflichten der Sippe teilhatten, gelangte man zur Einteilung der Magschaft in Hälften (Vater- und Muttermagen), hier und da auch in Viertel oder Kluften (Großelternstämme) und Achtel oder Fachten (Urgroßelternstämme). Mitunter rechnete man nicht nach den Stammeshäuptern, sondern nach Stammgeschwisterpaaren. Zählte man die Magschaft in einer Sippe auf der mit der Ausgangsperson gleichen Querlinie, so kam man zur Zählung nach Vetterschaften, die sich namentlich in Ansehung der Teilnahme an Fehde und Wergeld empfahl, weil sie als Vertreter der Parentelen die mit der Ausgangsperson gleichaltrige Generation ins Auge faßte. In manchen Rechten erfuhr die Parentelenordnung Modifikationen und Trübungen. Die Vorfahren wurden vom Erbe ausgeschlossen oder hinter Seitenverwandten zurückgesetzt. Anderwärts ließ man alle Vorfahren vor den Seitenverwandten erben, so daß die Verwandtschaft in drei Linien (Nachkommen, Vorfahren und Seitenverwandte) zerfiel. In Rechten, die den Gedanken des hausgemeinschaftlichen Erbrechts festhielten und die normalen Abschichtungsverhältnisse zugrunde legten, wurden die Brüder vor Enkeln und entfernteren Deszendenten bevorzugt und erfolgte wohl auch innerhalb der entfernteren Verwandtschaft ein grundsätzlicher Bruch mit der Parentelenordnung.

Die männlichen Verwandten waren vor den weiblichen, die Speerseite vor der Spindelseite bevorzugt. Einst scheinen die Weiber völlig vom Erbe ausgeschlossen gewesen zu sein. Doch hatten sie Anspruch auf Unterhalt im Hause und auf Aussteuer im Falle der Verheiratung. Jener Grundsatz erlitt schon früh eine verschiedenartige Einschränkung. Die Weiber erhielten ein Erbrecht zunächst im engeren Erbenkreise, sofern sie nicht durch Ausstattung ihren Anteil am Hausvermögen vorweg empfangen hatten. In den meisten Rechten, so im langobardisch-sächsischen, im bayrischen und schwäbischen Rechte, schloß der Sohn die Tochter völlig vom Erbe wenigstens des Vaters aus. Nach friesischen Rechten nahm sie einen geringeren Anteil, sie faßte nur „mit halber Hand" an das Erbe. Anderwärts teilte sie die nachgelassene Fahrnis mit dem Sohne, blieb aber hinsichtlich des Grundbesitzes zurückgesetzt, so namentlich im fränkischen Rechte, wo der Grundbesitz oder doch der ererbte Grundbesitz schlechtweg dem Mannesstamme

vorbehalten war. Manche Rechte, welche die Töchter hinter den Söhnen zurücksetzten, gaben zum Ersatz dafür den Schwestern, mitunter auch den Vaterschwestern ein Erbrecht vor anderen männlichen Verwandten des Erblassers. Im übrigen waren die weiblichen Verwandten entweder auf eine Quote des Nachlasses oder geringere Anteile beschränkt, oder sie darbten des Erbrechtes mindestens neben dem Mannesstamme, oder sie wurden, wie im sächsischen Rechte, durch den gleichstehenden Mann des engeren Erbenkreises ausgeschlossen, oder sie teilten mit ihm zu gleichem Rechte, wie dies vielfach im weiteren Erbenkreise der Fall war.

Die fernere Entwicklung führt durch eine verwirrende Mannigfaltigkeit verschiedenartiger Zwischenbildungen hindurch zur Erweiterung des Weibererbrechts und zur erbrechtlichen Gleichstellung der beiden Geschlechter, die zuerst namentlich in den Städten Platz griff. Dagegen hat sich hinsichtlich des Grundbesitzes im Lehnrechte, im Rechte des Adels und im Bauernrechte die Zurücksetzung der Weiber erhalten.

Gewisse Gegenstände des Nachlasses waren einer Sondererbfolge unterworfen. Das Heergewäte oder Heergeräte, bestehend aus den Gegenständen, die der Mann zur Kriegsfahrt brauchte, fiel beim Tode eines Mannes, seit und soweit es aufgehört hatte, Totenteil zu sein, an den nächsten Schwertmagen. Bei dem Tode einer Frau gelangte nach manchen Rechten, so insbesondere nach sächsischem Rechte, die Gerade, in ihrem Inhalte der Witwengerade entsprechend, an die nächste Niftel. Schutzhörige und Halbfreie mußten einen Teil des Nachlasses, das beste Stück Vieh oder das beste Gewand oder eine in Geld fixierte Ablösungssumme, dem Herrn hinterlassen, was ursprünglich als eine von dem Toten an den Herrn (aus dem Totenteil) zu zahlende Abgabe aufgefaßt wurde. Eine besondere Stellung hatte im Erbrechte der Sachsen das Handgemal, der Stammsitz eines freien Geschlechts mit zugehörigem Lande, der sich ungeteilt auf den Ältesten von der Schwertseite vererbte. Geschenktes Gut fiel einst gemäß den Grundsätzen der germanischen Schenkung nach kinderlosem Tode des Beschenkten an den Schenker zurück. Dieses Wiederanfallsrecht hat sich nur bei bestimmten Zweckschenkungen, insbesondere bei Gaben der Eltern an ihre Kinder, erhalten. In fränkischen Tochterrechten hat sich daraus ein singuläres Erbrecht (droit de retour) der Eltern an der Elterngabe entwickelt.

§ 57. **Das Wartrecht und die Vergabung von Todes wegen.** Das Erbrecht äußerte sich schon bei Lebzeiten des Erblassers in dem Wartrechte der nächsten oder gewisser nächster Erben. Wir unterscheiden ein älteres oder jüngeres Wartrecht. Das ältere ist Konsequenz oder Nachwirkung der an den gesamten Hausvermögen zwischen Vater und Kindern bestehenden Rechtsgemeinschaft. Auf der Stufe des älteren Wartrechtes stehen die sogenannten Freiteilsrechte, d. h. die Rechte, nach denen der Erblasser nur über einen Teil seines beweglichen und unbeweglichen Vermögens zum Nachteil der wartberechtigten Erben verfügen konnte. Wartberechtigt waren im allgemeinen nur die Söhne, mitunter auch die Erbtöchter (Töchter, neben welchen Söhne nicht vorhanden waren). Der Freiteil, über den der Erblasser — anfänglich nur nach erfolgter Abteilung der Söhne, später auch ohne solche Abteilung — verfügen durfte, betrug entweder einen Kopfteil (bei den Langobarden und Bayern) oder eine feste Quote, die Hälfte oder ein Drittel (nach salfränkischen und friesischen Rechten), ein Fünftel oder Zehntel des ganzen Vermögens. Die jüngere Form des Wartrechtes erstreckt sich nur auf den Grundbesitz und macht dessen Veräußerung von der Zustimmung der nächsten Erben abhängig, ohne Rücksicht darauf, ob sie dadurch materiell geschädigt werden. Die ohne Erbenkonsens erfolgte Veräußerung darf der nächste Erbe binnen Jahr und Tag anfechten und das veräußerte Gut an sich ziehen (formelles Beispruchsrecht). Dagegen mag der Erblasser gesunden Leibes über die Fahrhabe frei unter Lebenden verfügen. Nur die im Siechtum erfolgte Veräußerung der Fahrhabe ist unwirksam. Die Verfügungsfähigkeit des Erblassers wurde deshalb von gewissen rechtlich hergebrachten Kraftproben des Veräußerers abhängig gemacht, eine Beschränkung, gegen welche die Kirche lebhaft ankämpfte, wie denn auch die davon handelnde Stelle des Sachsenspiegels unter die vom Papste 1374 reprobierten Artikel dieses Rechtsbuches zählt.

Das formelle Beispruchsrecht findet sich in voller Deutlichkeit zuerst bei den Sachsen. In der Zeit der Rechtsbücher hat es weitere Verbreitung, indem auch Freiteilsrechte dazu übergegangen waren, während in anderen der Freiteil nur noch für Vergabungen von Todes wegen oder für Seelgaben praktische Bedeutung behielt.

In Fällen echter Not war der Erblasser an das Wartrecht der nächsten Erben nicht gebunden, wenn er das Gut, das er veräußern wollte, ihnen vergeblich zum Vorkauf angeboten hatte. Vielfach ist das Beispruchsrecht zu einem Vorkaufsrechte abgeschwächt worden oder zu einem Einstands- oder Retraktrechte, kraft dessen der nächste Erbe das ohne seinen Konsens verkaufte Gut binnen Jahr und Tag gegen Eintritt in die Verkaufsbedingungen an sich ziehen konnte. Ein solches Retraktrecht hat sich zugunsten des nächsten Erben und bei anderen Rechtsverhältnissen auch selbständig entwickelt. Soweit das Beispruchsrecht sich erhielt, ist es regelmäßig auf das ererbte Gut des Erblassers beschränkt, dagegen für das Gewinngut beseitigt worden.

Gestattet war von alters her, daß der Erblasser bei Lebzeiten sein Gut an den nächsten Erben abtrat gegen lebenslänglichen Unterhalt und angemessenes Begräbnis, oder indem er sich eine Quote seines Besitztums für Lebenszeit vorbehielt. Das Geschäft findet sich schon in einer fränkischen Formelsammlung des 7. Jahrhunderts und ist seit dem 13. Jahrhundert in fränkischen und friesischen Gegenden unter der Bezeichnung „evelganc" nachzuweisen. Als Gutsabtretung gegen Altenteil kommt es noch jetzt in einem großen Teile Deutschlands in Anwendung.

Wo die dargestellten Rechtssätze über Bevorzugung des Mannsstammes, über das Handgemal und über das Wartrecht, welche die Erhaltung des Grundbesitzes im Mannsstamme beförderten, entweder nicht in Geltung waren oder nicht mehr galten oder nicht als ausreichend erschienen, konnte man besondere Verfügungen treffen, vermöge deren gewisse Güter auf die Dauer im Mannsstamme erhalten blieben. Bei den Angelsachsen finden sich schon vom 8. Jahrhundert ab Zuwendungen von Grundstücken mit der Bestimmung, daß sie unveräußerlich im Mannsstamme des Bedachten verbleiben sollen. In Deutschland tauchten Rechtsgeschäfte ähnlicher Tendenz erst später auf. Man benutzte hier die Vergabung zu gesamter Hand mit Ausschließung der kognatischen Erbfolge. Das unter den Gesamthändern begründete Verhältnis, bei welchem Teilung und Veräußerung in der Regel ausgeschlossen sind, wird vielfach als Ganerbschaft bezeichnet. Die dahin abzielenden Rechtsgeschäfte heißen Burgfrieden, Stammvereine, Erbeinigungen und bilden die Vorläufer der späteren Fideikommißstiftungen. Seit dem 14. Jahrhundert finden sich dabei auch Anordnungen einer bestimmten Individualsukzession.

Vergabungen von Todes wegen waren ursprünglich unzulässig, weil der Erblasser dadurch die vergabte Sache nach der Auffassung der Zeit nicht sich, sondern seinen Erben entzog. Doch kannte das ältere Recht die Möglichkeit, daß ein kinderloser Erblasser sein Vermögen jemand auf den Todesfall zuwendete, indem er ihn durch Adoption zum Erben machte. Dieses Geschäft hieß bei den Langobarden thinx, gairethinx, bei den Franken adfatimus. Ganz allgemein waren seit dem 7. und 8. Jahrhundert, namentlich zugunsten von Kirchen, donationes post obitum zulässig und üblich, durch traditio cartae vollzogene Rechtsgeschäfte, kraft deren das Eigentum an dem vergabten Gegenstande nach dem Tode des Schenkers dem Bedachten zustehen sollte, während dem Schenker selbst die lebenslängliche unveräußerliche proprietas verblieb. Im jüngeren Mittelalter entwickelten sich dann zuerst in Süddeutschland im Anschluß an die Vergabung von Todes wegen die Erbverträge, rechtsförmliche Verträge, die dem Erblasser die Verfügung über sein Gut unter Lebenden vorbehielten, aber dem Bedachten ein unentziehbares Erbrecht daran einräumten.

Letztwillige Verfügungen stellte die Kirche unter ihren Schutz. Sie verlangte die Gerichtsbarkeit in Testamentssachen und begehrte die Erfüllung des letzten Willens als eine sittliche Pflicht. Im weltlichen Rechte wurden letztwillige Verfügungen, Geschäfte oder Gemächte genannt, zunächst für den Seelenteil, dann darüber hinaus als rechtsverbindlich anerkannt. Doch enthielten sie nicht Erbeinsetzungen im römischen Sinne, sondern nur einzelne Vermächtnisse. Um deren Ausführung vom guten Willen des gesetzlichen Erben unabhängig zu machen, bediente man sich gewisser Mittelspersonen, Treuhändler, erogatores, Exekutoren, denen die Nachlaßregulierung übertragen wurde, eine Einrichtung, aus der das Institut der Testamentsvollstrecker hervorging. Testamente im römischen Sinne kamen in Deutschland erst mit der Aufnahme der fremden Rechte in Übung.

Zweiter Teil.

Die Rechtsentwicklung seit der Aufnahme der fremden Rechte.

I. Allgemeine Rechtsgeschichte.

§ 58. Niedergang und Untergang des Reiches. Das heilige römische Reich ging seit dem Ausgang des Mittelalters seiner allmählichen Auflösung entgegen. Seine Verfassung vermochte die abgestorbenen und zur Unwahrheit gewordenen Formen des Lehnwesens nicht zu überwinden. Projekte und Versuche einer Verfassungsreform, die im 15. Jahrhundert auftauchten, blieben im wesentlichen erfolglos. Zwischen der Reichsgewalt und den Territorialgewalten stellte sich ein Parallelogramm der Kräfte her, so daß sie sich gegenseitig das Gleichgewicht hielten und keine der anderen Herr werden konnte. Der Schwerpunkt der politischen Entwicklung lag in den Territorien, von welchen Österreich in Verbindung mit außerdeutschen Ländern seinem Fürstengeschlechte, dem Hause der Habsburger, den ununterbrochenen Besitz der deutschen Königskrone und des nun fast inhaltlosen Kaisertitels sicherte. Die spanisch-habsburgische Politik, welche die Interessen des Reiches hintansetzte, hatte zur Folge, daß die Schweiz, die Niederlande, Burgund und Italien dem Reiche auf die Dauer entfremdet wurden. Als der größere Teil Deutschlands sich der Reformation zugewendet hatte, führte die Gegenreformation zu inneren Kriegen und zur Einmischung ausländischer Mächte. Der Westfälische Friede, durch den der Bürgerkrieg beendet wurde, ließ die religiösen und die politischen Gegensätze bestehen, die ihn hervorgerufen hatten.

Da an der arg gefährdeten Westgrenze Deutschlands eine kräftige, zur Schutzmacht geeignete Territorialgewalt nicht vorhanden war, erlitt das Reich gerade nach dieser Seite hin empfindliche Gebietsverluste.

Die französische Revolution und deren Folgen gaben den Anlaß zum endlichen Zusammensturze des Reiches, das seine Lebensfähigkeit schon längst eingebüßt hatte. Im Frieden von Luneville wurde 1801 das ganze linke Rheinufer an Frankreich abgetreten. Am 1. August 1806 notifizierte Napoleon dem Reichstage die Stiftung des Rheinbundes, den sechzehn deutsche Fürsten unter seinem Protektorat am 12. Juli 1806 geschlossen hatten. Am 6. August 1806 legte Franz II. die deutsche Kaiserkrone nieder, nachdem er schon 1804 den Titel eines Kaisers von Österreich angenommen hatte, eine Handlung, welche, wie die Geschichte der Folgezeit lehrt, für die Dynastie der Habsburg-Lothringer den unwiderruflichen Verzicht auf die staatsrechtliche Führung des deutschen Volkes bedeutete.

In der Zeit von der Auflösung des alten bis zur Gründung des neuen Deutschen Reiches machte Deutschland eine Reihe von staatsrechtlichen Übergangsphasen durch. Zunächst bestand der Rheinbund als ein Versuch, Deutschland mit Ausschluß der beiden Großmächte zu konstituieren. Er kam über das Satellitenverhältnis zu Frankreich nicht hinaus, das ihn geschaffen hatte, und wurde durch die Befreiungskriege gesprengt. Die Bundesakte vom 8. Juni 1815 vereinigte die deutschen Staaten mit Einschluß der beiden Großmächte zu einem unvollkommenen Staatenbunde, der die in den Befreiungskriegen angeregten Erwartungen keineswegs erfüllte, nach seiner Grundverfassung einer Weiterentwickelung unfähig war und unter der Leitung Österreichs nur eine neue Form verschleierter Fremdherrschaft darstellte. Die nationale Ein-

heit wurde erst möglich, nachdem deren Gegner Österreich und Frankreich in den Kriegen von 1866 und 1870 besiegt worden waren. Im Prager Frieden vom 23. August 1866 stimmte Österreich der Auflösung des Deutschen Bundes zu. Damit hatte sich der langsame Auflösungsprozeß vollzogen, den einst die Entwicklung der Territorialgewalten begonnen hatte. Diese ist aber bei jenem negativen Ergebnisse nicht stehengeblieben. Die norddeutsche Bundesverfassung vom 17. April 1867 vereinigte unter Preußens Führung zunächst die norddeutschen Staaten zum Bundesstaate. Der Krieg, den Frankreich 1870 heraufbeschwor, endigte mit der Wiedererwerbung der alten Reichslande Elsaß und Deutsch-Lothringen. Die Verfassung des Deutschen Reiches vom 16. April 1871 brachte die Zeit der staatsrechtlichen Übergangsformen zum Abschluß.

§ 59. **Die Besitzverhältnisse.** Die Entwicklung der ländlichen Grundbesitzverhältnisse nahm im östlichen und im westlichen Deutschland einen verschiedenartigen Verlauf. Dabei bildeten Elbe und Böhmerwald die Scheidungslinie, im großen und ganzen zugleich die Grenze zwischen den deutschen Stammlanden und dem deutschen Kolonisationsgebiet. Seit dem Ausgang des Mittelalters wurde in einem großen Teile Deutschlands die rechtliche Sicherheit der bäuerlichen Besitzstände gelockert. Während vorher die Vererblichkeit der geliehenen Bauerstellen sich vielfach durchgesetzt hatte oder doch deren tatsächliche Vererbung auf dem besten Wege war, zur Erblichkeit von Rechts wegen fortzuschreiten, machte sich seit dem 15. Jahrhundert eine rückläufige Bewegung geltend, indem die Grundherren die Erblichkeit der Bauerstellen zu beseitigen oder doch die Ausbildung der Erblichkeit zu hemmen trachteten. Vorschub leistete diesem Streben die romanistische Jurisprudenz, die, auch wenn sie nicht geradezu bauernfeindlich war, doch kein Verständnis besaß für die Mannigfaltigkeit der bäuerlichen Besitzformen des deutschen Rechtes. Da zu deren Beurteilung das römische Recht nur die Begriffe der Erbpacht und der Zeitpacht an die Hand gab, wirkte seine Anwendung nivellierend; sie zwängte zahlreiche Zwischenformen unter die Schablone der Zeitpacht.

Als seit der Ausbildung des Söldnerwesens das Rittertum aufgehört hatte, ein Lebensberuf zu sein, als seit der Rezeption der fremden Rechte der Adel in den Staatsämtern dem rechtsgelehrten Beamtentum weichen mußte, wurde der Ritter zum Landwirt, indem er sich, namentlich im Osten, mehr und mehr auf die Eigenbewirtschaftung seiner Güter verlegte. Soweit es nötig, verließ er den Hof des Fürsten, Stadt oder Burg und legte sich einen zu landwirtschaftlichem Betrieb geeigneten Rittersitz an. Um die Eigenwirtschaft auszudehnen oder zu begründen, begannen die Grundherren des Ostens die „Bauern zu legen", d. h. Bauernland einzuziehen, um es in unmittelbare Nutzung zu nehmen. Oder sie widerstrebten wenigstens der Erbleihe, um durch die Bedingungen der Wiederverleihung die Dienste der Bauern zu steigern und dadurch für die in Ritteräcker verwandelten Bauerhufen und für die intensiver gewordene Landwirtschaft die erforderlichen Arbeitskräfte zu gewinnen. Dabei kam ihnen sehr zustatten, daß die Landesherren gerichtsherrliche und andere landesherrliche Rechte über die Bauern sowie die Einziehung der Steuern den Grundherren überlassen hatten, und daß diese in den Landtagen, auf denen die Bauern nicht vertreten waren, die Klinke der Gesetzgebung in der Hand hielten. Nach dem Dreißigjährigen Kriege vollzog sich die Wiederbesiedelung des verödeten Landes häufig in der Weise, daß der Grundherr, ehe er die wüsten Bauerstellen besetzte, den verfallenen Hof wiederherstellte, so daß auch Hofgebäude und Hofwehr (das Gutsinventar) Eigentum des Grundherrn waren und somit dessen Belieben die Bedingungen der Leihe diktierte. So kam es im östlichen Deutschland zur Ausbildung der Gutsherrschaften.

Dem Westen blieb eine derartige Entwicklung erspart. Die Macht der Landstände war hier der landesherrlichen Gewalt früher erlegen als im Osten. Diese vermochte sich daher frühzeitig der Bauern gegen die Grundherren anzunehmen. So hat sie z. B. in Niedersachsen schon im 16. Jahrhundert die Steigerung der Meierzinse verhindert und die Erblichkeit des Meierrechtes begründet. Soweit Einziehungen von Bauernland stattfanden, führten sie nicht zur Ausbildung von Gutsherrschaften, weil der grundherrliche Besitz überwiegend vermeierter Streubesitz und daher das Salland zu klein war, um den Kern eines eigenwirtschaftlichen Großbetriebs abzugeben. Der Ritter blieb hier in der Hauptsache der Rentner, der er vorher durch den Bezug von Zinsen und Abgaben gewesen war.

Im Osten drohte die Gutsherrschaft mittels systematischer Bauernlegung das Bauernland völlig aufzuzehren. Aber nur hier und da ist dieses Ergebnis nahezu erreicht worden. In den größeren Territorien nahm sich die Staatsgewalt, als sie den Ständen gegenüber erstarkte, des Bauernlandes an, um einen gesunden Bauernstand zu konservieren, und um die Umwandlung steuerpflichtigen Bauernlandes in steuerfreies Herrenland hintanzuhalten. Sie machte den Grundherren gegenüber einen öffentlich-rechtlichen Leihezwang geltend, indem sie ihnen die Wiederbesetzung erledigter Bauerstellen vorschrieb und die Umwandlung von Bauernland in Hofland verbot. In Brandenburg reichen die Anfänge des Leihezwanges bis in das Ende des 16. Jahrhunderts zurück. Auf ganz Preußen dehnten ihn Friedrich Wilhelm I. (14. März 1739) und Friedrich der Große (12. August 1749) aus. Das preußische Landrecht hat ihn (II, 7, § 14) aufs neue sanktioniert.

Die agrarische Gesetzgebung des 19. Jahrhunderts beseitigte die bäuerlichen Leiheverhältnisse, indem sie die geliehenen Bauergüter in dienstfreies Eigentum der Bauern verwandelte. In Preußen hob das Edikt vom 9. Oktober 1807 die ständische Gebundenheit des Grundstücksverkehrs auf. Künftighin sollte der Adlige auch unadlige Güter, der Bürger und Bauer nicht bloß bürgerliche und bäuerliche, sondern auch adlige Güter erwerben dürfen. Durch ein Edikt vom 14. September 1811 und durch die Deklaration vom 29. Mai 1816 führte die Hardenbergsche Gesetzgebung die Regulierung (die Umwandlung der Leiherechts in Eigentum des Beliehenen) bei den sogenannten lassitischen Gütern durch. Die Besitzer erblicher Laßgüter erlangten gegen Abtretung von einem Drittel, die Besitzer nicht erblicher Laßgüter und die gutsherrlichen Zeitpachtbauern gegen Abtretung der Hälfte des Bauernlandes das dienstfreie Eigentum ihrer Stellen. Die Deklaration vom 29. Mai 1816 schränkte die Regulierbarkeit durch wesentliche Ausnahmen ein, so daß insbesondere die kleineren, die nicht spannfähigen Stellen davon ausgeschlossen wurden. Trotzdem gab man den öffentlich-rechtlichen Leihezwang auch für das nicht regulierbare Bauernland auf, was zur Folge hatte, daß von 1816—1848 ein guter Teil davon durch die Grundherren eingezogen oder in ein reines Pachtverhältnis hinübergeleitet wurde. Erst das Gesetz, betreffend die Ablösung der Reallasten, vom 2. März 1850 dehnte die Regulierung auf die 1816 ausgeschlossenen und noch vorhandenen Stellen aus und verwandelte außerdem die Erbzins- und Erbpachtgüter in Eigentum des Erbzinsmannes und des Erbpächters. Die Regulierung geschah nunmehr ohne Landabtretung. Von den bäuerlichen Lasten wurden einzelne, so die Jagdfronden und der Sterbefall, ohne Entschädigung aufgehoben, die meisten aber einem Ablösungsverfahren unterworfen, für dessen Vermittlung besondere Provinzialrentenbanken errichtet wurden. In den deutschen Landschaften, die vorübergehend zu Frankreich gehörten, erfolgte die Bauernbefreiung gemäß der Gesetzgebung der französischen Revolutionszeit. In den meisten übrigen Staaten geschah sie zwar ohne Landabtretung, aber so, daß zur Entschädigung der Grundherren die Hilfe des Staates oder der Provinzen in Anspruch genommen wurde. Mit der Ablösung der Grundlasten ist der wirtschaftliche Prozeß, der durch die Ausbildung der Leiheverhältnisse in fränkischer Zeit als Reaktion gegen die Anhäufung des Grundbesitzes in den Händen weniger begonnen hatte, im Gebiete der bäuerlichen Besitzstände zu seinem geschichtlichen Abschlusse gelangt.

Die neuere agrarische Gesetzgebung hat ferner die Aufhebung der Almenden, der Forst- und Weideservituten und die Verkoppelung (die Zusammenlegung im Gemenge liegender Grundstücke) in die Wege geleitet, die meisten Retraktrechte beseitigt, die unbeschränkte Teilbarkeit des Grundbesitzes ausgesprochen, ihn dem gemeinen Erbrecht unterworfen und die Vertragsfreiheit auf dem Gebiete des Immobiliarrechtes eingeengt, indem sie die Begründung erblicher Nutzungsrechte und dauernder Grundrenten unmöglich machte. Die mißlichen Folgen dieser zum Teil allzu radikalen Agrarpolitik äußerten sich in der hypothekarischen Überschuldung der Bauergüter oder in der Ausbildung von Zwergwirtschaften und in dem zunehmenden Mangel ländlicher Arbeitskräfte. Die neueste Landesgesetzgebung sah sich daher genötigt, neue Wege einzuschlagen, indem sie zum Zwecke der Erhaltung des bäuerlichen Besitzes das Anerbenrecht normierte, zum Zweck seiner Vermehrung die Bildung von Rentengütern ermöglichte.

Das Lehnwesen büßte mit der Auflösung des Reiches seine staatsrechtliche Bedeutung ein. Nachdem schon die Zeit der französischen Herrschaft in einem Teile Deutschlands den Lehnsverband beseitigt hatte, machte ihm die deutsche Allodifikationsgesetzgebung in den meisten

Staaten, namentlich seit 1848, ein Ende. In Preußen hob das Gesetz vom 2. März 1850 das Obereigentum des Lehnsherrn bei allen inländischen Lehen auf, mit Ausnahme der Thronlehen. Doch ist die Lehnseigenschaft, die zugunsten der Lehnsanwärter für das Gut zunächst bestehen blieb, erst infolge der Lehnsauflösungsgesetze verschwunden, die seit 1867 für die einzelnen Provinzen erlassen wurden.

Innerhalb der städtischen Bevölkerung machte sich um die Wende des 15. Jahrhunderts der Gegensatz einer Klasse von Großkaufleuten und eines verarmenden Kleinbürgertums bemerkbar. Zu Anfang des 16. Jahrhunderts erregten große Handelsgesellschaften und Ringe, die namentlich in Süddeutschland ihren Sitz hatten und den Handel monopolisierten, die Mißgunst weiterer Bevölkerungskreise und der Reichsstände. Karl V. mußte in seiner Wahlkapitulation versprechen, die großen Gesellschaften der Kaufgewerbsleute mit Rücksicht auf den merklichen Schaden, den sie dem Reiche und seinen Einwohnern zufügten, abzuschaffen, ein Artikel, der in sämtlichen Wahlkapitulationen bis 1745 wiederkehrt, obwohl die Beschwerde inzwischen gegenstandslos geworden war; denn seit der zweiten Hälfte des 16. Jahrhunderts war Deutschland infolge der Veränderung der Handelswege vom Welthandel nahezu ausgeschlossen.

Als die Wirren des Dreißigjährigen Krieges Handel und Wandel in Deutschland völlig lahmgelegt hatten, trat ein Rückschlag in die Naturalwirtschaft ein. Die Städte gingen in ihrem Wohlstande zurück. Das Handwerk wurde exklusiv, die Zünfte monopolisierten den Gewerbebetrieb, die Zunftverfassung erstarrte, das Wort Zunft bekam seinen modernen Beigeschmack. Die Verknöcherung der Zünfte und die zahlreichen Handwerksmißbräuche veranlaßten das Einschreiten der Reichsgesetzgebung, insbesondere den Reichsschluß von 1731, der sich gewissermaßen als eine Reichszunftordnung darstellt. Die Zünfte gelangten nun unter die Aufsicht und Bevormundung des Polizeistaates, unter der sie vollends verkümmerten. Die moderne Gewerbegesetzgebung brach mit dem Zunftzwang und begründete durch Aufhebung aller gewerberechtlichen Beschränkungen die Gewerbefreiheit.

Da aber neue Organisationen des Handwerks und des Fabrikbetriebes nicht geschaffen wurden, da die Vertragsfreiheit für den Geldverkehr bis zur Wucherfreiheit entfesselt wurde, und da zeitweilig die Wissenschaft und die öffentliche Meinung, die Gesetzgebung und die Verwaltung unter die Herrschaft des politischen Dogmas gerieten, daß der Staat als solcher nicht berufen sei, sich in das freie Spiel der wirtschaftlichen Kräfte einzumengen, bahnte sich eine verhängnisvolle Verschiebung der Wirtschafts- und Gesellschaftsordnung zugunsten des beweglichen Großkapitals an, eine Entwicklung, deren Konsequenzen die schrankenlose Ausbeutung der wirtschaftlich Schwachen, die Anhäufung revolutionären Zündstoffes in den sich organisierenden Arbeitermassen, die Zerreibung der Mittelklassen, der Niedergang des Bauernstandes und eine dabei unausbleibliche Schwächung der nationalen Wehrkraft zu werden drohten. Die sozialen Gegenströmungen, die den Orgien der individualistischen Wirtschaftstheorie auf dem Fuße folgten, brachten die Wissenschaft und den Staat zur Erkenntnis, daß die Gesetzgebung auch auf dem Gebiete der wirtschaftlichen und der sozialen Fragen die Idee der ergänzenden Gemeinschaft anzuerkennen und durchzuführen habe. Die vorläufige Frucht dieser Erkenntnis sind die sozialpolitischen Reichsgesetze, angefangen vom Wuchergesetz bis zu den Gesetzen über die Arbeiterversicherung und den jüngsten Novellen zur Gewerbeordnung, ferner die Börsengesetzgebung und die landesgesetzlichen Versuche, das Agrarrecht zu reformieren.

§ 60. Das Ständewesen. Die Umbildung der Kulturzustände, wie sie die Neuzeit vom Mittelalter scheidet, ist nicht eine Deutschland eigentümliche, sondern eine europäische Tatsache und braucht hier nicht des näheren beleuchtet zu werden. Im Deutschen Reiche zeigte sich am Anfang des 16. Jahrhunderts eine dreifache Bewegung: eine religiöse, eine politische und eine soziale. Die erste siegte in einem großen Teile von Deutschland, getragen durch die Unterstützung der Landesherren und durch den Geist des Bürgertums. Die zweite, die eine Umgestaltung der Reichsverfassung bezweckte, ging von der freien Reichsritterschaft aus und scheiterte ebenso wie die dritte, die den unterdrückten Bauernstand zum Aufruhr trieb.

Das Reich hielt bis ans Ende seiner Tage an seiner Ständegliederung fest. Es kannte Reichsfürsten, Grafen und Herren, Reichsritter, Reichsstädter und Reichsbauern. Der Reichs-

adel zerfiel in einen hohen und niederen, von denen jener neben der Reichsunmittelbarkeit die erbliche Reichsstandschaft voraussetzte. Nur in der hochadligen Geschlechtern hat sich der agnatische Sippeverband erhalten und zu körperschaftlicher Verfassung durchgebildet. Nur sie haben ihr ständisches Sonderrecht dauernd bewahrt, das durch Hausgesetze, Familienobservanz und durch das sogenannte Privatfürstenrecht bestimmt wird. Seit der Auflösung des Reiches zählen zum hohen Adel die souveränen und die mediatisierten (standesherrlichen) Häuser, d. h. jene, die 1806 die erbliche Reichsstandschaft besessen hatten. Die Reichsbauern sind mit den Reichsdörfern noch kurz vor dem Untergang des Reiches verschwunden.

In den Territorien wurde die Unterscheidung eines Adels-, Bürger- und Bauernstandes, wie ihn das Mittelalter überliefert hatte, nach vorübergehender Schärfung der Gegensätze, schließlich im wesentlichen verwischt, um dem Begriffe eines allgemeinen Staatsbürgertums Platz zu machen, wie es die Städte früher in kleinerem Kreise ausgebildet hatten. Der landsässige Adel hörte mit der Einführung der stehenden Heere auf, ein Berufsstand zu sein. Durch die Adelsverleihungen wurde ein Briefadel geschaffen, dem es häufig an dem Grundbesitze gebrach, der sonst eine Voraussetzung des höheren Standes bildete. Nach dem Dreißigjährigen Krieg erscheint die oft betätigte Widerstandskraft des Adels gegen die Landesherrn allenthalben als gebrochen. Seitdem erhielt er sich nur durch Anlehnen an die Höfe, durch den Eintritt in das rechtsgelehrte Beamtentum und in die Offizierstellen der stehenden Heere als ein Faktor von politischer Bedeutung. Doch hat es der Adel des östlichen Deutschlands verstanden, durch die Ausbildung der Gutsherrschaft seine wirtschaftliche und seine soziale Stellung auf lange Zeit hinaus zu steigern.

Seit dem Ausgang des Mittelalters verschlimmerte sich die Lage des Bauernstandes, eine Veränderung, die zuerst im Westen Deutschlands sichtbar ward und dann nach Osten vorrückte. Die öffentlichrechtlichen und die privatrechtlichen Lasten der Bauern wurden willkürlich gesteigert, während die Preise der Bodenprodukte sanken. Der Begriff der Leibeigenschaft wurde auf Halbfreie ausgedehnt, der erbliche bäuerliche Besitzstand nicht selten in prekaristischen verwandelt, die Autonomie der Bauern in Sachen der gemeinen Mark beschränkt oder beseitigt, seit der Obermärker Grundherr des Markbodens geworden. Die Versuche der Bauern, sich gegen die Verschlechterung ihrer Lage selbst zu helfen, führten im Westen und Süden zu Bauernaufständen, die durch die Fürsten gewaltsam niedergeschlagen wurden. Im Osten kam es zur Entstehung der Erbuntertänigkeit und zur Ausbildung einer neuen Art von bäuerlicher Leibeigenschaft.

Für diese Periode haben wir nämlich zwei Arten der Leibeigenschaft zu unterscheiden, die ältere westdeutsche und die jüngere ostdeutsche Leibeigenschaft. Die westdeutsche Leibeigenschaft, in Westfalen Eigenbehörigkeit, im Fürstentum Hildesheim Halseigenschaft genannt, zeigt sich in milderen und härteren Formen, die auf Merkmale der alten Knechtschaft oder der Halbfreiheit zurückführen. Sie ist die persönliche Zugehörigkeit zu einem Leibherrn, die sich in der Entrichtung eines Leibzinses, des Sterbefalls, einer Heiratssteuer, in Dienstpflicht und Gesindezwang und in dem Mangel der Freizügigkeit äußert. Hier und da fehlt eines dieser Merkmale oder treten noch andere hinzu. Verhältnismäßig hart war die Leibeigenschaft in Bayern, am härtesten in Teilen Westfalens, wie denn z. B. noch nach der Eigentumsordnung für Minden und Ravensberg von 1741 die Hälfte des Nachlasses an den Herrn fiel und dieser die Eigenbehörigen verkaufen konnte.

Die ostdeutsche Leibeigenschaft verdankt ihre Entstehung dem Bedürfnis der Grundherren, sich für ihre landwirtschaftlichen Großbetriebe in den Bauern die nötigen Arbeitskräfte zu sichern. Noch im 16. Jahrhundert war der Bauer des Ostens persönlich frei. Doch verlangte man bereits, daß er, wenn er den Hof verlassen wollte, dem Herrn einen Ersatzmann stelle, und daß die Kinder, die sich als Gesinde vermieten wollten, sich zu solchem Dienst zunächst dem Herrn anboten. Diese Pflichten steigerte man dahin, daß der Bauer, um den Hof zu verlassen, stets der Einwilligung des Herrn bedürfe und die Kinder einem unbedingten Gesindezwang unterworfen seien. Die Fronden der Bauern, von Hause aus mäßig, wurden mit dem steigenden Bedürfnis des Herrn, der für sie Gerichtsherr und Obrigkeit geworden, mehr und mehr erhöht. Für Heiraten und für Erlernung eines Handwerks bedurfte es der Genehmigung des Herrn. In dieser Ausgestaltung wurde das Verhältnis nachmals als Erbuntertänigkeit bezeichnet, und kennt es noch

im wesentlichen das preußische Landrecht. Allein, aus der Dienstpflicht und aus den Beschränkungen der Freizügigkeit konstruierte man mit Hilfe römischer Belegstellen Ende des 16. Jahrhunderts den Begriff der Leibeigenschaft. Die Nachwirkungen des Dreißigjährigen Krieges, der Einfluß des polnischen Rechtes und die Schwankungen des Sprachgebrauches ermöglichten es, in einzelnen Ländern die praktischen Konsequenzen jener Theorie zu ziehen. Der Leibeigene galt als pars fundi, d. h. des Rittergutes, zu dem er gehörte. Hof und Land, die ihm der Herr überlassen, besaß er nur auf Widerruf. Wenn der Herr sie ihm nahm, mochte er ihn als Gutstagelöhner beschäftigen. Der Leibeigene war zu ungemessenen Fronden verpflichtet. Ja, es wurde hier und da Rechtens, daß der Herr ihn beliebig veräußern konnte.

Erst der Absolutismus der Staatsgewalt griff bessernd in die Lage der Bauern ein, indem er auf dem Umwege der allgemeinen Untertanenschaft den Begriff des allgemeinen Staatsbürgertums schuf. Die Leibeigenschaft, sowohl die westdeutsche als die ostdeutsche, wurde zum Teil im 18., zum Teil im 19. Jahrhundert von Staats wegen aufgehoben. In Preußen erfolgte zunächst der Rückschlag gegen die juristische Mißbildung der Leibeigenschaft. Sie wurde zuerst auf den königlichen Domänen unter Friedrich Wilhelm I., dann für die östlichen Provinzen 1773 von Friedrich dem Großen, allgemein durch das preußische Landrecht aufgehoben. Doch blieb vorläufig die Erbuntertänigkeit, und zwar in gemilderter Form, bestehen, um erst durch das Steinsche Edikt von 1807 beseitigt zu werden.

§ 61. Die Aufnahme der fremden Rechte. Spricht man von der Rezeption der fremden Rechte, so meint man damit das römische Recht, das kanonische Recht und das langobardische Lehnrecht. Die Aufnahme des römischen Rechtes, in dessen Gefolge die zwei anderen fremden Rechte rezipiert wurden, hat sich in Deutschland nicht durch einen plötzlichen Akt vollzogen, sondern ist das Ergebnis eines langdauernden Prozesses, in welchem wir das Stadium der theoretischen und jenes der praktischen Rezeption unterscheiden können. Die theoretische Rezeption liegt in dem Aufkommen der Überzeugung, daß das römische Recht in Deutschland Anspruch auf Geltung habe. Die praktische besteht in dem Eindringen des römischen Rechtes in die deutschen Gerichte. Jene reicht in das 12. Jahrhundert zurück und wurzelt in dem Gedanken, daß das heilige römische Reich eine Fortsetzung des alten römischen Reiches bilde, daß demnach die Gesetze der römischen Kaiser Gesetze der Vorfahren der deutschen Könige seien und als solche subsidiäre Kraft hätten. Die Beziehungen, in welche die Könige aus dem Hause der Staufer zu den Lehrern des römischen Rechts in Italien traten, boten der Verbreitung und Vertiefung dieser Idee reichliche Nahrung. Sie wurde desto lebendiger und kräftiger, je üppiger im deutschen Mittelalter der Partikularismus emporwuchs, und je mehr die örtliche Zersplitterung des einheimischen Rechtes um sich griff, wie es denn überhaupt ein in der Geschichte des deutschen Volkes öfter wiederkehrender Zug ist, daß der schroffste Partikularismus in einem schrankenlosen Universalismus seine Ergänzung gesucht und gefunden hat. Schon die Staufer Friedrich I. und Friedrich II. hatten einzelne ihrer Gesetze dem corpus iuris civilis einfügen lassen. Lebhafte romanisierende Tätigkeit entwickelten die Könige aus dem Hause der Luxemburger, namentlich Karl IV., der u. a. die römischrechtlichen Bestimmungen über das crimen laesae maiestatis auf die Kurfürsten ausdehnte. Vermittelt wurde die Kenntnis des fremden Rechtes der Nation durch die Rechtsschulen Italiens, deren Weltruf auch aus Deutschland zahlreiche Schüler anzog, schon aus dem rein praktischen Grunde, weil das damals in so viele Lebensfragen eingreifende kanonische Recht sich in seiner Entwicklung vielfach an das römische Recht anlehnte. Zuerst äußerte sich der fremdrechtliche Einfluß in der deutschen Rechtsliteratur. Der Schwabenspiegel nahm bereits einige römische Rechtssätze in sich auf. In der Glosse zum Sachsenspiegel wurde der Versuch gemacht, eine Konkordanz zwischen dem Sachsenrechte einerseits, den leges und canones andererseits herzustellen. Noch größeren Einfluß hatte die Kenntnis des fremden Rechts auf die Arbeiten des Nikolaus Wurm und des Stadtschreibers Johannes von Brünn.

Die praktische Rezeption hat ihre Wurzel in der Entstehung eines rechtsgelehrten Richtertums. Die fremdrechtlich geschulten Juristen wurden in Deutschland anfänglich nur in Verwaltungssachen verwendet. Zur Rechtsprechung gelangten sie zuerst am Hofe des Königs, welcher Angelegenheiten, die er, zumal als Schiedsrichter, persönlich entschied, ihrem Rate anheimgab, dann aber auch die Räte, mit denen er sein Kammergericht besetzte, zum Teil aus

dem Kreise der Rechtsgelehrten auswählte. Als 1495 das Reichskammergericht gegründet wurde, ließ man die Beisitzer, die zur Hälfte Rechtsgelehrte sein sollten, schwören, zu richten nach des Reiches gemeinen Rechten, eine Formel, in der das römische Recht inbegriffen ist. Nachdem das oberste Reichsgericht vorausgegangen war, mußten die Territorial- und Stadtgerichte in ihrer Eigenschaft als untere Instanzen notgedrungen nachfolgen. Übrigens war in den Territorien ein ähnlicher Prozeß wie am Königshofe eingetreten, indem einerseits die Parteien nicht selten Rechtsstreitigkeiten den absterbenden Schöffengerichten entzogen und dem Spruch der rechtsgelehrten landesherrlichen Verwaltungsbeamten zuwiesen und andererseits die territorialen Obergerichte nach dem Vorbild der Reichsgerichte mit Rechtsgelehrten besetzt wurden. Am längsten hielt sich von fremder Beimischung das Dorfrecht frei, dessen Quellen, die Weistümer, noch geraume Zeit eine Fundgrube volkstümlicher Rechtsanschauung abgeben.

In dem Kampfe zwischen einheimischem und fremdem Rechte fand dieses kräftigste Unterstützung an den Universitäten, die in Deutschland seit der Mitte des 14. Jahrhunderts entstanden waren. Die Lehrtätigkeit der Universitäten widmete sich nur dem fremden, zuerst dem kanonischen, seit dem 15. Jahrhundert auch dem römischen Rechte. Auf dem fremden Rechte fußte die Spruchpraxis der Juristenfakultäten, mit der diese zum Teil an die Stelle der alten Oberhöfe traten.

Zugunsten des fremden Rechtes wirkte eine fast unübersehbare juristische Literatur, die, zu populärem Zweck geschrieben, die Lehren des römischen und kanonischen Rechtes den Ungelehrten zugänglich zu machen suchte. Sie war zum Teil eine alphabetisch-enzyklopädische, die mit dem 14. Jahrhundert begann und in dem oft gedruckten Vocabularius iuris utriusque des Jodocus von 1452 ihren Abschluß fand. Neben ihr stehen populäre systematische Darstellungen, von welchen als die älteste die Summa legum des Raymund von Wiener-Neustadt zu nennen ist, ein Lehrbuch des Privat- und Strafrechts, vom Verfasser zum Nutzen seiner Söhne mit Berücksichtigung deutscher Rechtsinstitute auf Grundlage der italienisch-romanistischen Literatur im 14. Jahrhundert, wahrscheinlich 1340—1348, verfaßt. Unter den in deutscher Sprache abgefaßten Werken der Vulgärliteratur gewannen den nachhaltigsten Einfluß auf die Praxis die um 1425 von einem Stadtschreiber zu Schwäbisch-Hall verfaßte Schrift: clag, antwort und ausgesprochene urteyl gezogen aus geystlichen und weltlichen Rechten, die 1516 von Sebastian Brant unter dem Titel Klagspiegel herausgegeben wurde, und ferner der von Ulrich Tengler 1509 verfaßte Laienspiegel, eine enzyklopädische Darstellung des Privat-, Straf- und Prozeßrechtes, die neben der fremdrechtlichen Literatur auch deutsche Rechtsquellen benutzt.

Rezipiert wurde in Deutschland 1. das römische Recht in dem unten anzugebenden Sinne; 2. das corpus iuris canonici (clausum), d. h. es wurde dessen Inhalt, der in den geistlichen Gerichten von je bindend war, auch in den weltlichen Gerichten als Entscheidundsnorm maßgebend; 3. das langobardische Lehnrecht, enthalten in den consuetudines oder libri feudorum einer Kompilation von Stücken verschiedener Entstehungszeit, die teils zu Pavia, teils zu Mailand auf Grundlage der Lehnrechtsgesetze Konrads II., Lothars III. und Friedrichs I. und der Mailänder Lehnspraxis entstanden sind. Die jüngste Rezension dieser Sammlung wurde von dem Juristen Hugolinus de Presbytero als decima collatio novellarum in das corpus iuris civilis aufgenommen und mit diesem in Deutschland rezipiert.

Was das wichtigste der fremden Rechte, das römische Recht, betrifft, so unterscheiden sich die theoretische und die praktische Rezeption in bezug auf ihren Gegenstand, ihren Umfang und ihre Wirkung. Die theoretische Rezeption hatte zum Objekt die justinianischen Rechtsbücher, Institutionen, Pandekten, Kodex und Novellen. Sie war nicht eine Rezeption einzelner Rechtssätze und Rechtsinstitute, sondern erfaßte das corpus iuris civilis in complexu, hat es aber nur als subsidiäres Recht rezipiert. Dagegen fußt die praktische Rezeption auf der Rechtswissenschaft, welche sich auf Grund des corpus iuris civilis, dessen Lehren vielfach modernisierend und umgestaltend, in Italien ausgebildet hatte. Wie die praktische Rezeption einerseits das durch die italienische Rechtswissenschaft vermittelte Recht zum Gegenstand hat, erstreckte sie sich andererseits nicht auf das römische Recht in complexu, sondern nur auf einzelne, wenn auch zahlreiche und tiefgreifende Rechtssätze und Rechtsinstitute, brachte sie aber ohne Rücksicht auf die Subsidiarität des fremden Rechtes zur absoluten Geltung. Der Gegensatz zwischen der theoretischen und praktischen Rezeption ist zum Teil ein ungelöster geblieben und überhaupt kaum recht zum Bewußtsein gelangt. Das zeigt sich u. a. darin, daß die romanistische Theorie und Praxis sich

bis Ende des vorigen Jahrhunderts vielfach nicht hineinzudenken vermochten in den zweifellos richtigen Gedanken, daß das Ergebnis der praktischen Rezeption, auch wenn es auf einem Mißverständnisse der römischen Rechtsquellen beruhte, die Anwendung des reinen römischen Rechtes ausschloß. Übrigens sind jenem Gegensatz zwischen der theoretischen und praktischen Rezeption schon während der Rezeption die äußersten Spitzen abgebrochen worden, indem man 1. die Geltung des corpus iuris civilis, um sich abzufinden mit der Tatsache, daß es Rechtssätze enthielt, die nicht in Anwendung kamen, auf die glossierten Stellen beschränkte, welche allein die italienische Rechtswissenschaft aufgenommen hatte, indem man ferner 2. zu dem Begriffe eines usus hodiernus pandectarum seine Zuflucht nahm, um sich hinwegzuhelfen über die Tatsache, daß Rechtssätze zur Anwendung kamen, die das corpus civilis iuris nicht enthielt, und indem man endlich 3. die absolute Anwendung des fremden Rechtes dem einheimischen gegenüber damit bemäntelte, daß man jenem fälschlicherweise fundatam intentionem zuschrieb, die einheimischen Rechtssätze als facta zum Gegenstande rechtsförmlichen Beweises machte und auf sie den Grundsatz anwendete, daß sie strikte zu interpretieren seien, und zwar in dem Sinne, der dem fremden Rechte am besten entspricht. So kam es, daß das deutsche Recht von den gelehrten und halbgelehrten Juristen, mit welchen die Gerichte besetzt waren, in ungebührlichster Weise beiseite geschoben und vernachlässigt wurde. Nur in den Ländern des sächsischen Rechts, wo man fester an dem hergebrachten Rechte hielt, stellte sich ein günstigeres Verhältnis her, indem die Kenntnis des gemeinen sächsischen Rechtes, wie es sich auf Grund des Sachsenspiegels und der über ihn entstandenen Literatur gebildet hatte, als Pflicht des Richters angesehen wurde, so daß über den Landes- und Ortsrechten zunächst das gemeine sächsische und erst hinter diesem subsidiär das gemeine römische Recht zur Anwendung gelangte.

Die Tatsache der Rezeption an sich ist nicht anzufechten. Sie bedarf keiner Verteidigung, wenn man von der Ansicht ausgeht, daß aller Kulturfortschritt der Menschheit die Aufnahme und innerliche Verarbeitung vorhergegangener Kultur zur Voraussetzung hat. Ihre Erklärung findet sie in dem damaligen Zustande des deutschen Rechtes. Die Entwicklung größeren Verkehrs forderte ein einheitliches Recht, die Steigerung der Kultur ein wissenschaftliches Recht.

Da die einheimische Rechtsentwicklung nicht über ihren Partikularismus hinauskam, ist ungefähr um dieselbe Zeit, als über den verschiedenen deutschen Mundarten eine gemeinsame deutsche Schriftsprache erwuchs, das römische Recht als gemeines geschriebenes Recht Deutschlands zur Herrschaft gelangt. Zu dem Verlangen nach einem gemeinen Rechte gesellte sich in der Zeit der humanistischen Renaissance bei den oberen Schichten des deutschen Volkes die Sehnsucht nach einem wissenschaftlichen Rechte. Das damalige deutsche Recht ließ aber eine wissenschaftliche Behandlung vermissen, wie sie dem römischen Rechte durch die römischen Juristen und durch die italienische Rechtswissenschaft zuteil geworden war. Übrigens war das deutsche Recht gerade damals in einer Umbildung begriffen, die auf vielen Gebieten im mos italicus Anknüpfungspunkte fand, so daß dessen Aufnahme hierin nur als Abschluß einer im einheimischen Rechte bereits angebahnten Entwicklung erscheint. Solche Annäherung mußte die Rezeption erleichtern, während die Volksrechte gerade wegen ihres größeren Gegensatzes zum römischen Rechte, trotz enger örtlicher Berührung, gegen dasselbe standgehalten hatten. In England und in Frankreich, wo die Aufnahme römischer Rechtsgedanken früher erfolgte, hat diese nach Art einer prophylaktischen Impfung gewirkt und das mit ihnen gesättigte nationale Recht gegen zerstörende Infektionen widerstandsfähig gemacht. In Deutschland ist die Rezeption erst zu einer Zeit eingetreten, als die mittelalterlichen Lebensformen bereits der Auflösung oder Versteinerung entgegenreiften, als die Zersplitterung der Gerichtsverfassung und die Schwächung der Reichsgewalt zu weit gediehen waren. Die Rezeption hat in Deutschland so intensiv gewirkt, weil sie so spät sich durchsetzte, und weil die deutschen Juristen ihrer Pflichten gegen das einheimische Recht uneingedenk und daher ihren Aufgaben nicht gewachsen waren.

Die Verfassung des deutschen Königsgerichtes hatte es ebensowenig wie die deutschen Volksgerichte und Schöffengerichte zur Ausbildung eines geschulten Juristenstandes kommen lassen. Da ein solcher erst in der einheitlichen Schule des fremden Rechtes erwuchs, war er genötigt, mit der Existenz des fremden Rechtes zugleich die eigene Existenz zu erkämpfen. Allein, was stets Tadel und Vorwurf hervorrufen wird, ist die Art, wie die Rezeption von ihm durchgeführt wurde. Ein nationales Unglück war jenes engherzige Ignorieren des deutschen Rechtes,

jenes geistlose und rein äußerliche Aufpfropfen römischer Rechtssätze auf einheimische Verhältnisse, die Unkenntnis des Gegensatzes zwischen diesen und dem römischen Rechte, welche taub machte gegen die Wahrheit, daß kein Volk mit der Seele eines anderen zu denken vermag. Wenn man erwägt, daß wir infolge dieser Fehler das römische Recht niemals vollständig verdaut haben, mag man die Verwirrung ermessen, die zur Zeit der Rezeption unter der Herrschaft eines unsäglich bornierten Juristenstandes im deutschen Rechtsleben einriß.

§ 62. **Die Reichsgesetzgebung.** Die Gesetzgebung war entweder Reichs- oder Territorialgesetzgebung. In Reichssachen übten sie Kaiser und Reichstag aus. Die Gesamtheit der auf einem Reichstage zustande gekommenen Reichsschlüsse nannte man Reichsabschied, recessus imperii, weil sie bei Entlassung des Reichstages verkündet wurden. Der jüngste Reichsabschied ist der von 1654; denn der nächste Reichstag, der 1663 in Regensburg zusammentrat, wurde permanent. Seit der Permanenz des Reichstages wurden die Reichsgesetze in der Form eines kaiserlichen Dekrets erlassen, daß den Beschluß der Reichstagskollegien ratifizierte. Das im Jahre 1521 eingesetzte Reichsregiment hegte den Plan, eine umfassende Sammlung aller bis dahin ergangenen Reichsgesetze in ein „gewiß eigentlich Kompendium und Form" zu veranstalten. Doch ist es zu einer offiziellen Sammlung und Zusammenstellung der Reichsgesetze niemals gekommen.

Für das Reichsstaatsrecht, das durch die Rezeption der fremden Rechte sachlich nicht betroffen wurde, kommen als eine eigenartige und praktisch bedeutsame Quelle seit 1519 die Wahlkapitulationen in Betracht. Die Wahlkapitulation ist ein schriftliches, artikelweise gefaßtes Gedinge zwischen König und Kurfürsten, worin der König hinsichtlich der Reichsverwaltung den Reichsständen bestimmte Versprechungen macht. Der Wortlaut der Wahlkapitulation wird vor der Wahl festgestellt und vom König vor der Krönung beschworen. Die Vereinbarung erfolgt mit den Kurfürsten von Fall zu Fall. Der Westfälische Friede stellte zwar die Abfassung einer beständigen Wahlkapitulation in Aussicht. Allein erst 1711 einigten sich Kurfürsten und Fürsten über den Entwurf einer solchen. Auch dieser erlangte keine verbindliche Kraft, doch wurde er bis zur Wahl des letzten römischen Kaisers (1792) bei der Abfassung der Wahlkapitulationen tatsächlich berücksichtigt.

Zu den Quellen des Reichsstaatsrechtes zählen ferner die Religionsverträge und Friedensschlüsse, der Passauer Vertrag von 1552 und der Augsburger Religionsfriede von 1555, durch welche den Reichsunmittelbaren augsburgischer Konfession das Recht der freien Religionsübung und den weltlichen Ständen das Recht der Religionswahl gewährleistet wurde, der Westfälische Friede von 1648, durch den jüngsten Reichsabschied zu einem Fundamentalgesetz des Reiches erhoben, dessen wesentlicher Inhalt, soweit er das Staatsrecht betrifft, in der Erledigung der gravamina ecclesiastica und der gravamina politica besteht, der Lüneviller Friede von 1801, durch den das linke Rheinufer an Frankreich abgetreten wurde, und der darauf beruhende Reichsdeputationshauptschluß von 1803.

Auf jenen Rechtsgebieten, wo die Rezeption Platz gegriffen hatte, wäre ein umfassendes Eingreifen der Reichsgesetzgebung dringendes Bedürfnis gewesen. Die durch die Aufnahme der fremden Rechte erkaufte Rechtseinheit war ungenügend und unsicher. Die zahlreichen Kontroversen, welche die Anwendung des fremden Rechtes veranlaßte, sein unbestimmtes und schwankendes Verhältnis zu den Sätzen des einheimischen Rechtes konnten nur im Wege der Gesetzgebung normiert werden. Doch ist es zu einer reichsgesetzlichen Regelung nur auf dem Gebiete des Strafrechtes und Strafverfahrens gekommen. Das darauf bezügliche Reichsgesetz, die Peinliche Gerichtsordnung Karls V. (Constitutio criminalis Carolina, C. C. C.), ist als das einzige Gesetzbuch des Reiches von so einschneidender Bedeutung, daß hier auf dessen Entstehungsgeschichte des näheren eingegangen werden darf. Die erste Anregung ging von dem Reichskammergericht aus, welches in einem dem Lindauer Reichstage von 1496/1497 vorgelegten Gutachten die zahlreichen Beschwerden zur Sprache brachte, die über die Willkür der Strafjustiz eingelaufen waren. Der Freiburger Reichstag (1497/1498) sprach auf Grund dieser Anregung das Bedürfnis aus, eine gemeinsame Reformation und Ordnung im Reiche aufzurichten, wie man in criminalibus prozedieren solle. Der Augsburger Reichstag von 1500 beauftragte das Reichsregiment, in Verbindung mit dem Kammergerichte eine solche Reformation ab-

zufassen. Doch blieb dieser Plan unter der Regierung Maximilians I. trotz aller Verhandlungen resultatlos. Der Wormser Reichstag von 1521 griff ihn wieder auf. Ein vom Reichstag eingesetzter Ausschuß legte noch in demselben Jahre den fertigen Entwurf einer peinlichen Gerichtsordnung vor (erstes Projekt). Dieser schloß sich fast wörtlich an eine Bamberger Halsgerichtsordnung von 1507 an, die der Landhofmeister des Bischofs Georg von Bamberg, Johann Freiherr zu Schwarzenberg und Hohenlandsberg, ausgearbeitet hatte. Als Quellen der Bambergensis hatten außer der heimischen Praxis eine bambergische Landgerichtsordnung von 1503, die Nürnberger und Wormser Reformation, der Klagspiegel, einige Reichsgesetze und insbesondere die kriminalistische Literatur der italienischen Juristen gedient. Das durch Originalität, Form und Inhalt ausgezeichnete Werk erwarb sich rasch wohlverdientes Ansehen; 1516 wurde es mit geringfügigen Änderungen von den Markgrafen Kasimir und Georg von Brandenburg in ihren fränkischen Fürstentümern als Gesetz eingeführt. Die wichtigste Bedeutung erlangte die Bambergensis, indem sie die Strafrechtsreform des Reiches in Fluß brachte und zur Grundlage des Reichsstrafrechtes wurde (daher mater Carolinae genannt). Doch dauerte es noch lange Jahre, bis darüber eine allgemeine Verständigung erreicht wurde. Das auf Grund der Bambergensis ausgearbeitete Projekt von 1521 mußte noch mehrfache Revisionen erfahren. Ein zweites Projekt (die Nürnberger Revision) wurde vom Reichsregimente 1524 dem Nürnberger Reichstage, ein drittes (Speierer Revision) 1529 dem Reichstage von Speier vorgelegt. Auf dem Augsburger Reichstage von 1530 kam ein viertes Projekt, der Augsburger revidierte Entwurf, zustande, welcher endlich auf dem Regensburger von 1532 von den Reichsständen genehmigt und durch Reichsabschied vom 27. Juli 1532 als „des Kayser Karls V. und des heyl. römischen Reichs peinliche Gerichtsordnung" publiziert worden ist. Schwierigkeiten, die zuletzt von einzelnen Reichsständen wegen des Verhältnisses der Carolina zu den bestehenden Partikularrechten erhoben worden waren, fanden ihre Erledigung durch die sogenannte salvatorische Klausel, welche die Erhaltung der „alten, wolhergebrachten rechtmessigen und billichen gebreuche" garantierte.

Auf dem Gebiete des Privatrechtes hat die Reichsgesetzgebung fast nichts geleistet. Es können nur die Reichsnotariatsordnung von 1512, die Reichspolizeiordnungen von 1530, 1548 und 1577, die Reichsabschiede von 1498 (Freiburg), 1500 (Augsburg), 1521 (Worms), 1529 (Speier), betreffend Fragen des Erbrechtes, der Reichsschluß von 1731 über Handwerksmißbräuche und einzelne Bestimmungen über Münzwesen, Wucher, Zession von Forderungen, Wechsel, Juden, Zinsfuß und Rentenkauf hervorgehoben werden. Für das bürgerliche Gerichtsverfahren sind zu nennen die Reichskammergerichtsordnungen von 1495, 1521, 1548, 1555, die Reichshofratsordnungen von 1559 und 1654 und insbesondere der jüngste Reichsabschied, der einige wichtige Grundsätze des Prozeßrechtes feststellte.

Deutsche Reichstagsakten, jüngere Reihe I—IV (1519 ff.), 1893—1902. Capitulationes imper. et regum etc. cum annotamentis Joh. Limnaei 1658. Ziegler, Wahl-Capitulationes 1711. — Die neue vollständigere" (Senckenberg-Kochsche) Sammlung der Reichs-Abschiede geht nur bis 1730. Eine systematisch geordnete Sammlung bietet K. Fr. Gerstlacher, Handbuch der deutschen Reichsgesetze, 1786—1794, eine Auswahl Zeumers Quellensammlung zur Gesch. der deutschen Reichsverfassung 1904. Emminghaus, Corpus iuris germanici academicum, 2. Aufl., 1844. Die peinliche Halsgerichtsordnung Karls V. nebst der Bamberger und der Brandenburger Halsgerichtsordnung und mit den Projekten von 1521 und 1529 (synoptisch), hrsg. von Zöpfl, 2. Aufl., 1876. Die peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karls V., hrsg. v. J. Kohler und W. Scheel, 1900. Die Bambergische Halsgerichtsordnung, hrsg. von denselben, 1902.

§ 63. Landes- und Stadtrechte. Da die Reichsgesetzgebung es unterließ, den durch die Rezeption arg erschütterten Rechtszustand in umfassender Weise zu ordnen, sah man sich in der Mehrzahl der größeren Territorien veranlaßt, im Wege der Landesgesetzgebung der auf den Gebieten des Privat- und Prozeßrechtes eingetretenen Rechtsunsicherheit zu steuern und das in der Praxis schwankende Verhältnis des heimischen Rechtes zu den fremden Rechten zu regeln. So entstand in den einzelnen Territorien eine fast unübersehbare Zahl von Landesordnungen, Gerichtsordnungen und Spezialgesetzen, die meist unter dem Einfluß fremdrechtlich geschulter Juristen abgefaßt sind und daher hauptsächlich auf dem fremden Rechte fußen. Im Gegensatz zu den Kodifikationen, als deren Vorläufer sie gelten können, lassen jene Ordnungen neben ihren Rechtssätzen das gemeine Recht als ein subsidiäres Recht bestehen. Besonders hervorzuheben sind: des Kurfürsten Joachim I. von Brandenburg Konstitution, Willkür und Ordnung

der Erbfälle von 1527, die Tiroler Landesordnungen von 1526, 1532 und 1573, das Landrecht des Fürstentums Jülich von 1537, das dietmarsische Landrecht von 1567, das württembergische Landrecht von 1555, revidiert 1567 und 1610, der Grafschaft Solms Gerichts- und Landordnung von 1571 (von Johann Fichard abgefaßt), die Landeskonstitutionen des Kurfürsten August von Sachsen von 1572, die kursächsischen Dezisionen von 1661 und 1746, das Landrecht des Herzogtums Preußen von 1620, auf dem Magdeburger Rechte und dem Kulm beruhend und mit Benutzung der sächsischen Konstitutionen und der gemeinrechtlichen Literatur ausgearbeitet, zuletzt 1721 von Samuel v. Cocceji revidiert, der Codex Maximilianeus bavaricus civilis von 1756, von Wigulaeus v. Kreittmayr verfaßt, der auch Anmerkungen dazu herausgab. Einzelne Landesordnungen sind anderen, zum Teil solchen weit entlegener Länder entlehnt, ein Beweis, wie wenig man mitunter auf die örtlichen Gewohnheiten Rücksicht nahm. So ist die Landesordnung der fürstlichen Grafschaft Henneberg von 1539 größtenteils der Tiroler Landesordnung von 1532 entnommen. So stellt sich das badische Landrecht von 1588 zum guten Teil als eine Kopie des württembergischen von 1567 dar. So ist das Geldernsche Landrecht von 1619 für das Oberquartier von Ruremond, eine der „erschöpfendsten und gründlichsten" Arbeiten der deutschen Territorialgesetzgebung, von dem Landsyndikus Tilmann van Bree und von dem Kanzler Uwens in engster Anlehnung an die Antwerpener Costumen, genannt Compilatae, von 1608 ausgearbeitet worden.

In den Städten hat man, soweit sie nicht der Landesgesetzgebung unterworfen wurden, die alten Stadtrechte reformiert, um sie so viel als möglich mit dem neuen Rechtszustand in Einklang zu bringen. Von den Stadtrechtsreformationen ist die Nürnberger Reformation von 1479 bahnbrechend geworden als der erste gelungene Versuch, das einheimische Recht mit dem fremden systematisch zu verarbeiten, welcher dann für mehrere jüngere Stadtrechte und Landesordnungen als Quelle und Vorbild gedient hat. Außerdem sind zu nennen das Revidierte Lübische Stadtrecht von 1586, das von dem Syndikus der Stadt Stralsund, David Mevius, eingehend kommentiert worden ist, die weitschweifige und stark romanistische Wormser Reformation von 1499, das von Ulrich Zasius ausgearbeitete Stadtrecht Freiburgs im Breisgau von 1520, die Frankfurter Reformationen von 1509, 1578 und 1611 und die Hamburger Statuten von 1603, die in ihrem wechselrechtlichen Teile auf die Antwerpener Kostumen zurückgehen.

§ 64. Die Anfänge einer nationalen Rechtswissenschaft und Gesetzgebung. Die gelehrte juristische Literatur, die nach der Aufnahme der fremden Rechte in Deutschland entstand, befaßte sich fast ausschließlich mit dem fremden Rechte und war mit wenigen Ausnahmen, unter denen der Freiburger Humanist Ulrich Zäsy (Zasius † 1535) rühmlichst hervorzuheben ist, in ihren Leistungen von welschen Vorbildern abhängig. Die gemeinrechtliche Praxis wurde durch eine Schule von Juristen geleitet, die sich am Reichskammergerichte herangebildet hatten und dessen Rechtsprechung literarisch bearbeiteten. Die Hauptvertreter dieser kameralistischen Schule wurden der Protestant Joachim Mynsinger von Frundeck und sein katholischer Antagonist Andreas Gail.

Seit dem 17. Jahrhundert machte sich in der Wissenschaft eine grundsätzliche Opposition gegen die Alleinherrschaft des römischen Rechtes geltend. In dieser Gegnerschaft vereinigten sich zwei von verschiedenen Ausgangspunkten ausgehende Schulen, die germanistische und die naturrechtliche. Der Germanist Hermann Conring veröffentlichte 1643 sein bahnbrechendes Werk de origine iuris germanici, worin er die Grundlinien der deutschen Rechtsentwicklung zeichnete, die damals kursierende Fabel widerlegte, daß Kaiser Lothar die Anwendung des römischen Rechtes in den Gerichten und dessen öffentliche Lehre angeordnet habe, und die Abfassung eines gemeinverständlichen Gesetzbuches in deutscher Sprache verlangte. Dank dem Auftreten Conrings mußte die Theorie die Abweichungen der Praxis vom römischen Rechte als gewohnheitsrechtliche Umbildungen anerkennen. Sie gelangten von nun ab als usus hodiernus pandectarum zur wissenschaftlichen Darstellung. Zu den einflußreichsten Schriftstellern, die das dentsche Recht in jeder Form behandelten und förderten, zählen Johann Schilter, der in seiner Praxis iuris romani in foro germanico die deutschen Rechtsquellen eingehend berücksichtigte, und der Hallenser Jurist Samuel Stryk († 1710) mit seinem Usus modernus pandectarum (1690—1712).

Nachhaltiger wirkte die naturrechtliche Schule, die das Recht — zum Teil in Abweichung vom römischen Rechte — aprioristisch konstruierte und mitunter deutschrechtliche Gedanken, dem Zuge der damaligen Kulturverhältnisse folgend, als Forderungen der Vernunft formulierte. Den Gedanken der Kodifizierung des Rechtes griff sie lebhaft auf; ihr ist es zu danken, daß man den Mut und das Selbstvertrauen fand, die Kodifikationspläne durchzuführen. Da dem Reiche tatkräftige Organe fehlten, die geeignet gewesen wären, das Werk in die Hand zu nehmen, so konnte eine Kodifikation nicht von Reichs wegen, sondern nur im Wege der Territorialgesetzgebung erfolgen. Zuerst war es der preußische Staat, in welchem der Gedanke der naturrechtlichen Schule praktisch erfaßt wurde. Schon 1738 gab Friedrich Wilhelm I. seinem „ministre chef de justice", Samuel von Cocceji, den Auftrag, ein beständiges und ewiges Landrecht abzufassen, wodurch das römische Recht ersetzt werden sollte. Unter Friedrich dem Großen arbeitete Cocceji ein Projekt eines corpus iuris Fridericiani aus, von welchem zwei Teile, 1749 und 1751, veröffentlicht wurden. Das Projekt scheiterte an dem berechtigten Widerspruch gegen seine romanisierende Tendenz. In rascheres Tempo kamen die Gesetzgebungsarbeiten erst, als Friedrich der Große sie 1780 seinem Großkanzler von Carmer übertrug, dem Carl Gottlieb Svarez († 1798) als begabteste und tüchtigste Hilfskraft zur Seite gestellt wurde. Svarez arbeitete auf Grund eines älteren Entwurfs von 1775 eine Prozeßordnung aus, die 1781 als erstes Buch eines corpus iuris Fridericianum veröffentlicht wurde. Schon 1783 folgte die von Svarez verfaßte Hypothekenordnung. Die Kodifikation des materiellen Rechtes wurde 1791 als allgemeines Gesetzbuch für die preußischen Staaten verkündet, aber bald darauf wieder zurückgezogen. Nachdem sie in einzelnen Materien revidiert worden war, trat sie gemäß Patent vom 5. Februar 1794 unter dem Titel „Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten" am 1. Juni 1794 als subsidiäres Recht in Kraft. Inzwischen hatte sich eine Revision der hastig hergestellten Prozeßordnung von 1781 als notwendig erwiesen. Ihr Ergebnis, gleichfalls ein Werk von Svarez, wurde als allgemeine Gerichtsordnung für die preußischen Staaten in drei Teilen 1793—1795 verkündigt. Endlich wurde das Strafprozeßrecht durch eine Kriminalordnung von 1805 geregelt.

In Österreich erfolgte der Abschluß der Kodifikationsarbeiten durch das Allgemeine bürgerliche Gesetzbuch von 1811, durch die Allgemeine Gerichtsordnung von 1781 und das Gesetz über Verbrechen und schwere Polizeiübertretungen von 1803, dem eine Halsgerichtsordnung von 1769, ein Strafgesetz von 1787 und eine Kriminalgerichtsordnung von 1788 vorausgegangen waren.

In einem Teile von Deutschland kam in der Zeit der französischen Vorherrschaft französisches Recht zur Geltung, wie es durch Napoleon I. kodifiziert worden war, nämlich der Code civil von 1804, revidiert 1807, der Code de commerce von 1807, der Code de procédure civile von 1806, der Code d'instruction criminelle von 1808 und der Code pénal von 1810. Eine amtliche Übersetzung des Code civil und des Code de commerce mit Zusätzen und Abänderungen wurde 1809 in Baden als Badisches Landrecht nebst einem Anhang von Handelsgesetzen verkündet. Französisches Recht behauptete sich als Landesrecht in den Ländern links des Rheins, in Elsaß-Lothringen und in Baden.

Das Königreich Sachsen erhielt 1863 ein bürgerliches Gesetzbuch als eine etwas verspätete Frucht des deutschen Rechtspartikularismus.

In der Kodifikation des Strafrechts und des Prozeßrechts war Bayern allen deutschen Territorien vorangeeilt durch die Abfassung des Codex iuris bavarici criminalis von 1751 und des Codex iuris bavarici iudiciarii von 1753. Auch in vielen anderen deutschen Staaten schwang sich auf diesen Gebieten die jüngere Landesgesetzgebung zur Ausschließung der fremden Rechte auf.

§ 65. Die Rechtseinheit. In der Zeit der Befreiungskriege zog der allgemeine Aufschwung des deutschen Volkes auch die Rechtsreform in den Wellenschlag der nationalen Begeisterung hinein. Von verschiedenen Seiten wurde damals der Ruf nach einer einheitlichen Gesetzgebung erhoben. Den meisten Nachhall fand eine Flugschrift Thibauts, die eine gemeinsame Kodifikation des Privat-, Straf- und Prozeßrechtes verlangte. Allein Thibauts Vorschlag hatte nur die Wirkung, eine berühmte literarische Kontroverse hervorzurufen. Er veranlaßte Savigny, eine Gegenschrift abzufassen, die den Kodifikationsgedanken grundsätzlich bekämpfte und zugleich das Programm der nunmehr zur Herrschaft gelangenden historischen Rechtsschule

entwickelte. Trotz der Abneigung, die diese gegen legislatives Eingreifen hegte, ließ sich das Verlangen nach Rechtseinheit nicht auf die Dauer abweisen. Sie wurde zunächst auf dem Gebiete des Verkehrsrechtes hergestellt. Auf Anregung des Zollvereins entstand der Entwurf einer Wechselordnung, der gemäß einem Beschluß der deutschen Nationalversammlung am 27. November 1848 vom Reichsverweser Erzherzog Johann als Reichsgesetz verkündigt wurde, aber in dem größten Teile Deutschlands kraft landesrechtlicher Publikation als Landesgesetz in Kraft trat. Aus dem Schoße des Bundestags ging die Einsetzung einer Kommission hervor, welche zu Nürnberg und Hamburg den Entwurf eines Handelsgesetzbuches ausarbeitete. Dieser wurde durch Beschluß der Bundesversammlung vom 31. Mai 1861 den Regierungen der Einzelstaaten zur Annahme empfohlen, die im Wege der Landesgesetzgebung in den Jahren 1861 bis 1865 erfolgte. Der Bund war noch mit weitgehenden Entwürfen, insbesondere mit der Abfassung eines gemeinsamen Obligationenrechts, beschäftigt; allein sie scheiterten an der Unzulänglichkeit der Bundesverfassung.

Während dem Deutschen Bunde jedes Recht der Gesetzgebung fehlte und die Bundesbeschlüsse formell nur als partikuläres Recht vermöge landesgesetzlicher Einführung in Kraft treten konnten, erhielt der Norddeutsche Bund das Recht der unmittelbaren Gesetzgebung mit der Maßgabe, daß die Bundesgesetze absolut gemeines Recht schaffen sollten. Die Bundesverfassung überwies der Bundesgesetzgebung u. a. das Obligationenrecht, das Handels- und Wechselrecht, das Strafrecht und das gerichtliche Verfahren. Diese Kompetenz in Sachen der Justizgesetzgebung ist unverändert in die Reichsverfassung übergegangen, aber dann durch ein Gesetz vom 20. Dezember 1873 auf das gesamte bürgerliche Recht ausgedehnt worden. Zudem wurden mit der Erweiterung des Bundes zum Reiche die norddeutschen Bundesgesetze zu Reichsgesetzen erhoben. Abgesehen von zahlreichen Spezialgesetzen, wurde vom Bunde 1869 die Gewerbeordnung erlassen, die Wechselordnung samt den Nürnberger Novellen und das Handelsgesetzbuch zu formell und absolut gemeinem Rechte gestaltet, 1870 das Strafrecht und das literarische Urheberrecht normiert, wurden vom Reiche 1877 die Gerichtsverfassung, der Zivil- und Strafprozeß und das Konkursrecht kodifiziert. Die Reichsgesetzgebung des ersten Jahrzehnts bewegte sich im allgemeinen noch in den Geleisen der individualistischen und kapitalistischen Wirtschaftstheorie. Im zweiten Jahrzehnt wendete sie sich davon ab und verfolgte mit steigendem Bewußtsein sozialpolitische Ziele, eine Wandlung, die sich namentlich in den zahlreichen Novellen zur Gewerbeordnung und in den Gesetzen über die Kranken-, Unfalls-, Alters- und Gebrechlichkeitsversicherung bemerkbar macht.

Die schwierigste Arbeit, die Kodifikation des Privatrechts, wurde 1874 in Angriff genommen. Eine durch den Bundesrat eingesetzte Kommission von Juristen arbeitete in erster Lesung einen Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich aus, der 1888 veröffentlicht wurde. Er gab Anlaß zu erheblichen Bedenken. Seine Sprache war nichts weniger als volkstümlich, sondern gekünstelt und schwer verständlich. Die bedeutsame Wandlung der Reichsgesetzgebung war an den Verfassern des Entwurfs spurlos vorübergegangen, denn er stand durchweg auf veraltetem, individualistischem Standpunkt. Sein Hauptgebrechen war abstrakter romanistischer Radikalismus und die Ablehnung lebensfähiger Rechtsgedanken und Rechtsinstitute deutschrechtlichen Ursprungs. Die Reichsregierung vermochte sich über die geäußerten Bedenken nicht hinwegzusetzen. Der Bundesrat berief 1890 eine neue Kommission, die jenen Entwurf einer gründlichen Revision unterzog. Der von ihr hergestellte Entwurf zweiter Lesung beseitigte zahlreiche wesentliche Mängel seines Vorgängers, ohne sich aber von dem Übermaß abstrakter Kasuistik völlig zu befreien. Weitere Verbesserungen (zum Teil auch Verschlimmbesserungen) brachte die Beratung im Reichstage zustande. Das Bürgerliche Gesetzbuch datiert vom 18. August 1896 und trat am 1. Januar 1900 in Kraft. Es umfaßt nicht das gesamte Privatrecht, sondern überläßt eine Reihe von Materien den Landesrechten. Die Neugestaltung des bürgerlichen Rechtes machte die Abfassung von Nebengesetzen und die Umarbeitung älterer Reichsgesetze notwendig. Das Handelsgesetzbuch wurde einer Revision unterzogen und in veränderter Gestalt mit einem Einführungsgesetz vom 10. Mai 1897 verkündet. Das Urheberrecht an Werken der Literatur und Tonkunst erfuhr durch Gesetz vom 19. Juni 1901, das Urheberrecht an Werken der bildenden Künste und der Photographie durch Gesetz vom 9. Januar 1907 eine neue Regelung. Schließlich wurden auch die, anfänglich den Landesrechten

vorbehaltenen Materien des Verlagsrechts (19. Juni 1901), des Scheckrechts (11. März 1908) und des Versicherungsvertrags (30. Mai 1908) reichsgesetzlich normiert. Die Wechselordnung ist mit Einschluß der Nürnberger Novellen in einer neuen Redaktion vom 3. Juni 1908 publiziert worden. Am 23. Juli 1912 unterzeichnete das Deutsche Reich nebst 21 anderen Staaten Europas, Mittel- und Südamerikas im Haag ein Abkommen über Vereinheitlichung des Wechselrechtes, durch das sie sich verpflichteten einen von der Haager Wechselrechtskonferenz ausgearbeiteten Entwurf einer Wechselordnung in ihren Gebieten als Gesetz einzuführen. Die Haager Wechselordnung beruht im Wesentlichen auf den Grundsätzen der deutschen Wechselordnung, die dadurch nunmehr — abgesehen von den Gebieten des englischen und nordamerikanischen Rechtes — zum Weltwechselrecht erhoben werden.

II. Das Staatsrecht.

§ 66. Der Kaiser. Der deutsche König führte in diesem Zeitabschnitte den Kaisertitel ohne päpstliche Krönung. Zuerst hatte 1508 Maximilian I. mit Zustimmung des Papstes Julius II. den Titel eines erwählten römischen Kaisers angenommen. Diesen führten auch seine Nachfolger, unter denen sich nur noch Karl V. (1530 zu Bologna) vom Papste zum Kaiser krönen ließ. Seitdem gab es nur noch eine Königskrönung, die von Ferdinand I. ab nicht mehr zu Aachen, sondern zu Frankfurt a. M., also am Wahlorte stattfand. Das Recht der Konsekration des Königs ist 1562 vom Kölner Erzbischof wieder auf den Mainzer übergegangen. Vor der Krönung beschwor seit 1520 der König die Wahlkapitulation durch persönlichen Eid. Von 1711 ab versprach der Gewählte, sich vor Ableistung dieses Eides der Regierung nicht zu unterziehen.

Die kaiserliche Gewalt ging im Verhältnis zu den Reichsständen stetig zurück. Schon 1531 erklärte ein ungenannter Jurist, das Reich sei eine Aristokratie, die Stellung des Kaisers ähnlich der des Dogen von Venedig. In allen wichtigeren Reichsangelegenheiten sah sich der Kaiser auf die Zustimmung des Reichstags angewiesen. Die theoretisch noch in Anspruch genommene plenitudo potestatis sacri imperii schrumpfte — namentlich infolge der Wahlkapitulationen — zu etlichen Reservatrechten (iura caesarea reservata) ein. So nannte man die Befugnisse, in deren Ausübung der Kaiser vom Reichstag unabhängig war, zum Unterschiede von den sogenannten iura comitialia, die er nur in Gemeinschaft mit dem Reichstage ausüben konnte. Der Kaiser war befugt, im Reichstage Propositionen einzubringen er hatte ein Veto gegen Beschlüsse des Reichstags. Reichsgesetze bedurften seiner Sanktion. Zu den Reservatrechten gehörten die oberste Reichsgerichtsbarkeit, soweit sie durch den Reichshofrat ausgeübt wurde, das Eigentum am Reichsgut, die oberste Lehnsherrlichkeit, die Erteilung verschiedenartiger Privilegien, ferner gewisse Rechte gegenüber den Reichskirchen, die Standeserhöhung, das Recht, Notare zu kreieren, uneheliche Kinder zu legitimieren, Moratorien und veniam aetatis zu gewähren. Die Ausübung einzelner Reservatrechte pflegte der Kaiser anderen zu übertragen, Fürsten, Korporationen, einzelnen Privatpersonen. Die ihnen zur Ausübung übertragenen Befugnisse faßte der Ausdruck comitiva zusammen. Diese war wieder entweder eine comitiva minor, welche die vier zuletzt genannten Reservatrechte, oder eine comitiva maior, die auch das Recht der Adelsverleihung in sich schloß und häufig den Landesherren verliehen wurde. Bei Ausübung gewisser Reservatrechte, so bei Erteilung von Münz-, Zoll- und Stapelgerechtigkeiten, war der Kaiser an die Mitwirkung der Kurfürsten gebunden (iura reservata limitata). Die königlichen Regalien hatten sich teils durch Verleihung, teils kraft Herkommens in landesherrliche Rechte umgewandelt. Ein neues Regal tauchte zu Anfang des 16. Jahrhunderts mit der Ausbildung des Postwesens auf. Allein einzelne Reichsstände (so Kursachsen und Brandenburg) weigerten sich, ein kaiserliches Postregal anzuerkennen. Im übrigen wurde es 1615 von Kaiser Matthias dem Grafen Lamoral von Taxis als erbliches Reichslehen verliehen.

§ 67. Die Reichshofämter und das Reichskammergericht. Die Politik der Habsburger war von alters her darauf gerichtet, ihre Stellung im Reiche zur Verstärkung ihrer erbländischen Hausmacht zu verwerten. Dieses Bestreben kommt auch in der eigentümlichen Zwitterstellung zum Ausdruck, in der sich die am Hofe des Kaisers vorhandenen Reichsbehörden befanden. Vom Kaiser besetzt, waren sie einerseits für Reichssachen, andererseits für erbländische Sachen zuständig:

das bot ja die bequemste Form, um die Reichssachen, solange sie nicht völlig bedeutungslos geworden waren, im erbländischen Interesse zu verwalten. Als Maximilian das österreichische Ämterwesen reorganisierte, indem er als Verwaltungs- und Justizbehörde den Hofrat und als Finanzbehörde die Hofkammer schuf, wurden diese sowohl für das Reich als auch für die Erblande bestellt. Gleiche Duplizität besaß seit 1502 die Hofkanzlei und später der geheime Rat.

Von den alten Erzämtern des Reiches gewann das des Erzkanzlers erhöhte Bedeutung. Als solcher erneuerte der Erzbischof von Mainz seit Friedrich III. ältere Ansprüche auf Ernennung des Kanzlers. Er ließ sich 1486 das Recht verbriefen, die Kanzlei, wenn er am Hofe anwesend sei, selbst zu leiten, während sonst die Urkunden in seinem Namen subskribiert werden sollten. Von da ab kämpften um die Hofkanzlei Kaiser und Erzkanzler einen stillen oder offenen Kampf. Der Mainzer setzte mehrfach die wiederholte Verbriefung seiner Rechte durch. Da er sich als den eigentlichen Kanzler betrachtete, mußte sich der Vorsteher der Hofkanzlei seit 1519 mit dem Titel Vizekanzler begnügen. Die Reichshofkanzleiordnung Ferdinands I. von 1559 schrieb vor, daß der Erzkanzler mit Vorwissen und Bewilligung des Kaisers den Vizekanzler und die Kanzleibeamten ernennen solle. Allein die Abhängigkeit der Hofkanzlei vom Erzkanzler stand nur auf dem Papier; in Wirklichkeit blieb das Amt des Vizekanzlers ein kaiserliches Hofamt. Der Vizekanzler war zugleich Mitglied des geheimen Rates und des Reichshofrates. Infolge der Errichtung einer besonderen österreichischen Hofkanzlei wurden 1620 die Reichssachen und die österreichischen Kanzleiangelegenheiten endgültig getrennt. Seit 1660 übte dann der Erzkanzler das Recht, den Reichsvizekanzler zu ernennen, stetig und unangefochten aus, während der Kaiser sich auf die Zustimmung (Rekommandation) beschränkte. Aber von nun ab sank auch die politische Bedeutung des Amtes, weil es dem Kaiser nicht genehm sein konnte, daß der von Mainz abhängige Vizekanzler Wissenschaft erhalte um die Arkana des kaiserlichen Hauses. Das ehrenvolle und einträgliche Vizekanzleramt besaß daher fast nur noch repräsentativen Charakter.

Außerhalb des alten Reichshofgerichtes begann der König, sei es nun als Schiedsrichter oder auf einseitiges Anrufen einer Partei oder aus eigener Initiative, eine persönliche Rechtsprechung auszuüben, für die er sich des Beirats seiner Räte bediente. Aus dieser Jurisdiktion, die im Spätmittelalter stark zunahm, wuchs ein besonderes Gericht, das königliche Kammergericht, heraus. Zuerst wird es 1415 genannt (iudicium camerae), es gewann dann festere Organisation und erhielt 1471 eine Kammergerichtsordnung. Den Vorsitz hatte der König oder ein Kammerrichter, als welcher ein ad hoc ernannter Vertreter des Königs bestellt war. Als Beisitzer fungierten geschworene und besoldete Räte des Königs. Neben dem königlichen Kammergerichte verkümmerte das Reichshofgericht im früheren Sinne des Wortes, zum Teil weil der König massenhafte Exemtionen von dessen Gerichtsbarkeit erteilt hatte. Im Jahre 1450 starb es ab, ohne ausdrücklich aufgehoben zu werden. Das Kammergericht, seinem Ursprung nach die Verkörperung der vom König in Person geübten Jurisdiktion, hatte keinen ständigen Sitz, sondern folgte dem König von Ort zu Ort. Seit seine festere Organisation die Beziehung zur Person des Königs gelockert hatte, wurde es von Friedrich III. vernachlässigt. Das veranlaßte Beschwerden der Reichsstände, die schließlich die Loslösung des Kammergerichts vom Hofe des Königs erzwangen. Maximilian I. mußte sich 1495 auf dem Wormser Reichstag zur Errichtung des Reichskammergerichtes verstehen, eines ständigen obersten Reichsgerichtes, dessen Besetzung in der Hauptsache den Reichsständen zustand. Der Kaiser ernannte den Kammerrichter, später hatte er auch die Senatspräsidenten zu ernennen. Die Zahl der Beisitzer, die von den Reichsständen bei der Errichtung dem König, seit 1507 dem Gerichte selbst präsentiert wurden, betrug ursprünglich sechzehn. Nachmals wurde sie erhöht. Nach dem Westfälischen Frieden sollten ihrer fünfzig sein, die Hälfte katholisch, die Hälfte evangelisch. Allein diese Zahl wurde niemals erreicht und 1720 auf fünfundzwanzig festgesetzt. Das Gericht begann seine Tätigkeit zu Frankfurt a. M., kam dann nach mehrfachem Ortswechsel 1527 nach Speier; von da flüchtete es 1689 anläßlich des französischen Raubeinfalls und fand 1693 Aufnahme in Wetzlar, wo es bis zur Auflösung des Reiches verblieb. Zur Erhaltung des Reichskammergerichtes wurde zwar eine ordentliche Reichssteuer eingeführt, die sogenannte Kammerzieler, allein sie liefen so unregelmäßig ein, daß es an Geld fehlte, um die ausreichende Zahl von Assessoren zu besolden. Der Mangel an Arbeitskräften rächte sich durch die sprichwörtlich gewordene Un-

sterblichkeit der am Kammergerichte schwebenden Prozesse. Das Reichskammergericht urteilte über Landfriedensbrüche; ferner war es für die Reichsunmittelbaren erste Instanz; zweite, sofern sie das Recht auf Austräge hatten, d. h. auf Schiedsgerichte, deren Ursprung in die Zeit vor Gründung des Reichskammergerichtes zurückgeht. Für die Untertanen der Landesherren, die nicht ein privilegium de non appellando hatten, fungierte es als Appellationsgericht.

Die Einbuße, welche die oberste Gerichtsgewalt des Kaisers durch die Schöpfung des Reichskammergerichtes erlitten hatte, wurde zum Teile wieder wettgemacht, indem als Organ der kaiserlichen Gerichtsbarkeit der Reichshofrat ausgebildet wurde. Gemäß einer Hofordnung Maximilians I. vom 20. Dezember 1497 entstand 1498 unter dem Namen Hofrat ein geschlossenes Kollegium als Regierungs- und Justizbehörde, die sowohl in Reichssachen als auch in erbländischen zuständig war. Wie so manche Reformen Maximilians I., gelangte auch diese nicht zu dauernder Wirksamkeit. Erst Ferdinand I. führte eine Reorganisation des Hofrates durch, der spätestens 1527 seine Tätigkeit begann. Vorsitzender war zunächst der Hofmarschall. Seit 1559 wurde vom Kaiser ein besonderer Hofratspräsident ernannt. Außerdem saßen im Hofrate die Inhaber der obersten Hofämter und eine Anzahl von Räten aus den Erblanden und aus dem Reiche, die der Kaiser ernannte. Nachmals wurden dem Hofrate die erbländischen Sachen entzogen, so daß er sich zum reinen Reichshofrate gestaltete. Wann dies geschah, ist zurzeit noch nicht genau festgestellt. Vermutlich ist die endgültige Sonderung erst in den Jahren nach dem Westfälischen Frieden eingetreten. Der Reichshofrat hatte seinen Sitz am kaiserlichen Hoflager. Seine Tätigkeit ruhte, solange der Thron ledig stand. Er war Gerichts- und Regierungskollegium. Er war ausschließlich kompetent in Kriminalsachen der Reichsunmittelbaren, in Reichslehnssachen, in Streitigkeiten über kaiserliche Privilegien und in Sachen der kaiserlichen Reservatrechte. Im übrigen konkurrierte seine Gerichtsbarkeit mit der des Reichskammergerichtes.

Als eine Auslese, „Ausbruch", aus dem Hofrat entstand in Österreich 1527 oder etwas früher das Kollegium des „geheimen Rates", das die Aufgabe hatte, den Herrscher in allen „hochschweren und geheimen Sachen", namentlich in auswärtigen Angelegenheiten, zu beraten. Es wurde in erbländischen und in Reichssachen gehört. Seine Kompetenz bestimmte der Wille des Herrschers.

§ 68. Reichsregiment und Reichskreise. Schon im 15. Jahrhundert waren verschiedenartige Vorschläge einer Reform der Reichsverfassung aufgetaucht, die sich die Herstellung kräftiger Exekutivorgane für Aufrechthaltung des Landfriedens zum Ziele setzten. Seit Maximilian I. kreuzen sich in den Reformbestrebungen zwei politische Richtungen, eine kaiserliche und eine ständische. Die Reichsstände trachteten unter der Führung Bertholds von Henneberg, Erzbischofs von Mainz, dem Reiche eine oligarchische Zentralgewalt zu verschaffen, während Maximilian die Umgestaltung des Reiches den Reformen einzugliedern strebte, durch die er in seinen österreichischen Erblanden die Grundlagen des modernen Beamtenstaates schuf. Die Gegensätze führten zu Kompromissen, aus denen das Reichsregiment als vorübergehende, die Kreisverfassung als dauernde Einrichtung hervorging.

Auf dem Wormser Reichstage von 1495 begehrten die Reichsstände die Bildung eines ständischen Reichsrates von 17 Mitgliedern, dem die unmittelbare Verwaltung der Reichssachen zu übertragen sei. Das Projekt scheiterte an dem Widerspruch des Königs und wurde zunächst ersetzt durch den Verlegenheitsbeschluß, alljährlich einen Reichstag abzuhalten, der für Aufrechthaltung von Frieden und Ordnung im Reiche sorgen möge. Da dieses Auskunftsmittel sich als verfehlt erwies, so wurde auf dem Augsburger Reichstage von 1500 ein ständiges Reichsregiment (Reichsrat und Regiment) mit dem Sitze in Nürnberg errichtet, das aus dem König oder dessen Stellvertreter und aus 20 Räten (Regenten) bestand, unter welchen je einer von sechs damals geschaffenen Kreisen zu wählen war. Aber schon 1502 bewirkte Maximilian die Auflösung des Regimentes, das die königliche Gewalt völlig aufgesogen hätte, wenn anders es mit seiner Zuständigkeit Ernst machen wollte. Einem Versprechen gemäß, das er in der Wahlkapitulation abgegeben hatte, verstand sich Karl V. 1521 dazu, ein neues Reichsregiment nach dem Muster des alten aufzurichten, doch sollte seine Wirksamkeit auf die Dauer der Abwesenheit des Königs im Reiche beschränkt sein. Als 1530 Kaiser Karl V. nach Deutschland

zurückgekehrt war, löste sich das Reichsregiment auf, nachdem es in entscheidenden Momenten in die durch die Reformation entstandenen Streitigkeiten eingegriffen hatte.

Die sechs Kreise des Augsburger Reichstags von 1500 wurden 1507 mit der Aufgabe betraut, Beisitzer für das Reichskammergericht vorzuschlagen. Ein Reichsabschied von 1512 übertrug den Kreisen die Vollstreckung der kammergerichtlichen Urteile und die Handhabung des Friedens. Zu diesem Zwecke wurden die alten Kreise (der fränkische, bayrische, schwäbische, oberrheinische, westfälische und niedersächsische) durch vier neue Kreise ergänzt, den österreichischen, den burgundischen, den obersächsischen und den kurrheinischen Kreis. Jeder Kreis sollte einen Kreishauptmann (später Oberst) und eine Anzahl von Zugeordneten (Kreisräten) wählen. Allein diese Wahlen fanden nicht statt, weil nicht bestimmt worden war, wer die Wahltage zu berufen habe. Auf dem Wormser Reichstage von 1521 wurde die Kreiseinteilung von 1512 erneuert und 1522 vom Reichsregiment eine Exekutionsordnung und im Anschluß daran ein Ausschreiben erlassen, worin die angesehensten Fürsten jedes Kreises aufgefordert wurden, Kreistage zur Wahl des Hauptmannes und der (vier) Zugeordneten auszuschreiben. Da diese Funktion ständig wurde, entstand aus ihr das Kreisausschreibeamt. Die damit betrauten Fürsten hießen seit 1555 die kreisausschreibenden Fürsten. In einzelnen Kreisen gelang es ihnen, die Leitung der Kreistage an sich zu bringen und sich zu „Kreisdirektoren" aufzuschwingen. Den Kreisen wurde in der Folge noch die Aufsicht über Zoll und Münze überwiesen. Auch hatten sie die Reichssteuern und die Truppenkontingente auf die einzelnen Kreisstände zu verteilen. Zu regem Leben ist die Kreisverfassung nur in jenen Kreisen gelangt, in welchen (wie im schwäbischen und fränkischen) kein großes Territorium das entscheidende Übergewicht besaß.

Reichte die Macht des Kreises zur Handhabung des Friedens nicht aus, so sollte anfänglich das Reichsregiment, seit 1558 ein Ausschuß des Reichstages, die „ordentliche Reichsdeputation", und, wenn er gerade versammelt war, der Reichstag selbst die Sache in die Hand nehmen. Als der Reichstag permanent wurde, fiel jene Deputation hinweg.

§ 69. Der Reichstag. Das imperium stand dem Kaiser nur noch in Gemeinschaft mit den Reichsständen zu, die ihre Mitregierung auf den Reichstagen ausübten.

Der Reichstag zerfiel in drei Kollegien: 1. Das Kurfürstenkollegium, das aus den Einigungen der Kurfürsten, den Kurvereinen, hervorgegangen war. Es stand unter dem Direktorium von Mainz. Was die Zahl und die Verteilung der Kurwürden betrifft, so sind der Goldenen Bulle gegenüber, die als Reichsgrundgesetz dafür maßgebend blieb, folgende Veränderungen zu verzeichnen. Die sächsische Kur wurde 1547 von der ernestinischen Linie des sächsischen Hauses auf die albertinische übertragen. Die pfälzische Kur und das Erztruchsessenamt gelangten nach der Ächtung des Winterkönigs Friedrichs V. 1623 an den Herzog von Bayern. Doch wurden 1654 für die Pfalz eine achte Kurwürde und das Erzschatzmeisteramt geschaffen. Als 1777 die bayrische Linie des wittelsbachischen Hauses ausstarb, fielen gemäß einer Bestimmung des Westfälischen Friedens, die diesen Fall vorgesehen hatte, die bayrische Kur und das Erztruchsessenamt an die Pfalz zurück. Eine damals neunte Kurwürde, die der Kaiser 1692 dem Hause Braunschweig-Lüneburg (Hannover) verliehen hatte, wurde 1708 vom Reichstage anerkannt und mit ihr 1778 das erledigte Erzschatzmeisteramt verbunden. Im Jahre 1708 erfolgte auch die Readmission der böhmischen Kurstimme, die seit zwei Jahrhunderten nicht mehr ausgeübt worden war. Wesentliche Veränderungen führten der Friede von Luneville und der Reichsdeputationshauptschluß von 1803 kurz vor dem Zusammenbruche des Reiches herbei. Die Kuren von Köln und Trier fielen hinweg. Der Kurerzkanzler erhielt als Ersatz für Mainz ein neues Fürstentum (Regensburg, Aschaffenburg, Wetzlar). Außerdem wurden vier neue weltliche Kurwürden errichtet, nämlich für Salzburg, Baden, Württemberg und Hessen-Kassel. 1805 erhielt der Kurfürst von Salzburg das Fürstentum Würzburg, auf das die Salzburger Kur übertragen wurde.

2. Der Reichsfürstenrat unter dem wechselnden Direktorium Salzburgs und Österreichs. Er zerfiel in eine geistliche und eine weltliche Bank. Die Fürsten hatten Virilstimmen. Die Prälaten, Grafen und freien Herren waren in Kurien, anfangs in drei, schließlich in sechs Kurien vereinigt, von denen jede nur eine Stimme abgab. Das Stimmrecht der Fürsten war anfänglich ein persönliches Recht. Seit dem Ausgang des 16. Jahrhunderts erlangten die Viril-

stimmen gewohnheitsrechtlich den Charakter eines auf dem Fürstentum haftenden Realrechts, so daß die Vereinigung mehrerer Territorien in einer Hand zu einer Häufung von Stimmen in der Person desselben Stimmträgers, die Teilung eines Fürstentums zur Abgabe einer gemeinschaftlichen Stimme führte. Auch kaiserliche Erhebung in den Reichsfürstenstand begründete nach älterem Rechte den Erwerb der Reichsstandschaft. Allein auf den Reichstagen von 1641 und 1654 wurde das „beneficium sessionis et voti", um Mißbräuchen des kaiserlichen Ernennungsrechtes vorzubeugen, an die Bedingung geknüpft, daß der vom Kaiser kreierte Fürst unmittelbare fürstenmäßige Reichsgüter erwerbe, zur Reichsmatrikel veranlagt sei, und daß seine Reichsstandschaft die Zustimmung der Kurfürsten und Stände erlange.

3. Das Kollegium der Städte unter dem Direktorium der Stadt, in welcher der Reichstag versammelt war. Es zerfiel in eine rheinische Städtebank mit 14 und in eine schwäbische mit 37 Städten. Das früher bestrittene votum decisivum der Städte wurde im Westfälischen Frieden ausdrücklich anerkannt.

Kaiser und Reichsstände, die nicht persönlich auf den Reichstagen erschienen, konnten sich vertreten lassen, jener durch einen Kommissarius fürstlichen Ranges, diese durch Gesandte. Seit der Reichstag permanent geworden, gestaltete er sich zu einem ständigen Gesandtenkongreß. Seit 1663 war dem kaiserlichen Kommissar (von da ab Prinzipalkommissarius) ein rechtsgelehrter Konkommissarius an die Seite gestellt. Sitz des Reichstags ist, seit er permanent geworden, Regensburg geblieben, wohin ihn der Kaiser zuletzt einberufen hatte.

Jedes Kollegium beschloß und beriet für sich. Alle drei Kollegien mußten sich einigen, auf daß ein Rechtsgutachten zustande komme. Die Sanktion des Kaisers, die in einem Ratifikationsdekrete erteilt zu werden pflegte, erhob das Reichsgutachten zum Reichsschluß, conclusum imperii. In Religionsangelegenheiten schied sich der Reichstag in ein corpus catholicorum unter dem Vorsitz von Mainz und in ein corpus evangelicorum unter dem Vorsitz Kursachsens. Erforderlich war die Übereinstimmung (amicabilis compositio) beider corpora, innerhalb deren die Mehrheit entschied.

Gemäß dem Westfälischen Frieden stand dem Reichstage zu die Gesetzgebung, die Interpretation der Gesetze, die Beschlußfassung über Krieg, Frieden und Bündnisse, die Auflegung von Steuern, das Recht, die Aufhebung und Einquartierung von Truppen und die Anlage und Verstärkung von Festungen zu bestimmen. In gewissen Fällen hatte der Reichstag auch richterliche Kompetenz.

§ 70. Die Reichsglieder und deren Stellung zum Reiche. Die Bevölkerung des Reiches zerfiel in zwei ungleiche Hälften, in die geringe Zahl der Reichsunmittelbaren und in die große Masse der mittelbaren und landsässigen Bevölkerung. Reichsunmittelbar waren die Landesherren (Fürsten, Prälaten, Grafen und Herren) und die Mitglieder der landesherrlichen Familien, die Reichsstädte, die Reichsritter, die Reichsdörfer und die Reichsbeamten.

Eine erhebliche Verminderung erlitt die Zahl der Reichsglieder durch den Reichsdeputationshauptschluß von 1803, der die erblichen Reichsfürsten für die Verluste entschädigte, die sie durch die Abtretung des linken Rheinufers an Frankreich erlitten hatten. Die geistlichen Territorien wurden damals fast sämtlich säkularisiert. Nur der Kurerzkanzler, der Deutsche und der Malteser-Orden blieben als geistliche Reichsstände übrig. Von den Reichsstädten wurden 41 mediatisiert, so daß das Städtekollegium nur noch aus sechs Reichsstädten bestand (Augsburg, Lübeck, Nürnberg, Frankfurt a. M., Bremen und Hamburg). Völlig verschwanden die wenigen noch vorhandenen Reichsdörfer. Von den Reichsrittern wurden viele 1805 der bayrischen oder württembergischen Landeshoheit unterworfen.

Die Reichsunmittelbaren waren sämtlich gegen Kaiser und Reich zur Treue verpflichtet. Sie mußten vor den Reichsgerichten zu Recht stehen, soweit sie nicht das Recht der Austräge besaßen.

Die Reichsstände hatten die Pflicht, persönlich oder durch einen Vertreter an den Reichstagen teilzunehmen. Der Lehnsverband, in dem sich Fürsten, Grafen und Herren befanden, legte ihnen nur noch die Pflicht auf, bei Thron- und Mannfall die Belehnung nachzusuchen, die durch Gesandte oder Boten empfangen wurde.

Die Reichsstände hatten Truppen zum Reichsheer zu stellen. Das Reich selbst hielt kein stehendes Heer. Für die Höhe der Truppenkontingente wurde die Wormser Matrikel von 1521

maßgebend, die aus Anlaß eines von Karl V. beabsichtigten Römerzugs für ein dem Kaiser bewilligtes Heer von 4000 Reitern und 20 000 Fußknechten aufgestellt worden war. Darin wurde das Maximum des Monatssoldes für den Reisigen auf zehn (später zwölf), für den Fußknecht auf vier rheinische Gulden festgestellt. Als nach dem Nimweger Frieden ein neuer Krieg mit Frankreich drohte, hat man 1681 die Verteilung der Truppenkontingente und deren Vereinigung zu Regimentern den Reichskreisen übertragen.

Die Reichsstände hatten die vom Reichstag bewilligten Reichssteuern aufzubringen. Es gab nur eine ordentliche Reichssteuer, die 1548 zur Erhaltung des Kammergerichts bewilligten Kammerzieler. Außerordentliche Steuern wurden namentlich für Reichskriege bewilligt, und zwar mit Zugrundelegung eines Steuersimplums, Römermonat genannt. Die Höhe des Römermonats ergab sich aus dem Monatssold, den die Reichsstände für ihre Truppenkontingente aufzubringen gehabt hätten, wie sie die Wormser Matrikel von 1521 bestimmte.

Eine Sonderstellung nahmen die aus den Reichsministerialen hervorgegangenen Reichsritter ein. Sie hatten in Schwaben, Franken und am Rhein, dank den Ritterbündnissen, ihre Reichsfreiheit behauptet und von Ferdinand I. und Rudolf II. durch kaiserliche Privilegien sicherstellen lassen. Die schwäbische Ritterschaft gab sich 1560 eine Ritterordnung, die fränkische 1590, die rheinische 1652. Alle drei Parteien der Reichsritterschaft traten 1577 in einen Gesamtbund ein. Dieser zerfiel in den schwäbischen, fränkischen und rheinischen Ritterkreis, jeder Kreis in Kantone oder Orte. Jeder Kanton hatte einen Hauptmann, Ritterräte und einen Kantonsausschuß, die das Kantonsdirektorium bildeten. Abgeordnete aller drei Kreise kamen auf Korrespondenztagen zusammen. Die Reichsritter genossen weder die Reichs- noch die Kreisstandschaft. Andererseits waren sie frei von Reichs- und Kreissteuern. Doch verhandelte der Kaiser mit ihnen von Fall zu Fall über sogenannte subsidia caritativa. Die Reichsritter hatten das Recht der Austräge; ihre Verbände übten das Recht der autonomen Satzung und der Besteuerung. Die reichsritterschaftlichen Besitzungen waren seit 1590 im Falle der Veräußerung an einen Fremden einem Retraktrechte der einzelnen Reichsritter und der ritterschaftlichen Verbände unterworfen.

§ 71. Das Staatsrecht der Territorien. Die landesherrliche Gewalt verstärkte und erweiterte sich sowohl nach oben hin, im Verhältnis zu Kaiser und Reich, als auch nach unten hin im Verhältnis zu den Untertanen, in welchem sie als eine vom Reiche abgeleitete Staatsgewalt angesehen wurde.

Die Vorrechte, welche die Kurfürsten in der Goldenen Bulle für die Verwaltung der Kurlande erworben hatten, wußten in der Hauptsache auch die übrigen größeren Landesherren zu erringen, das privilegium de non appellando allerdings oft nur als ein privilegium limitatum, d. h. mit der Beschränkung auf Streitsachen, bei denen die Streitsumme einen gewissen Betrag nicht überstieg. Der Westfälische Friede brachte der Landeshoheit (ius territorii et superioritatis) die staatsrechtliche Anerkennung ihres hergebrachten Inhaltes und stellte sie unter die Garantie Frankreichs und Schwedens. Den Landesherren wurde damals das Recht zuerkannt, untereinander und mit auswärtigen Mächten Bündnisse zu schließen, die aber nicht gegen Kaiser und Reich gerichtet sein sollten. Im Anschluß an das Bündnisrecht erwarben die Landesherren das aktive und das passive Gesandtschaftsrecht. Der tatsächlichen Unabhängigkeit der Territorien kam es wesentlich zu statten, daß deutsche Fürsten auswärtige Kronen trugen, und daß auswärtige Mächte deutsche Reichsstände wurden.

Im Verhältnis zu den Untertanen wuchs die Macht der Landesherren, indem sie das ius reformandi und das Kirchenregiment über ihre evangelischen Untertanen erwarben, indem sie die Zahl der Regalien vermehrten, insbesondere ein Forst- und Jagdregal, hier und da auch ein Fischerei- und Mühlenregal geltend machten, und indem sie ihr Besteuerungsrecht erweiterten. Ohne Bewilligung der Landstände konnten sie die herkömmlichen Steuern, kraft Reichsrechtes die Reichs- und Kreissteuern erheben. Der jüngste Reichsabschied verpflichtete die Untertanen, außerdem für Landesfestungen und Besatzungen, ein kaiserliches Kommissionsdekret von 1670, für die Gesandtschaftskosten zum Reichstage, zu Deputations- und Kreistagen Steuern zu zahlen. Damit nicht zufrieden, suchten die Landesherren 1670 mit Hilfe des Reichstages ein unbeschränktes, von der Bewilligung der Landstände unabhängiges ius collectandi durchzusetzen. Kaiser Leo-

pold I. versagte zwar 1671 dem Reichsgutachten die Sanktion und gab nur zu, daß jeder Reichsstand über die reichsgesetzlichen Bestimmungen hinaus das, was rechtmäßig hergebracht sei, an Steuern erheben dürfe. Allein einzelne Reichsstände, wie Bayern und Brandenburg, waren in der Ausdehnung des Besteuerungsrechtes bereits selbständig vorgegangen. Und im übrigen vermochten es Kaiser und Reich nicht zu verhindern, daß die Landesherren nachträglich in ihren Ländern die Befugnis zur Anerkennung brachten, das Land ohne Zustimmung der Landstände für die durch das landesherrliche Ermessen bestimmten Bedürfnisse zu besteuern.

Die Stellung der Landstände hat sich nach vereinzelten Schwankungen, hier früher, dort später, allgemein seit dem 17. Jahrhundert völlig verschoben. Nachdem die Landeshoheit nach oben hin ihre Unabhängigkeit errungen hatte, konzentrierte sie ihre Kräfte auf die Schwächung der landständischen Macht. Seit dem Ausgang des Dreißigjährigen Krieges war die Niederlage der Landstände fast allenthalben entschieden. Während des Krieges hatten sich in vielen Territorien die Landstände nicht versammelt, in anderen durch engherzige Politik das Wohl des Landes sichtlich geschädigt. Die Städte waren verarmt und daher einflußlos geworden. Der Adel vergaß über seinen Sonderinteressen, die des Landes wahrzunehmen. In den evangelischen Territorien waren die Prälaten nach Durchführung der Säkularisationen hinweggefallen oder auf eine geringe Zahl zusammengeschmolzen. In den katholischen Ländern hatte der Sieg der Gegenreformation die Widerstandskraft der Landstände gebrochen.

Der Niedergang der ständischen Macht äußerte sich in dem Verluste wesentlicher ständischer Rechte, namentlich des Rechtes der Selbstversammlung und des Rechtes der Steuerbewilligung. Die Wahlkapitulation von 1658 untersagte ganz allgemein Zusammenkünfte der Landstände ohne Vorwissen und Bewilligung der Landesherren sowohl in Steuersachen als in anderen Angelegenheiten. Damit „war der Bestand der landständischen Verfassung in den guten Willen der Landesherren gestellt". Sie unterließen die Berufung der Landtage oder ersetzten sie durch ständige Landtagsausschüsse oder nahmen die sprichwörtliche gloria obsequii der Landtage nur noch zur Verteilung oder Aufbringung der Steuern in Anspruch.

In den meisten Territorien bildete sich ein landesherrlicher Absolutismus aus, gestützt auf die Lehre, daß der Landesherr unbeschränkt sei, soweit nicht die Untertanen ein entgegenstehendes Recht beweisen könnten. Wo die Landstände nicht schlechtweg beseitigt wurden, lebten sie ein Scheinleben fort, zu bedeutungslos, als daß es sich verlohnt hätte, sie ausdrücklich aufzuheben. Nur in wenigen Ländern erhielten sie sich in alter Bedeutung entweder bis zur Gegenwart, wie in Mecklenburg, oder doch, wie in Braunschweig, Hessen, Sachsen, Württemberg, so lange, bis sie durch moderne Repräsentativverfassungen abgelöst wurden. Wo der Absolutismus zur Blüte gelangte, arbeitete er im Sinne der Rechtseinheit und der Rechtsgleichheit der Untertanen mit Hilfe eines geschulten Beamtentums. Dieses wußte, indem es sich gegenseitig stützte, seine Stellung in dem Maße zu befestigen, daß der Staat des aufgeklärten Absolutismus sich regelmäßig zu einem Beamtenstaate gestaltete, in welchem der Wille des Landesherrn an den Traditionen eines zur Pflichttreue erzogenen, für das Gemeinwohl bedachten Beamtentums nicht selten eine wirksame Schranke fand.

Die Kriegsverfassung brach mit den letzten Resten des Lehnwesens. Kriegsdienste von Lehnsleuten nahm man zuletzt im Dreißigjährigen Kriege in Anspruch. Die territorialen Streitkräfte bestanden nur noch aus Söldnern, die zunächst für den Kriegsfall angeworben wurden, indem man die Werbung regelmäßig den Obristen überließ. Seit dem Dreißigjährigen Kriege errichteten die mächtigeren Landesherren stehende Heere, deren Werbung unmittelbar durch die Landesverwaltung erfolgte. Im 18. Jahrhundert schob sich die amtliche Aushebung zuerst an die Seite, dann an die Stelle der Werbung. Wie früher auf den höheren, lastete nunmehr der Kriegsdienst auf den unteren, politisch stummen und willenlosen Klassen der Bevölkerung. Vorzugsweise aus den Bauernsöhnen rekrutierte sich das Heer, denn Geburt, Bildung und Vermögen befreiten von der Aushebung. Damit hing es zusammen, daß der Wille des Kriegsherrn in der Blütezeit der Kabinettskriege ebenso schrankenlos war, als er in der Zeit der adeligen Lehnsheere, die das Kriegshandwerk zum Vorrecht der höheren Stände gestaltet hatte, durch den Willen der Vassallen beschränkt worden war. Erst nach der Auflösung des Reiches wurde, zunächst in Preußen, das Prinzip der ständischen Befreiungen von Kriegs-

dienst beseitigt und die Rückkehr zur allgemeinen Wehrpflicht vollzogen, mit der das deutsche Volk einst in die Geschichte eingetreten war.

Das Finanzwesen wies in der Regel den Dualismus ständischer und landesherrlicher Kassen auf. Denn die von den Landständen bewilligten Steuern wurden von den Ständen oder unter deren Kontrolle erhoben, verwendet und von besonderen landständischen Kassen verwaltet. Dagegen speisten die Einkünfte aus dem Domanium (Kammergut und Regalien) die Kasse des Landesherrn, der verpflichtet war, daraus die Kosten der Regierung zu bestreiten. Die getrennte Kassenverwaltung erhielt sich noch, nachdem die Stände die Steuerverwaltung eingebüßt hatten.

Nach dem Vorbilde der österreichischen Verwaltungsreform entstanden in den größeren Territorien ständige, kollegialisch organisierte und mit Berufsbeamten besetzte Zentralbehörden, ein Hofrat, ein davon abgezweigter geheimer Rat, eine Hof-, Rent- oder Domänenkammer. In den evangelischen Ländern schuf man Konsistorien als kirchliche Verwaltungsbehörden. Die Einrichtung der territorialen Hofgerichte oder Kammergerichte gestaltete sich mehr oder minder nach dem Muster des Reichskammergerichtes. Wenn und soweit ein Territorium ein privilegium de non appellando hatte, ergab sich das Bedürfnis, als oberste Instanzen Oberappellationsgerichte oder Tribunale zu errichten.

Die lokale Verwaltung war in der Regel eine dreifache. In den Städten übte sie der Stadtrat. Die Domänen verwaltete ein landesherrlicher Amtmann mit Justiz- und Polizeigewalt. Auf den ritterschaftlichen Besitzungen bestanden patrimoniale Gerichtsbarkeit und patrimoniale Polizei. Als Mittelbehörden fungierten in den einzelnen Landschaften der größeren Territorien entweder landschaftliche Kollegien, Regierungen, Regimente, Kammern oder landesherrliche Beamte mit beigeordneten Räten. Aus einer Verbindung ständisch-kommunalen und landesherrlichen Beamtentums ist in Preußen seit dem 17. Jahrhundert das Amt des Landrats entstanden.

III. Das Strafrecht.

§ 72. Das in Deutschland als fremdes Recht rezipierte Strafrecht war das der italienischen Kriminalisten, dessen Kenntnis insbesondere die juristische Vulgärliteratur vermittelte. Die Praxis zeigte namentlich in Süddeutschland das Bestreben, der Verübung von Verbrechen durch große Härte entgegenzuwirken. Die Todesstrafe wurde willkürlich angewendet und ungebührlich ausgedehnt, weshalb man sich genötigt sah, sie für schwere Missetaten in grausamer Weise zu steigern und zu verschärfen. Die einreißende Verwilderung machte eine Reform zum dringenden Bedürfnis. Diese erfolgte für das Reich durch die Peinliche Gerichtsordnung Karls V., die teils auf römisch-italienischem, teils auf deutschem Rechte beruhte. Als Strafprozeßordnung angelegt, schiebt sie in die Ordnung des Strafverfahrens eine Regelung des materiellen Strafrechtes ein, indem sie (Artikel 104—180) als Anweisung, richtig zu urteilen, festsetzt, „wann und wie die peinlichen Strafen geschehen" sollen. Die Aufgabe, die sie sich damit stellte, wußte sie für ihre Zeit glänzend zu lösen, indem sie durch die Kennzeichnung der einzelnen Verbrechen und durch Berücksichtigung allgemeiner Strafrechtsbegriffe, wie des Versuchs, der Notwehr, der Gehilfschaft, der Zurechnungsfähigkeit, einer wesentlichen Förderung des Strafrechtes Bahn brach. Der herkömmlichen Willkür der Strafjustiz stellte sie den Grundsatz entgegen, daß die Verhängung peinlicher Strafen unzulässig sein solle, wenn nicht das römische Recht für die zu ahndende Missetat oder eine ihr gleichartige eine peinliche Strafe festsetzt. Als peinliche Strafen kennt sie 1. qualifizierte Todesstrafen (vierteilen, lebendig begraben und pfählen, Feuertod und Rad), 2. einfache Todesstrafen (ertränken, Galgentod, Enthauptung mit dem Schwerte), 3. verstümmelnde Strafen (Verlust der Augen, Ohren, Zunge, Hand, einzelner Finger), 4. das Ausstäupen, 5. Ehrenstrafen (Ehrlosigkeit und Pranger). Außerdem verhängt die Carolina Freiheitsstrafen, insbesondere Landesverweisung und Gefängnis für immer oder auf Zeit, und Vermögensstrafen (Konfiskation).

Obwohl die Carolina weder die Anwendung des römischen Rechtes, noch die der Landes- und Ortsrechte ausschloß, beherrschte sie auf Jahrhunderte hinaus das deutsche Strafrecht, im einzelnen durch die Landesgesetzgebung und durch die Rechtspflege fortgebildet. In der Literatur und Praxis des Strafrechts erlangten die sächsischen Kriminalisten Matthias Berlich

(1586—1638) und Benedikt Carpzov (1595—1666) hohes Ansehen und führende Stellung. Das Strafensystem rückte von dem der Carolina allmählich ab durch Ausbildung von Arbeitsstrafen zu öffentlichen Zwecken und durch die Einrichtung von Zuchthäusern und Arbeitshäusern. Im 18. Jahrhundert wurde Carpzovs Einfluß gebrochen, und zog die naturrechtliche Schule das Strafrecht in den Kreis ihrer Reformbestrebungen hinein. Unter dem Eindrucke der Schrift des Italieners Beccaria Dei delitti e delle pene (1764) setzten sich die Literatur und die Landesgesetzgebung eine dem Geiste der Humanität und der Aufklärung entsprechende Milderung des Strafrechts zum Ziele. Mehr als ein anderer Rechtszweig hat dieses der rechtsphilosophischen Abstraktion zu verdanken, die sich namentlich in den Theorien über den Strafzweck, in den sogenannten Strafrechtstheorien, zur Geltung brachte.

Das gemeine deutsche Strafrecht wurde im größten Teile Deutschlands durch die kodifizierende Landesgesetzgebung ausgeschlossen. Der damit aufwuchernde Partikularismus machte aber schließlich einer unifizierenden Entwicklung Platz, dank dem Ansehen und dem Herrschaftsgebiete, die das preußische Strafgesetzbuch vom 14. April 1851 gewann. Nach dessen Vorbild wurde das Strafgesetzbuch für den Norddeutschen Bund von 31. Mai 1870 ausgearbeitet, das jetzt als Reichsstrafgesetzbuch in einer Redaktion vom 26. Februar 1876 in Geltung ist. Eine Revision des Gesetzbuchs ist im Zuge.

IV. Das Gerichtsverfahren.

§ 73. Der Strafprozeß. Auf dem Gebiete des Prozeßrechtes wurde, nicht ohne Beibehaltung deutschrechtlicher Grundsätze, das Verfahren rezipiert, welches auf Grundlage des römischen und kanonischen Rechtes die italienische Praxis ausgebildet hatte. Die deutschrechtliche Scheidung zwischen Richter und Urteilfindern fiel hinweg, als die Rechtskenntnis Monopol der gelehrten Juristen wurde. Das Urteil fällte nunmehr der Richter selbst oder ein richterliches Kollegium. An Stelle des mündlichen und öffentlichen Verfahrens trat ein schriftliches und geheimes. Das formale Beweisverfahren des deutschen Rechts war von vornherein dem Untergange geweiht, da es nicht gelang, eine der vorhandenen Beweisformen zum Rahmen eines materiellen Beweisrechtes umzubilden, wie dies in England durch Umbildung des Inquisitionsbeweises zur Jury geschah. Doch vermochte man nicht vollständig mit den alten Grundsätzen zu brechen. Die deutschrechtliche Auffassung von der Gebundenheit des richterlichen Ermessens kam bezüglich des Beweisergebnisses in den gesetzlichen Beweistheorien aufs neue zum Ausdruck.

Im Strafprozeß wurde das im kanonischen Rechte ausgebildete Inquisitionsprinzip zur Durchführung gebracht. Da man auf ein bloßes Zusammentreffen der Umstände hin nicht zu verurteilen wagte, arbeitete man auf ein Geständnis des Inkulpaten hin (confessio est regina probationum). Um ein Geständnis herbeizuführen, wendete man die Tortur an. Während die Carolina neben dem amtlichen Inquisitionsprozeß noch ein durch Anklage eingeleitetes Strafverfahren, den Akkusationsprozeß, als gleichberechtigt anerkannte und in dem sogenannten endlichen Rechtstag ein öffentliches und mündliches Schlußverfahren bewahrte, gelangte in der Praxis der Inquisitionsprozeß zur ausschließlichen Herrschaft, und wurde mit dem endlichen Rechtstag, den man als überflüssig fallen ließ, das letzte Stück von Öffentlichkeit und Mündlichkeit ausgemerzt. Die in der Carolina innerhalb gewisser Schranken zugelassene und vorgeschriebene Folterung des Angeschuldigten wurde nach dem Vorgange Friedrichs des Großen, der sie, mit Vorbehalt weniger Ausnahmefälle, in der Kabinettsorder vom 3. Juni 1740 verbot, durch die Landesgesetzgebung allenthalben beseitigt.

In der Zeit der französischen Vorherrschaft gelangte in einem Teile Deutschlands das französische Strafprozeßrecht mit Öffentlichkeit und Mündlichkeit, Staatsanwaltschaft und Geschworenen zur Geltung. Damit begann der Kampf zwischen dem französischen Vorbild und dem auf das italienische Recht zurückgehenden Inquisitionsprozeß. Die deutsche Landesgesetzgebung suchte diesen zunächst unter Festhaltung seiner Grundlagen zu reformieren. Allein unter dem Druck der Bewegung des Jahres 1848 wurde in den meisten deutschen Staaten die Institution der Schwurgerichte, die den eigentlichen Mittelpunkt des Streites gebildet hatte, und zwar nach französischem Muster, rezipiert. Damit war der Sieg der französischen Form

des Strafverfahrens in der Hauptsache entschieden. Der gemeine Inquisitionsprozeß erhielt sich nur noch in den beiden Mecklenburg und in den beiden Lippe. In einzelnen Staaten, so in Hannover (1850), in Oldenburg, Kurhessen, Bremen, Baden, in den preußischen Erwerbungen von 1866, in Württemberg und in Sachsen, wurde, und zwar in der Regel für Strafsachen unterster Ordnung, die Einrichtung der Schöffengerichte aufgenommen.

Zur Einheit des Strafprozeßrechtes gelangte das Deutsche Reich durch die Reichsstrafprozeßordnung vom 1. Februar 1877, nach welcher die Strafsachen unterster Ordnung den Schöffengerichten, die Strafsachen mittlerer Ordnung den Kammern der Landgerichte, die Strafsachen höchster Ordnung den Schwurgerichten (bzw. dem Reichsgerichte) zugewiesen sind.

§ 74. **Der Zivilprozeß.** Für die Entwicklung des Zivilprozeßrechtes sind in der Zeit der Rezeption zwei Rechtsgebiete zu unterscheiden, das Gebiet des älteren Reichsprozesses, d. h. des Verfahrens, wie es sich am Reichskammergerichte ausbildete, und das Gebiet des sächsischen Prozesses.

Das kammergerichtliche Verfahren gestaltete sich zwar nicht sofort als ein schriftliches. Den Parteien war es ursprünglich nicht auferlegt, sondern nur gestattet, wenn sie wollten, ihre Sachen in Schriften vorzubringen. Aber schon 1507 wurde dies ihren Vertretern zur Pflicht gemacht. Hatte der Kläger seine Klage schriftlich überreicht, so wurde der Beklagte behufs Mitteilung der Klage zu einem Termin vorgeladen, in welchem er Abschrift der Klage und die Gestattung eines neuen Termines erbitten konnte. Nach der „Kriegsbefestigung" (Litiskontestation), welche die Absicht der beiden Parteien feststellte, in den Prozeß einzutreten, und den Beklagten verpflichtete, die Klage zu verantworten, mußten beide Teile den Gefährdeeid, das iuramentum calumniae, schwören. Dann erst erfolgte die Aufstellung der Klagetatsachen und der etwaigen Einredetatsachen. Kläger und Beklagter hatten die sogenannten Positionen oder Artikel zu übergeben; sie mußten nämlich zur Vorbereitung des Beweisverfahrens die Behauptungen, die der Klage bzw. der Einrede zugrunde lagen, in einzelne Artikel auflösen, über die der Gegner bei seinem Gefährdeeid sich zu erklären hatte, ob er sie zugestehe oder nicht. Sache der Parteien war es dann, ohne daß ein Beweisurteil erging, von ihren Behauptungen diejenigen zu beweisen, die der Gegner nicht ausdrücklich zugestand oder wegen Ungehorsams als zugestehend erachtet wurde. Im Beweisverfahren kam der von Beweisführer (Probanten) dem Gegner zugeschobene und referible Haupteid (iuramentum delatum und relatum) zur Anwendung. Auch konnte der Richter zur Ergänzung eines unvollständigen Beweises einen Erfüllungseid, iuramentum suppletorium, oder zur Entkräftung vorhandener Indizien einen Reinigungseid, iuramentum purgatorium, auferlegen. Handelte es sich um einen Zeugenbeweis, so leisteten die Zeugen zunächst ein eidliches Wahrheitsversprechen, um daraufhin vom Richter in Abwesenheit der Parteien nach Artikeln und Fragestücken vernommen zu werden. Nach Erschöpfung der Verhandlung beschlossen die Parteien, daß sie „nichts Neues mögen fürbringen oder beweisen", wofür der Richter einen besonderen Termin (ad producendum omnia et concludendum) setzen mochte. Als Zwangsmittel gegen den Ungehorsam des Beklagten, der die Einlassung verweigerte oder nicht vor Gericht erschien, dienten die Einsetzung des Klägers in die Güter des Beklagten (Einsatz, missio in bona) und die Acht. Doch stellte schon der ältere Reichsprozeß dem Kläger daneben den Beweis der Klage zur Wahl.

Das ganze Verfahren, dem jede Gliederung und jeder Ruhepunkt, insbesondere ein zwingender Abschluß der Parteihandlungen, fehlte, war außerordentlich schwerfällig und weitläufig und hielt der Prozeßschikane Türen und Tore offen, so daß es zu gerechten Beschwerden Anlaß ergab.

Im sächsischen Prozeß haben sich neben den durch die italienische Rechtswissenschaft vermittelten Grundlagen Prozeßinstitute des heimischen Rechtes triebkräftig erhalten. Der sächsische Prozeß verschmähte das artikulierte Verfahren, bildete ein generelles, der Rechtskraft fähiges Beweisurteil aus, kraft dessen der Kläger den Grund der Klage, der Beklagte den der Einrede beweisen sollte, und ging im Falle des Ungehorsams endgültig mit der Verurteilung des Beklagten vor.

Die „Schärfe" des sächsischen Verfahrens wirkte als Vorbild auf die Reichsgesetzgebung ein, als diese zur dringend nötig gewordenen Reform des Reichsprozesses schritt. Um den

üblichen Verschleppungen vorzubeugen, beseitigte der jüngste Reichsabschied das artikulierte Verfahren; er verpflichtete den Kläger, in der Klagschrift den Tatbestand kurz und nervose, jedoch deutlich, distincte und klar (sogenannte Geschichtserzählung) auszuführen mit Anhängung der Klagbitte; er legte dem Beklagten auf, im ersten Termin auf alle Punkte der Klage bestimmt zu antworten und sämtliche Einreden bei Strafe der Präklusion anzubringen. Der Kläger konnte in einem zweiten Termine replizieren, der Beklagte in einem dritten Termine duplizieren. Bei Ungehorsam des Beklagten sollte nicht mehr auf Einsatz und Acht verfahren, sondern über den Beweis der Klage in der Sache gegen den Beklagten erkannt werden. Auf dem Wege des Gerichtsgebrauches bildete das gemeine Zivilprozeßrecht im weiteren Verlauf seiner Entwicklung unter dem Einfluß der sächsischen Juristen Mevius und Carpzov ein spezialisiertes Beweisurteil aus, das die einzelnen für die Entscheidung des Rechtsstreites maßgebenden Tatsachen zum Beweise stellte.

Durch die neuere Partikulargesetzgebung sagte sich der größere Teil Deutschlands von den Grundsätzen des gemeinen Zivilprozeßrechtes los. In Preußen schritt man zu einer völligen Neugestaltung des Verfahrens, die in der allgemeinen Gerichtsordnung von 1793/95 ihren Abschluß fand, mit dem Verhandlungsprinzip und mit der Eventualmaxime brach und das Untersuchungsprinzip in den bürgerlichen Rechtsgang einführte. Links des Rheins blieb nach Beseitigung der französischen Herrschaft das französische Prozeßrecht in Geltung, das auf den Grundlagen der Öffentlichkeit und Mündlichkeit beruhte. Es diente der deutschen Landesgesetzgebung seit 1848, insbesondere der hannoverschen Prozeßordnung vom 8. November 1850, zum Vorbild. Im Anschluß an die damit angebahnte Reformbewegung schuf die Reichszivilprozeßordnung vom 30. Januar 1877 ein Verfahren, das auf die Verhandlungsmaxime, auf die Öffentlichkeit und Mündlichkeit, auf den unmittelbaren Prozeßbetrieb der Parteien und auf das Prinzip der freien richterlichen Beweiswürdigung gebaut ist. Nach Abfassung des Bürgerlichen Gesetzbuchs wurde die Zivilprozeßordnung in neuer Redaktion vom 20. Mai 1898 verkündigt.

V. Das Privatrecht.

§ 75. Auf dem Gebiete des Privatrechtes hat die Rezeption der fremden Rechte zwar sehr intensiv gewirkt, aber durchaus nicht etwa das gesamte deutsche Recht außer Kraft gesetzt. Es erhielt sich für Rechtsverhältnisse, die dem römischen Rechte unbekannt waren, wie die Reallasten. Römisches Recht wurde nicht aufgenommen, wenn das betreffende römische Rechtsverhältnis in Deutschland fremd war, wie das bezüglich der römischen Sklaverei zutraf. Rechtsverhältnisse, die beide Rechte kannten, hatten häufig dieselbe Normierung, oder es hatte sich das deutsche Recht der des römischen bereits genähert. Dann trat wenigstens nichts durchaus Fremdes an die Stelle des Alten. Von einem eigentlichen Kampfe konnte nur so weit die Rede sein, als beide Rechte dasselbe Verhältnis verschieden normierten. Das Ergebnis war ein verschiedenes. Entweder wurde der deutsche Rechtssatz ausgestoßen oder die Rezeption des römischen abgelehnt, oder es fand eine gegenseitige Modifikation statt, eine Verschmelzung römischrechtlicher und deutschrechtlicher Grundsätze. Nicht selten hat ein deutschrechtliches Institut nur ein römischrechtliches Gewand oder einen römischen Namen erhalten, so z. B. dadurch, daß man die Aufhebung der väterlichen Gewalt durch Gründung einer selbständigen Wirtschaft als emancipatio auffaßte. Sogar völlig neue Rechtsinstitute bildeten sich durch Verquickung römischer und deutscher Rechtsideen, so das Familienfideikommiß. Weder das römische noch das deutsche Recht sind seit der Rezeption auf ihrem damaligen Standpunkte stehen geblieben; beide haben sich seitdem fortgebildet. Namentlich das moderne Verkehrsrecht schuf eine große Anzahl neuer Einrichtungen, für die es dem römischen Rechte an Vorbildern fehlt.

Im allgemeinen läßt sich das Verhältnis beider Rechte für das ausgehende 19. Jahrhundert etwa in folgender Art bestimmen. In Fragen der Rechts- und der Geschäftsfähigkeit war das römische Recht nicht als Grundlage anzusehen. Die Lehre von der Vollmacht fand im fremden Rechte keine haltbaren Anknüpfungspunkte. Das Körperschafts- und Gesellschaftsrecht hatte germanisches Gepräge. Das Recht der Wertpapiere beruht auf deutschrechtlichen Gedanken. Im Sachenrechte besaßen die dem deutschen Rechte entlehnten Bestandteile das Übergewicht. Die römische Besitzlehre war zwar im allgemeinen rezipiert, aber umgestaltet,

der Begriff des Rechtsbesitzes auf eine breitere Basis gestellt worden. Die Lehre vom Eigentumserwerb hatte zum Teil infolge der Ausbildung besonderer, aus den Regalien hervorgegangener Aneignungsrechte (Jagd-, Fischerei- und Bergrecht) vom römischen Rechte durchaus abweichende Rechtssätze aufzuweisen. Im größten Teile Deutschlands war durch die Einrichtung der öffentlichen Bücher das deutsche Auflassungsprinzip mehr oder minder gewahrt oder wiederhergestellt worden. Dasselbe galt von der Ausschließung der Fahrnisklage kraft des Grundsatzes: Hand muß Hand wahren. Das deutsche Pfandrecht an Liegenschaften war zwar durch die Rezeption in arge Verwirrung gebracht, aber fast überall auf Grund deutscher Rechtsprinzipien reformiert worden. Gemeines Immobiliarrecht galt schließlich im wesentlichen unverändert nur noch im preußischen Amtsgerichte Homburg und für etliche Grundstücke des mecklenburgischen Anteils an Ratzeburg. Die Reallasten, die eigenartigen Rechtsverhältnisse der deutschen Bauerngüter und das Lehnrecht fußten auf völlig unrömischen Grundlagen. Im Obligationenrechte hat, abgesehen von den Instituten des Handels- und Seerechts, des Wechselrechts und des Versicherungsrechts, das römische Recht bei der Auseinandersetzung den Schwertteil davongetragen. Dennoch bestanden wesentliche Abweichungen. Das streng persönliche Verhältnis zwischen Gläubiger und Schuldner, wie es die römische Obligatio kennzeichnet, blieb uns fremd. Daher die Übertragbarkeit der Forderungen, der Erwerb der Forderung im Wege unmittelbarer Stellvertretung, daher die Verträge über Leistungen an Dritte und zugunsten Dritter. Das römische Recht kannte nicht die allgemeine Klagbarkeit der Schuldverträge und entbehrte zahlreiche und wichtige Vertragsarten des modernen Rechtes, wofür die Versicherungsverträge, die Leibrentenverträge, die durch Begebung von Wertpapieren abgeschlossenen Verträge, der Maklervertrag, der Verlagsvertrag als Beispiele dienen mögen. Im Familienrechte überwog das deutsche Recht. Für das eheliche Güterrecht galt der unrömische Grundsatz der Vertragsfreiheit, und bestanden die drei deutschrechtlichen Güterrechtssysteme der Verwaltungsgemeinschaft, der allgemeinen und der beschränkten Gütergemeinschaft, während das römische Dotalrecht nur in einem sehr geringen Teile Deutschlands Wurzel zu fassen vermochte. Die römische patria potestas ist ebensowenig wie das römische Pekulienrecht in unser Rechtsleben eingedrungen. Unsere Vormundschaft besaß infolge der Ausbildung der Obervormundschaft des Staates einen von der römischen völlig verschiedenen Charakter. Auch das Erbrecht enthielt neben seinen römischrechtlichen Grundlagen eine Masse deutschrechtlicher Bestandteile, so die Erbverträge und Erbverzichte, das Institut der Testamentsvollstrecker, die Fideikommiß- und Lehnserbfolge, zu geschweigen von der Geltung deutscher Erbrechtssätze in den Kodifikationen und Partikularrechten. Urheber- und Patentrecht, Namen-, Zeichen- und Firmenrecht, Gewerberecht, Bergrecht und Versicherungsrecht sind deutsch.

Im Bürgerlichen Gesetzbuch stellt sich die Mischung römischrechtlicher und deutschrechtlicher Grundlagen ähnlich wie im früheren Rechte. Die römischen überwiegen im Obligationen- und Erbrecht, die deutschen im Sachen- und Familienrecht. Doch hat sich das Verhältnis merklich zugunsten des deutschen Rechtes verschoben. Die Materien, die das Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch den Landesrechten überließ, beherrscht das deutsche Recht.

2.

Grundzüge des deutschen Privatrechts

von

Professor Dr. Otto von Gierke
in Berlin.

Inhaltsübersicht.

Erstes Buch. Allgemeiner Teil.

Seite

Kapitel I. Einleitung 178

§ 1. Begriff und Aufgabe des deutschen Privatrechts. § 2. Eigenart des deutschen Privatrechts. § 3. Quellen des deutschen Privatrechts. § 4. Literatur des deutschen Privatrechts. § 5. Verwandte Rechte.

Kapitel II. Die Rechtssätze 186

§ 6. Das Werden der Rechtssätze. § 7. Gesetzesrecht. § 8. Satzungsrecht. § 9. Gewohnheitsrecht. § 10. Juristenrecht. § 11. Die Geltungsbereiche der Rechtssätze.

Kapitel III. Die Rechtsverhältnisse 192

§ 12. Inhalt der Rechtsverhältnisse. § 13. Gestaltung der Rechtsverhältnisse durch Handlungen. § 14. Unmittelbare Gestaltung der Rechtsverhältnisse durch Rechtssatz. § 15. Einfluß des Zeitablaufes. § 16. Ausübung der Rechte. § 17. Schutz der Rechte. § 18. Selbsthilfe.

Zweites Buch. Personenrecht.

Kapitel I. Die Einzelpersönlichkeit 199

§ 19. Begriff und Inhalt. § 20. Erwerb und Verlust. § 21. Einfluß natürlicher Zustände. § 22. Einfluß der Standesunterschiede. § 23. Der hohe Adel. § 24. Die übrigen Geburtsstände. § 25. Die Berufsstände. § 26. Einfluß der Ehre. § 27. Einfluß der Religion. § 28. Einfluß der Staats- und Gebietsangehörigkeit.

Kapitel II. Die Verbandspersönlichkeit 208

§ 29. Begriff und Wesen. § 30. Arten. § 31. Die Gemeinden. § 32. Die privatrechtlichen Genossenschaften. § 33. Die privatrechtlichen Stiftungen.

Kapitel III. Personenrechtliche Gemeinschaften 216

§ 34. Gemeinschaften zur gesamten Hand. § 35. Gemeinschaften kraft Herrschaftsrechts.

Kapitel IV. Persönlichkeitsrechte 218

§ 36. Persönlichkeitsrechte überhaupt. § 37. Arten der Persönlichkeitsrechte.

Drittes Buch. Sachenrecht.

Kapitel I. Die Sachen 221

§ 38. Die Sachen als Gegenstände des Sachenrechts. § 39. Sacharten. § 40. Die Sachverbände. § 41. Die Verknüpfung von Rechten mit Sachen.

Kapitel II. Gewere, Besitz und Grundbuchrecht 225

§ 42. Die Gewere. § 43. Der Besitz. § 44. Die Form des Liegenschaftsverkehrs im deutschen Recht. § 45. Das Grundbuchrecht.

Kapitel III. Das Liegenschaftsrecht 231

Abschnitt I. Das Eigentum 231

§ 46. Geschichte und Wesen des deutschen Grundeigentums. § 47. Das geteilte Eigentum. § 48. Das gemeinschaftliche Eigentum. § 49. Erwerb und Verlust. § 50. Inhalt des Grundeigentums.

Abschnitt II. Die Regalien und ihre Nachwirkungen 235

§ 51. Die Regalien. § 52. Das Wasserrecht. § 53. Das Forst- und Jagdrecht. § 54. Das Bergrecht.

Abschnitt III. Das Lehnrecht 241

§ 55. Geschichte. § 56. Begriff und Gegenstände. § 57. Die Lehnspersonen. § 58. Die Begründung des Lehns. § 59. Lehnsanwartschaft und Eventualbelehnung. § 60.

Seite

Mitbelehnung. § 61. Rechte des Lehnsherrn. § 62. Rechte des Vasallen. § 63. Lehnsveräußerung. § 64. Lehnsfolge. § 65. Lehnsschulden. § 66. Lehnssonderung. § 67. Beendigung.

Abschnitt IV. Die niederen Leiherechte 247
§ 68. Die bäuerliche Landleihe. § 69. Die Leihe nach Stadtrecht.

Abschnitt V. Die gebundenen Güter 249
§ 70. Die Stammgüter. § 71. Die Hausgüter des hohen Adels. § 72. Die Familienfideikommisse. § 73. Die Bauergüter.

Abschnitt VI. Die Dienstbarkeiten 252
§ 74. Die Dienstbarkeiten überhaupt. § 75. Wege-, Weide- und Waldrechte.

Abschnitt VII. Die Reallasten 254
§ 76. Die Reallasten überhaupt. § 77. Grundzinse, Zehnten und Fronden. § 78. Der Rentenkauf.

Abschnitt VIII. Die Näherrechte 257
§ 79. Die Näherrechte überhaupt. § 80. Arten der Näherrechte.

Abschnitt IX. Das Grundpfandrecht 258
§ 81. Geschichtliche Entwicklung. § 82. Das heutige deutsche Grundpfandrecht.

Kapitel IV. Das Fahrnisrecht 261
§ 83. Das Eigentum an fahrender Habe. § 84. Begrenzte dingliche Rechte an fahrender Habe. § 85. Beschränkung der Rechtsverfolgung.

Viertes Buch. Recht der Schuldverhältnisse.

Kapitel I. Allgemeine Lehren 265
§ 86. Das Wesen der Schuldverhältnisse. § 87. Haftung für Schuld. § 88. Sondernachfolge in Forderung und Schuld. § 89. Forderungs- und Schuldgemeinschaft.

Kapitel II. Schuldverhältnisse aus Verträgen 268
§ 90. Der schuldrechtliche Vertrag. § 91. Form der Schuldverträge. § 92. Bestärkungsmittel bei Verträgen. § 93. Verträge zugunsten Dritter. § 94. Einzelne Schuldverträge.

Kapitel III. Schuldverhältnisse aus unerlaubten Handlungen 273
§ 95. Verantwortlichkeit für rechtswidriges Handeln überhaupt. § 96. Verantwortlichkeit für andere und für Sachen. § 97. Schadensersatz und Buße.

Fünftes Buch. Familienrecht.

Kapitel I. Das Familienrecht überhaupt 276
§ 98. Die Organisation der Familie. § 99. Rechtsverhältnisse des Familienrechts.

Kapitel II. Das Eherecht 277
§ 100. Eingehung und Endigung der Ehe. § 101. Personenrechtliche Ehewirkungen. § 102. Das eheliche Güterrecht. § 103. Die Verwaltungsgemeinschaft. § 104. Die allgemeine Gütergemeinschaft. § 105. Die Errungenschaftsgemeinschaft. § 106. Die Fahrnisgemeinschaft. § 107. Die Gütertrennung. § 108. Besondere Güterarten.

Kapitel III. Eltern- und Kinderrecht 284
§ 109. Personenrechtliche Verhältnisse. § 110. Vermögensrechtliche Wirkungen. § 111. Fortgesetzte Hausgemeinschaft. § 112. Einkindschaft.

Kapitel IV. Vormundschaft 287
§ 113. Altersvormundschaft. § 114. Sonstige Vormundschaft.

Sechstes Buch. Erbrecht.

Kapitel I. Allgemeine Grundsätze 289
§ 115. Das Wesen der deutschen Erbfolge. § 116. Erwerb der Erbschaft. § 117. Haftung für die Nachlaßverbindlichkeiten. § 118. Miterben.

Kapitel II. Die gesetzliche Erbfolge 292
§ 119. Verwandtenerbfolge. § 120. Eheliche Erbfolge. § 121. Heimfallsrechte.

Kapitel III. Gewillkürte Erbfolge 294
§ 122. Vergabungen von Todes wegen. § 123. Erbverträge. § 124. Erbverzichte. § 125. Testamente. § 126. Gemeinschaftliche Testamente. § 127. Testamentsvollstrecker.

Kapitel IV. Sondererbfolge 299
§ 128. Lehnerbfolge. § 129. Erbfolge in Stammgüter, Hausgüter und Familienfideikommisse. § 130. Erbfolge in Bauergüter.

Erstes Buch. Allgemeiner Teil.

Kapitel I. Einleitung.

§ 1. **Begriff und Aufgabe des deutschen Privatrechts.** Unter deutschem Privatrecht versteht man das in Deutschland geltende Privatrecht deutscher Herkunft.

Wie in der Rechtsgeschichte dargestellt ist, ging mit der Aufnahme der fremden Rechte das einheimische Privatrecht bei uns keineswegs unter. Vielmehr erhielt es sich teils als gemeines Recht, teils in den Partikularrechten. Im gemeinen Recht blieb es anerkannt, soweit es entweder in Reichsgesetzen festgestellt war oder aber durch die Rechtsprechung als gemeines Gewohnheitsrecht gehandhabt wurde. Der größte Teil des sogenannten usus modernus Pandectarum war deutschen Ursprungs. Noch umfangreicher war der deutschrechtliche Inhalt der Partikularrechte, deren das gemeine Recht brechende Besonderheiten überwiegend aus dem einheimischen Recht stammten. Vor allem erhielt sich in den Ländern, in denen der Sachsenspiegel sein Ansehen behauptete, sächsisches Recht, dessen gemeinsame Sätze als „gemeines Sachsenrecht" mit dem Vorrange vor dem gemeinen römischen Recht ein großes Gebiet beherrschten. Darüber hinaus blieben nationale Rechtsanschauungen und Rechtssitten, wenn auch von der gelehrten Jurisprudenz unbeachtet oder gar verspottet, in den engeren Volkskreisen lebendig.

Seit dem Beginn des 18. Jahrhunderts bahnte sich eine Wiedergeburt des deutschen Rechts an. Die Entstehung einer germanistischen Rechtswissenschaft, die Parteinahme des Naturrechts für germanische Rechtsgedanken und die Zurückdrängung des gemeinen Rechts durch große Gesetzbücher, die in der Volkssprache geschrieben waren und zahlreiche einheimische Rechtselemente aufnahmen, wirkten zusammen, um die Kraft des überlebenden deutschen Rechts zu verjüngen. Mehr und mehr erwies es sich nun als befähigt, sich zu modernem Rechte um- und fortzubilden. Aus deutschrechtlichen Keimen erwuchsen nun auch ganz neue Rechtsinstitute, die den fremdrechtlichen Rahmen sprengten.

Infolge dieser Bewegung trat das deutsche Privatrecht unter dem neuen eigenen Namen dem römischen Privatrecht bewußt als selbständige Macht gegenüber. Es wurde als besondere Disziplin wissenschaftlich gepflegt und an den Universitäten gelehrt. Die Aufgabe, die diese Disziplin sich setzte, war doppelter Art. In erster Linie zielte sie darauf ab, denjenigen Teil des sogenannten gemeinen Rechts, der aus einheimischer Wurzel stammte, als „gemeines deutsches Privatrecht" in systematischer Form gesondert darzustellen. Insoweit lehrte sie ein geltendes, unmittelbar anwendbares Recht. Die positiv-rechtliche Natur des gemeinen deutschen Privatrechts wurde zwar nicht nur von denen, die überhaupt die formelle Einheit des gemeinen Rechts bestritten, sondern auch von manchen, die dem römischen Recht die Kraft eines formell gemeinen Rechts zuschrieben, in Abrede gestellt, blieb aber in der Praxis unbezweifelt und wurde auch in neuester Zeit vom Reichsgericht stets anerkannt. Das gemeine deutsche Privatrecht bedeutete also für die Länder des gemeinen Rechts eine Ergänzung des die römischrechtlichen Bestandteile des geltenden gemeinen Rechts darstellenden Pandektenrechts. Die Disziplin des deutschen Privatrechts stellte sich aber außerdem die Aufgabe, die innere Einheit der deutschen Partikularrechte aufzuzeigen. Sie suchte die ihnen gemeinsamen nationalen Rechtsgedanken zu erforschen und die mannigfachen Sonderbildungen aus der ungleichartigen Entwicklung deutsch-rechtlicher Keime abzuleiten und an den allgemeinen Ideen des deutschen

Rechts zu messen. Insoweit lehrte sie kein unmittelbar anwendbares Recht, befruchtete aber das Verständnis und die Handhabung der Partikularrechte mit Einschluß der großen Gesetzbücher.

Seitdem der Norddeutsche Bund und das Deutsche Reich wieder ein formell gemeines Gesetzesrecht erzeugten, das erheblich auch in das Privatrecht eingriff, erweiterte das deutsche Privatrecht seine Aufgabe, indem es auch das Reichsprivatrecht deutscher Herkunft in den Kreis seiner Darstellung zog.

Mit dem Inkrafttreten des deutschen Bürgerlichen Gesetzbuches am 1. Januar 1900 hat sich die Bedeutung des deutschen Privatrechts stark verschoben. Seine alten Aufgaben sind, soweit sie nicht die Rechtsgeschichte übernommen hat, zum größten Teil erledigt. Gemeines Recht im älteren Sinne besteht nur noch als Landesrecht auf vorbehaltenen Rechtsgebieten. Nur im geringem Umfange daher, wenn auch in größerem Umfange als gemeines römisches Privatrecht, ist das gemeine deutsche Privatrecht im älteren Sinne Gegenstand der dogmatischen Jurisprudenz geblieben. Die Partikularrechte sind im Zentrum des Privatrechts dem neuen, einheitlichen Recht gewichen. Nur in den besonderen Materien daher, die der Landesgesetzgebung überlassen sind, hat das deutsche Privatrecht noch der inneren Einheit der Partikularrechte nachzugehen. Immerhin hat es in dieser Richtung, da gerade die Sonderrechtsbildungen fast ausschließlich nationale Prägung zeigen, auch heute eine sehr umfassende und wichtige Aufgabe zu lösen. Was schließlich das Reichsprivatrecht betrifft, so kann das deutsche Privatrecht sich nicht mehr das Ziel setzen, das neue gemeine Recht deutscher Herkunft vollständig darzustellen. Denn das endlich errungene einheitliche Recht soll nicht wieder in seine römischen und germanischen Bestandteile zerlegt, sondern einheitlich begriffen und dargestellt werden. Wohl aber liegt dem deutschen Privatrecht nunmehr die bescheidenere, jedoch höchst bedeutungsvolle Aufgabe ob, die germanischen Grundbestandteile unseres bürgerlichen Rechts aufzuzeigen, sie auf ihre geschichtlichen Grundlagen zurückzuführen und die in ihnen lebendigen nationalen Rechtsgedanken zu entfalten. Eine solche germanistische Grundlegung ist neben der romanistischen Grundlegung unentbehrlich, wenn das geltende bürgerliche Recht wirklich verstanden, sein reicher deutschrechtlicher Gehalt unverkümmert in das Leben eingeführt und ein Verwachsen mit dem deutschen Volksgeist gesichert werden soll.

§ 2. Eigenart des deutschen Privatrechts. Das deutsche Privatrecht hatte zwar schon eine lange Entwicklung hinter sich, trug aber noch die Züge eines jugendlichen Rechts, als die Aufnahme der fremden Rechte seine organische Weiterbildung unterbrach. Der Fortschritt zur Reife des modernen Rechts, obschon vielfach im späteren Mittelalter angebahnt, wurde nicht ohne Hilfe des fremden Rechts vollzogen. Aber die im Geiste des deutschen Volkes begründete Eigenart des deutschen Rechts wirkte fort, durchdrang die neuen Formen und überwand in demselben Maße, in dem unser Recht wieder nationaler wurde, das Fremdartige im rezipierten fremden Recht.

Im Gegensatz zum römischen Recht, an dessen Eingangspforte die scharfe Sonderung von ius publicum und ius privatum steht, hatte unser mittelalterliches Recht die begriffliche Scheidung von öffentlichem und Privatrecht noch nicht vollzogen. Wie es kein reines öffentliches Recht gab, sondern das öffentliche Recht privatrechtliche Formen annahm und zuletzt die öffentliche Gewalt in Vermögensrechte eingebettet wurde, so gab es kein reines Privatrecht, sondern alles Privatrecht blieb durch öffentlichrechtliche Beziehungen gebunden. Diese Einartigkeit alles Rechts bewirkte, daß einerseits auch das öffentliche Recht durch und durch gegenseitig, andererseits auch das Privatrecht durch und durch sozial war. Aber der Kaufpreis dafür war die Unfreiheit des Staates und die Unfreiheit des Individuums. Erst die mit Hilfe des römischen Rechts unendlich mühsam durchgesetzte Scheidung von öffentlichem und Privatrecht ermöglichte die Erhebung des Staates zum souveränen Gemeinwesen und die Anerkennung des Individuums als eines in sich beruhenden Einzelwesens. Aber wenn eine Zeitlang darüber der große germanische Gedanke der Einheit alles Rechts bei uns (im Gegensatz zu England) verloren gehen und im öffentlichen Recht der Staatsabsolutismus, im Privatrecht der Individualismus zu triumphieren drohte, so ist mit der Wiedergeburt des nationalen

Rechts mehr und mehr die Einheit über dem Gegensatz von neuem erschienen. Das öffentliche Recht ist mit der Einkehr der Freiheit in die Ordnung, mit der Ausgestaltung der Gegenseitigkeit zwischen dem Ganzen und seinen Gliedern, mit der Zuteilung gliedmäßiger Rechte neben den Pflichten, mit der Sicherung des Eigenlebens der engeren Verbände und mit der Einführung des Rechtsschutzes in sein Gebiet wieder zu vollem Recht geworden (Idee des Rechtsstaats). Das Privatrecht aber hat wieder eine sozialere Färbung angenommen. Auch soweit es Individualrecht ist, geht es zwar von der Freiheit der Menschen als unverbundener Träger von Einzelbereichen aus, entbindet aber die Einzelbereiche nicht von der Unterordnung unter die Gemeinschaft, sondern setzt aller Sachherrschaft und aller Vertragsfreiheit feste Schranken und durchdringt alle Befugnisse mit Pflichten, um gegenüber den Einzelinteressen das Gesamtinteresse zu wahren. Überdies aber entfaltet es sich im Familien-, Gesellschafts- und Genossenschaftsrecht zu echtem Sozialrecht, so daß bereits im Privatrecht die organische Verbundenheit der Menschen in Gemeinschaftsordnungen verschiedener Stufen zum Ausdruck kommt. Da dies alles germanischer Herkunft ist, hat das deutsche Privatrecht gerade diese Züge des geltenden Rechts zu enthüllen. Überdies hat es sich mit Instituten zu beschäftigen, bei denen die ehemalige Vermischung von Privatrecht und öffentlichem Recht nachwirkt. Es hat daher zugleich die Brücke vom Privatrecht zum öffentlichen Recht zu schlagen.

Das deutsche Privatrecht des Mittelalters neigte zur Ausgestaltung besonderer Rechtsordnungen für jeden Lebenskreis. Es überwand nicht nur nicht den uralten Gegensatz der Stammesrechte, sondern schritt in wachsender Zersplitterung zu partikulärer Rechtsbildung für einzelne Territorien, Städte und Dörfer fort. Und es spaltete sich überdies in Sonderrechte für die verschiedenen Stände, Berufe und Sachgattungen (Land- und Lehnrecht, Dienstrecht, Hofrecht, Weichbildrecht, Fürsten- und Ritterrecht, Handels- und Gewerberecht, Bergrecht, Deichrecht usw.). Daß in diesem Reichtum das gemeine Recht nahezu verschwand, war der Grund für die schwere Erkrankung des nationalen Rechts, zu deren Heilung das fremde Recht herbeigerufen wurde. Doch trieb gegenüber dem neuen gemeinen Recht, das vorzugsweise römisch war, die deutsche Eigenart immer wieder Partikularrecht und Sonderrecht hervor. Die endliche Überwindung des Partikularismus auf nicht mehr bloß fremdrechtlicher Grundlage gelang erst dem wiedergewonnenen nationalen Staat. Allein die neue Rechtseinheit läßt auf vielen und gerade auf solchen Gebieten, auf denen das einheimische Recht den Sieg behauptet hat, für partikuläre Rechtsbildung Raum. Dem Überwuchern der Sonderrechte setzte die mit Hilfe des fremden Rechts vollzogene Umwandlung der ständischen Ordnung in die staatsbürgerliche Ordnung ein Ziel. Allein unser für alle geltendes bürgerliches Recht schließt kräftige und umfassende Sonderrechtsbildungen für bestimmte Lebensbereiche (Personen-, Sachen- oder Geschäftskreise) keineswegs aus. Es fordert nur von ihnen Beschränkung auf die in eigentümlichen Lebensverhältnissen begründeten Besonderheiten und harmonische Eingliederung in den Gesamtbau. So bewährt sich auch heute die Eigenart des deutschen Privatrechts mit Energie in den teils durch die Reichsgesetzgebung kodifizierten, teils der Landesgesetzgebung vorbehaltenen Normenkomplexen, die das gemeine bürgerliche Recht, das ihnen gegenüber auch schlechthin als das „bürgerliche" Recht bezeichnet wird, durch ein mehr oder minder selbständiges Sonderprivatrecht abwandeln oder ergänzen. Manche unter ihnen, wie das Handelsrecht, Seerecht und Wechselrecht, neuerdings auch das Gewerberecht, haben sich zu so umfassenden Systemen ausgewachsen, daß sie aus dem Verbande des deutschen Privatrechts, dem sie innerlich angehören und früher auch äußerlich einverleibt waren, ausgeschieden sind. Andere, wie Privatfürstenrecht, Lehnrecht, Recht der Bauergüter, Wasserrecht, Forst- und Jagdrecht, Bergrecht, fordern nach wie vor im deutschen Privatrecht Beachtung.

Das deutsche Privatrecht des Mittelalters war ein volkstümliches Recht. Fehlte es auch nicht an den Anfängen eines von den Schöffen als berufsmäßigen Rechtspflegern ausgebildeten Juristenrechts, so war dieses doch nur die Blüte des Volksrechts. Das Sinnliche und Bildliche herrschte noch vor, die Form der Erscheinung verhüllte noch den inneren Gehalt, die konkrete Vorstellung überwog noch den abstrakten Begriff. Seiner um vieles vorgeschritteneren wissenschaftlichen Durchbildung verdankte das fremde Recht nicht zum kleinsten Teil seinen Sieg. Nun trat das Juristenrecht die Herrschaft an. Der gelehrte Berufsstand aber, der sich

das Rechtsleben unterwarf, hatte keine Fühlung mit der im zurückgedrängten Volksrecht schlummernden Gedankenwelt. Er schöpfte seine geistigen Mittel ausschließlich aus der auf Grund der fremden Quellen aufgebauten Theorie und zwängte auch den einheimischen Rechtsstoff, soweit er ihn dulden mußte, in die romanistische (oder romanistisch-kanonistische) Begriffsschablone. So empfingen die deutschen Rechtsinstitute meist eine ihr Wesen vergewaltigende fremdartige Einkleidung. Erst in langem Ringen hat die germanistische Wissenschaft dem nationalen Stoffe die ihm immanenten Gedanken entlockt und die gewonnenen selbständigen deutschrechtlichen Begriffe für das moderne Recht verwertet. Doch erfolgten immer wieder Rückschläge; die Alleinberechtigung der vom römischen Recht abstrahierten Begriffe wurde nicht nur von den Pandektisten verfochten, sondern auch innerhalb des deutschen Privatrechts selbst von einer romanisierenden Richtung nach Möglichkeit festgehalten. Demgegenüber hat das deutsche Privatrecht Befugnis und Pflicht, die eigenartigen nationalen Rechtsgedanken selbständig zu entfalten und in die Dogmatik des geltenden Rechts einzuführen. Daß unser gesamtes juristisches Denken am römischen Recht geschult ist, daß wir den Römern unverlierbare Errungenschaften in der Methode, im System und in manchen Begriffskategorien verdanken, dürfen wir freilich niemals vergessen. Auch müssen wir da, wo die frühere Befangenheit positivrechtliche Niederschläge hinterlassen hat, wie z. B. beim Familienfideikommiß, das positive Recht achten. Im übrigen aber müssen wir jedes Rechtsinstitut aus sich heraus begreifen, das deutsche aus deutschem, das moderne aus modernem Geist. Denn wir haben die Begriffe dem Leben abzulauschen, nicht die Wirklichkeit mit zu eng gewordenen Schulbegriffen zu meistern. Hierin liegt auch gegenüber dem BGB. eine Hauptaufgabe der germanistischen Jurisprudenz.

§ 3. Quellen des deutschen Privatrechts.

I. Mittelalterliche. Die mittelalterlichen deutschen Rechtsquellen sind für uns die Erkenntnisquellen des reinen deutschen Rechts. Aus den Quellen der fränkischen Zeit erschließen wir dessen ältere Gestalt, aus den Quellen des deutschen Mittelalters das klassische deutsche Recht. Die meisten von ihnen haben schon seit langer Zeit ihre Geltung eingebüßt. Eine Ausnahme machten einzelne Land-, Stadt-, Orts- und Satzungsrechte; insbesondere aber der Sachsenspiegel nebst Glosse und Sächsischem Weichbild, denen in den Ländern des gemeinen Sachsenrechts (im Königreich Sachsen bis 1865, in den sächsisch-thüringischen Kleinstaaten bis zum BGB.) gesetzliches Ansehen zugeschrieben wurde.

II. Von der Rezeption bis zur Gründung des neuen Reichs. Die Rechtsquellen dieses Zeitraums zeigen uns die Verschmelzung des einheimischen und des fremden Rechts. Viele von ihnen waren schon vor dem BGB. antiquiert; die übrigen enthalten das bis zur neuesten Umwälzung geltende Recht, sind aber durch das BGB. insoweit außer Kraft gesetzt, als sie nicht dem Landesrecht vorbehaltene Materien betreffen, und zum Teil auch in diesen Materien durch neuestes Landesrecht ersetzt.

1. Gemeindeutsche Quellen waren neben der gemeinen Gewohnheit die älteren deutschen Reichsgesetze, deren freilich nur spärliche privatrechtliche Bestimmungen auch nach der Auflösung des Reichs ein Bestandteil des gemeinen Rechts im älteren Sinne blieben (nicht beseitigt durch Art. 2 der Rheinbundsakte vom 12. Juli 1806). Kein formell gemeines Recht, wohl aber ein allgemeines deutsches Recht brachte her Deutsche Bund durch Bundesbeschlüsse zustande, durch die die einzelnen Staaten zu übereinstimmender Gesetzgebung verpflichtet werden konnten. Die deutsche Bundesakte vom 8. Juni 1815, die Wiener Schlußakte vom 15. Mai 1820 und einige Bundesbeschlüsse enthalten privatrechtliche Bestimmungen.

2. Partikularrechte. Sie zerfallen in drei Gruppen:

a) Kodifikationen mit Anerkennung des gemeinen Rechts. Seit dem Ende des 15. Jahrhunderts wurden in Städten und Ländern Gesetzbücher erlassen, die aber nur das partikuläre Recht kodifizierten und daher das gemeine Recht als Hilfsrecht bestehen ließen.

Den Anfang machten neue Stadtrechte, in denen das mittelalterliche Recht einer Revision unterzogen wurde. Nachdem zuerst die Nürnberger Reformation von 1479 das einheimische Recht mit römischem Recht durchsetzt hatte, ergingen mehrfach noch stärker romani-

sierende „Reformationen". So die Wormser von 1499, die verneute Nürnberger von 1564, die Lüneburger von 1577—1583 (von Husanus), die Frankfurter von 1578 (von Fichard). Schonender gegen das deutsche Recht verhielt sich das (von Zasius verfaßte) Freiburger Stadtrecht von 1520. Einen rein deutschen Charakter bewahrte das revidierte Lübische Recht von 1586. Überwiegend deutsch blieben die Hamburger Statuten von 1603. In überaus zahlreichen Städten wurden nur kleinere Statutarrechte über einzelne Materien (Familien- und Erbrecht, Baurecht usw.) abgefaßt. In manchen Städten blieben mittelalterliche Stadtrechte in Kraft (so bis zur Gegenwart Münchener von 1347, Bremer von 1433, mehrfach das ältere lübische Recht).

Unter den Landrechten dieser Zeit befinden sich solche, die nur einheimisches Gewohnheitsrecht aufzeichnen (z. B. Recht des alten Landes von 1517, Stedinger LR. von 1525, Hadeler von 1583, Wurstener von 1611, Butjadinger von 1664, auch der von M. Normann um die Mitte des 16. Jahrhunderts verfaßte Wendisch-Rügianische Landgebrauch). In vielen Territorien aber wurden umfassende Kodifikationen mit mehr oder minder starker Heranziehung des römischen Rechts vorgenommen. Unter den älteren Landrechten sind das Badische von 1511 (mit Unrecht Zasius zugeschrieben), das Ostfriesische von 1517, die Constitutio Joachimica für die Mark Brandenburg von 1527, die Tiroler LO. von 1532 (daraus Henneberger von 1539), die Ordnung und Reformation für Jülich und Berg von 1555, das Dithmarsische LR. von 1567 hervorzuheben. Sehr einflußreich wurde die Solmser Gerichts- und Landesordnung von 1571 (von Fichard). Den Charakter eines Landrechts hat auch die offizielle Sammlung der das gemeine Sachsenrecht fortbildenden Kursächsischen Konstitutionen von 1572 (dazu Dezisionen von 1661 und 1746). In Württemberg ergingen die immer stärker romanisierenden Landrechte von 1555, 1565 und 1610, deren drittes später im ganzen Königreich eingeführt wurde. Weitere Landrechte sind das Kurpfälzer von 1582, Nassauische von 1616, Würzburger von 1618, Kurkölnische von 1663, Kurtriersche von 1668 (revidiert 1714), Hohenloher von 1737, Kurmainzer von 1755, Bamberger von 1769. Das Landrecht des Herzogtums Preußen von 1620 wurde 1684 revidiert und 1721 in neuer Umarbeitung (von Cocceji) als Landrecht des Königsreichs Preußen verkündigt. In Bayern, wo im Jahre 1518 das Landrecht Kaiser Ludwigs von 1346 zur Reformation des Bayrischen Landrechts umgestaltet und 1616 ein neues Landrecht verkündigt war, kam im Jahre 1756 der Codex Maximilianeus Bavaricus civilis (von Kreittmayr) zustande, der den ganzen usus modernus aufnahm und schon den Übergang zu den großen Gesetzbüchern bildet.

b) Kodifikationen mit Ausschluß des gemeinen Rechts. Die schon seit dem 17. Jahrhundert hervortretenden Bestrebungen, das Corpus juris civilis durch ein volkstümliches Gesetzbuch zu ersetzen, führten zuerst in Preußen zu einem endgültigen Erfolge. Das Preußische Allgemeine Landrecht von 1794, die älteste und zugleich großartigste moderne Kodifikation überhaupt, trat an Stelle des gemeinen Rechts. Dieses Gesetzbuch, das außer dem Privatrecht auch das gesamte materielle öffentliche Recht umfaßt, weist einen starken deutschrechtlichen Einschlag auf. Es wurde bei der Erweiterung der Monarchie nicht in alle neu erworbenen Landesteile eingeführt, so daß sein Geltungsgebiet nur die östlichen Provinzen außer Neuvorpommern und Rügen, ein Teil von Hannover (Ostfriesland), Westfalen und drei Kreise der Rheinprovinz (überdies außerhalb Preußens Ansbach-Bayreuth und Teile von Weimar) bilden. Den Provinzial- und Statutarrechten gegenüber nimmt es nur subsidiäre Geltung in Anspruch (das Ostpreußische Provinzialrecht wurde 1801 und 1802, das Westpreußische 1844 kodifiziert). Das Preußische Landrecht ist auch in seinen privatrechtlichen Bestandteilen nicht völlig aufgehoben. — Weiter trat auch in Deutschland das französische Zivilgesetzbuch von 1804 (Code civil), in dem das römische Recht mit dem germanischen Recht der Coutumes verschmolzen ist, an Stelle des gemeinen Rechts und blieb auf dem ganzen linken Rheinufer und im Herzogtum Berg (Düsseldorf) bis zum 1. Januar 1900 in Geltung. Seitdem ist es (in Preußen mit Ausnahme einiger Artikel) außer Kraft gesetzt. — In Österreich wurde das gemeine Recht endgültig durch das noch heute geltende bürgerliche Gesetzbuch von 1811 beseitigt. Es weist eine Fülle germanistischer Züge auf, die ihm meist durch das Naturrecht übermittelt wurden. — Für Baden wurde eine Übersetzung des Code civil mit Zusätzen als Badisches Landrecht von 1809 verkündigt (jetzt aufgehoben). — Endlich trat im Königreich Sachsen mit dem Jahre 1865 ein bürgerliches Gesetzbuch in Kraft, von dem einige Artikel noch gelten.

c) Spezialgesetze. Schon seit dem Mittelalter wurden zahlreiche ganz oder halb privatrechtliche Materien durch Spezialgesetze geregelt. Sie vor allem vollzogen die Rechtsfortschritte und verhalfen deutschen Rechtsgedanken zum Durchbruch.

III. Seit der Reichsgründung.

1. Gemeindeutsche. Nachdem der Norddeutsche Bund Gesetzgebungsgewalt für einen Teil des Privatrechts empfangen und das Deutsche Reich sie erweitert übernommen und durch Gesetz vom 20. Dezember 1873 auf das gesamte bürgerliche Recht erstreckt hatte, erstand ein neues gemeines deutsches Recht. Die Hauptmasse des Privatrechts ist im BGB. kodifiziert. In ihm hat das nationale Recht, das der erste Entwurf von neuem romanistisch zu verkümmern drohte, zwar kaum den ihm gebührenden Platz, aber doch eine mitherrschende Stellung behauptet. Daneben greifen zahlreiche ältere und jüngere besondere Reichsgesetze tief in das Privatrecht ein. Ihr Inhalt ist überwiegend deutscher Herkunft.

2. Partikuläre. In den Einzelstaaten wurden neue Gesetzbücher nicht mehr erlassen wohl aber mancherlei Spezialgesetze, von denen viele in Kraft geblieben sind. Sodann ergingen überall Ausführungsgesetze zum BGB. und dessen Nebengesetzen, um das fortgeltende Landesrecht dem Reichsrecht anzupassen. In den Ausführungsgesetzen, mehrfach auch in besonderen Landesgesetzen sind zum Teil deutschrechtliche Materien neu kodifiziert.

§ 4. Literatur des deutschen Privatrechts. Die älteste Bearbeitung des deutschen Privatrechts findet sich in den Rechtsbüchern des Mittelalters. An ihre Stelle traten zunächst die populären Schriften, die das fremde Recht in deutscher Sprache und in Anpassung an deutsche Verhältnisse für Schöffen und Laien darstellten. Unter ihnen ragt der Laienspiegel von Ulrich Tengler (zuerst 1509) hervor. Als mit dem Ende des 16. Jahrhunderts die Abdrängung des Volkes vom Rechtsleben vollendet war, verstummte auch diese Literatur. Die gelehrte, lateinisch schreibende romanistische Jurisprudenz trat die Alleinherrschaft an. Auch die romanistische Jurisprudenz aber konnte insoweit, als sie sich mit der Praxis beschäftigte, das einheimische Privatrecht nicht ganz vernachlässigen. Dies ergeben namentlich die Sammlungen und Bearbeitungen der Entscheidungen von Rechtsfällen, wie sie in den Werken der Reichskammergerichtsjuristen (besonders Mynsinger und Gaill), den ähnlichen Arbeiten über die Praxis oberer Landesgerichte, den Spruchsammlungen der Juristenfakultäten und den seit Zasius von fast jedem bedeutenden Juristen herausgegebenen Consilia und Respusa vorliegen. Eingehender noch behandeln das einheimische Recht die Darstellungen des usus modernus pandectarum, wie die Jurisprudentia forensis von B. Carpzov (1638), die Praxis juris Romani in foro Germanico von J. Schilter (1692, zuerst 1675 als Exercitationes ad 50 libros Pandectarum), das Specimen usus moderni Pandectarum von S. Stryck (1690 ff.), die Meditationes ad Pandectas von A. de Leyser (1717 ff.) und die Exercitationes ad Pandectas von J. H. Boehmer (1745 ff.). In den Pandektenkommentaren und Pandektensystemen setzte sich die Heranziehung des deutschen Rechts bis zur Gegenwart fort.

Eine selbständige Wissenschaft des deutschen Privatrechts erwuchs seit Beginn des 18. Jahrh. auf der geschichtlichen Grundlage, die H. Conring (1606—1681) durch Aufhellung der deutschen Rechtsgeschichte geschaffen hatte. Man hielt jetzt an den Universitäten eigene Vorlesungen über deutsches Privatrecht (zuerst Thomasius in Halle um 1700, dann sein Schüler G. Beyer in Wittenberg 1707) und gab Lehrbücher und Handbücher des deutschen Privatrechts heraus. Anfänglich überwog eine mehr historische Richtung, die aber Veraltetes und Lebendiges zusammenwarf. Ihr bedeutendster Vertreter war Heineccius. Daneben kam eine mehr praktische, auf umfassende Vergleichung der Partikularrechte gegründete, stark naturrechtlich gefärbte Behandlung auf. Zum Siege brachte sie Selchow. Einen erheblichen Fortschritt im Sinne dogmatisch-systematischer Verarbeitung des Stoffs vollzog Runde (1741—1807). Neuen geschichtlichen Geist flößte K. F. Eichhorn (1781—1854), der Neubegründer der deutschen Rechtsgeschichte, auch dem deutschen Privatrecht ein. Gleichzeitig erwarb sich Mittermaier (1787—1867) das Verdienst, durch Herbeischaffung von massenhaftem Material und Vergleichung der verwandten außerdeutschen Rechte den Gesichtskreis zu erweitern. Neue Anregungen gingen von W. E. Albrecht (1800—1876) durch seine Schrift über die Gewere (1828), weiter von Phillips (1804—1872), Bluntschli

(1808—1883) und F. Walter (1794—1879) aus. In epochemachender Weise wurde durch G. Beseler (1809—1888) das deutsche Privatrecht durch Zurückführung auf selbständige nationale Gedanken befruchtet und durch Eroberung neuer Gebiete bereichert. Für Schärfung der Begriffe wirkte Gerber (1823—1891), der aber als Haupt der romanisierenden Richtung aus dem deutschen Rechte den deutschen Geist austrieb. Mit gründlicher Quellenkenntnis und sorgfältiger Vertiefung in das Einzelne schuf O. Stobbe (1831—1887) die umfassendste Darstellung des deutschen Privatrechts. In neuerer Zeit haben zahlreiche Germanisten durch Einzelforschungen verschüttete nationale Rechtsgedanken wieder zutage gefördert und damit der Wissenschaft des deutschen Privatrechts neuen Schwung verliehen.

Eine unentbehrliche Stütze findet das deutsche Privatrecht in der wissenschaftlichen Bearbeitung der deutschen Partikularrechte, die ihrerseits nicht ohne die allgemeine germanistische Grundlegung gedeihen kann.

Systeme des deutschen Privatrechts: G. Beyer, Delineatio iuris Germanici ad fundamenta sua revocata, ed. Griebner 1718. Heineccius, Elementa iuris Germanici tum veteris tum hodierni, 1736. Pütter, Elementa iuris Germanici civilis, 1748. J. H. C. de Selchow, Elementa iuris Germanici ex ipsis fontibus deducta, 1757, 8. ed. 1795. J. F. Runde, Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechts, 1795, 8. Aufl. 1829. Dazu als Kommentar Danz, Handbuch des heutigen deutsch. P.R., 10 Bde. K. F. Eichhorn, Einleitung in das deutsche P.R., 1823, 5. Aufl. 1845. Mittermaier, Grundsätze des gem. deutsch. P.R., 1824, 7. Aufl. 1847. Phillips, Grundsätze des gem. deutsch. P.R., 1829, 3. Aufl. 1846. R. Maurenbrecher, Lehrbuch des heut. gem. deutsch. P.R., 1832/34, 2. Aufl. 1850/55. J. C. Bluntschli, Deutsch. P.R., 1853/54, 3. Aufl. v. F. Dahn 1864. F. Walter, System des gem. deutsch. P.R., 1855. G. Beseler, System des gem. deutsch. P.R., 1847/55, 4. Aufl. 1885. Gerber, System des deutsch. P.R., 1848, 17. Aufl. v. Cosack 1895. Gengler, Lehrbuch 1854/55; Das deutsche P.R. in seinen Grundzügen, 4. Aufl. 1892. O. Stobbe, Handbuch des deutsch. P.R., 5 Bde., 1871/85, 3. Aufl., Bd. I v. K. Schulz, 1896, Bd. II—IV v. H. O. Lehmann 1896/1900. P. Roth, Deutsch. P.R., 3 Bde. (unvollendet), 1880/86. Franken, Lehrbuch des deutsch. P.R., 1894. O. Gierke, Deutsch. P.R., Bd. I (Allg. Teil u. Personenrecht) 1895, Bd. II (Sachenrecht) 1905. R. Hübner, Grundzüge des deutsch. P.R., 1908. — Darstellung des reinen deutschen Rechts: A. Heusler, Institutionen des deutsch. P.R., 1885/86. v. Amira, Recht[3], 1897. v. Schwerin in Meisters Grundriß der Geschichtswissenschaft II 5 (1912). — Grundrisse: Dieck 1825; Ortloff 1828; Gareis 1877; F. Dahn 1878; Franklin 1882; Kraut, Grundriß zu Vorlesungen über das deutsch. P.R., 1829, 6. Aufl. v. Frensdorff 1886; J. Fr. Behrend in den Auflagen 1—5 dieser Enzyklopädie; H. O. Lehmann in Birkmeyers Enzyklopädie S. 292 ff.

Darstellungen der deutschen Partikularrechte. 1. Gemeinrechtliche Gebiete. In Preußen: Hannover v. Grefe, 3. Aufl. 1860/61, Rudorff 1887; Schleswig-Holstein v. Falck, 5 Bde. (unvollendet), 1825/48, Paulsen, 2. Aufl. 1842; Kurhessen v. Roth u. Meibom (unvollendet), 1858, Theobald, 2. Aufl. 1888; Nassau v. Bertram, 2. Aufl. 1878; Frankfurt a. M. v. Bender, Lehrb. 1835, Handb. 1848; Hohenzollern v. A. Hodler 1893. — Bayern: P. Roth, Bayr. Civilr., 3 Bde., 1871/78, 2. Aufl. 1881, Bd. II—III v. Becher 1897 ff. — Württemberg: Reyscher 1837/38, 2. Aufl. 1846 ff.; v. Wächter, 2 Bde. (unvollendet), 1839/52; Bierer 1862 ff.; einzelne Teile v. Lang (Familienr., Sachenr.), A. Hegler (Allg. Lehren u. Sachenr., R. der Forderungen), Stein u. v. Kübel (Erbrecht); Mandry 1901 ff. — Thüringen: Heimbach 1848; für Weimar Völker 1855, Altenburg Hesse 1841, Gotha Brückner 1830, Meiningen Unger 1890 ff., Rudolstadt v. Bamberg 1844, Sondershausen v. Hellbach 1820 ff. — Mecklenburg: v. Kamptz 1805/24; Böhlau, Mecklenb. Landr., 3 Bde. (unvollendet), 1871/81. — Hessen-Darmstadt: A. B. Schmidt, Die geschichtlichen Grundlagen des bürg. R. in Hessen, 1893. — Oldenburg: v. Halem 1804/06. — Braunschweig: Steinacker 1843; A. Hampe 1896. — Lübeck: Pauli, Abhandl., 1837/65; v. Duhn, Deutschrechtliche Arbeiten, 1877. — Hamburg: Baumeister 1856; Riemeyer 1892 ff. — Bremen: Post 1866/68, Nachtrag 1887. — 2. Preußisches Landrecht: Bornemann, 6 Bde., 2. Aufl. 1843. Förster 1865 ff., 7. Aufl. v. Eccius 1896 ff. H. Dernburg 1871 ff., 5. Aufl. 1895 ff. — Provinzial- und Statutarrechte: v. Kamptz 3 Bde., 1826 ff. — 3. Rheinisch-französisches Recht: K. S. Zachariae, Handb. des franz. Zivilr., 1808 ff., 8. Aufl. v. Crome 1894 ff. L. C. Cretschmar, Rhein. Zivilr., 4. Aufl. 1894. — 4. Badisches Recht: Behagel, neueste Aufl. 1891; Kah 1887; Hachenburg 1887, erg. 1896. — 5. Sächsisches Gesetzbuch: Siebenhaar 1872; Grützmann 1887/89. — 6. Darstellungen der heutigen Landesrechte in Ergänzungsbänden zu Dernburgs Lehrbuch des bürgerlichen Rechts.

§ 5. Verwandte Rechte. Wichtige Hilfsmittel für das deutsche Privatrecht sind die verwandten ausländischen Rechte.

1. Deutsche. Die außerhalb des Deutschen Reichs geltenden deutschen Rechte sind für die Rechtsgeschichte überhaupt Bestandteile, dagegen für die Dogmatik nur Hilfsmittel des deutschen Privatrechts.

So seit 1866 oder doch 1900 das Österreichische Privatrecht, das auf dem Gesetzbuch von 1811 und dessen Fortbildung beruht. Eine Revision des Gesetzbuches ist im Gange.

So das Schweizerische Recht, das, weil in der Schweiz keine oder nur eine beschränkte Rezeption stattfand, vielfach rein germanische Züge bewahrte. In einzelnen Kantonen (Uri, Schwyz, Unterwalden, Appenzell, aber auch Basel, St. Gallen, Thurgau) galt bis in die neueste Zeit das ältere deutsche Recht ohne eigentliche Kodifikation fort. In anderen ergingen moderne Gesetzbücher, die sich in der welschen Schweiz an das französische, in Bern, Luzern, Solothurn und Aargau an das österreichische Vorbild anlehnten, während in Zürich ein von Bluntschli ausgearbeitetes selbständiges Gesetzbuch stark deutschrechtlicher Färbung (1853/56, revidiert 1887) eingeführt und in Schaffhausen, Zug und Glarus dieses Gesetzbuch nachgebildet, in Graubünden ein verwandtes Gesetzbuch (von Planta) geschaffen wurde. Ein einheitliches Bundesprivatrecht wurde für das Verkehrsrecht durch das Bundesgesetz über das Obligationenrecht vom 14. Juni 1881 geschaffen, das unterm 30. März 1911 eine neue Fassung erhalten hat. Das übrige Privatrecht wurde durch das am 1. Januar 1912 in Kraft getretene Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 vereinheitlicht. Dieses Gesetzbuch, das Werk von E. Huber, bringt eine Fülle deutscher Rechtsgedanken in moderner Ausgestaltung und in volkstümlicher Fassung zum Ausdruck.

So endlich das Baltische Recht in den russischen Ostseeprovinzen, dessen Zusammenstellung durch Bunge als Liv-, Esth- und Kurländisches Privatrecht im Jahre 1864 Gesetzeskraft erhalten hat.

2. Andere germanische. Das früh vom deutschen Recht abgezweigte niederländische Recht ist in neuerer Zeit stark vom französischen Recht überwältigt. Die hauptsächliche Bedeutung der skandinavischen Rechte für das deutsche Privatrecht liegt in den Aufschlüssen über die gemeinsame urgermanische Grundlage. Als ein zum größten Teil unkodifiziertes Recht, das aus germanischer Wurzel unter bloß formaler Einwirkung der fremden Rechte zu einem modernen Weltrecht emporgewachsen ist, bietet das englisch-amerikanische Recht für alle deutschrechtlichen Forschungen ein hohes Interesse.

3. Romanische. Die romanischen Rechte haben sämtlich aus den germanischen Stammesrechten, unter denen das langobardische in Italien bestimmenden Einfluß auf die gesamte europäische Jurisprudenz gewann, das fränkische in Frankreich schöpferisch fortwirkte, eine Fülle von gedanklichen und stofflichen Elementen aufgenommen. Germanisches Recht durchzieht insbesondere, wie schon erwähnt ist, auch die französische Kodifikation, die bei den übrigen romanischen Völkern und darüber hinaus teils rezipiert, teils den neueren Gesetzbüchern zugrunde gelegt ist.

4. Osteuropäische. Schon seit dem Mittelalter drang das deutsche Recht als befruchtendes Kulturelement nach Osten vor. Auch heute zeigen die slavischen Rechte mannigfache Spuren seines Einflusses. Ein Entwurf eines ungarischen allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches schließt sich vielfach nahe an das deutsche BGB. an.

Literatur: 1. Österreichisches Recht: Kommentare zum Gesetzbuch v. Zeiller; v. Kirchstetter; v. Pfaff u. Hofmann (nebst Exkursen, unvollendet). Systeme v. Unger, Bd. I, II u. VI, 1850, 59, 64; v. J. Krainz, hrsg. v. Pfaff, 2 Bde., 4. Aufl. v. Ehrenzweig, 1905/07. Festschrift zur Hundertjahrfeier des A.B.G.B., 1911. — 2. Schweizer R.: E. Huber, System u. Geschichte des schweizer. Privatrechts, 4 Bde., 1886/94. Komm. zum Zürcher G.B. v. Bluntschli u. v. Schneider. Komm. zum Schweiz. ZGB. von Gmür; von Egger usw. — 3. Baltisches R.: Bunge, Das liv- u. esthländ. P.R., 2. Aufl. 1874/48; Das kurländ. P.R., 1851. E. Erdmann, System des Privatrechts der Ostseeprovinzen Liv-, Esth- u. Kurland, 4 Bde., 1889/94. — 4. Niederländisches R.: Fockema-Andreae, Het Oud Nederlandsk burgerlyk recht, 1906. — 5. Lit. des englischen Rechts und der romanischen Rechte bei den besonderen Darstellungen, die diesen Rechten gewidmet sind.

Kapitel II. Die Rechtssätze.

§ 6. Das Werden der Rechtssätze. Das Recht im objektiven Sinne als Inbegriff äußerer Normen für menschliches Wollen kommt in Rechtssätzen zur Erscheinung, die sich in geordneten Zusammenhängen zu Rechtsinstituten und zuletzt zum Ganzen der Rechtsordnung verbinden. Die Rechtssätze wandeln sich; sie werden durch menschliche Tat im Wege der „Rechtserzeugung" geschaffen, umgeschaffen und abgeschafft. Alle Rechtserzeugung ist Gemeinschaftstat; die mitwirkenden Einzelnen handeln als Glieder oder Organe der Gemeinschaft. Der Vorgang der Rechtserzeugung fordert eine innere und äußere Betätigung des Gemeinlebens: Rechtsbildung und Rechtsausspruch. Je nachdem das Recht durch die kraft der Lebensordnung einer organisierten Gemeinschaft dazu berufenen Organe bewußt festgestellt und ausdrücklich erklärt wird oder unmittelbar aus unorganisiertem Gemeinleben durch Bildung und Äußerung einer Gemeinüberzeugung entspringt, unterscheidet man gesetztes und ungesetztes Recht. Die Rechtsetzung erfolgt entweder durch den Staat, der als Träger höchster Macht sich selbst seinen Wirkungsbereich abgrenzt, oder durch einen ihm untergeordneten Verband. Hiernach unterscheidet man Gesetz und Satzung. Ungesetztes Recht wird entweder durch die Gemeinschaft der Rechtsgenossen selbst oder durch einen besonderen Berufsstand für die Gemeinschaft hervorgebracht. Hiernach unterscheidet man eigentliches Gewohnheitsrecht und Juristenrecht. Die zur Rechtserzeugung kompetenten Wirkungskräfte nennt man Rechtsquellen. Im Laufe der Zeit hat sich das Verhältnis der verschiedenen Arten von Rechtsquellen zueinander verschoben. Das ursprüngliche Übergewicht des Gewohnheitsrechtes ist der Vormacht des gesetzten Rechts gewichen, die Satzung ist durch das Gesetz, das Volksrecht durch das Juristenrecht zurückgedrängt.

§ 7. Gesetzesrecht. Da sowohl das Reich wie seine Gliedstaaten Staaten sind, gibt es heute in Deutschland, wie schon zu Zeiten des alten Reichs, eine doppelte Art von Gesetzesrecht: Reichs- und Landesgesetz.

Mit dem materiellen Begriff des Gesetzesrechts als des staatlich gesetzten Rechts kreuzt sich der formelle Begriff des Gesetzesrechts als einer durch die obersten Organe des Staats (die „gesetzgebende Gewalt") in bestimmter Form („dem Wege der Gesetzgebung") bewirkten Erklärung. Es gibt formelle Gesetze, die keine Rechtssätze enthalten. Anderseits fließt Gesetzesrecht im materiellen Sinn auch aus gewissen als „Verordnungen" bezeichneten Erklärungen anderer, allgemein oder speziell dazu ermächtigter Staatsorgane. Man nennt Verordnungen, die objektives Recht setzen, „Rechtsverordnungen" und unterscheidet sie von bloßen „Verwaltungsverordnungen".

Über das Zustandekommen von Gesetzesrecht entscheidet das Staatsrecht. Erforderlich ist erstens gehörige Gesetzesbildung durch die verfassungsmäßig berufenen, bei formellen Gesetzen und bei Rechtsverordnungen ungleich bestimmten Staatsorgane. Erforderlich ist aber zweitens gehöriger Gesetzesausspruch durch das hierzu berufene, bei formellen Gesetzen von dem Gesetzesbildungsorgan verschiedene Organ. Die Form der Verkündigung war im älteren deutschen Recht mündlicher Vortrag (in der Versammlung, von Gerichtsstühlen, Kanzeln und Rathäusern). Doch gewann daneben die schriftliche Verbreitung und seit Erfindung der Buchdruckerkunst die Verbreitung durch den Druck wachsende Bedeutung. Endlich wurde der Druck in bestimmten amtlichen Blättern zur allgemein wirksamen Verkündigungsform erhoben (so 1807 in Württemberg, 1810 in Preußen). Dies gilt heute allgemein für formelle Reichs- und Landesgesetze.

Den Zeitpunkt seines Inkrafttretens kann das Gesetz sich selbst bestimmen. In Ermangelung einer solchen Bestimmung gelten feste gesetzliche Fristen. Reichsgesetze und preußische Landesgesetze treten am vierzehnten Tage nach Ablauf des Tages, an dem das sie enthaltende Blatt der Gesetzsammlung ausgegeben ist, in Kraft. Vom Augenblick seines Inkrafttretens an gilt das Gesetz für alle Gesetzesunterworfenen ohne Rücksicht auf unverschuldete Unkenntnis.

Die Anwendung der Gesetze erfolgt durch die Gerichte von Amts wegen. Die Gerichte sind aber befugt und verpflichtet, selbständig zu prüfen, ob das Gesetz in gültiger Weise zustande gekommen ist und somit nicht bloß der Schein eines Gesetzes vorliegt. Die Prüfung

richtet sich zunächst auf die gehörige Verkündigung (wichtig bei älteren Gesetzen und bei Rechtsverordnungen). Die Prüfung erstreckt sich aber auch auf die gehörige Gesetzesbildung, daher auf die verfassungsmäßige Mitwirkung der berufenen Organe (z. B. der Volksvertretung), bei allen Landesgesetzen auf die Zuständigkeit der Einzelstaatsgewalt gegenüber der Reichsgewalt und bei allen Rechtsverordnungen auf das Vorhandensein der Verordnungskompetenz. Doch ist in Preußen und einigen anderen Staaten durch positive Verfassungsbestimmung die Prüfung der Rechtsgültigkeit gehörig verkündigter königlicher Verordnungen den Gerichten entzogen. Diese Beschränkung fällt auch für den preußischen Richter insoweit weg, als es sich um ein dem Reichsrecht widersprechendes Landesgesetz handelt. Auch gilt sie nicht in Ansehung der vom Kaiser verkündigten Reichsverordnungen.

§ 8. **Satzungsrecht.** Satzung ist Rechtsetzung durch einen Verband, der nicht Staat ist. Die Befugnis eines dem Staate untergeordneten Verbandes, sich selbst Recht zu setzen, heißt Satzungsgewalt oder Autonomie.

Die Autonomie ist Rechtsquelle. Sie schafft Rechtssätze, nicht bloß Rechtsverhältnisse. Im deutschen Mittelalter flossen freilich, wie objektives und subjektives Recht überhaupt, so die Rechtsetzung und das Rechtsgeschäft vielfach ineinander, brach sich daher auch die Satzungsgewalt in Form von Verträgen und Verfügungen von Todes wegen Bahn. Heute ist beides begrifflich zu scheiden. Man darf ebensowenig die Autonomie als erweiterte rechtsgeschäftliche Freiheit wie diese als Privatautonomie deuten.

Die Geschichte des deutschen Rechts zeigt uns bis zur Rezeption eine außerordentliche Kraft der Autonomie. Grundsätzlich konnte jeder genossenschaftliche oder herrschaftliche Verband sich ein seine Angehörigen verbindendes Recht setzen, wenn er nur nicht in das Recht eines höheren Verbandes eingriff. Bestätigung diente nur zur Sicherung. Als bloße Satzung aber galt, da eigentliches Gesetz nur das Reichsgesetz war, auch jedes Land- und Stadtrecht. Man schrieb daher auch den Landesherrn und Reichsstädten ein bloßes „jus statuta condendi" zu und nannte alle Partikularrechte „Statuten" (daher die Ausdrücke „Statutenkollision" und „statutarische Portion"). Nach der Rezeption steigerte sich allmählich die Autonomie der Landesherren und Reichsstädte zur Gesetzgebungsgewalt. Dagegen wurde die Autonomie der landsässigen Verbände möglichst beschränkt und, soweit sie fortbestand, entweder an staatliche Sanktion gebunden oder in rechtsgeschäftliche Verfügung aufgelöst. Im 19. Jahrhundert gewann die Autonomie mit der Wiederbelebung der Körperschaftsfreiheit neue, wenn auch bescheidenere Bedeutung.

Subjekt von Satzungsgewalt ist heute jeder vom Recht als selbständiges Ganze anerkannte Verband. Auch die privaten Vereine schaffen in ihren Satzungen ein für ihren Kreis geltendes objektives Recht. Unter den öffentlichen Verbänden üben namentlich die Gemeinden durch Erlaß von Ortsstatuten Autonomie aus. Bloßes Satzungsrecht ist heute für den Staat auch das von den Kirchen und ihren Gliedverbänden gesetzte Recht einschließlich der als „Kirchengesetze" bezeichneten allgemeinen Anordnungen.

Sehr verschieden aber ist der Umfang der Autonomie. Im Zweifel kann jeder Verband sein eigenes Sozialrecht (seine Daseinsordnung und die aus ihr fließenden Beziehungen der Mitglieder) gestalten, dagegen die Sätze des gemeinen öffentlichen oder Privatrechts für sich und seine Angehörigen nicht abändern. Doch sind einerseits immer bei öffentlichen und vielfach auch bei privaten Verbänden der Satzungsgewalt auch hinsichtlich des eigenen Lebensbereiches engere Grenzen gezogen. Anderseits sind gewisse Verbände ermächtigt, durch Satzungsrecht in das gemeine Recht einzugreifen. So können, während die umfassende Satzungsgewalt der Landstädte auf dem Gebiete des Privatrechts nur in Mecklenburg für Rostock und Wismar erhalten blieb, auch heute durch Ortsstatut privatrechtliche Bestimmungen im Gewerberecht, teilweise auch im Gesinderecht, im Wohnungsmietsrecht (hinsichtlich der Ziehzeiten) und im Nachbarrecht (vgl. z. B. Württ. AG. a. 224 ff.) getroffen werden.

Eine stark erweiterte Autonomie auf dem Gebiete des Privatrechts besitzen die Familien des hohen Adels, die seit dem 14. Jahrhundert sich zu korporativ organisierten „Häusern" zusammenschlossen und sich ein besonderes Privatrecht schufen, um die ihren Bestand bedrohende Entwicklung des gemeinen Landrechts von sich abzuwehren. Sie behaupteten ihre Autonomie

gegenüber dem fremden Recht. Auch nach der Auflösung des alten Reichs blieb nicht nur die Autonomie der nunmehr zur Souveränität emporgestiegenen Häuser unerschüttert, sondern wurde auch den „mediatisierten" (d. h. fremder Landeshoheit unterworfenen) ehemals reichsständischen Häusern durch die deutsche Bundesakte (a. 14) der Fortbestand ihrer bisherigen Autonomie gewährleistet. Mit der Auflösung des Bundes fiel die Bundesgarantie weg. Die Autonomie aber blieb landesrechtlich anerkannt. Dem neuen bürgerlichen Recht gegenüber ist reichsrechtlich den „Hausverfassungen" der landesherrlichen Familien ein unbedingter Vorrang eingeräumt, den Hausverfassungen der standesherrlichen Familien in Ansehung ihrer Familienverhältnisse und ihrer Güter die ihnen vom Landesrecht gewährte Kraft vorbehalten (EG. a. 57, 58, 1). In beschränktem Umfange haben auch die Familien des ehemaligen niederen Reichsadels und einzelne Familien des landsässigen Adels Autonomie behauptet (EG. a. 58, 2).

Das Zustandekommen der Satzung fordert zunächst gehörige Satzungsbildung durch das verfassungsmäßig berufene Satzungsorgan, entweder Versammlungsbeschluß (bei Hausgesetzen regelmäßig einstimmigen Beschluß aller volljährigen Agnaten) oder Beschluß von Vertretungsorganen (bei Ortsstatuten Gemeindebeschluß) oder Entschluß eines Hauptes (z. B. im Bereiche der Verordnungsgewalt des Familienhauptes). Ferner gehörigen Satzungsausspruch (oft durch Veröffentlichung in bestimmten Blättern). Endlich aber vielfach staatliche Bestätigung. Sie macht die Satzung keineswegs zum Gesetz, setzt sie vielmehr als Satzung in Kraft, ist daher Verwaltungsakt. Hausgesetze der standesherrlichen Familien sind nach der Bundesakte dem Souverän vorzulegen; in manchen Staaten (z. B. Sachsen und Hessen) wird nur Vorlegung zur Kenntnisnahme, in anderen (z. B. Preußen, Bayern, Württemberg, Baden) Vorlegung zur Genehmigung verlangt. Zu Zeiten des alten Reichs war kaiserliche Genehmigung üblich, aber nicht erforderlich (RGer. XVIII Nr. 42).

Die Anwendung der Satzungen hat, weil sie Rechtsnormen sind, von Amts wegen zu erfolgen. Die richterliche Prüfung der Gültigkeit ist unbeschränkt. Der Parteibeweis spielt dieselbe Rolle wie bei Gewohnheitsrecht und fremdem Recht (ZPO. § 293).

Literatur: J. C. Majer, Von der Autonomie usw., 1782; Wilda, Weiskes Rechtslex. I 539 ff.; Gerber, Ges. Abh. S. 36 ff. u. 63 ff.; K. Maurer, Krit. Überschau II 229 ff.; R. Hermann, De autonomia iuris Germanici privati fonte, 1859; Lewis, Z. f. Gesetzg. u. Rechtspfl. in Preußen III 687 ff.; Brunners v. „Autonomie" in Holtzendorffs Rechtslex.; Böhlau, Meckl. Landr. I § 56—60; Gierke, D.P.R. I § 19; E. Loening, Die Autonomie der standesherrlichen Häuser Deutschlands nach dem Recht der Gegenwart, 1905; Oertmann, Die standesherrliche Autonomie im heutigen bürgerlichen Recht, 1905.

§ 9. Gewohnheitsrecht. Gewohnheitsrecht kann jede organische Gemeinschaft durch Übung in ihrem Gemeinleben erzeugen. Daher das Volk oder ein Volksteil (gemeines oder partikuläres Gewohnheitsrecht), aber auch ein Stand (z. B. das gemeine Privatfürstenrecht, oder die Handelsgebräuche), eine Religionsgemeinschaft (z. B. das gemeine protestantische Eherecht) usw. Das im Kreise einer Körperschaft gebildete Gewohnheitsrecht, das scharf vom Satzungsrecht zu scheiden ist, heißt Herkommen oder Observanz (z. B. Gemeindeherkommen, Familienobservanz).

Die Geltung des Gewohnheitsrechts war im älteren deutschen Recht unbestritten und bedurfte als etwas Selbstverständliches keiner besonderen Rechtfertigung. Das Gewohnheitsrecht herrschte gegenüber dem Gesetzesrecht vor und galt sogar als ehrwürdiger und heiliger. Zuerst die mittelalterliche Jurisprudenz zog seiner Geltung Schranken, wobei die romanistische Herleitung aus dem tacitus consensus populi (daher Theorie des „statutum tacitum") und die kanonistische Unterstellung unter den Begriff der Verjährung (daher Verlangen einer „legitima praescriptio") wirksam wurden. Mit der Rezeption drang die romanistisch-kanonistische Lehre in Deutschland ein, trat aber im Laufe der Zeit dem Gewohnheitsrecht immer feindlicher gegenüber. Man erklärte in monarchischen Staaten, da das Volk kein Gesetzgebungsrecht habe, die stillschweigende Gutheißung des Monarchen für erforderlich. Mehr und mehr aber schrieb man, besonders von naturrechtlicher Seite, dem Gesetzgeber überhaupt ein Rechtserzeugungsmonopol zu. Im gemeinen Recht wahrte trotzdem das Gewohnheitsrecht seine dem Gesetzesrecht ebenbürtige Kraft. Die Landesgesetzgebung aber verbot fast allgemein jede

dem Gesetz widersprechende und seit dem 17. Jahrhundert mehr und mehr auch die ergänzende Gewohnheit. So auch die großen Gesetzbücher. Im 19. Jahrhundert brachte die historische Rechtsschule in der Theorie einen völligen Umschwung hervor, indem sie die Ursprünglichkeit und schöpferische Kraft des Gewohnheitsrechts nachwies und seinen Geltungsgrund in den Geltungsgrund des Rechts überhaupt zurückverlegte. Freilich ging sie in der Verherrlichung der unbewußten Rechtserzeugung und der Ablehnung der bewußten Gesetzestat viel zu weit und rief daher eine Gegenströmung hervor. So folgte denn auch die Gesetzgebung keineswegs der neuen Lehre. Auch Entw. I des BGB. wollte das Gewohnheitsrecht im wesentlichen abschaffen. Zuletzt indes siegte die Meinung, daß hierin eine Überschreitung der Macht des Gesetzgebers liege. So unterblieb jede Bestimmung. Die große Frage ist durch Schweigen gelöst. Dies bedeutet, daß das Gewohnheitsrecht wieder in seine uralte Machtstellung eintritt. Es hat also an sich gleiche Kraft wie Gesetzesrecht und kann dieses nicht nur ergänzen, sondern auch abändern und bindend auslegen (Usualinterpretation). Doch sind dem partikulären Gewohnheitsrecht gleiche Schranken wie dem partikulären Gesetzesrecht, der Observanz gleiche Schranken wie dem Satzungsrecht gezogen.

Das Zustandekommen des Gewohnheitsrechtes fordert, wie schon im älteren deutschen Recht erkannt war, zweierlei: Bildung einer Rechtsüberzeugung und Übung. Weder der innere noch der äußere Vorgang für sich allein reicht, wie von entgegengesetzten Theorien behauptet wird, zur Hervorbringung eines geltenden Rechtssatzes aus. Die Rechtsüberzeugung, die den Rechtssatz bildet, muß sich als Gemeinüberzeugung (nicht Gemeinwille, nicht Überzeugung aller einzelnen oder ihrer Mehrheit, sondern von den beteiligten Menschen als etwas Gemeinsames empfundene Überzeugung) mit rechtlichem Inhalt (opinio iuris oder necessitatis, nicht bloß Vorstellung als Gebot der Sittlichkeit oder Sitte) darstellen. Daß kein Irrtum zugrunde liegen dürfe, ist eine durchaus unrichtige (obschon mehrfach vom Reichsgericht angenommene) Meinung. Das sogenannte Erfordernis der Rationabilität ist nur insofern anzuerkennen, als ein unvernünftiger oder unsittlicher Inhalt die Annahme einer wahren Rechtsüberzeugung ausschließt. Die Übung, die den Rechtssatz zum Ausspruch bringt, besteht in dessen Betätigung als bindender Norm im Leben. Dazu gehören gleichförmige und längere Zeit hindurch wiederholte Handlungen (Gewohnheit). Häufigkeit und Dauer ergänzen einander. Weder eine bestimmte Zahl von Handlungen noch ein bestimmter Zeitraum sind erforderlich. Doch ist das Erfordernis des Ablaufes der Verjährungszeit in manche Partikularrechte aufgenommen.

Die Anwendung des Gewohnheitsrechts hat von Amts wegen stattzufinden. Der Richter soll es kennen oder erforschen. Die zum großen Schaden des deutschen Rechts früher herrschende Lehre, daß das Gewohnheitsrecht als etwas Faktisches zu beweisen sei, ist heute überwunden. Der unterstützende Parteibeweis hat nur wissenschaftlichen Charakter (auch nach ZPO. § 293). Erkenntnismittel sind Literatur, Präjudizien, Bekundungen von Gerichten, anderen Behörden, Körperschaftsorganen und erfahrenen Gemeinschaftsgliedern. Auch die im Munde des Volkes lebenden Rechtssprichwörter können über die Geltung eines Gewohnheitsrechtssatzes Aufschluß geben.

Literatur: Puchta, Das Gewohnheitsrecht, 2 Bde. 1828/37. G. Beseler, Volksrecht und Juristenrecht, 1843. F. Dahn, Zeitschr. f. deutsch. Gesetzg. VI 553 ff. Fr. Adickes, Zur Lehre von den Rechtsquellen und insbesondere über das Gewohnheitsrecht, 1872. E. Zitelmann, Arch. f. ziv. Pr. XLVI 324 ff. G. Rümelin, Jahrbuch f. Dogm. XXVII Nr. 3. W. Schuppe, Das Gewohnheitsrecht, 1890. S. Brie, Die Lehre vom Gewohnheitsrecht, T. I (Geschichtliche Grundlegung), 1899. A. Sturm, Revision der gemeinrechtlichen Lehre vom Gewohnheitsrecht, 1900. Crome, Jahrb. f. Dogm. XXXIX 323 ff. — Graf u. Dietherr, Deutsche Rechtssprichwörter, 1864.

§ 10. Juristenrecht. Der Juristenstand hat das Recht praktisch anzuwenden und wissenschaftlich zu entwickeln. Beiderlei Tätigkeit ist schöpferisch. Die Praxis hat die abstrakten Rechtssätze in konkrete Normen für die Einzelfälle umzusetzen. Dies ist, da das Leben immer reicher ist als die Regel, keine bloß logische Operation, sondern zugleich freie Gestaltgebung. Die Wissenschaft hat die Rechtssätze in ihrem inneren Zusammenhange darzulegen, sie auf Prinzipien zurückzuführen und aus ihnen Folgesätze zu entfalten. Auch dies ist geistige Schöp-

fung. Praxis und Wissenschaft sind durch den positiven Inhalt der Rechtsquellen gebunden, haben aber, wo dieser zweifelhaft ist, die Zweifel durch selbständige Auslegung zu lösen. Gegenüber der überfreien Auslegungskunst der gemeinrechtlichen Jurisprudenz, die in das Gesetz hineinlegte, was sie darin finden wollte oder mußte, und so zur Rechtsunsicherheit führte („das Recht hat eine wächserne Nase"), bemühte sich im 18. Jahrhundert die Gesetzgebung, die Gesetzesauslegung zu beschränken. Den Versuch, die richterliche Auslegung in äußere Fesseln zu schlagen, mußte man freilich bald wieder aufgeben (Beseitigung der §§ 47—48 der Einl. des Preuß. LR. durch KabO. v. 1798). Allein lange blieb die Auslegung der neueren Gesetzbücher und Gesetze innerlich unfreier, als gut war. Heute ist die Erkenntnis durchgedrungen, daß alle Auslegung frei sein muß; daß sie weder am Buchstaben haften noch die als Hilfsmittel verwendbaren sogenannten Materialien (Entwürfe, Motive, Beratungsprotokolle, Parlamentsverhandlungen usw.) zur bindenden Richtschnur nehmen darf; daß sie vielmehr jede Gesetzesbestimmung als lebendiges Stück der Rechtsordnung im Geiste des Ganzen zu deuten und ihr den immanenten Gedankengehalt, der tiefer und reicher sein kann, als es irgendeinem bei der Gesetzgebung Beteiligten zum Bewußtsein gekommen war, zu entlocken hat. Im Rahmen einer derartigen Auslegung bleibt auch die Analogie, die da, wo es für ein Verhältnis an einem Rechtssatze zu fehlen scheint, durch Anwendung oder Nachbildung der für verwandte Verhältnisse geltenden Rechtssätze das in der begrifflich lückenlosen Rechtsordnung verborgene Recht zutage fördert. Die Analogie ist daher nicht, wie viele annehmen, eine besondere Rechtsquelle.

Die schöpferische Tätigkeit der Praxis bringt zunächst nicht Rechtssätze, sondern konkrete Normen für Einzelfälle hervor. Den solche Normen rechtskräftig feststellenden Entscheidungen gebührt für künftige ähnliche Fälle ein freies Ansehen, dessen schon von den mittelalterlichen Schöffensprüchen und später von den Fakultäts- und Gerichtssprüchen bewährte Kraft manche Gesetze (z. B. Preuß. LR. Einl. § 6) vergeblich bekämpften. Niemals aber haben sie, seitdem die früheren Präjudiziengesetze, die gewissen Entscheidungen hoher Gerichte vorläufige Gesetzeskraft beilegten, beseitigt sind, weder für das erkennende Gericht selbst noch für die ihm im Instanzenzuge untergeordneten Gerichte bindendes Ansehen. Doch kann aus konstanter Praxis, wenn die Erfordernisse der Gewohnheitsrechtsbildung erfüllt sind, ein bindender Gerichtsgebrauch (usus fori) hervorgehen, der die Kraft des Gewohnheitsrechts hat. Auf diesem Wege ist namentlich im älteren gemeinen Recht das Juristenrecht vielfach zu positivem Recht geworden.

Die Wissenschaft schafft von sich aus nicht Rechtssätze, sondern Lehrsätze. Sie haben ein ihrem inneren Wert entsprechendes freies Ansehen; Versuche, ihre Autorität zu beseitigen (z. B. Cod. Max. Bav. civ. I, 2 § 14, Preuß. LR. Einl. § 6), hatten keinen oder aber traurigen Erfolg. Dagegen haben sie niemals bindendes Ansehen. Die ehemals herrschende Ansicht, die zum Schaden der Wissenschaft wie der Praxis in der communis opinio doctorum eine Rechtsquelle sah, ist restlos aufgegeben. Wissenschaftliche Sätze können aber natürlich durch Gesetz oder Gewohnheit zu Rechtssätzen erhoben werden. Mittelbar geht so in der Tat ein großer Teil des geltenden Rechts auf die schöpferische Tätigkeit der Wissenschaft zurück.

§ 11. Die Geltungsbereiche der Rechtssätze. Da jede Rechtsquelle ihren bestimmten Herrschaftsbereich hat, die Herrschaftsbereiche verschiedener Rechtsquellen aber einander berühren, bildet die Abgrenzung der Geltungsbereiche der Rechtssätze gegeneinander ein besonderes Stück der Rechtsordnung.

1. Weitere und engere Geltungsbereiche. Soweit in demselben Rechtsgebiet Rechtsquellen von weiterem und engerem Geltungsumfange Kraft haben, gehen die Rechtssätze aus der engeren Quelle vor. Somit bricht Sonderrecht, solange es überhaupt gilt, das gemeine bürgerliche Recht. Ebenso hat partikuläres Recht den Vorrang vor gemeinerem Recht: „Willkür bricht Stadtrecht, Stadtrecht bricht Landrecht, Landrecht bricht gemein Recht." Allein das gemeine Recht kann sich ausschließliche Geltung beilegen und damit nicht nur das vorhandene Partikularrecht abschaffen, sondern auch die Neubildung von Partikularrecht verhindern. Im Gegensatz zum älteren gemeinen Recht, das im Zweifel nur subsidiär galt, duldet

das neue Reichsrecht ihm widersprechende partikuläre Rechtssätze nur, wo es selbst dies ausnahmsweise ausspricht. Am Privatrecht aber hat das Reichsrecht mit der Kodifikation so vollständig Besitz ergriffen, daß überhaupt die Geltung jedes partikulären Rechtssatzes privatrechtlichen Inhalts durch einen ausdrücklichen reichsgesetzlichen Vorbehalt bedingt ist.

2. Räumlicher Geltungsbereich. Jede Rechtsquelle beherrscht ein bestimmtes Gebiet und verschafft damit den aus ihr fließenden Rechtssätzen einen räumlichen Geltungsbereich. Da aber die Rechtsverhältnisse selbst nichts Räumliches sind, sondern nur Beziehungen zum Raum haben, die zu mehreren Rechtsgebieten bestehen und im Zeitablauf wechseln können, ist eine Grenzberichtigung erforderlich. Sie erfolgt hinsichtlich der Privatrechtssätze unter dem Gesichtspunkt, daß in jedem Rechtsgebiet auch das fremde Recht als Recht anzuerkennen und daher auch vom einheimischen Gericht insoweit anzuwenden ist, als ein zu beurteilendes Rechtsverhältnis dem fremden Rechtsgebiet angehört. Die grundsätzliche Anerkennung des fremden Rechts ist eine weltgeschichtliche Errungenschaft germanischer Herkunft. Sie wurde durch die Gleichberechtigung der Stammesrechte im fränkischen Reiche angebahnt, durch die mittelalterliche Idee des christlichen Universalreichs erweitert und durch die Ausbildung der modernen Völkerrechtsgemeinschaft vollendet. Dabei wurde mehr und mehr, was zunächst als Lehre von der „Statutenkollision" für das Verhältnis der Partikularrechte zueinander entwickelt war, als „internationales Privatrecht" auf das gegenseitige Verhältnis der in völlig getrennten Staatsgebieten geltenden Rechte übertragen. Immer bleibt die Geltung des fremden Rechts Ausfluß eines Satzes des einheimischen Rechts, das daher auch das Prinzip zu begrenzen und im einzelnen zu entfalten hat. Allein die wissenschaftliche Erkenntnis der nationalen Ausgestaltung des internationalen Privatrechts fordert Beachtung der gemeinsamen europäischen Grundlage und der wirkenden internationalen Lebensgemeinschaft. Darum ist die Lehre vom internationalen Privatrecht eine selbständige Wissenschaft geworden. Auch das deutsche internationale Privatrecht ist auf diesen Zusammenhang angewiesen. Um so mehr, als es nur zu einem kleinen Teil im EG. zum BGB. kodifiziert ist, während im übrigen das bisherige Gewohnheits- und Gesetzesrecht aufgehoben ist und ein neues Gewohnheitsrecht sich erst bilden muß. Hier sei nur bemerkt, daß hinsichtlich des Geltungsbereichs der Rechtssätze das ursprüngliche germanische Personalitätsprinzip, demzufolge das Recht an dem Personenkreise der Stammesgenossen haftete, schon im deutschen Mittelalter dem durch die Verknüpfung immer zahlreicherer Rechtsverhältnisse mit dem Grundbesitz eingeleiteten Territorialitätsprinzip wich, das von der Bodenständigkeit des Rechts ausgeht; daß jedoch in neuerer Zeit vielfach und namentlich auch im neuesten deutschen Recht eine Wiederannäherung an das Personalitätsprinzip insoweit stattgefunden hat, als für die persönlichen Privatrechtsverhältnisse der Staatsangehörigen die Herrschaft des am Wohnsitz geltenden Rechts durch die Herrschaft des im Heimatsstaat geltenden Rechts ersetzt ist.

3. Zeitlicher Geltungsbereich. Da die Rechtssätze in der Zeit entstehen und vergehen, versteht es sich von selbst, daß jüngeres Recht das ältere bricht. Allein neues Recht beherrscht nur die Zukunft und beläßt dem alten Recht seine Kraft für die Vergangenheit. Das alte Recht bleibt daher für die aus der Zeit seiner Herrschaft in die Zeit der Herrschaft des neuen Rechts hineinreichenden Rechtsverhältnisse maßgebend. Der Grundsatz, daß neue Rechtssätze nicht zurückwirken, war dem älteren deutschen wie dem römischen und kanonischen Recht bekannt, wurde von der Jurisprudenz theoretisch entwickelt, fand in die großen Gesetzbücher (Preuß. ALR. Einl. §§ 14—17, Code civ. a. 2, Österr. GB. § 5, Sächs. § 2) Aufnahme, und ist dadurch, daß das BGB. ihn nicht ausspricht, keineswegs beseitigt. Er gilt für Gesetzesrecht wie für Satzungsrecht und Gewohnheitsrecht. Doch bedeutet er für den souveränen Gesetzgeber nur eine innere Anforderung der Gerechtigkeit und daher für den Richter dem Gesetze gegenüber nur eine Auslegungsregel. Das Gesetz kann sich selbst eine mehr oder minder starke Rückwirkung beilegen. Im Zweifel aber ist anzunehmen, daß es nicht oder, soweit Rückwirkungsabsicht feststeht, in möglichst schwacher Weise zurückwirken will. Nur wenn ein Gesetz sich bloß als richtigstellende Auslegung bestehender Rechtssätze gibt („authentische Interpretation"), ist für stärkste Rückwirkungsabsicht zu vermuten.

Die neueren Gesetzbücher und Gesetze pflegen für ihren besonderen Fall selbst im einzelnen zu bestimmen, inwieweit für die bestehenden Rechtsverhältnisse das bisherige

Recht fortgelten soll oder nicht. Diese teils in Einführungsgesetzen (früher „Publikationspatenten"), teils in Schluß- oder Übergangsbestimmungen enthaltenen Rechtssätze haben nur vorübergehende Bedeutung. Gegenwärtig aber sind gerade in Deutschland die das Verhältnis zwischen dem neuen und dem alten Privatrecht ordnenden Einzelvorschriften (bes. EG. zum BGB. a. 153—218) von hoher praktischer Wichtigkeit.

Die Tragweite des Prinzips der Nichtrückwirkung für die Privatrechtssätze wird herkömmlicherweise durch den aus ihm abgeleiteten Folgesatz bestimmt, daß neue Rechtssätze nicht in erworbene Rechte (iura quaesita) eingreifen. Unter erworbenen Rechten versteht man dabei diejenigen nach Maßgabe des alten Rechts entstandenen subjektiven Rechte, die aus einem besonderen Rechtsgrunde von einem bestimmten Subjekt erworben sind. Dahin gehören einerseits nicht bloße Rechtshoffnungen (z. B. die Erbaussicht, anders die Erbanwartschaft), andererseits nicht die allgemeinen gesetzlichen Rechte aller Personen oder gewisser Personenklassen. Dagegen gehören dahin auch die durch Privileg individuell begründeten Rechte. Und jedes Recht ist mit seinem ganzen Wirkungsinhalte erworben. Auch die erworbenen Rechte aber müssen sich Eingriffe gefallen lassen, ohne die keine große Privatrechtsreform denkbar ist. Vielfach werden daher infolge Neuordnung eines Rechtsinstituts auch die unter dem alten Recht entstandenen Rechtsverhältnisse inhaltlich verändert (so nach EG. a. 180—181 Besitz und Eigentum, während nach a. 184 andere dingliche Rechte mit ihrem bisherigen Inhalt fortbestehen). Oft wird auch ein Rechtsinstitut völlig in der Weise abgeschafft, daß die entsprechenden Rechtsverhältnisse nicht bloß nicht neu entstehen, sondern auch nicht fortbestehen können (z. B. Hörigkeit, feudale und patrimoniale Rechte, Zunftprivilegien). In solchen Fällen ist jedoch, insofern mit der Veränderung oder Aufhebung erworbener Rechte ein Vermögensverlust verbunden ist, eine Entschädigung gerecht. Sie ist in Deutschland meist gewährt. Wird sie nicht gewährt, so gibt es freilich keinen klagbaren Anspruch auf Gewährung.

Literatur: Zu 1. vgl. den besonderen Abschnitt über das Verhältnis des Reichsrechts zum Landesrecht. — Zu 2. vgl. den Abschnitt über internationales Privatrecht. — Zu 3.: v. Wächter, Württ. Privatr. II 152 ff. v. Savigny, System VIII 368 ff. Lassalle, Das System der erworbenen Rechte, 1862, 2. Aufl. (von L. Bucher) 1880. Schmid, Die Herrschaft der Gesetze nach ihren (räumlichen und) zeitlichen Grenzen, 1863. H. Göppert, Gesetze haben keine rückwirkende Kraft, hrsg. u. ergänzt v. E. Eck, Jahrb. f. Dogm. XXII 1 ff. Pfaff u. Hofmann, Komm. I 156 ff., Exkurse I 112 ff., 361 ff. G. Meyer, Der Staat und die erworbenen Rechte, 1895. Affolter, Das intertemporale Privatrecht, 1902. — H. Habicht, Die Einwirkung des BGB. auf zuvor entstandene Rechtsverhältnisse, 3. Aufl., 1901.

Kapitel III. Die Rechtsverhältnisse.

§ 12. Inhalt der Rechtsverhältnisse. Dem Recht im objektiven Sinne steht das Recht im subjektiven Sinne als Inbegriff der äußeren Willensbestimmtheiten gegenüber. Das subjektive Recht setzt sich aus Willensmacht und Willensgebundenheit zusammen. Seine Elemente sind daher Rechte (Befugnisse) und Pflichten (Verbindlichkeiten). Rechte und Pflichten verbinden sich zu Rechtsverhältnissen. Die Gesamtheit der Rechtsverhältnisse konstituiert das Rechtsleben. Das subjektive Recht als die äußere Betätigungsform der menschlichen Freiheit ist vom subjektiven Recht nicht geschaffen, wird aber von ihm in formell souveräner Weise gestaltet (die „angeborenen Menschenrechte" der Naturrechtslehre sind nur Postulate der Rechtsidee). Im älteren deutschen Recht flossen objektives und subjektives Recht vielfach zusammen: ganze Inbegriffe von Rechtssätzen erschienen als „Freiheiten" eines Herrn oder einer Stadt, Rechtsverhältnisse wieder nahmen die Form von Rechtssätzen an. Wir müssen objektives und subjektives Recht begrifflich trennen, aber an dem germanischen Gedanken festhalten, daß sie nur die beiden zusammengehörigen Seiten der Gesamterscheinung „Recht" sind.

Rechte und Pflichten fordern ein Subjekt. Subjektlose Rechte gibt es nicht. Das Rechtssubjekt heißt „Person", die Fähigkeit, Rechte und Pflichten zu haben, „Persönlichkeit". Personen können nur Willensträger (aber auch Träger eines unentwickelten oder gelähmten Willens) sein. Nach heutiger Anschauung sind nur menschliche Willensträger Personen; im älteren deutschen Recht finden sich Spuren einer Vorstellungsweise, für die einerseits überirdische Subjekte (Gott und die Heiligen) in die Rechtswelt hineinreichen, anderseits Tiere ein

Stück Persönlichkeit empfangen. Menschliche Willensträger aber sind sowohl die einzelnen Menschen wie die menschlichen Verbände. Die Personen sind daher Einzelpersonen oder Verbandspersonen. Rechte und Pflichten können einer Person für sich oder mehreren Personen gemeinschaftlich zustehen. Das deutsche Recht kennt gleich dem römischen Recht Gemeinschaftsverhältnisse, bei denen die Personen als solche unverbunden und entweder eine jede zu einem gesonderten Anteil (pro rata) oder jede für sich auf das Ganze (in solidum) berechtigt oder verpflichtet sind. Das deutsche Recht kennt aber abweichend vom römischen Recht auch Gemeinschaftsverhältnisse, bei denen die Personen als solche verbunden sind und in ihrer Verbundenheit (als personenrechtliche Gemeinschaft) das Subjekt darstellen.

Objekte der Rechte sind in erster Linie die Personen füreinander. Allein, insoweit eine Person der rechtlichen Herrschaft einer anderen Person unterworfen ist, tritt sie ihr als Pflichtsubjekt gegenüber und ist daher niemals Objekt schlechthin. Rechtsobjekt im technischen Sinne ist vielmehr das mittels der über andere Personen gewährten Willensmacht in näherer oder entfernterer Weise der rechtlichen Herrschaft des Subjektes unterworfene Stück der äußeren Güterwelt. Das unpersönliche Rechtsobjekt, das im Sprachgebrauch des BGB. „Gegenstand" (bisher „Sache") heißt, ist entweder eine körperliche „Sache", d. h. ein Naturgegenstand in der Totalität seiner zur rechtlichen Beherrschung geeigneten Beziehungen, oder ein unkörperlicher Gegenstand („unkörperliche Sache"), d. h. ein ideell begrenzter Ausschnitt der Güterwelt. Unkörperlicher Gegenstand kann ein verselbständigter Teilinhalt einer körperlichen Sache (z. B. ihr Nutzen), eine verselbständigte Leistung einer anderen Person (z. B. als Gegenstand einer Forderung) oder ein als Persönlichkeitsgut verselbständigtes Stück der eigenen persönlichen Sphäre (z. B. ein Tätigkeitsbereich oder ein Geisteserzeugnis) sein. Ein ungenauer (auch im BGB. durchgeführter) Sprachgebrauch verwendet den Ausdruck „Rechte" zugleich für die unkörperlichen Rechtsgegenstände.

Für den Inhalt der Rechtsverhältnisse sind im Privatrecht zunächst die Rechte maßgebend, denen die Pflichten als Korrelat gegenüberstehen. Je nachdem das Recht eine Verpflichtung für jedermann, den es angeht, oder für eine bestimmte Person begründet, unterscheidet man absolute und relative Rechte. Doch sind manche Rechte gemischter Natur. Immer aber empfangen die Rechte ihre nähere Bestimmung erst durch eine objektive Beziehung oder Begrenzung der Willensmacht.

Hierauf gründet sich die unserem Privatrechtssystem zugrunde liegende Einteilung der Rechte nach dem Objekt. Für das deutsche und moderne Recht reicht hierbei die Pandektenschablone nicht aus. Vielmehr sind zuvörderst 1. als eine besondere Gruppe die Persönlichkeitsrechte anzuerkennen, die als absolute Rechte der Person ein Persönlichkeitsgut gewährleisten. 2. Eine zweite Gruppe bilden die Sachenrechte, die als absolute Rechte eine Herrschaft über eine Sache begründen. 3. Eine dritte Gruppe besteht aus den Forderungsrechten, die als relative Rechte eine bestimmte Leistung einer anderen Person zum Gegenstand haben. 4. Die vierte Gruppe umfaßt die Personenrechte, die als gemischte Rechte eine begrenzte Macht an einer anderen Persönlichkeit gewähren und erst mittelbar Sachen ergreifen oder zu Handlungen verpflichten. Dahin gehören: a) Rechte kraft Gemeinschaftsbandes, Familienrechte, aber auch andere Gemeinschaftsrechte; b) Rechte kraft Verbandsorganisation, Rechte der Verbandspersonen an ihren Gliedpersonen und der Gliedpersonen an ihrer Verbandsperson; c) Rechte auf den Rückstand einer Person, Erbrecht und Anfallsrecht an der Hinterlassenschaft einer Verbandsperson.

Daneben hat für das deutsche Recht die Einteilung der Rechte nach dem Subjekt besondere Bedeutung. Je nachdem das Subjekt unmittelbar bestimmt ist oder durch die Rechtsschicksale einer Sache bestimmt wird, kann man Personalrechte, die wieder höchstpersönlich oder übertragbar sein können, und Realrechte unterscheiden. Doch ist der Name „Realrechte" nur für die dem jedesmaligen Eigentümer einer unbeweglichen Sache zustehenden Rechte gebräuchlich. Die Bestimmung des Subjekts durch das Eigentum an einer beweglichen Sache begegnet namentlich bei den Wertpapieren. (Vgl. unten § 41.)

Den auf unmittelbare Beherrschung eines Objektes gerichteten Rechten (Herrschaftsrechten), die allein eine selbständige Bedeutung für das Privatrechtssystem haben, treten als Hilfsrechte die das ganze System durchziehenden Gestaltungsrechte (Rechte des recht-

lichen Könnens) zur Seite, deren Inhalt sich in der Macht zur Begründung, Veränderung oder Aufhebung eines Herrschaftsrechtes erschöpft.

§ 13. **Gestaltung der Rechtsverhältnisse durch Handlungen.** Die Rechtsverhältnisse werden begründet, verändert und aufgehoben durch die Verwirklichung von Tatbeständen, mit denen ein Rechtssatz diese Wirkung verknüpft. Solche Tatbestände sind vor allem menschliche Handlungen und im Privatrecht, da es eine Sphäre der Freiheit schafft, in erster Linie Handlungen der Beteiligten. Unter ihnen sind die wichtigsten die dem Willen gemäß wirkenden Rechtsgeschäfte und die dem Willen entgegenwirkenden unerlaubten Handlungen.

Die allgemeinen Grundsätze über Rechtsgeschäfte sind bei uns wesentlich aus dem römischen Rechte entwickelt, wenngleich das deutsche Recht vielfach (z. B. in bezug auf das Verhältnis von Wille und Erklärung, die Bedeutung der Willensmängel, die Arten der Ungültigkeit, die Erweiterung des Vertragsbegriffs) eingewirkt hat. Deutscher Herkunft ist insbesondere die (ursprünglich nur kraft herrschaftlicher oder genossenschaftlicher Verbindung, schon im Mittelalter jedoch auf Grund einer Vollmacht zulässige) freie und unmittelbare rechtsgeschäftliche Stellvertretung, kraft deren die gehörige Handlung des Vertreters in der Person des Vertretenen und nur in dieser wirksam wird, und die Scheidung der äußeren Vertretungsmacht von dem zugrunde liegenden inneren Verhältnis.

Fast ausschließlich aus einheimischem Recht stammt, was an Formen der Rechtsgeschäfte bei uns lebendig ist. Der ausgebildete Geschäftsformalismus des älteren deutschen Rechts geriet freilich seit der Rezeption in Verfall. Im gemeinen Recht drang, da sich die römischen Formen nur in beschränktem Umfange einbürgern ließen, die Regel der Formfreiheit durch. Allein in den Partikularrechten baute sich aus den Trümmern der deutschen Formen ein neuer Geschäftsformalismus auf. Das BGB. hat zwar den Grundsatz der Formfreiheit verallgemeinert, durchbricht ihn aber bei zahlreichen Rechtsgeschäften, deren Zustandekommen es von der Beobachtung einer gesetzlich vorgeschriebenen Form abhängig macht. Überdies kann für den einzelnen Fall rechtsgeschäftlich eine Form bedungen werden, die dann im Zweifel gleichfalls wesentlich ist. Endlich werden oft freiwillig Formen angewandt, um den Augenblick des Abschlusses zu fixieren und den Beweis zu sichern.

Unter den einzelnen Formen des deutschen Rechts sind die einstigen sinnbildlichen Handlungen und feierlichen Worte bis auf geringe Reste (z. B. Handschlag, Zuschlag, Eidesformel) verschwunden. Dagegen ist die einfache oder gesteigerte Schriftform zu hoher Bedeutung entwickelt. Die Verwendung der Urkunde als Mittel des Geschäftsabschlusses, die beim Urkundungsakt (traditio cartae) erfolgte, dauert bei den Wertpapieren fort. Als Formen der öffentlichen Beurkundung sind die gerichtliche und die notarielle Beurkundung ausgebildet. Manche Geschäfte bedürfen auch heute des früher in viel weiterem Umfange erforderlichen Abschlusses vor dem Gericht oder einer anderen Behörde, einzelne einer gerichtlichen oder behördlichen Bestätigung.

Zu hervorragender Bedeutung für das geltende Privatrecht endlich ist als jüngster Sproß des germanischen Publizitätsprinzips die Eintragung in öffentliche Bücher emporgestiegen. Schon im Mittelalter entwickelten sich aus den Gerichtsbüchern die Grundbücher (am frühesten in den Städten, wie schon im 12. Jahrhundert die Schreinsbücher der Kölner Parochien, anderswo Rats- oder Stadtbücher, mitunter getrennte Verlaß- und Pfand- oder Rentenbücher) und gewannen neben der Beweiskraft des Gerichtszeugnisses für die in ihnen bekundeten gerichtlichen Vorgänge mehr und mehr formale Bedeutung für die Geschäfte des Liegenschaftsrechts. Auch empfingen körperschaftliche Mitgliederverzeichnisse (Matrikeln, Rollen) mit ihren Vermerken über Rechtsverhältnisse der Genossen rechtliche Wirksamkeit. Dazu sind im Laufe der Zeit mancherlei andere öffentliche Bücher für Beurkundung von Privatrechtsverhältnissen mit stärkerer oder schwächerer formaler Kraft getreten (z. B. Vereins- und Genossenschaftsregister, Personenstandsregister, eheliche Güterrechtsregister, Handelsregister, Schiffsregister, Zeichenregister, Patentrolle, Musterrolle, Höferolle usw.).

§ 14. **Unmittelbare Gestaltung der Rechtsverhältnisse durch Rechtssatz.** Rechte (nebst Pflichten), die das objektive Recht ohne Vermittlung einer Handlung zuteilt, können als all-

gemeine gesetzliche Rechte mit der Persönlichkeit überhaupt oder als besondere gesetzliche Rechte mit der Zugehörigkeit zu einer bestimmten Personenklasse (z. B. Stand, Geschlecht, Altersstufe) verknüpft sein. Im letzteren Falle spricht man auch von Privilegien i. w. S. Möglich ist aber auch, daß unmittelbar durch Rechtssatz ein einzelnes Rechtsverhältnis begründet wird. Dann liegt ein Privileg i. e. S. vor. Den Namen Privileg gebraucht man hierbei sowohl für den Rechtssatz, der sich in der Ordnung eines konkreten Verhältnisses erschöpft, wie für das auf ihm beruhende subjektive Recht (überwiegt eine Pflicht oder Last, so spricht man von privilegium odiosum).

Das Privileg wurde im Mittelalter mehr und mehr das Gewand, in das sich alles Sonderrecht kleidete. Seit der Rezeption wurde die zugleich mit der Rechtserzeugung zersplitterte Privilegiengewalt bei Kaiser und Landesherrn konzentriert. Die Jurisprudenz entwickelte nunmehr eine besondere Theorie der Privilegien, die sie als eine eigene Gattung von Rechten behandelte. Unter dem Einflusse des Naturrechts wandte sie sich gegen die Privilegien, bildete die Einrede der Erschleichung aus und suchte die Aufhebung durch die Unterscheidung von anderen erworbenen Rechten zu erleichtern. Unzählige Privilegien sind weggeschwemmt, andere in allgemeine Rechte übergegangen (z. B. Privilegien gegen Nachdruck, Erfindungspatente). Doch gibt es auch heute Privilegien, und Privilegien sind auch heute für Ausnahmeverhältnisse oder singuläre Neubildungen gerechtfertigt.

Begründet wird ein Privileg ausschließlich durch einen konkreten Rechtssatz (Rechtsetzung in Gesetzesform oder kraft gesetzlicher Ermächtigung in Verwaltungsform; möglicherweise auch Gewohnheitsrechtssatz). Ein vorangehender Vertrag oder eine gewährte Gegenleistung ist nur Beweggrund (früher unterschied man priv. legalia und conventionalia, lucrativa und onerosa).

Inhaltlich unterscheidet sich das so begründete Rechtsverhältnis nicht von einem gleichartigen auf anderem Wege begründeten Rechtsverhältnis. Das Recht aus dem Privileg kann als Personalrecht einer Verbandsperson oder Einzelperson und im letzteren Falle unvererblich, beschränkt (z. B. nur auf Nachkommen) vererblich oder frei vererblich zustehen oder als Realrecht an einem Grundstück hängen. Ebenso kann es seinem Gegenstande nach Persönlichkeitsrecht, Sachenrecht, Forderungsrecht, Erbrecht usw. sein.

Beendigt wird das Privileg entweder durch Wegfall des Rechtssatzes oder durch Erlöschen des Rechts. In beiderlei Hinsicht gelten die gewöhnlichen Regeln. Dagegen bildete die ältere Lehre besondere, zum Teil in ältere Gesetzbücher (z. B. Preuß. ALR. Einl. § 72) übergegangene Erlöschungsgründe aus: einerseits gesetzgeberischen Widerruf ex justa causa mit oder auch ohne Entschädigung, andererseits Rechtsverwirkung durch groben Mißbrauch (mitunter auch durch Nichtgebrauch).

§ 15. Einfluß des Zeitablaufes. Der Ablauf der Zeit wirkt entweder kraft Rechtsatzes oder kraft behördlicher Verfügung oder kraft rechtsgeschäftlicher Bestimmung auf die Gestaltung der Rechtsverhältnisse ein. Für die Berechnung der rechtlich erheblichen Fristen (Zeiträume) oder Termine (Zeitpunkte) gelten besondere Regeln, die zum Teil (wie z. B. die Berechnung von Monatsfristen nach dem Kalender) dem deutschen Recht entstammen. Eine besondere Rolle spielte im älteren deutschen Recht die Frist von „Jahr und Tag", die, ursprünglich wörtlich verstanden, später ein Gerichtsjahr bedeutete und in der Regel 1 Jahr 6 Wochen 3 Tage betrug.

Für vielerlei Rechtsverhältnisse galt im deutschen Recht das Institut der Verschweigung: wer einen Zustand als unrechtmäßig anfechten kann, verwirkt sein Anfechtungsrecht, wenn er ihn nicht in rechter Frist gehörig anficht. Grundlage ist in manchen Fällen (vor allem gegenüber der durch gerichtliche Auflassung erworbenen Gewere, ferner bei erblosem Nachlaß und bei gefundenen Sachen) ein richterliches Aufgebot. In anderen Fällen (wie schon nach der lex Salica bei der Ansiedlung des Gemeindefremden, später bei dem Verschweigen der Lehnsfolge, bei dem Stadtrechtssatze „die Luft macht frei") läuft die Frist von selbst. Rechte Frist ist meist Jahr und Tag. Gehörige Anfechtung ist regelmäßig nur „rechte" (gerichtliche) Widersprache. Für die Unmündigen, Abwesenden oder sonst durch „echte Not" Gehinderten läuft die Frist erst von der Mündigkeit, Rückkehr oder Beseitigung des Hindernisses an. Die

Wirkung ist Ausschluß; wer reden sollte, aber nicht redete, muß für immer schweigen. Haben sich alle Anfechtungsberechtigten verschwiegen, so tritt, da der Zustand unanfechtbar wird, der gleiche Erfolg ein, als wäre Eigentum, Freiheit usw. ersessen. — Nach der Rezeption ging die Verschweigung zum Teil in die fremdrechtliche Ersitzung und Verjährung über. Aber sie ging nicht unter. Vielmehr entwickelte sich aus ihr schon seit dem 16. Jahrhundert (zuerst beim Reichskammergericht, dann besonders in der sächsischen Praxis) das Ausschlußverfahren auf Grund eines gerichtlichen Aufgebots (Ediktalverfahren), das in das heutige Privatrecht tief eingreift. Überdies aber ist in den zahlreichen von selbst laufenden Ausschlußfristen, die das geltende Recht neben den Verjährungsfristen kennt, der Gedanke der Verschweigung wieder lebendig geworden.

Ergänzt wurde die Verschweigung im Mittelalter durch die Unvordenklichkeit, indem die Anschauung herrschte, daß ein seit unvordenklicher Zeit nach Art eines Rechtszustandes unwidersprochen bestehender Zustand als Rechtszustand anzusehen sei. Doch floß die Unvordenklichkeit mit dem örtlichen Gewohnheitsrecht im Begriff des „Herkommens" zusammen. Die Jurisprudenz bildete daraus (in Anlehnung an römische und kanonische Stellen) ein festes, gemeinrechtliches Institut. Die Unvordenklichkeit ist nicht eine Art der Verjährung, sondern begründet eine durch richterliche Feststellung unumstößlich werdende Vermutung für einstmalige gehörige Rechtsentstehung. Auf Unvordenklichkeit kann jedes Recht gestützt werden, das einmal gültig entstehen konnte und dauernde Ausübung zuläßt. Erfordernisse sind dauernder Bestand des Verhältnisses nach Art eines Rechtsverhältnisses und unvordenkliche Zeit dieses Bestandes. In letzterer Hinsicht ist positiv erforderlich, daß die gegenwärtige Generation sich erinnert, es sei immer so und nicht anders gehalten, negativ, daß niemand von seinen Vorfahren etwas über die Entstehung des Zustandes gehört hat und auch sonst ein bestimmter Anfang nicht erweislich ist („Erinnerung zweier Menschenalter", Zurückliegen über „Menschengedenken"). — Neuere Gesetzbücher haben die Unvordenklichkeit (zum Teil unter Ersetzung durch eine anomale Verjährung) abgeschafft. Auch das BGB. kennt sie nicht. Sie bleibt aber für ältere Verhältnisse und in manchen dem Landesrecht vorbehaltenen Materien (z. B. Adel, Wasserrecht, Regalien) bedeutungsvoll.

Mit der Rezeption drangen die römischen Rechtsinstitute der Verjährung und Ersitzung ein, jedoch in der vom kanonischen Recht unter germanischen Einflüssen vollzogenen Umbildung. In den Partikularrechten wurden vielfach (insbesondere hinsichtlich der Zeitdauer) deutschrechtliche Elemente eingefügt.

Literatur: Immerwahr, Die Verschweigung im Deutschen Recht (Unters. z. D. St. u. R.G. H. 48), 1895. A. Schmidt, Echte Not, 1888. — Pfeiffer, Über den altgerm. Ursprung der Lehre vom unvordenklichen Besitz, Z. f. D. R. VIII 1ff.; Prakt. Ausf. II 1ff., VII 175ff. Buchka, Der unvordenkliche Besitz, 1841. Friedländer, Die Lehre von der unvordenklichen Zeit, 1843.

§ 16. Ausübung der Rechte. Die Ausübung der Rechte erfolgt durch eine ihrem Inhalt entsprechende (rechtsgeschäftliche oder sonstige) Tätigkeit. Sie hängt vom freien Belieben ab. Doch zieht in manchen Fällen nach deutschem Recht der Nichtgebrauch eines Rechtes dessen Verlust nach sich (z. B. bei Bergwerkseigentum, Erfinderrecht, Jagdrecht). Und es ist ferner vielfach der Mißbrauch der Rechte durch Ausübungsbeschränkungen eingeengt, immer aber die Ausübung zur Schikane, die nur den Zweck haben kann, einem anderen zu schaden, unzulässig. Bei einer Kollision von Rechten, die nicht oder doch nicht voll nebeneinander ausgeübt werden können, geht das stärkere Recht vor. Unter gleich starken Rechten entscheidet im Zweifel die Prävention: „Wer zuerst kommt, mahlt zuerst" (beim Bannmüller). In vielen Fällen aber sucht das deutsche Recht vielmehr einen billigen Ausgleich herbeizuführen: durch Teilung des Genusses, Abwechselung im Genuß oder letzten Falles das Los („Das Loos stillt den Hader").

Die Ausübung der Privatrechte kann, soweit nicht bei gewissen höchstpersönlichen Rechten eine Ausnahme gilt, durch einen Vertreter erfolgen. Der Vertreter übt fremdes Recht in fremdem Namen aus. Er kann aber ein eigenes Recht auf die Ausübung haben. Die Vertreterschaft kraft eigenen Rechts hat im deutschen Recht vielfach eine besondere Ausbildung

erfahren (z. B. als Lehnsträgerschaft). Der Umfang der Ausübungsbefugnis wird Dritten gegenüber durch die Vertretungsmacht bestimmt. Dem Vertretenen gegenüber ist der Vertreter zu getreuer Ausübung verpflichtet.

Verschieden von der Stellung des Vertreters ist die des Treuhänders. Der Treuhänder übt eigenes Recht in eigenem Namen aus. Auch er aber soll das Recht nicht (oder doch nicht voll) in eigenem, sondern in fremdem Interesse gebrauchen und ist somit zu getreuer Ausübung verpflichtet. Es ist möglich, daß diese Gebundenheit sich lediglich in der Treupflicht gegen den Interessenten äußert, während die äußere Rechtsmacht davon unberührt bleibt. So liegt die Sache bei den fiduziarischen Verhältnissen des römischen Rechts. Das germanische Recht aber hat die Gebundenheit des Treuhänders mit absoluter Wirkung ausgestattet, so daß die anvertraute Rechtsmacht selbst durch die ihrer Ausübung gezogenen Grenzen beschränkt wird. Daraus ergibt sich je nach der Struktur dieser Rechtsmacht ein gebundenes Eigentum oder ein eigenartiges begrenztes dingliches Recht oder ein beschränktes Forderungsrecht. Treuhänder spielten im deutschen Mittelalter vor allem als „Salmannen" im Liegenschaftsverkehr eine wichtige und mancherlei sehr ungleichartigen Zwecken angepaßte Rolle. Sie begegnen ferner in den Dispensatoren frommer Spenden, den Testamentsvollstreckern, den schuldrechtlichen „Zufängern" usw. Nach der Rezeption verdunkelt, ist die deutschrechtliche Treuhänderschaft gleichwohl lebendig geblieben und gerade im neuesten Recht (zum Teil unter dem alten Namen) wieder zum Durchbruch gekommen.

Das deutsche Recht knüpft vielfach die Ausübung von Rechten an eine besondere Legitimation (z. B. durch Bucheintrag, Vorlegung einer Urkunde, Sachbesitz). Dann kann der Berechtigte ohne Legitimation das Recht nicht ausüben, während andererseits eine wirksame Ausübung durch den legitimierten Nichtberechtigten möglich ist.

Endlich kann einem Recht zeitweilig überhaupt die Ausübungsbefugnis fehlen. Ein solches Recht ruht (z. B. elterliche Gewalt, Jagdrecht, Realrechte).

Literatur: A. Schultze, Die langobardische Treuhand und ihre Umbildung zur Testamentsvollstreckung (Unters. H. 49), 1895; Treuhänder im geltenden Recht, 1901 (auch im Jahrb. f. D. XLIII). K. Beyerle, Grundeigentumsverhältnisse u. Bürgerrecht im mittelalterlichen Konstanz, Bd. I: Das Salmannenrecht, 1900. Otto Loening, Grunderwerb u. Treuhand in Lübeck (Unters. H. 93), 1907.

§ 17. Schutz der Rechte. Die Privatrechte vollenden sich durch den ihnen gewährten staatlichen Schutz. Der Schutz erfolgt durch öffentlichrechtliche Handlungen, die auf Sicherung, Feststellung und Durchsetzung der Rechte gerichtet sind. Er besteht bei den Privatrechten vor allem in der Gerichtshilfe, für die regelmäßig der Weg des Zivilprozesses bestimmt ist. Der Anspruch auf Gerichtshilfe ist öffentlichrechtlicher Natur, tritt aber in den Dienst des Privatrechts und ergänzt dieses als bestimmungsmäßiges Zubehör erst zu einem vollkommenen Recht. Die wichtigsten Mittel, die Gerichtshilfe zugunsten eines Privatrechts in Bewegung zu setzen, sind für den Angriff die Klagen und für die Verteidigung die Einreden. Daher bilden, während die Klagehandlung und die Einredehandlung dem Prozeßrecht angehören, die Klagerechte und die Einrederechte einen wesentlichen Bestandteil des Aufbaues der Privatrechte.

Die Klage war im deutschen Recht, wie ihr Name sagt, Beschwerde über Rechtskränkung und Bitte um richterliche Abhilfe. Darum entsprang aus jedem Rechte, sofern nicht eine Ausnahme gemacht war, im Falle seiner Verletzung ein Klagerecht. Es gab kein besonderes System der Klagerechte, sondern nur ein System der Klagen, die teils nach der Art der Beschwerde (z. B. rechtsförmliche und schlichte Klagen), teils nach der Art des Begehrens (z. B. Klagen um liegendes Gut, um Fahrnis, um Erbschaft, um Schuld) unterschieden wurden. Mit der Rezeption wurde theoretisch das römische Aktionensystem aufgenommen, das auf der Anschauung beruhte, daß das Klagerecht als actio ein vom jus verschiedenes, besonderer Begründung bedürftiges und für dasselbe jus in mehrfacher Gestalt mögliches Recht sei. Doch wurde es in Deutschland nie recht lebendig, durch Schaffung beliebiger actiones utiles entkräftet und endlich wieder abgestoßen. Heute entspringt wieder jedem Privatrecht ein Klagerecht, wenn es ihm nicht (wie bei Verlöbnis, Spiel, Ehemäkelei) ausdrücklich entzogen ist. Darum haben auch die Namen der Klagen nur noch wissenschaftliche Bedeutung. Die römischen

Unterscheidungen wirken jedoch insoweit nach, als ihnen bei uns durchgedrungene materiellrechtliche Verschiedenheiten zugrunde liegen (so besonders die dem älteren deutschen Recht fremde Unterscheidung von actiones in rem und in personam).

Ähnlich verhält es sich mit der Einrede. Jedem Recht entspringt an sich eine Einrede; es gibt aber Rechte, die nur einredeweise geltend gemacht werden können, und Rechte, die zwar eine Klage, aber keine Einrede begründen. Das römische Exzeptionensystem hat seine formale Bedeutung verloren, während die in ihm zutage getretenen inneren Unterschiede der Rechte fortwirken.

Literatur: Laband, Die vermögensrechtlichen Klagen nach den sächs. Rechtsquellen des Mittelalters, 1869. Planck, Das deutsche Gerichtsverfahren im Mittelalter, 1879, I 339 ff. Heusler, Inst. I 384 ff.

§ 18. **Selbsthilfe.** Ursprünglich ließ das germanische Recht dem freien Manne die Wahl, ob er im Falle einer Verletzung seines Rechts die Gerichtshilfe anrufen oder sich durch Selbsthilfe Recht verschaffen wollte. Das Wahlrecht zwischen Rechtsgang und Fehdegang, das sich am zähesten bei der Blutfehde erhielt, im späteren Mittelalter aber wieder in einem allgemeinen Fehderecht der Waffenmächtigen hervorbrach, wurde allmählich eingeengt und endlich durch den ewigen Landfrieden von 1495 grundsätzlich beseitigt. Nach der Rezeption erklärte man mehr und mehr die Selbsthilfe an sich für unerlaubt, nahm die römischen Privatstrafen der Selbsthilfe auf und suchte die Fälle der ausnahmsweise zulässigen Selbsthilfe möglichst einzuschränken. Die römischen Privatstrafen wurden wieder abgestoßen. Neuerdings aber drang überhaupt die Anschauung durch, daß Selbsthilfe an sich erlaubt ist und nur regelmäßig eine an sich unerlaubte Handlung nicht erlaubt macht. Zugleich wurden die Fälle erweitert, in denen ausnahmsweise auch Selbsthilfe mit Anwendung von Gewalt erlaubt, somit ein gewaltsamer Eingriff in ein fremdes Persönlichkeits- oder Sachgut nicht rechtswidrig (wenn auch unter Umständen mit Schadensersatzpflicht verknüpft) ist. In diesem Sinne gestattet das BGB. nicht nur die Selbstverteidigung durch Gewalt gegen die Person im Falle der Notwehr und durch Zerstörung oder Beschädigung von Sachen im Falle des zivilrechtlichen Notstandes, sondern auch die Selbsthilfe durch Angriff (Festnahme der Person, Wegnahme einer Sache, gewaltsames Brechen von Widerstand, Sachbeschädigung) behufs Rechtsverwirklichung, wenn Gefahr im Verzuge und obrigkeitliche Hilfe nicht rechtzeitig zu erlangen ist.

Ein erweitertes Recht der Selbsthilfe durch Angriff ist das Recht eigenmächtiger Pfändung. Die eigenmächtige Pfändung zur Befriedigung wegen eines urteilsmäßig feststehenden oder sonst besonders qualifizierten Anspruchs, die sich namentlich auf Grund einer vertragsmäßigen Pfändungsklausel („mit und ohne Recht") und wegen fälliger Grundzinse und Renten bis in die neuere Zeit erhielt, ist verschwunden. Dagegen wurde die eigenmächtige Pfändung zum Schutze des Grundbesitzes, die schon in den Volksrechten in der doppelten Gestalt der Viehpfändung (Schüttung) und der Personalpfändung begegnet und in den späteren Quellen (besonders den ländlichen Weistümern) eingehend geregelt ist, als gemeines Gewohnheitsrecht und in den meisten Partikularrechten festgehalten und vom BGB. als Institut des Landesrechts geschont (EG. a. 89). Voraussetzung ist, daß ein (land-, forst- oder gartenwirtschaftliches) Grundstück von fremdem Vieh betreten oder von einem Unbefugten durch Betreten oder Nutzungsausübung geschädigt wird. Pfändungsberechtigt ist jeder Nutzungsberechtigte, ausübungsbefugt auch der Familienangehörige oder Angestellte. Die Pfändung muß auf frischer Tat und innerhalb des Grundstücks (oder doch der Feldflur) stattfinden. Sie erfolgt durch Besitzergreifung an Vieh oder an einer von der schädigenden Person benutzten Sache (Werkzeug, Peitsche, Mütze usw.), darf jedoch das erforderliche Maß nicht überschreiten. Der Pfändende muß sich unnötiger Gewalt enthalten, dem Gepfändeten aber ist Gegenwehr (insbesondere „Pfandkehrung" und „Gegenpfändung") verboten. Die vollzogene Pfändung ist dem etwa bekannten Eigentümer, sonst nach den meisten Gesetzen der Obrigkeit anzuzeigen. Das genommene Pfand ist gehörig aufzubewahren, nach manchen Rechten in öffentlichen Gewahrsam (Vieh in den Pfandstall) abzuliefern. Die Wirkung ist neben der Beweissicherung, die ursprünglich den Hauptzweck bildete und in einem formellen Beweisvorzuge Ausdruck fand, Begründung eines Pfandrechts an der gepfändeten Sache wegen der Forderung auf Schadens-

ersatz, auf die einst daneben verwirkte, heute meist nur alternativ verlangbare Buße und auf Ersatz der Verwendungen.

Literatur: F. Dahn, Fehdegang u. Rechtsgang bei den Germanen, 1877. Wendt, Faustrecht, 1883. v. Tuhr, Notstand im Zivilrecht, 1888. E. Titze, Die Notstandsrechte im BGB., 1897. — Wilda, Pfändungsrecht, Z. f. D. R. I 167 ff. Nägeli, Das germanische Selbstpfändungsrecht mit besonderer Rücksicht auf die Schweiz, 1876. Samuelsohn, Wirkungen der Privatpfändung, 1878. Gierke, P.D.R. I § 39, Schuld u. Haftung S. 34 ff. W. Bayer, Das Recht aus erlaubter eigenmächtiger Pfändung, 1899. E. Gallus, Die Privatpfändung im geltenden Recht, 1908. R. Hübner, Grundz. S. 429 ff.

Zweites Buch. Personenrecht.

Kapitel I. Die Einzelpersönlichkeit.

§ 19. Begriff und Inhalt. Der Begriff der Einzelpersönlichkeit deckt sich heute mit dem des Menschen. Dieser Begriff ist erst allmählich errungen. In der Urzeit war nur der Volksgenosse Person. Die fränkische Zeit versagte noch dem Unfreien die Persönlichkeit. Schon im deutschen Mittelalter aber drang die Anschauung durch, daß jeder Mensch rechtsnotwendig Person sei. Eine Ausnahme wird heute auch nicht auf Grund von fremdem Recht anerkannt.

Wesentlicher Inhalt der Persönlichkeit ist die Rechtsfähigkeit. Sie blieb im deutschen Mittelalter grundsätzlich ungleich und insbesondere für hörige und eigene Leute gemindert. Nach der Rezeption erfolgten hinsichtlich der Leibeigenen (zum Teil auf Grund der römischen Sklavenlehre) sogar Rückschritte. Seit der Aufhebung aller Hörigkeit ist jeder Mensch Vollperson. Die vertragsmäßige Aufgabe von Freiheitsrechten, wie sie das deutsche Recht in der Selbstergebung kannte, ist unwirksam. Doch bedeutet die Gleichheit der Personen im Recht nur Gleichwertigkeit, nicht Gleichförmigkeit.

Regelmäßiger Inhalt der Persönlichkeit ist die Handlungsfähigkeit (nach BGB. „Geschäftsfähigkeit" und „Verantwortlichkeit"). Auch sie ist unverzichtbar. Sie kann aber ganz oder teilweise fehlen. Dann sorgt das Privatrecht für Ergänzung („gesetzliche Vertretung").

§ 20. Erwerb und Verlust.

I. Erworben wird die Persönlichkeit mit der Vollendung der Geburt. Das vor oder in der Geburt verstorbene Kind ist nie Person geworden. Dagegen ist das nach deutschem Recht geltende Erfordernis der Lebensfähigkeit (Sachsensp. I a. 33, a. 36 § 1) beseitigt. Vor der Geburt besteht keine Persönlichkeit. Doch wird der Leibesfrucht als möglichem künftigen Rechtssubjekt der Erwerb bestimmter Rechte, die ihr, wenn sie schon geboren wäre, zufielen, offengehalten und erforderlichen Falles ein Pfleger bestellt. Im übrigen richten sich die Persönlichkeitsrechte nach dem Zeitpunkt der Geburt, nicht der Zeugung.

Der Beweis, daß ein Kind nach der Geburt gelebt hat, konnte nach älterem deutschen Recht nur auf eine bestimmte Weise (insbesondere durch Zeugen, die das Kind die vier Wände beschreien hörten) erbracht werden. Heute ist jedes Beweismittel zulässig. Auch der Zeitpunkt der Geburt ist eine beweisbedürftige Tatsache. Erleichtert wird der Beweis durch die öffentliche Beurkundung der Geburtsfälle (früher in den Kirchenbüchern, heute im staatlichen Standesregister).

II. Verloren wird die Persönlichkeit durch den Tod. Vor dem Tode endete sie im älteren deutschen Recht durch Friedlosigkeit, deren letzter Rest die zum Teil erst im 19. Jahrhundert abgeschaffte Strafe des bürgerlichen Todes war. Ferner durch Eintritt in einen Mönchs- oder Nonnenorden, der nach gemeinem Recht ihren Übergang auf das Kloster, dagegen nach dem Sachsenspiegel (I a. 25) und dem Preuß. LR. (II 11 §§ 1199 ff.) ihren Untergang für das bürgerliche Recht und daher Eröffnung der Erbfolge („Klostertod") bewirkte. Das BGB.

hat die Rechtsunfähigkeit der Mönche und Nonnen beseitigt, läßt aber landesgesetzliche Beschränkungen ihres Erwerbes aus Schenkungen und von Todes wegen zu (EG. a. 87).

Der Tod bedarf des Beweises. Erleichtert wird der Beweis des Todes durch die öffentliche Beurkundung der Sterbefälle (einst in den Kirchenbüchern, jetzt in den Standesregistern).

Der Beweis wird ersetzt durch die aus deutschrechtlicher Wurzel entwickelte gerichtliche Todeserklärung eines Verschollenen. Im älteren deutschen Recht wurden die nächsten Erben des Verschollenen in die Gewere an seinem Vermögen gegen Sicherheitsleistung eingewiesen; kehrte der Verschollene nicht zurück, und galt sein Tod als sicher, so wurde der vorläufige Erbschaftserwerb endgültig und rückwärts wirksam. Diese vorläufige Einweisung der Erben erhielt sich nach der Rezeption, wurde aber im sächsischen Recht zur „Vormundschaft über Abwesende" umgebildet. Hiermit verband man die formelle Vermutung des Eintritts des Todes nach Ablauf längerer Frist. Zunächst hielt man trotzdem an der successio ex tunc fest, mehr und mehr aber trat die successio ex nunc an die Stelle. Als Zeitpunkt des vermutlichen Todes galt gemeinrechtlich die Erreichung eines sehr hohen Alters, das zuerst auf 100 Jahre bestimmt, dann von Sachsen her auf 70 Jahre ermäßigt wurde. Daneben verbreitete sich von Schlesien aus das sog. Schlesische System, nach dem eine längere Zeitdauer der Verschollenheit (30 Jahre, später kürzere, meist zehnjährige Frist) entscheidet. Seit dem 18. Jahrhundert wurde ein gerichtliches Todeserklärungsverfahren mit Ediktalzitation des Verschollenen üblich und bald gesetzlich vorgeschrieben. In neuerer Zeit wurden kürzere Fristen und zum Teil auch ein vereinfachtes Verfahren für die Fälle hoher Wahrscheinlichkeit des Todes eingeführt, nach den großen Kriegen auch Spezialgesetze erlassen. Das BGB. hat das sehr bunte bisherige Recht durch einheitliches Recht ersetzt. Im wesentlichen hat das Schlesische System gesiegt, indem die Todesvermutung eintritt, sobald die Verschollenheit (nachrichtenlose Abwesenheit) 10 Jahre gedauert hat. Doch kommt das Lebensalter bei mehr als Siebzigjährigen, bei denen eine fünfjährige Verschollenheit genügt, und bei Minderjährigen, bei denen die Frist erst nach Eintritt der Volljährigkeit läuft, in Betracht. Kürzere Fristen gelten bei Kriegs-, See- und sonstiger Gefahrverschollenheit. Die Todesvermutung bedarf der Feststellung durch gerichtliche Todeserklärung, die durch Ausschlußurteil nach vergeblichem Aufgebotsverfahren erlassen wird. Die Todeserklärung hat nur deklaratorische Kraft; sie hat daher, wenn nicht eine andere Todeszeit ermittelt ist, als Todeszeit den Zeitpunkt des Ablaufes der Verschollenheitsfrist oder des die wahrscheinliche Todesursache bildenden Ereignisses festzustellen. Demgemäß werden alle Verhältnisse geordnet, als sei der Verschollene zu jener Zeit verstorben. Die Vermutung kann aber widerlegt werden. Dann fällt die Wirkung des Todeserklärung weg. Wird eine andere Todeszeit bewiesen, so entscheidet sich danach die Erbfolge usw. Kehrt der Verschollene zurück, so tritt er in alle seine Rechtsverhältnisse (Vermögen, Ehe, elterliche Gewalt) wieder ein. Indessen werden gewisse Wirkungen (z. B. Beendigung der Vormundschaft) nicht wieder umgestoßen. Durch Eingehung einer neuen Ehe seitens des Zurückgebliebenen wird nach dem BGB. (abweichend vom kanonischen Recht) die alte Ehe aufgelöst; doch ist die neue Ehe nichtig, wenn beide Teile in bösem Glauben waren, und kann von jedem gutgläubigen Ehegatten angefochten werden.

Bis zum Eintritt der Voraussetzungen der Todesvermutung gilt (im Einklang mit dem älteren Recht, aber im Gegensatz zur neueren gemeinrechtlichen Praxis) eine Lebensvermutung für Verschollene (BGB. § 19).

Literatur: Pfeiffer, Prakt. Ausf. II 236 ff., IV 351 ff. Bruns, Die Verschollenheit, Jahrb. des gem. R. I 90 ff. Riesenfeld, Verschollenheit und Todeserklärung, 1891. Gierke I § 41—42. Hübner, Grundz. § 6—7. v. Schwerin S. 11. H. Meyer, Vom Rechtsschein des Todes, 1912.

§ 21. Einfluß natürlicher Zustände.

I. Geschlechtsunterschied. Im älteren deutschen Recht bewirkte wegen der Verflechtung des Privatrechts mit dem öffentlichen Recht, da die Frauen heeres- und gerichtsunfähig waren, der Geschlechtsunterschied einen Unterschied auch in der Privatrechtsstellung. In neuerer Zeit drang mit der Trennung von Privatrecht und öffentlichem Recht die grundsätzliche Gleichstellung der Geschlechter im Privatrecht durch. Nur im Familienrecht stehen

auch heute Mann und Frau, Vater und Mutter einander nicht gleich. Die ehemalige Zurücksetzung der Frauen im Erbrecht, die schon im mittelalterlichen gemeinen Erbrecht (besonders in den Städten) verschwand, hat sich bei der Sondererbfolge in gebundene Güter erhalten. Die Unfähigkeit der Frauen zur Vormundschaft über andere Personen außer den eigenen Kindern und Enkeln ist durch das BGB. beseitigt; die Frauen sind aber von der Vormundschaftspflicht befreit geblieben. Jede Beschränkung der Handlungsfähigkeit ist für unverheiratete Frauen schon mit dem Absterben der Geschlechtsvormundschaft, für verheiratete Frauen mit der Aufhebung der ehemännlichen Vormundschaft durch das BGB. weggefallen.

II. Altersunterschied. Das alte deutsche Recht kannte nur eine einzige Stufe der Altersreife: die Mündigkeit. Sie trat ursprünglich wohl mit der Geschlechtsreife, nach den Volksrechten mit festen (aber wohl nur frühesten) Terminen ein, unter denen der verbreitetste der von 12 Jahren war (bei den Angelsachsen 10, bei den Ripuariern 15 Jahre). Später wurden sie bei einigen Stämmen hinausgeschoben, oft auf 18 Jahre. Anderswo wurden nun zwei Termine unterschieden; nach Sachsenrecht kommt man mit 12 Jahren „zu seinen Jahren", aber erst mit 21 Jahren „zu seinen Tagen"; bis zum ersten Termin muß, bis zum zweiten kann man einen Vormund haben; bleibt man unter Vormundschaft, so ist die Rechtsstellung dieselbe; regelmäßig wurde die Vormundschaft und somit auch die Unmündigkeit bis zu 21 Jahren verlängert. Mit dem fremden Recht wurde die Stufe des Kindesalters bis zu 7 Jahren aufgenommen (unbekannt im französischen Recht). Dagegen drang die Unterscheidung zwischen impuberes und minores zwar in das gemeine Recht ein, verlor aber durch die einheitliche Gestaltung der Vormundschaft an Bedeutung und wurde in den Partikularrechten völlig entwertet, bis das BGB. sie überhaupt aufgegeben hat. Der Termin der Volljährigkeit wurde im gemeinen Recht der von 25 Jahren, blieb dagegen im Sachsenrecht und sonst der von 21 Jahren, während das preußische und (seit 1753) österreichische Recht 24 Jahre an die Stelle setzten und daneben viele andere Termine galten. Seit dem RG. vom 15. Februar 1875 wird der Deutsche mit 21 Jahren volljährig (ebenso das französische und englische Recht; das schweizerische Recht hat 20, das holländische 23, das österreichische 24 Jahre). Die besonderen hausrechtlichen Mündigkeitstermine des hohen Adels sind nur für die landesherrlichen Familien in Kraft geblieben (regelmäßig 18 Jahre). Jahrgebung vor der Zeit war schon im Mittelalter bekannt; später wurde die römische venia aetatis zu einer (mit 18 Jahren zulässigen) gerichtlichen Großjährigkeitserklärung mit voller Wirkung umgebildet und ist als solche im BGB. geregelt.

Die Wirkung der Altersunreife war nach deutschem Recht Unfähigkeit, die Munt über andere und über sich selbst („Selbmündigkeit") zu haben, somit auch Unfähigkeit zu solchen Handlungen, die Selbstvertretung fordern (besonders vor Gericht). Im übrigen war der Unmündige handlungsfähig, aber bei erreichter Mündigkeit an seine Handlungen nicht gebunden. Besondere privilegia minorum gab es nicht. Später wurde das römische Recht aufgenommen, neuerdings aber stark umgewandelt, besonders durch das gemeinpreußische Gesetz vom 12. Juli 1875, das dem BGB. zugrunde liegt. Danach sind Kinder geschäftsunfähig, Minderjährige über 7 Jahre beschränkt geschäftsfähig. Die privilegia minorum sind beseitigt.

Besondere Termine gelten für die Verantwortlichkeit aus unerlaubten Handlungen (keine bis zu 7, bedingte bis zu 18, unbedingte nach 18 Jahren), sowie für die Fähigkeit zu einzelnen Handlungen (z. B. Testamentserrichtung, Konfessionswahl).

Gewisse Rechtsfolgen knüpfte das deutsche Recht auch an ein hohes Alter. Meist gilt schon, wer über 60 Jahre ist, als „über seine Tage" gekommen. Er kann sich unter Vormundschaft begeben, ohne damit seine Buße und sein Wergeld zu kränken (Sachsensp. I a. 42 § 1). Heute ist nicht das Greisenalter an sich, sondern nur die etwaige Altersschwäche Bevormundungsgrund. Nach dem BGB. tritt mit 60 Jahren Befreiung von der Vormundschaftspflicht ein.

III. Körperliche Gesundheit. Im älteren deutschen Recht war leibliche Rüstigkeit teils wegen des Zusammenhanges mit der Waffenfähigkeit, teils wegen der sinnlichen Auffassung der Verfügungsmacht für die Privatrechtsstellung bedeutungsvoll. Völlige Krüppel waren nach Landrecht, Blinde, Taubstumme und Verstümmelte nach Lehnrecht erbunfähig (Sachsensp. I a. 4). Die Verfügung über Rechte setzte leibliche Rüstigkeit voraus,

die durch besondere, nach Stand und Geschlecht ungleiche Kraftproben dargetan werden mußte. Insbesondere konnte durch Vergabung vom Siechbett aus auch fahrende Habe den Erben nicht entfremdet werden. Allmählich aber drang, besonders unter dem Einfluß der Kirche, die Ansicht durch, daß zur Verfügung der Besitz der Geisteskräfte genüge (kl. Kaiserr. II c. 36). Heute sind körperliche Gebrechen nur tatsächliche Hindernisse für gewisse Handlungen, für die daher bei Blinden, Tauben, Stummen usw. besondere Formen zu wahren sind. Solchen Personen kann (jedoch, solange eine Verständigung möglich ist, nur mit ihrer Einwilligung) ein Pfleger bestellt werden, sie erleiden aber dadurch keine Einbuße an Geschäftsfähigkeit.

IV. Geistige Gesundheit. „Rechte Toren" und Verschwender wurden schon im Mittelalter entmündigt. Heute sind Geistesgestörte und wegen Geisteskrankheit Entmündigte geschäftsunfähig, die wegen Geistesschwäche, Verschwendung oder Trunksucht Entmündigten in der Geschäftsfähigkeit beschränkt.

Literatur: Gierke, D. P.R. I § 43—45. Weinhold, Die deutschen Frauen im M.A[1], 1897. Wackernagel, Die Lebensalter, 1862. Hübner § 8—10. v. Schwerin 14 ff. Fehr, Die Rechtsstellung der Frau in den Weistümern (in Festschrift f. Gierke), 1911; die Rechtsstellung der Frau und der Kinder in den Weistümern, 1912.

§ 22. Einfluß der Standesunterschiede. Im älteren deutschen Recht war die ständische Gliederung von größter Bedeutung für das Privatrecht. Jeder Stand brachte sein Sonderrecht hervor. Die Geburtsstände schlossen sich gegeneinander durch die Ausbildung des Prinzips der Ebenbürtigkeit ab, demzufolge der Angehörige des niederen Standes für den des höheren Standes „Ungenosse" war; der Unebenbürtige entbehrte gegenüber dem „Übergenossen" der vollen Gerichtsfähigkeit, des Erbrechts, der Fähigkeit, Vormund zu sein; nur die ebenbürtige Ehe erzeugte die volle eheliche Genossenschaft, kraft deren die Frau in das Recht des Mannes und die Kinder in das Recht des Vaters eintreten; bei ungleichen Ehen „folgen die Kinder der ärgeren Hand". In der Entscheidung der Frage, welche Stände einander ebenbürtig sind, spiegelt sich die Geschichte der Ständebildung wieder. Während ursprünglich alle Freien einander ebenbürtig und alle Unfreien den Freien unebenbürtig waren, begann seit dem 13. Jahrhundert der Herrenstand sich gegen alle anderen Stände, die Ritterschaft gegen die Bauern abzuschließen, ein Teil der Unfreien sich über die Gemeinfreien zu erheben. Neben dem Geburtsstande bestimmte der Berufsstand das Recht. Allein die Berufsstände neigten dazu, im Laufe der Zeit in Geburtsstände überzugehen. Nach der Rezeption bestanden die alten Stände fort. Von den überkommenen Geburtsständen jedoch wahrte nur der Herrenstand als „hoher Adel", indem er sich der Herrschaft des gemeinen Rechts entzog, seine alte Bedeutung. Die übrigen Geburtsstände (niederer Adel, Bürgerstand, Bauernstand) wurden grundsätzlich dem gemeinen Recht unterworfen und behielten nur in einzelnen Punkten ein Sonderrecht bei. Auch dieses aber, das am Ende des 18. Jahrh. immerhin noch erheblich genug war, um die Aufnahme eines Ständerechts in das Preußische Landrecht zu ermöglichen, schrumpfte mehr und mehr zusammen, seitdem die Berufswahl und der Erwerb jeder Art von Grundbesitz vom Geburtsstande unabhängig gemacht und das Prinzip der staatsbürgerlichen Gleichheit durchgeführt wurde. Neuere Verfassungsurkunden hoben ausdrücklich die „Standesvorrechte" auf (Preuß. a. 4). Das BGB. erwähnt den Geburtsstand überhaupt nicht. Dagegen hat der Berufsstand vielfach privatrechtliche Bedeutung gewahrt oder neu gewonnen.

§ 23. Der hohe Adel. Der hohe Adel ist noch heute ein geschlossener Geburtsstand, den die Familien der deutschen Landesherren, denen die erst nach 1815 der Landeshoheit verlustig gegangenen Familien gleichgestellt sind, und die Familien der deutschen Standesherren bilden. Der Kreis der standesherrlichen Familien umfaßt diejenigen Familien, deren Häupter zur Zeit der Auflösung des alten Reichs Reichsstandschaft besaßen, und ist durch Bundesbeschlüsse und Landesgesetze festgestellt. Eine Erweiterung kann nicht stattfinden. Die Mitgliedschaft in einer dieser Familien wird durch Geburt in ebenbürtiger Ehe (nicht durch Legitimation oder Annahme an Kindes Statt) erlangt.

Für den hohen Adel gilt ein besonderes Privatrecht, das „Privatfürstenrecht", dessen Quelle in erster Linie für jede Familie ihr Hausgesetz (oben § 8) und ihre Hausobservanz (oben § 9), subsidär aber das als „gemeines Privatfürstenrecht" bezeichnete Standes-

gewohnheitsrecht ist. Das Privatfürstenrecht, in dem ehemals wegen der Auffassung der Landeshoheit als Familienbesitztum Privatrecht und öffentliches Recht zusammenfloß, hat auch bei den landesherrlichen Familien seine öffentlichrechtlichen Bestandteile an das Staatsrecht abgegeben, für dieses jedoch eine hohe mittelbare Bedeutung behalten. Bei den standesherrlichen Familien erstreckt es sich nur auf Familien- und Güterverhältnisse und unterliegt der Einengung oder Beseitigung durch Landesgesetz. Doch hat sich bisher das Landesrecht tieferer Eingriffe enthalten, so daß die wichtigsten besonderen Privatrechtsinstitute gleichmäßig für den ganzen hohen Adel fortgelten.

Die Familien des hohen Adels sind als Häuser Genossenschaften mit eigener Persönlichkeit. Die Verfassung jedes Hauses wird durch sein Hausrecht bestimmt. Doch weisen seine Hausverfassungen gleichartige Grundzüge auf. Geborenes Haupt und als solches oberstes Organ der Familieneinheit ist der jeweilige „regierende Herr". Geborene Vollgenossen und als solche zur Mitwirkung bei der Verfügung über Güter und Rechte des Hauses berufen sind die „Agnaten" (die Schwertmagen, d. h. die Männer des Mannsstammes). Hausangehörige mit bestimmten Rechten und Pflichten sind auch die Töchter, Gemahlinnen und Witwen. Sonstige „Kognaten" (Nachkommen von Töchtern) können anwartschaftliche Rechte haben. Dem Hause als solchem gebührt die schon besprochene Satzungsgewalt, eine besonders bei den regierenden Häusern ausgebildete Familiengewalt und das Eigentum am Hausgut, an dem aber Sonderrechte des Hauptes und der Glieder bestehen (vgl. unten § 71).

Im hohen Adel hat sich das Prinzip der Ebenbürtigkeit erhalten, das sich im Privatrecht in dem Erfordernisse der Ebenbürtigkeit für eine vollwirksame Ehe äußert (zeitweise stark erschüttert, aber gewohnheitsrechtlich wieder befestigt, durch die Wahlkapitulation v. 1742 a. 22 § 4 sanktioniert und heute unbestritten). Demgemäß hat eine Ehe zwischen einem Mitgliede des hohen Adels und einem unebenbürtigen Gatten als „Mißheirat" (ungleiche Ehe, disparagium) trotz bürgerlicher und kirchlicher Gültigkeit nicht die vollen Ehewirkungen. Ist die Frau unebenbürtig, so tritt sie nicht in den Stand des Mannes ein, teilt nicht seinen Namen und sein Wappen und erlangt nicht die hausrechtlichen Ansprüche der Gemahlinnen und Witwen; die Kinder folgen ihrem Stande, werden nicht Mitglieder der väterlichen Familie und sind daher von der Teilnahme am Hausrecht und der Nachfolge in Hausgut ausgeschlossen. Ist der Mann unebenbürtig, so behält die Frau ihren Stand und Namen; die Kinder folgen auch hier der ärgeren Hand und gehören dem Hause der Mutter auch nicht als Kognaten an. — Ebenbürtig sind einander alle Mitglieder des deutschen hohen Adels (Deutsch. BA. a. 14), denen Mitglieder auswärtiger souveräner (auch entthronter) Häuser gleichstehen. Das Hausrecht kann aber (ein für allemal oder für den Einzelfall) die Ebenbürtigkeit erweitern. Eine nach Hausrecht standesgemäße Ehe ist vollwirksam und verschafft den Kindern hohen Adel, den auch ein bei sich strengere Grundsätze befolgendes Haus nicht anzweifeln kann. Während die kurfürstlichen und altfürstlichen Häuser sämtlich an der Beschränkung der Ebenbürtigkeit auf den hohen Adel festgehalten haben, fordern die neufürstlichen und reichsgräflichen Häuser vielfach nur niederen, meist aber alten, bisweilen freiherrlichen oder gräflichen Adel. Sehr bestritten aber ist, was subsidär nach gemeinem Privatfürstenrecht gilt. Man wird annehmen müssen, daß die gegenüber dem Sachsenspiegel (I a. 16 § 2) schon im Schwabenspiegel (c. 57) ausgesprochene Anschauung durchgedrungen ist, nach der im Zweifel nur hoher Adel ebenbürtig macht. Das Reichsgericht aber verneint ein gemeines Gewohnheitsrecht dieses Inhalts (XXXII Nr. 38) und erklärt nur bürgerliche Personen für zweifellos unebenbürtig (II Nr. 39).

Eine Ehe, bei der vertragsmäßig die vollen Ehewirkungen ausgeschlossen sind, heißt Ehe zur linken Hand (morganatische Ehe, matrimonium ad legem Salicam). Sie ist heute nur zwischen einer Person von hohem Adel und einer ihr unebenbürtigen Person möglich. Auch kann der Vertrag nur die schon kraft Rechtssatzes eintretenden Minderwirkungen feststellen und die zum Ersatz gewährten Rechte von Frau und Kindern (Namen, Vermögensansprüche usw.) regeln.

Literatur: A. W. Heffter, Die Sonderrechte der souveränen und vormals reichsständischen Häuser Deutschlands, 1871. H. v. Schulze-Gävernitz in dieser Enzykl., 5. Aufl. S. 1349 ff. Rehm, Modernes Fürstenrecht, 1904; Prädikat- und Titelrechte der deutschen Standesherren, 1905. — Ausgabe der Hausgesetze der regierenden Fürstenhäuser von demselben, 3 Bde.

1862/82. — O. Gierke, Die juristische Persönlichkeit des hochadligen Hauses, Zeitschr. f. d. Priv. u. öff. R. der Gegenw. V 557 ff. Rehm, Die juristische Persönlichkeit der standesherrlichen Familie, 1911. — Pütter, Über Mißheirahen teutscher Fürsten und Grafen, 1796. Zöpfl, Über Mißheiraten in den regierenden deutschen Fürstenhäusern 1853. Bornhak, Arch. f. öff. R. V 385 ff. Laband, Die Thronfolge im Fürstentum Lippe, 1891. Kahl, Ebenbürtigkeit und Thronfolgerecht der Grafen zur Lippe-Biesterfeld, 1896. E. Loening, Über Heilung notorischer Mißheiraten, 1899. F. Hauptmann, Das Ebenbürtigkeitsprinzip in den Familien des deutschen Hochadels, Arch. f. öff. R. XVII 529 ff. Hübner § 13. v. Schwerin 13 ff.

§ 24. Die übrigen Geburtsstände.

I. Niederer Adel. Der niedere Adel, der aus der Verschmelzung freier und unfreier Elemente zur Ritterschaft hervorgegangen ist, umfaßt alle in einem deutschen Staate als adlig anerkannten Personen, die nicht zum hohen Adel gehören. Ein äußeres Kennzeichen bilden die Adelsprädikate und adligen Wappen. Neben den höheren Adelstiteln ist auch das einfache „von", obschon es einerseits dem adligen Namen fehlen kann und andererseits bei bürgerlichen Namen vorkommt, heute bei adligen Personen, die es führen, ein Adelszeichen.

Erwerb und Verlust des Adels richten sich nach Landesrecht. Der Adel wird erworben durch eheliche Abstammung von einem adligen Vater, der hier die Legitimation durch nachfolgende Ehe gleichsteht, durch Verheiratung einer Frau mit einem adligen Manne und durch landesherrliche Verleihung, die nach preußischem Recht auch die schon geborenen Kinder ergreift. Das Ebenbürtigkeitsprinzip ist schon seit Jahrhunderten dem niederen Adel verloren gegangen („Ritters Weib hat Ritters Recht"). Das uneheliche Kind der adligen Mutter ist nicht adlig. Annahme an Kindes Statt begründet den Adel nicht. Verloren wird der Adel durch Verheiratung einer Adligen mit einem Nichtadligen und durch (meist formbedürftigen) Verzicht. Bloßer Nichtgebrauch ist kein Verzicht; doch ist zur Wiederaufnahme landesherrliche Anerkennung (bei Verdunkelung Erneuerung) erforderlich. Annahme an Kindes Statt durch einen Nichtadligen hebt den Adel nicht auf. Die früheren Verlustgründe der Aberkennung durch Strafurteil und der Verwirkung durch Betrieb eines bürgerlichen Gewerbes sind weggefallen. — Neben dem Erbadel gibt es partikularrechtlich einen persönlichen Adel, der auf die Kinder nicht übergeht (die Frau teilt ihn in Bayern, dagegen in Württemberg nicht).

Qualifizierter Adel ist einerseits der auf Unvordenklichkeit beruhende „Uradel" gegenüber dem auf nachweisbare Verleihung zurückgehenden „Briefadel", andererseits der seit mehreren Geschlechtern bei väterlichen und mütterlichen Vorfahren vorhandene „alte Adel" („Ahnenadel") gegenüber dem „neuen Adel". Der alte Adel, dessen Beweis durch die „Ahnenprobe" erfolgt, wird nach der Zahl der adligen Stammeltern oberster Reihe (2, 4, 8, 16 usw.) berechnet; im Zweifel genügen vier Ahnen. Die Mitverleihung „gemalter" Ahnen kann in Rechte Dritter nicht eingreifen.

Der niedere Adel ist heute im wesentlichen nur noch ein staatlich anerkannter sozialer Vorzug, dessen juristischer Ausdruck das Recht auf die Führung von Adelszeichen und adligen Wappen ist. Wer nach dem BGB. einen adligen Familiennamen erwirbt, ohne nach Landesrecht den Adel zu erlangen, darf das Adelsprädikat nicht gebrauchen. Stücke eines besonderen Privatrechts hat nur im Umfange der ihm verbliebenen Autonomie der ehemalige niedere Reichsadel (Reichsritterschaft) und ihm gleichgestellter landsässiger Adel bewahrt. Die sonst dem Adel noch gewährten rechtlichen Vorzüge greifen nur selten (wie der bayrische Rechtssatz, daß Familienfideikommisse nur zugunsten adliger Familien errichtet werden können) in das Privatrecht ein. Die privatrechtliche Bedeutung des Adels besteht heute vor allem darin, daß durch Satzung oder Rechtsgeschäft Adel oder besonders qualifizierter Adel zur Bedingung eines Rechtserwerbes gemacht werden kann und oft gemacht ist.

II. Bürgerstand. Der Bürgerstand, der ursprünglich die Stadtbürger umfaßte und dem Landrecht gegenüber ein besonderes Stadtrecht ausbildete, sprengte zuerst die Standesschranken und wurde Träger des gemeinen Rechts. Das Vorrecht der „bürgerlichen Nahrung" verlor er. So wurde er ein negativer Begriff; er begreift schon nach dem Preuß. LR. alle Personen in sich, die weder zum Adel noch zum Bauernstande gehören. Das Preuß. LR. und andere Partikularrechte teilten ihn in den höheren und niederen Bürgerstand und knüpften an diese Unterscheidung einzelne Rechtsfolgen.

III. Bauernstand. Der Bauernstand, zu dem alle Bewohner des platten Landes, die den Landbau mit eigener Hand als Nahrungszweig treiben, gerechnet werden, war der einzige Stand, in dem sich in der neueren Zeit der Unterschied freier und unfreier Geburt erhielt. Die mehrfach abgestuften angeborenen Abhängigkeitsverhältnisse (Vogteipflichtigkeit, Hörigkeit, Leibeigenschaft) mit den durch sie begründeten Rechtsbeschränkungen (Gebundenheit an die Scholle, Heiratsbeschränkungen, Gesindezwang, Leibzins und Abgaben vom Nachlaß) wurden seit dem Ende des 18. Jahrhunderts (völlig in Preußen 1807, in Mecklenburg 1820, in Hannover erst 1833) beseitigt. Seitdem wurde der Bauernstand ein freier Berufsstand. Auch die für den ganzen Bauernstand vielfach geltenden partikularrechtlichen Sondervorschriften (z. B. Wechselunfähigkeit, Bindung gewisser Verträge an gerichtliche Form) sind allmählich verschwunden. Das im Bauernstande ausgebildete Sonderrecht der Bauerngüter ist, soweit es fortbesteht, kein Standesrecht mehr.

§ 25. **Die Berufsstände.** Für die öffentlichen Berufsstände, die Beamten, Militärpersonen und Geistlichen, gelten teils nach Reichsrecht, teils nach Landesrecht einzelne privatrechtliche Besonderheiten, die mit ihrem vorzugsweise öffentlichen Sonderrecht zusammenhängen. Die gewerblichen Berufsstände dagegen sind zugleich Träger umfassender privatrechtlicher Sonderrechte; so ist für das Handelsrecht die Eigenschaft als Kaufmann, für das Gewerberecht die Eigenschaft als Gewerbetreibender von grundlegender Bedeutung, während weitere Rechtsunterschiede sich an die Zugehörigkeit zu einer bestimmten Gattung von Gewerbtreibenden und an die Stellung als Gehilfe (Handlungsgehilfe, Handwerksgeselle, Fabrikarbeiter usw.) oder Lehrling knüpfen.

§ 26. **Einfluß der Ehre.** Die Beziehungen der Ehre zum Recht prägten sich bei den Germanen von alters her in den beiden Grundgedanken aus, daß einerseits aus der Persönlichkeit Ehre fließt, andererseits unversehrte Ehre Bedingung der vollen Persönlichkeit ist. Auf dem ersten Gedanken beruht neben dem Satze, daß die „Echtlosigkeit" des Friedlosen mit der Rechtsfähigkeit zugleich alle Ehre zerstört, das mittelalterliche Institut der „Rechtlosigkeit kraft dessen eine Minderwertung der rechtlichen Persönlichkeit auch geminderte Ehre bedeutet und insbesondere den Mangel der vollen Gerichtsfähigkeit, des Wergelds und der echten Buße bewirkt. Die Rechtlosigkeit war die Folge der Verurteilung zu einer schimpflichen (durch Gestattung eines leiblichen Eingriffes die Mannheiligkeit entziehenden) Strafe, trat aber auch wegen Berufsmakels für die ein „unehrliches" Gewerbe betreibenden Personen (Mietskämpfer, fahrendes Volk, später den Henker) und deren Kinder und wegen Geburtsmakels für die unehelich Geborenen ein. Aus dem zweiten Gedanken ergibt sich, daß „Ehrlosigkeit" mit dem sittlichen Wert der Person zugleich ihre rechtliche Geltung mindert. Die Aberkennung der Ehre kraft Urteils, die mit der Rechtlosigkeit kraft Urteils verbunden ist, aber auch als besondere Strafe wegen jeder einen Treubruch enthaltenden Handlung („wente alle ere van truwe kompt") verhängt wird, bewirkt Unfähigkeit zu allen das Vertrauen der Genossen fordernden Rechten (Reinigungseid, Ämter, Mitgliedschaft in den Verbänden ehrenhafter Männer). Auch die bloße Bescholtenheit (Verlust des guten Rufes) wird, da nur der Unbescholtene „vollkommen an seinem Recht" ist, im Einzelfalle erheblich. Endlich entspricht jedem Stande und jeder Genossenschaft eine Sonderehre, von deren Unversehrtheit die rechtliche Geltung in diesem besonderen Kreise abhängt (Ritter-, Lehns-, Bürger-, Kaufmanns-, Handwerksehre usw.).

Nach der Rezeption wurde das römische Ehrenrecht als gemeines Recht ausgegeben, drang aber nicht durch, sondern bewirkte nur eine Umbildung der deutschrechtlichen Institute. Die Echtlosigkeit ging im bürgerlichen Tod auf und verschwand mit ihm (oben § 20 II). Aus der Verschmelzung der Rechtlosigkeit kraft Urteils mit der Aberkennung der Ehre entwickelte sich der Verlust der bürgerlichen Ehre, der nach längeren Schwankungen wieder an ein Strafurteil gebunden wurde, jedoch bald an die entehrende Strafart, bald an die Ehrlosigkeit der Straftat geknüpft blieb. In den neueren Strafgesetzbüchern wurde einerseits die bloße Ehrschmälerung durch Verlust einzelner Ehrenrechte, andererseits die Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte auf Zeit eingefügt. Die Rechtlosigkeit kraft Berufs- oder Geburtsmakels behielt man als „Anrüchigkeit" bei. Die Zahl der unehrlichen Gewerbe, gegen die namentlich die Zünfte

sich abschlossen, wurde so vermehrt, daß die Reichsgesetzgebung einschritt (RPO. v. 1577, RSchl. v. 1731) und endlich die Anrüchigkeit auf Schinder und solche Nachkommen, die am Gewerbe bereits teilgenommen hatten, einschränkte (Kais. Pat. v. 1772). Im 19. Jahrhundert (in Preußen seit 1814) wurden auch sie von dem Makel befreit. Die Ehrminderung unehelicher Kinder wurde zuerst in den Partikularrechten (Preuß. LR. II, 2 § 661, sächs. G. v. 23. März 1831) und endlich auch im gemeinen Recht beseitigt. Die Bescholtenheit wurde zur „Verächtlichkeit" ausgebildet. Mit der Sonderehre, die im Volksleben lebendig blieb, beschäftigte sich die Gesetzgebung zunächst nur durch Bekämpfung von Mißbräuchen, bis in neuerer Zeit die Handhabung des besonderen Ehrenrechts der einzelnen Berufsstände öffentlichrechtlich geregelt wurde.

Auch im heutigen Recht ist die Ehre Ausfluß der Persönlichkeit und Minderung der Ehre für die persönliche Rechtsstellung nachteilig. Doch ist die Bedeutung für das Privatrecht sehr abgeschwächt. 1. Die allgemeine Menschenehre ist unverlierbar. 2. Die bürgerliche Ehre wird ganz oder teilweise, dauernd oder auf Zeit durch strafbare Handlung verwirkt und durch Strafurteil aberkannt; die Folgen aber äußern sich vorzugsweise in der Minderung der staatsbürgerlichen Rechte und greifen nur in einzelne Privatrechtsverhältnisse (Solennitätszeugnis, Vormundschaft, Genossenschaftsrecht, Börsenrecht, Gewerberecht) ein. 3. Die Sonderehre von Ständen und Verbänden kann nicht mehr als höhere oder geringere Ehre gewertet werden, begründet aber als eigentümlich gefärbte besondere Gemeinehre (z. B. Beamten-, Soldaten-, Kaufmanns-, Handwerks-, Studentenehre) die Verpflichtung zu einem ihr entsprechenden Verhalten, so daß ihr Verlust oder ihre Minderung den Verlust oder die Minderung der Mitgliedschaftsstellung (sei es kraft öffentlichrechtlich geregelter disziplinar- oder ehrengerichtlicher Entscheidung, sei es kraft satzungsmäßigen Vereinsspruches) nach sich ziehen kann. 4. Die Individualehre endlich ist das Erzeugnis der individuellen Lebensführung; ihre Abmessung fällt im allgemeinen in den Bereich der Sitte, nicht des Rechtes. Doch wirkt ihre Herabminderung durch ehrloses oder unsittliches Verhalten dann, wenn sie die Person verächtlich oder bescholten macht, auch auf das Privatrecht (z. B. im Familien- und Erbrecht, im Genossenschafts-, Gesellschafts- und Dienstrecht, im Gewerberecht) ein; die Verächtlichkeit wird aber nicht allgemein, sondern von Fall zu Fall festgestellt. Andererseits gehören die auf Konstatierung einer erhöhten individuellen Ehre gerichteten staatlichen und korporativen Ehrenauszeichnungen (Orden, Titel, Ehrenbürgerrechte, Ehrendiplome, Ausstellungsmedaillen usw.) dem Rechtsgebiet an.

Literatur: Bubbe, Über Rechtlosigkeit, Ehrlosigkeit und Echtlosigkeit, 1842. Hillebrand, Über die gänzliche und teilweise Entziehung der bürgerlichen Ehre usw., 1841. Köstlin, Z. f. D. R. XV 151 ff. Binding, Die Ehre, 1890. Gierke, D.P.R. I § 52—53. Naendrup, Dogengeschichte der Arten mittelalterlicher Ehrenminderungen (in Festgabe für Dahn), 1905. Hübner § 14.

§ 27. Einfluß der Religion. Während im Mittelalter die bürgerliche Rechtsfähigkeit und die Mitgliedschaft in der einen Kirche einander bedingten, wurde nach der Reformation zunächst für die Angehörigen der anerkannten christlichen Kirchen in den Religionsfrieden und seit dem Ende des 18. Jahrhundert auch für die Anhänger anderer Religionsbekenntnisse in den Partikularrechten die Gleichstellung im Privatrecht ausgesprochen, sodann aber (für die drei anerkannten christlichen Religionsparteien in der Deutsch. BA. a. 16, allgemein in neueren Verfassungsurkunden) die Gleichstellung hinsichtlich der staatsbürgerlichen Rechte hinzugefügt. Alle noch bestehenden Beschränkungen der bürgerlichen und staatsbürgerlichen Rechte auf Grund des Religionsbekenntnisses hob das RG. vom 3. Juli 1869 auf. Damit ist eine Rechtsverschiedenheit je nach dem Religionsbekenntnis grundsätzlich nicht ausgeschlossen. Doch hat das Religionsbekenntnis die ihm gemeinrechtlich verbliebene und durch das Personenstandsgesetz von 1875 nur teilweise beseitigte Bedeutung für das Eherecht seit dem BGB. eingebüßt. Privatrechtliche Erheblichkeit hat es noch im Vormundschaftsrecht, für das Erziehungsrecht, hinsichtlich der kirchlich bedingten Rechte, kraft Satzung oder infolge rechtsgeschäftlicher (falls nicht wegen beabsichtigten Gewissensdruckes unsittlicher) Bestimmung.

Was hinsichtlich des Einflusses der Religion auf das Privatrecht überhaupt gilt, gilt heute auch für die Juden. Während sie ursprünglich als Fremde und Nichtchristen vom Volksrecht ausgeschlossen waren und ihre Rechtsstellung lediglich der Aufnahme als Schutzgenossen

(kraft des Judenregals und später des landesherrlichen Judenschutzes) erlangten, wurden sie im Laufe des 19. Jahrhunderts zu Vollgenossen in Staat und Gemeinde. Die ursprünglich zugleich bürgerlichen Judengemeinden sind zu rein religiösen Körperschaften geworden. Das jüdische Recht, das im Mittelalter von den jüdischen Gerichten bei Streitigkeiten der Juden untereinander angewandt wurde und nach ihrer Unterwerfung unter die ordentlichen Gerichte für einzelne Verhältnisse (zuletzt im Eherecht) fortgalt, hat alle privatrechtliche Bedeutung eingebüßt. Die eine Ausnahme vom gemeinen Recht begründenden Vorrechte und die zahlreichen Zurücksetzungen der Juden sind beseitigt.

Literatur: Stobbe, Die Juden in Deutschland während des Mittelalters, 1866. A. Kohut, Geschichte der deutschen Juden, 1898. Gierke, D. P.R. I § 54—55. Hübner § 12.

§ 28. Einfluß der Staats- und Gebietsangehörigkeit. Ursprünglich war der Fremde („Elende") an sich rechtlos. Er erlangte jedoch eine beschränkte Rechtsfähigkeit, wenn er sich in die Schutzherrschaft eines Einheimischen begab. Verallgemeinert wurde der Rechtsschutz der Fremden durch den schon in fränkischer Zeit ihnen subsidiär gewährten Königsschutz, der später zum Fremdenregal wurde. Eine Erweiterung brachte das städtische Gastrecht. Mit der Ausbildung des internationalen Privatrechts drang die grundsätzliche Gleichstellung Fremder und Einheimischer im Privatrecht durch (Preuß. LA. Einl. § 41 bis 42, Österr. GB. § 20, anders noch Code civ. a. 11 u. 13). Doch blieben Ausnahmen anerkannt. Auch sie wurden mehr und mehr vermindert. Eine weitergehende Zurücksetzung der Fremden kann durch Anwendung des Vergeltungsrechtes eintreten (EG. a. 31 zum BGB.). Als Fremder darf aber in Deutschland immer nur der Reichsfremde behandelt werden („Reichsindigenat" nach RVU. a. 3); die besondere Staatsangehörigkeit bedingt nur die staatsbürgerlichen Rechte im Einzelstaat, die Gemeindeangehörigkeit nur noch die Teilnahme am Gemeinderecht.

Von den einzelnen Beschränkungen der Fremden wurden das Strandrecht und das Fremdlingsrecht (jus albinagii oder droit d'aubaine, Recht des Landesherrn auf die Verlassenschaft des im Lande versterbenden Fremden) schon in der Konstitution Kaiser Friedrichs II. von 1220 (c. 8—9) abgeschafft, aber erst allmählich (das droit d'aubaine in Frankreich erst 1819) wirklich beseitigt. Länger erhielt sich das „Abzugsrecht" (jus detractus), das dem Landes- oder Gerichtsherrn einen Teil (meist ein Zehntel) des aus dem Lande gehenden Vermögens in der doppelten Form des „Abschosses" (gabella hereditaria) von einer Erbschaft und der „Nachsteuer" (gabella emigrationis) vom Vermögen des Auswandernden zusprach. Die Deutsche BA. a. 17 nebst BB. vom 23. Juni 1817 hob alle Abzugsrechte innerhalb des Bundesgebietes auf. Seither wurde der Abzug auch dem Auslande gegenüber ausgeschlossen (Preuß. VU. a. 11) und könnte nur kraft Vergeltungsrechtes noch vorkommen. Sehr verbreitet waren Beschränkungen der Fremden hinsichtlich des Erwerbes von Grundeigentum; sie sind meist weggefallen, bleiben aber landesrechtlich zulässig (EG. a. 88; vgl. Hamb. AG. § 28). Das Landesrecht kann auch für die Eheschließung von Fremden besondere Nachweise fordern. Reichsrechtliche Zurücksetzungen der Fremden finden sich hinsichtlich des Schutzes mancher Persönlichkeitsrechte und hinsichtlich des Gewerbebetriebes im Umherziehen.

Die Staatsangehörigkeit behält jedoch insoweit hohe Bedeutung für das Privatrecht, als sie in Verhältnissen, die sich nach dem Heimatsrecht richten (oben § 11 Z. 2), eine Rechtsverschiedenheit begründet.

Daneben ist die Verknüpfung mit einem Rechtsgebiete durch den Wohnsitz (Domizil) für die privatrechtliche Stellung vielfach erheblich, daher auch Erwerb und Verlust des Wohnsitzes durch das Privatrecht geordnet (BGB. § 7—11).

Literatur: Gierke, D. P.R. I § 56—57. Hübner § 11. Rudorff, Zur Rechtsstellung der Gäste im mittelalterlichen städtischen Prozeß (Unters. H. 88), 1907. v. Moeller, Die Elendenbrüderschaften, 1906. v. Frisch, Das Fremdenrecht, 1910.

Kapitel II. Die Verbandspersönlichkeit.

§ 29. Begriff und Wesen. Verbandspersönlichkeit ist die einem menschlichen Verbande als einem von der Summe der Teile verschiedenen einheitlichen Ganzen zukommende Rechtssubjektivität.

Das deutsche Recht erkannte von je Verbänden Rechte und Pflichten zu. Lange indes blieb die Verbandssubjektivität in ihren sinnlichen Trägern stecken. Bei den genossenschaftlichen Verbänden erschien die Gesamtheit in sichtbarer oder vorgestellter Versammlung ohne Unterscheidung ihrer Einheit und Vielheit als Subjekt von Gesamtrecht, bei den herrschaftlichen Verbänden war der Herr ohne Unterscheidung seiner Stellung als Verbandshaupt und als Individuum Subjekt von Herrenrecht. Eine Fortbildung trat im deutschen Mittelalter dadurch ein, daß Verbandseinheiten von ihren sinnlichen Trägern unterschieden und als selbständige Personen anerkannt und behandelt wurden. Genossenschaften verdichteten sich zu Körperschaften, die als einheitliche Ganze mit unsichtbarer Lebenseinheit ihren Mitgliedern gegenübertraten. So zuerst die Stadt, dann Gilde, Zunft, Ständekörper usw. Herrschaftsverbände vergeistigten sich zu Anstalten, bei denen das jeweilige Haupt die dauernde unsichtbare Lebenseinheit des Ganzen nur darzustellen hat. So zuerst die Kirchen, dann die obrigkeitlich umgebildeten Territorien und weltlichen Anstalten.

Die Entwicklung war unvollendet, auf dem Lande kaum begonnen, als mit der Rezeption die romanistisch-kanonistische Korporationstheorie einzog. Sie stand auf dem Boden des dem kümmerlichen Verbandsleben von Byzanz angepaßten Justinianischen Rechts, für das alle Rechtssubjektivität der Verbände nur auf einer durch staatliches Privileg vermittelten Fiktion beruht. Durch Einfügung germanischer Rechtsgedanken schon in Italien stark verwandelt, wurde das römische Gedankensystem auch in Deutschland zunächst unvollkommen durchgeführt und schonend angewandt. Mehr und mehr aber wurde es im Sinne der reinen Fiktionstheorie, die in der Verbandsperson ein künstliches, willens- und handlungsunfähiges, ewiger Bevormundung bedürftiges Individuum erblickt, verschärft. Diese Theorie diente zugleich als Handhabe der von der aufstrebenden Staatsgewalt erstrebten Entkräftung und endlichen Vernichtung des selbständigen Lebens aller engeren Verbände. Doch wurde das germanische Verbandsrecht bei uns auch jetzt nicht völlig erstickt und wahrte seine Keimkraft. Eine Bundesgenossin entstand ihm in der naturrechtlichen Gesellschaftslehre, die freilich alle Verbandsexistenz aus Verträgen der Individuen herleitete, aber doch jeder Gesellschaft ein eigenes Leben und statt der persona ficta eine als kollektive Einheit vorgestellte „moralische" Persönlichkeit zuschrieb. Sie wirkte auf die Gesetzbücher, besonders das Preußische Landrecht, ein und bereitete die Wiederaufnahme der deutschrechtlichen Gedanken vor.

Die Wiedererstehung des germanischen Rechts vollzog sich mit der allseitigen Erneuerung des Verbandslebens im 19. Jahrhundert. Allerdings schien eine Zeitlang eine romanistische Gegenströmung siegen zu sollen, die in der Lehre von der „juristischen Person" den Begriff der persona ficta mehr oder minder schroff wiederherstellte. Von anderer Seite wurde in folgerichtigem Individualismus der Versuch gemacht, die Verbandspersönlichkeit überhaupt aus der Welt zu schaffen. Allein mehr und mehr ist die in der Theorie zuerst von germanistischer Seite entwickelte Auffassung durchgedrungen, daß die Persönlichkeit der Verbände nur der rechtliche Ausdruck ihrer wirklichen Wesenheit ist. Sie liegt dem gesamten Aufbau unseres öffentlichen Rechts zugrunde, durchdringt aber auch die moderne Ausgestaltung des privaten Verbandsrechtes in Gesetzgebung und Praxis. Die Vorschriften des BGB. über „juristische Personen" stehen mit ihr im Einklang.

Ihrem Wesen nach ist somit die juristische Person eine als Subjekt anerkannte reale Verbandseinheit. Die Persönlichkeit der Verbände ist so gut wie die Persönlichkeit der Individuen als Attribut einer nur aus ihren Wirkungen erkennbaren Lebenseinheit sinnlich nicht wahrnehmbar, aber sie ist so wenig wie die Einzelpersönlichkeit eine Fiktion, sondern ein durch Abstraktion herausgehobener Wirklichkeitsinhalt. Zum Unterschiede jedoch vom einzelnen Menschen, für den das Recht nur eine äußere Lebensordnung bedeutet, ist der Verband auch in seinem inneren Leben rechtlicher Ordnung zugänglich. Denn als ein sozialer Organismus, dessen Teile frei wollende Einzelwesen sind, ist er ein Gemeinwesen, dessen inneres Leben sich zugleich

als äußeres Leben von Menschen abspielt. Darum treten im Verbandsrecht, insoweit es als Sozialrecht den Bau und die Betätigung der Verbandseinheit normiert, durchweg Rechtsbegriffe auf, die im Individualrecht keinerlei Vorbild haben.

Die Entstehung einer Verbandsperson setzt einen sozialen Schöpfungsakt voraus, der möglicherweise durch unbewußte Willensvorgänge allmählich vollzogen werden kann, heute aber meist in einer bewußten Willenstat besteht. Die Schöpfungstat stellt sich rechtlich nicht als Vertrag oder sonstiges Individualrechtsgeschäft, sondern als konstitutive Gesamthandlung oder Stiftungshandlung dar. Im Gründungsstadium spielen zwar Individualrechtsgeschäfte, die die Bewegung fortleiten, eine wichtige Rolle; allein der Gründungsvorgang als solcher wird in seinem ganzen Verlauf bereits von sozialrechtlichen Normen beherrscht (nach Art eines embryonalen Vorlebens). Damit jedoch der Verband als Person gelte, muß ein Rechtssatz hinzutreten, der ihn als Person anerkennt. Das heutige Recht gewährt den Verbänden nicht den gleichen sakrosankten Anspruch auf Persönlichkeit, wie den Individuen. Vielmehr gelten für die einzelnen Arten von Verbänden verschiedene Systeme: bald das ursprüngliche deutsche System der Körperschafts- und Stiftungsfreiheit, nach dem die Persönlichkeit mit dem Dasein des Verbandes gegeben ist; bald das moderne System der Normativbestimmungen, das den Erwerb der Persönlichkeit an eine gehörige Kundmachung (meist Registereintrag) auf Grund der Erfüllung genereller Voraussetzungen knüpft; bald das Konzessionssystem, nach dem der einzelne Verband nur durch staatliche Verleihung auf Grund spezieller Prüfung und Gutheißung Persönlichkeit erlangt.

Die Lebensordnung der Verbandspersonen wird durch ihre (auf Gesetz oder Satzung beruhende) Verfassung rechtlich bestimmt. Die Verfassung normiert durch Rechtssätze die Zusammensetzung, Gliederung und Organisation des sozialen Körpers. Damit werden innerhalb des Verbandsganzen Gliedpersönlichkeit und Organpersönlichkeit gesetzt und die Beziehungen zwischen der Einheit des Ganzen und seinen Teilen zu Rechtsverhältnissen erhoben. Die Gliedpersönlichkeit oder „Mitgliedschaft" erscheint als ein besonderes Zustandsrecht, das durch Rechtsvorgänge erworben, verändert und verloren wird und bestimmte einzelne Pflichten und Rechte gegenüber dem Ganzen begründet. Ebenso verhält es sich mit der Organpersönlichkeit, deren Pflichten und Rechte gegenüber dem Ganzen in „Kompetenzen" Ausdruck finden, kraft deren die Organe zur Erfüllung bestimmter Funktionen des einheitlichen Verbandslebens berufen sind. Verbandspersonen können Gliedpersonen oder Organpersonen anderer Verbandspersonen sein und infolge hiervon einer Einwirkung höherer Organismen auch auf ihr inneres Leben unterliegen. Alle engeren Verbandspersonen sind dem Staate eingegliedert. Grundsätzlich aber wird dadurch heute die Selbständigkeit ihres Eigenlebens nicht in Frage gestellt, sondern nur eine staatliche Aufsicht (anstatt der ehemaligen Bevormundung) begründet.

Jede Verbandsperson ist rechtsfähig. Sie ist Subjekt öffentlicher und privater Befugnisse und Pflichten. Ihre Privatrechtsfähigkeit steht im Zweifel der einer Einzelperson gleich. Sie beschränkt sich nicht (wie die Fiktionstheorie annimmt) auf die Vermögensfähigkeit, sondern umfaßt auch Persönlichkeitsrechte (z. B. Sitz, Name, Ehre usw.). Doch fallen die durch leibliches Einzeldasein bedingten Rechte weg. Besondere Beschränkungen der juristischen Personen werden durch die gegen Anhäufung des Vermögens in der „toten Hand" gerichteten Amortisationsgesetze begründet, die schon seit dem Mittelalter erlassen wurden und gegenüber dem BGB. hinsichtlich des Erwerbes von Grundstücken und jedes sonstigen unentgeltlichen Erwerbes insoweit zulässig bleiben, als der Wert 5000 Mark übersteigt (EG. a. 86, Preuß. AG. a. 6—7). Andererseits ist die Privatrechtsfähigkeit der privaten Verbandspersonen weiter als die der Einzelpersonen, weil ja bei ihnen auch die sozialrechtlichen Verhältnisse dem Privatrecht einverleibt sind. Dagegen sind die früheren privatrechtlichen Privilegien der juristischen Personen meist beseitigt.

Die Verbandsperson ist auch willens- und handlungsfähig. Die Vorgänge, durch die der einheitliche Verbandswille zu einem inneren Entschlusse gelangt und diesen in äußere Tat umsetzt, sind durch Rechtssätze (z. B. über Beschlußfassung und über gerichtliche und außergerichtliche Vertretung) geregelt. Was aber ein Organ innerhalb seiner Zuständigkeit in verfassungsmäßiger Weise will und tut, ist im Rechtssinne Wille und Handlung

der juristischen Person selbst. Dabei liegt eine Vertretung nur in dem Sinne vor, daß die unsichtbare Einheit des Ganzen durch den dazu berufenen Teil wirksam dargestellt wird. Dagegen ist der individualrechtliche Begriff der Stellvertretung unanwendbar. Im Privatrecht ist die juristische Person geschäftsfähig. Sie ist aber auch für ihr Verschulden verantwortlich und aus unerlaubter Handlung zum Schadensersatz verpflichtet. Die im älteren deutschen Recht unbestrittene Deliktsfähigkeit der juristischen Personen wurde von der Fiktionstheorie verneint, in neuerer Zeit aber mehr und mehr wieder anerkannt. Sie steht jetzt gemeinrechtlich fest (BGB. § 31, 86, 89).

Die Beendigung der Verbandspersönlichkeit kann durch Wegfall ihrer Daseinserfordernisse oder durch eigene Handlung (Auflösungsbeschluß) oder durch staatlichen Aufhebungsakt (insbesondere auch durch Richterspruch wegen rechtswidriger Handlungen) erfolgen. Die Hinterlassenschaft, die von der Fiktionstheorie als erbloser Nachlaß behandelt wurde, geht nach den Regeln der sozialen Sukzession kraft Gesamtnachfolge auf die anfallberechtigten Personen (bald die Mitglieder, bald eine andere Verbandsperson, bald den Staat) über. Die Verwirklichung der Auflösungsfolgen vollzieht sich meist in einem rechtlich geordneten Zersetzungsverfahren („Liquidation"), während dessen nicht nur das hinterlassene Vermögen gebunden bleibt, sondern auch ein Nachleben der Verbandsorganisation stattfindet.

Literatur: O. Gierke, Das deutsche Genossenschaftsrecht, 3 Bde., 1868/81; Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung, 1887; D.P.R. I § 58—59; Das Wesen der menschlichen Verbände, 1902. — Beseler, Volksr. u. Juristenr., S. 158 ff.; D.P.R. § 66 ff. Zitelmann, Begriff und Wesen der sog. jurist. Personen, 1873. Regelsberger, Pandekten § 75 ff. Meurer, Die juristischen Personen nach deutsch. Reichsrecht, 1901. Hölder, Natürliche und juristische Personen, 1905. Binder, Das Problem der juristischen Persönlichkeit, 1907. Hübner § 15 ff. Michaud, La Théorie de la Personnalité morale et son application en droit français, 2 Bde., 1906/09. Saleilles, De la personnalité juridique, 1910. v. Schwerin 16 ff. — Kahl, Die deutschen Amortisationsgesetze, 1879. — Preuß, Stellvertretung oder Organschaft, Jahrb. f. D. XLIV 429 ff.

§ 30. Arten. Die Verbandspersonen sind von überaus ungleichartiger Beschaffenheit und von sehr verschiedenem Range. Für die einzelnen Arten gilt nicht grundsätzlich gleiches, sondern grundsätzlich ungleiches Recht.

I. Körperschaft und Anstalt. Ihrer Struktur nach sind die Verbände entweder Körperschaften oder Anstalten, je nachdem sie als auf sich selbst beruhende und von einem immanenten Gemeinwillen beherrschte Gemeinschaften oder als von einem Stiftungswillen bestimmte Einrichtungen organisiert sind. Die Körperschaft kann anstaltliche, die Anstalt körperschaftliche Elemente enthalten. Doch überwiegt stets der eine oder andere Typus. Manche Verbände haben im Laufe der Zeit ihre Gestalt gewechselt (z. B. die Universitäten).

II. Öffentliche und private Verbandspersonen. Alle Verbände gelten entweder als öffentlichrechtliche oder als privatrechtliche Gebilde. Im ersten Falle gehört ihr gesamtes Sozialrecht einschließlich des Rechtssatzes, der ihnen Persönlichkeit beilegt, dem öffentlichen Reichs- oder Landesrecht an. Die Verbandspersonen des öffentlichen Rechts treten aber als Rechtssubjekte in das Privatrecht ein und unterliegen als solche der Privatrechtsordnung (BGB. § 89). Im zweiten Falle bildet ihr Sozialrecht einschließlich des ihre Persönlichkeit anerkennenden Rechtssatzes einen Bestandteil des Privatrechts.

1. Unter den öffentlichen Verbandspersonen nimmt der Staat als das auf dem Rechtsgebiet höchste (souveräne) Gemeinwesen, dessen Sozialrecht das Staatsrecht ist, eine Sonderstellung ein. Auch der Staat aber tritt unter dem Namen „Fiskus" in das Privatrecht ein und steht als Privatrechtssubjekt grundsätzlich den Einzelpersonen gleich. Nur einzelne privilegia fisci haben sich erhalten. Jeder Staat, daher sowohl das Reich wie jeder Einzelstaat, ist ein Fiskus und (trotz BGB. § 395) nur ein Fiskus; die Einheit des Staatsfiskus drang schon in den alten Territorien über der Scheidung von Kammergut und Landesvermögen durch. Welche Verbandspersonen außer dem Staat öffentlichrechtlicher Natur sind, wird durch positive Sätze des Reichs- oder Landesrechts entschieden, die auf Grund besonderer staatlicher Wertung ihr Sozialrecht mit dem Range des öffentlichen Rechts bekleiden, ohne daß die einzelnen Folgen gleichmäßig geordnet wären. Überall gehören dazu die Gemeinden, von denen aber

wegen ihrer ehemaligen Doppelstellung nachher (§ 31) noch zu handeln ist. Sodann zahlreiche andere Körperschaften, wie Kirchengemeinden der als öffentlich anerkannten Religionsgemeinschaften, Gebietskörperschaften für Einzelzwecke (z. B. Armen-, Wege- und Schulverbände), ständische Körperschaften (z. B. Handelskammern, Innungen und Handwerkskammern, Landwirtschaftskammern), Grundbesitzergenossenschaften (z. B. Deichverbände, öffentliche Wassergenossenschaften, Fischerei-, Wald- und Jagdgenossenschaften, landschaftliche Kreditverbände) und Zwangsversicherungsgenossenschaften (z. B. Krankenkassen, Berufsgenossenschaften für Unfallversicherung, Knappschaften). Endlich öffentliche Anstalten, die von einer öffentlichen Verbandsperson als besonders organisierte Subjekte mit eigenem Vermögen abgezweigt sind, wie die Reichsbank, die staatlichen Unterrichtsanstalten, die staatlichen oder provinziellen Versicherungsanstalten für Altersversicherung, die kommunalen Sparkassen und Leihhäuser, die kirchlichen Anstalten mit juristischer Persönlichkeit (auch die einzelne Pfründe).

2. Als private Verbandspersonen erscheinen einerseits die durch Privatrechtssatz als Körperschaften anerkannten Genossenschaften (unten § 32), andererseits die vom Privatrecht mit anstaltlicher Persönlichkeit bekleideten Stiftungen (§ 33).

III. Körperschaft und Genossenschaft. Seit der Ausbildung des Körperschaftsrechts wurde in der alten Genossenschaft zwar der Rechtsbereich der Gesamteinheit von dem Rechtsbereich der Gesamtvielheit gesondert, aber in mannigfacher Weise eine genossenschaftliche Ordnung festgehalten, kraft deren Sonderbereiche der Mitglieder dem Verbandsrechte eingefügt und mit dem einheitlichen Gesamtbereich verwoben blieben. Je mehr dies der Fall war, desto näher rückte die Körperschaft einer Gesellschaft oder Gemeinschaft. Da andererseits die Gesellschaft oder Gemeinschaft kraft des Prinzips der gesamten Hand sich im Sinne einer Personeneinheit zu entfalten vermochte, näherte sie sich vielfach einer Körperschaft an. Nach der Rezeption suchte man die deutschrechtlichen Gebilde den römischen Kategorien zu unterwerfen, so daß entweder mit der Anwendung des römischen Korporationsbegriffs alles Gemeinschaftsrecht in dem einheitlichen Bereich der juristischen Person verschwand und für Sonderbereiche der Mitglieder nur die auch beliebigen Dritten zugänglichen Formen des reinen Individualrechts übrig blieben, oder aber mit der Anwendung des römischen Sozietäts- und Kommunionsbegriffs alles Gemeinschaftsrecht in getrennte Individualbereiche aufgelöst wurde. Gegen die hiermit vollzogene Vergewaltigung des Lebens, die unerträglich wurde, sobald man mit dem Gegensatz Ernst machte, erhob sich die von Beseler begründete germanistische Genossenschaftstheorie. In ihrer ursprünglichen Fassung schob sie unter dem Namen „Genossenschaft" ein Verbindungen mit und ohne Persönlichkeit begreifendes Zwischengebilde zwischen Gemeinheit und Gemeinschaft ein. Längst aber hat sie ihr Gärungsstadium überwunden und ersetzt nur den römischen Gegensatz durch den deutschen Gegensatz, der auf beiden Seiten für eine organische Verbindung von Einheits- und Vielheitsrecht Raum läßt. Hieran ist festzuhalten. Die deutsche und moderne Körperschaft kann, da in ihr die einheitliche Gesamtperson als das von den verbundenen Einzelpersonen getragene und ihnen zugehörige Ganze erscheint und somit die Gesamtheit und die Einzelnen sich nicht wie beliebige Individuen, sondern in personenrechtlicher Verbundenheit gegenübertreten, vermöge des „genossenschaftlichen Prinzips" Vielheitsrecht einschließen. Die deutsche und moderne Gesellschaft und Gemeinschaft andererseits kann vermöge des „Prinzips der gesamten Hand" eine Personeneinheit hervorbringen (unten § 34).

Das genossenschaftliche Prinzip ist schwächerer oder stärkerer Entfaltung fähig. Es äußert sich in körperschaftlichen Sonderrechtsverhältnissen, die für alle oder bestimmte Mitglieder eigenartige Rechte (iura singulorum) oder Pflichten gegenüber der Verbandsperson begründen. Diese Sonderrechtsverhältnisse unterscheiden sich von den völlig in das körperschaftliche Sozialrecht hineinfallenden reinen Mitgliedschaftsverhältnissen. Denn sie reichen in die Individualrechtssphäre und daher bei öffentlichen Körperschaften in die Privatrechtssphäre der Mitglieder hinein, beruhen auf einem neben der Mitgliedschaft gegebenen besonderen Rechtsgrunde, sind in ihren sonderrechtlichen Bestandteilen der Körperschaftsgewalt und namentlich dem Mehrheitsbeschluß entrückt (BGB. § 35) und lassen beim Wegfalle der Mitgliedschaft möglicherweise freies Individualrecht zurück. Sie

unterscheiden sich aber auch von den völlig in das Individualrecht hineinfallenden außerkörperschaftlichen Rechtsverhältnissen, bei denen die Körperschaft und ihre Mitglieder einander genau wie Dritte gegenüberstehen. Denn sie sind verfassungsmäßig mit der Mitgliedschaft verknüpft, können nur Mitgliedern (allen oder einer Klasse oder einem bestimmten einzelnen Mitgliede, z. B. einem Verbandshaupte) zustehen und sind der Körperschaftsgewalt nicht völlig entzogen, sondern in bestimmtem Umfange korporativer Feststellung, Regelung der Ausübung und Mitvertretung nach außen unterworfen.

Ihrem Inhalte nach können die Sonderrechte und Sonderpflichten Personenrecht (z. B. Stimmrecht, Recht auf Organstellung), Sachenrecht (z. B. Nutzungsrecht am Gemeinlande, andererseits Deichlast) oder Schuldrecht (z. B. Forderungsrecht auf Gewinnanteil, andererseits Beitragspflicht oder subsidäre Haftung) einschließen. Von besonderer Bedeutung sind die vermögensrechtlichen Gemeinschaftsverhältnisse zwischen einer Verbandsperson und ihren Mitgliedern. So das genossenschaftliche Gesamteigentum mit verfassungsmäßiger Verteilung der Eigentumsbefugnisse zwischen Einheit und Vielheit, das genossenschaftliche Gesamtrecht an fremder Sache (z. B. Gemeindeservitut), die genossenschaftliche Forderungsgemeinschaft und die genossenschaftliche Schuldgemeinschaft (z. B. bei der eingetragenen Genossenschaft).

Die stärkste Ausprägung des Sonderrechts begegnet bei den Vermögensgenossenschaften. Bei diesen bildet ein nach dem Prinzip des genossenschaftlichen Gesamteigentums in Anteile zerlegtes Vermögen die Grundlage des Verbandsorganismus. Hier erscheint die Mitgliedschaft im Ganzen, da sie mit einem Anteil verknüpft, der Anteil aber übertragbar und vererblich ist, als Bestandteil eines Sonderrechts. Sie kann sogar (z. B. als Aktie) in einem Wertpapier verkörpert und als marktgängige Ware behandelt werden.

Literatur: Böhlau, Fiskus, landesherrliches Vermögen und Landesvermögen in Mecklenburg, 1877. — Rosin, Das Recht der öffentlichen Genossenschaft, 1885. — Beseler, Erbverträge I 76 ff., Volksr.- u. Juristenr. S. 158 ff., D.P.R. § 66 ff. Sohm, Die deutsche Genossenschaft, 1889. Gierke, D.P.R. I § 61—70. Hübner § 22—23.

§ 31. Die Gemeinden. Die heutige Gemeinde ist als Gebietskörperschaft für Erfüllung des menschlichen Gemeinschaftszwecks in örtlicher Begrenzung eine rein öffentliche Körperschaft, die nur als solche zugleich Privatrechtssubjekt ist. Dies gilt für die Ortsgemeinde, mag sie Stadt- oder Landgemeinde sein, wie für die weiteren Kommunalverbände (Amts-, Kreis- und Provinzialgemeinden). Allein teils in, teils neben der Ortsgemeinde haben sich Reste der alten deutschen Markgemeinde erhalten, die mit der Funktion eines örtlichen Gemeinwesens die einer agrarischen Wirtschaftsgenossenschaft verband und daher zugleich die Privatrechtsverhältnisse an Grund und Boden gestaltgebend bestimmte.

I. Die Markgemeinde. Die alte Gemeinde besaß eine Mark (Landgebiet), die nach dem Prinzip des genossenschaftlichen Gesamteigentums teils dem Gesamtrecht vorbehalten, teils zu Sonderrecht verteilt war. Das Gesamtrecht hatte sein Zentrum in dem Eigentum an der ungeteilten gemeinen Mark oder „Allmende" (Wald, Wasser und Weide, aber auch Plätze und Wege usw.), das oft einer mehrere Ortschaften umfassenden großen Markgenossenschaft gemeinsam zustand. Die Allmende diente gemäß der ursprünglichen Identität von Gesamteinheit und Gesamtvielheit gleichzeitig den Bedürfnissen der Gemeinde als solcher und den wirtschaftlichen Bedürfnissen der Genossen als Einzelner (Holznutzung, Viehweide, Jagd, Fischerei usw.). Das Gesamtrecht erstreckte sich aber auch auf die in der geteilten Feldmark belegenen Ländereien (Äcker und Wiesen), an denen zwar an Stelle des einstigen zeitweiligen Sondernutzungsrechtes ständiges Sondereigentum getreten war, jedoch infolge der fortdauernden „Gemengelage" die Bewirtschaftung an das herkömmliche System (Dreifelderwirtschaft) und den Gemeindebeschluß gebunden blieb („Flurzwang") und überdies zeitweise (nach der Ernte und während der Brache, bei Wiesen in der offenen Zeit) gemeine Nutzung stattfand. Endlich ergriff das Gesamtrecht auch Haus und Hof, indem das daran bestehende freie Sondereigentum mannigfachen Verfügungsbeschränkungen unterlag. Zu Sonderrecht besaß jeder Genosse seine „Hufe", die sich aus der Hofstätte, dem Feldanteil und dem Nutzungsrecht an der Allmende zusammensetzte. Wo in Gegenden ohne Dörfer oder neben Dörfern Einzelhöfe mit abgesonderter Hofmark bestanden, wurde gleichwohl der Bauer- oder Gutshof erst durch den

Nutzungsanteil an der gemeinen Mark zur wirtschaftlichen Einheit ergänzt. Das Nutzungsrecht an der Allmende war ursprünglich nur durch das eigene Bedürfnis begrenzt und schloß sogar das Recht zur Aneignung von Bodenbestandteilen durch Rodung oder Abhegung ein. Mehr und mehr aber wurde es an genossenschaftliche Ordnung gebunden und oft auf ein festes Maß eingeschränkt. — Als Markgemeinde wurde auch die seit der Ausbildung der Grundherrschaft entstandene, einem Fronhofe zugehörige grundherrliche Gemeinde eingerichtet; Markgemeinden blieben daher auch die einst freien Gemeinden unter der sie mehr und mehr überwältigenden Grundherrschaft. Allein durch das den Boden ergreifende Herrenrecht wurde das Recht der Gesamtheiten wie der Einzelnen an der Gemeindemark zu einem abgeleiteten und vielfach abhängigen Besitzrecht abgeschwächt.

Eine Umbildung der Gemeindeverhältnisse trat schon im Mittelalter in den Städten ein. Die Stadt wurde zur rein öffentlichen Körperschaft, die Allmende wurde städtisches Eigentum, das Sondereigentum der Bürger wurde frei. Doch erhielten sich vielfach Nutzungsrechte der Bürger an der Stadtmark. Auf dem Lande dagegen bestand nicht nur die alte Markgemeinde fort, sondern es erfolgte meist ihre Umbildung im Sinne des Übergewichts ihrer privatrechtlichen Seite. Der Kreis der vollberechtigten Genossen wurde abgeschlossen, indem das Vollgenossenrecht an die Zugehörigkeit zu einem bevorrechteten Personenkreise (Dorfpatriziat) oder an die altberechtigten Höfe oder an den Besitz einer vollen Hufe oder an den für sich vererblich und veräußerlich gewordenen Allmendanteil gebunden wurde; Abstufungen im Stimmrecht und Nutzungsrecht wurden eingeführt; die Zahl der bloßen Schutzgenossen (Beisassen, Hintersassen, Köter usw.) mehrte sich. Da aber auch die von der Markgemeinde Ausgeschlossenen besonders seit der Reformation an den neuen Gemeindeeinrichtungen (namentlich im Armenwesen) beteiligt wurden, entstand der Begriff einer engeren und einer weiteren Gemeinde.

In neuerer Zeit erfolgte überall die Auseinandersetzung zwischen dem öffentlichrechtlichen und dem privatrechtlichen Gemeindeverbande. Als Fortsetzung des örtlichen Gemeinwesens wurde (meist von oben her) auch auf dem Lande eine rein politische Gemeinde begründet. Die wirtschaftliche Seite der alten Markgemeinde hatte sehr verschiedene Schicksale. Zum Teil ging das Eigentum an den gemeinen Marken (besonders den großen Waldungen) auf die Landesherren über, während den Märkern höchstens Servituten verblieben. Zum Teil erlangten besondere, von der Gemeinde abgezweigte Genossenschaften (Agrargenossenschaften) das Eigentum an der Allmende oder einem Teil. Im übrigen wurde die Allmende Eigentum der politischen Gemeinde, blieb aber mit Nutzungsrechten der einzelnen belastet.

Endlich erstrebte seit dem Ende des 18. Jahrhunderts eine tief eingreifende staatliche Agrargesetzgebung überhaupt die völlige Auflösung der Reste der Markgemeinde. Unter der Leitung besonderer Auseinandersetzungsbehörden und mit Anwendung von Enteignungszwang erfolgten „Gemeinheitsteilungen". Die Allmenden wurden nach sehr verschiedenen, oft sehr willkürlichen Maßstäben (bald nach Nutzungsanteilen, bald nach Köpfen) zu Sondereigentum aufgeteilt. Die Gemengelage mit dem Flurzwange wurde durch Verkoppelung oder Zusammenlegung der Ländereien (Zwangstausch) beseitigt. Die genossenschaftlichen Nutzungsrechte wurden abgelöst. Doch sind die Allmenden nicht überall verschwunden und spielen namentlich in Süddeutschland und der Schweiz noch eine erhebliche Rolle. Neuerdings trat überhaupt eine den Allmenden günstige Gegenströmung ein. Die Teilung wurde wieder erschwert und namentlich hinsichtlich der gemeinen Waldungen ausgeschlossen.

II. Gemeindevermögen. Neben dem für die Zwecke der Gemeinde als solcher bestimmten eigentlichen Gemeindevermögen (in den Städten auch „Kämmereivermögen", auf dem Lande „Ortsvermögen" genannt) gibt es so auch heute vielfach ein für die wirtschaftlichen Bedürfnisse der einzelnen bestimmtes Gemeindevermögen, das in den Städten als „Bürgervermögen", auf dem Lande als „Nutzungsgut", „Genossengut", „Allmendgut" oder „Gemeindegliedervermögen" (Preuß. LGO. v. 1891 § 68) bezeichnet wird. Es umfaßt die Reste der Allmende, kann aber auch neu geschaffen werden. Hieran bestehen Nutzungsrechte für Gemeindeglieder mit verschiedenem Inhalt: bald reihenweise oder durch das Los, lebenslänglich oder auf Zeit, unentgeltlich oder gegen geringen Zins gewährte Sondernutzungsrechte an Teilstücken (Allmendäckern, -gärten oder -wiesen), bald gemeinsame Nutzungsrechte (Viehweide,

Holzschlag, Raff- und Leseholz usw.), bald bloße Bezugsrechte auf gewisse Fruchterträge (z. B. Holzgaben) oder Ersatz in Gelde („Allmendtaler"). Ihrer rechtlichen Natur nach sind die Gemeindenutzungsrechte noch heute im Zweifel mitgliedschaftliche Sonderrechte, somit privatrechtliche Ausflüsse der öffentlichrechtlichen Gemeindemitgliedschaft. Vielfach aber sind sie als „bürgerliche Nutzungen" grundsätzlich in reine Mitgliedschaftsrechte verwandelt, jedoch auch da, wo eine Zeitlang daraus Gleichberechtigung aller Ortsbürger und unbedingte Unterwerfung unter die Gemeindegewalt gefolgert wurde, durch die neuere Gemeindegesetzgebung wieder Sonderrechten angenähert (insbesondere durch Abhängigmachung des Erwerbes von einem Einkaufsgelde, Aufrechthaltung der als Realrechte hergebrachten besonderen Nutzungsrechte, Schonung herkömmlicher Klassenvorrechte, Schutz gegen willkürliche Schmälerung oder Entziehung durch Gemeindebeschluß). Endlich sind umgekehrt auch Gemeindenutzungsrechte in freie Privatrechte (gewöhnliche dingliche Rechte am Gemeinlande, die nur zufällig gewissen Gemeindegliedern zustehen oder mit bestimmten Höfen verbunden sind) übergegangen.

III. Agrargenossenschaften. Die aus der alten Markgemeinde stammenden besonderen Genossenschaften zum Zwecke der gemeinschaftlichen Benutzung von ländlichem Grundvermögen sind zum Teil schon vor der Auflösung der alten Agrarverfassung von der Ortsgemeinde abgezweigt (z. B. Wald-, Weide- oder Feldgenossenschaften, die „Haubergsgenossenschaften" und „Sohlstättengenossenschaften" in Rheinland und Westfalen, die „Alpengenossenschaften" im Hochgebirge, die „Gehöferschaften" im Trierschen, die ehemaligen „Weinbergsgenossenschaften"), teils bei der Auflösung der Markgemeinde aus der Absonderung der Nutzungsberechtigten hervorgegangen („Real-", „Nutzungs-", „Alt-", „Privat-" oder „Allmendgemeinden"). Ihre Rechtsverhältnisse bleiben vom BGB. unberührt (EG. a. 164). Sie sind im Zweifel Körperschaften, bisweilen aber auch nur Gemeinschaften zu gesamter Hand. Sie sind ferner selbständige Verbände mit eigener Verfassung, so daß der vielfach fortbestehende Zusammenhang mit der Ortsgemeinde als etwas juristisch Zufälliges erscheint. Sie sind weiter im Zweifel privatrechtliche Gebilde, wenn auch unter besonderer Staatsaufsicht. Sie sind immer Körperschaften genossenschaftlicher Struktur, die ein genossenschaftliches Gesamteigentum oder doch Gesamtnutzungsrecht an Grund und Boden haben, aus dem für die Mitglieder unantastbare Sonderrechte auf Nutzungen fließen. Sie sind endlich wirtschaftliche Genossenschaften, bei denen das Nutzungsrecht den Kern der Mitgliedschaft bildet. Viele von ihnen sind Realgenossenschaften, so daß die Mitgliedschaft mit bestimmten Grundstücken verbunden ist. Andere sind Vermögensgenossenschaften („Nutzungs-" oder „Rechtsamegemeinden"), indem ihr Grundvermögen in übertragbare Anteile zerlegt ist, an denen die Mitgliedschaft hängt.

Literatur: v. Löw, Über die Markgenossenschaften, 1829. F. Thudichum, Die Gau- und Markenverfassung in Deutschland, 1856. G. L. v. Maurer, Einleitung zur Geschichte der Mark-, Hof-, Dorf- und Stadtverfassung, 1854; Geschichte der Markenverfassung, 1856; Geschichte der Fronhöfe usw., 4 Bde., 1862; Geschichte der Dorfverfassung, 2 Bde., 1866; Geschichte der Städteverfassung, 4 Bde., 1968/71. v. Wyß, Zeitschr. f. schweiz. R. I 20 ff. A. Heusler, ebenda X 44 ff. v. Miaskowski, Die schweizerische Allmend usw., 1879. E. de Laveleye, Das Ureigentum, übersetzt und vervollständigt von Bücher, 1879. Haff, Geschichte einer ostalemannischen Gemeinlandsverfassung, 1903; Die dänische Allmende u. Markgenossenschaft 1909. Rennefahrt, Die Allmende im Berner Jura (Unters. H. 74), 1905. Schotte, Studien zur Geschichte der westfälischen Mark u. Markgenossenschaft, 1908. Barrentrapp, Rechtsgeschichte u. Recht der gemeinen Marken in Hessen, T. I, 1909. Hübner § 17—18. v. Schwerin 20 ff. — Renaud, Z. f. D. R. IX 1 ff. Römer, ebenda XIII 94 ff. Weiske, Prakt. Unters. III 174 ff. — A. Glatzel, Die Preußische Agrargesetzgebung, 1895. — Gierke, D. P.R. I § 71—74. Hanssen, Die Gehöferschaften (Erbgenossenschaften) im Reg.-Bez. Trier, 1863. Lappe, Die Gesecker Huden, 1907; Die Bauerschaften der Stadt Gesecke (Unters. H. 97), 1908; Die Sondergemeinden der Stadt Lünen, 1909; Die Bauerschaften u. Huden der Stadt Salzkotten (Beyerle, Beiträge VII 5), 1912. Haff, Die Weide-, Forst- und Alpengenossenschaften im rechtsrhein. Bayern u. das bürgerl. R. (Festgabe für v. Burkhard), 1910. Delius, Hauberge u. Haubergsgenossenschaften des Siegerlandes (Unters. H. 101), 1910. Weimann, Die Mark- u. Walderbgenossenschaften des Niederrheins (Unters. H. 106), 1911.

§ 32. **Die privatrechtlichen Genossenschaften.** Dem Privatrecht gehören neben manchen gewordenen Genossenschaften, von denen soeben die Agrargenossenschaften und früher (§ 23) die Familien des hohen Adels erwähnt sind, vor allem die gewillkürten Genossenschaften an, die durch freien Vereinigungsakt geschaffen sind. Das BGB. nennt sie technisch „Vereine".

Hinsichtlich der Vereine ist im heutigen Rechte zwar das germanische Prinzip der Vereinsfreiheit (innerhalb der durch die öffentlichrechtliche Vereinsgesetzgebung gezogenen Schranken) wiederhergestellt, dagegen das im älteren deutschen Recht damit verbundene Prinzip der Körperschaftsfreiheit nicht wieder durchgedrungen. Doch ist das polizeistaatliche Konzessionssystem, das die Partikulargesetzgebung fast überall durchführte, überwiegend durch das System der Normativbestimmungen verdrängt. Nach dem BGB. gelten in Ansehung der Rechtsfähigkeit (abgesehen von ausländischen Vereinen, deren Persönlichkeit der Verleihung oder Anerkennung durch den Bundesrat bedarf) verschiedene Regeln für Vereine, deren Zweck auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist, und für Vereine mit anderem (sog. „idealem") Zweck.

Wirtschaftliche Vereine erlangen in Ermangelung spezialgesetzlicher Regelung die Rechtsfähigkeit nur durch staatliche Verleihung (Konzessionssystem). Allein für ihre Haupttypen gelten besondere Reichs- oder Landesgesetze, die auf dem System der Normativbestimmungen beruhen. Dahin gehören von wirtschaftlichen Personalgenossenschaften (bei denen eine Vermögensgemeinschaft zwar entwickelt wird, aber Ausfluß, nicht Grundlage der Vereinigung ist) die reichsgesetzlich geregelten eingetragenen Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften und die Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit. Ferner von wirtschaftlichen Realgenossenschaften die landesrechtlich anerkannten freien Wassergenossenschaften. Endlich von Vermögensgenossenschaften die handelsrechtlichen Kapitalvereine (Aktiengesellschaften, Kommanditgesellschaften auf Aktien und Gesellschaften mit beschränkter Haftung), sowie nach Landesrecht die Gewerkschaften des Bergrechts.

Vereine für ideale Zwecke erlangen Rechtsfähigkeit durch Eintragung in das von den Gerichten geführte Vereinsregister. Sie haben ein Recht auf Eintragung, sobald sie die gesetzlichen Bedingungen erfüllen und nicht nach öffentlichem Vereinsrecht verboten sind oder verboten werden können. Allein eine Ausnahme hiervon gilt für Vereine, die einen politischen, religiösen oder sozialpolitischen Zweck verfolgen. Denn die Eintragung eines derartigen Vereins kann durch Einspruch der Verwaltungsbehörde gehindert werden (verhülltes Konzessionssystem). Religionsgesellschaften und geistliche Gesellschaften erwerben in Preußen überhaupt nur durch Spezialgesetz Persönlichkeit (Preuß. VU. a. 13, EG. z. BGB. a. 84).

Rechtsbeständige Vereine ohne juristische Persönlichkeit wurden von der gemeinrechtlichen Praxis bald als unvollkommene Körperschaften nach Körperschaftsrecht, bals als modifizierte Gesellschaften nach Gesellschaftsrecht behandelt. Das Preuß. ALR. weist ihnen die Stellung „erlaubter Privatgesellschaften" an, die nach innen Körperschaften, nach außen Gesellschaften sind. Das BGB. unterstellt die nicht rechtsfähigen Vereine grundsätzlich dem Gesellschaftsrecht, erkennt sie aber als „Vereine" an, für die einzelne Sonderbestimmungen gelten. Die Ausgestaltung des Gesellschaftsrechts im BGB. und die Abwandlungsfähigkeit der gesetzlichen Normalform ermöglicht solchen Vereinen in erheblichem Umfange die tatsächliche Durchsetzung ihres in Wirklichkeit körperschaftlichen Wesens.

Literatur: Rosin in Gruchots Beitr. XXVII 108 ff. — O. Gierke, Vereine ohne Rechtsfähigkeit, 2. Aufl. 1902. — v. Tuhr, Der Allg. T. des bürgerl. R. § 33—40.

§ 33. Die privatrechtlichen Stiftungen. Die Stiftung ist eine durch private Willenstat geschaffene Anstalt mit eigener Persönlichkeit. Keine Stiftung im technischen Sinne ist die Vermögenszuwendung an eine andere Verbandsperson mit Zweckbestimmung (sog. „unselbständige Stiftung"). Selbständige Stiftungen entwickelten sich zuerst im römischen Recht der christlichen Zeit als Stiftungen für milde Zwecke (pia corpora), die als kirchliche Rechtssubjekte galten und im Mittelalter unter kirchlichem Recht blieben. Daneben kam ein weltliches Stiftungswesen für andere gemeinnützige Zwecke und namentlich auch für Familienzwecke auf. Die neuere Gesetzgebung beließ nur die mit der Kirche zusammenhängenden Stiftungen unter Kirchenrecht, unterstellte dagegen alle anderen Stiftungen dem weltlichen Recht und staatlicher oder kommunaler Aufsicht. Jetzt regelt das BGB. die privatrechtliche Seite der Stiftungen. Daneben gilt, insbesondere für Familienstiftungen, ergänzendes Landesrecht.

Ihrem Wesen nach ist die Stiftung eine Verbandsperson. In der älteren Theorie wurde sie als Abart der Korporation behandelt. Als sie sodann seit Anfang des 19. Jahrh.

der Korporation als zweite Hauptart der juristischen Person gegenübergestellt und namentlich aus Anlaß des Staedelschen Beerbungsfalles eingehend untersucht wurde, drang mehr und mehr die Meinung durch, daß sie ein personifiziertes Vermögen sei. Doch fehlte es nie an Widerspruch. In Wahrheit ist das Vermögen auch hier nur Objekt. Subjekt ist ein als einheitlicher Willensträger organisierter menschlicher Verband, der sich in einer Veranstaltung darstellt, kraft deren der Wille des Stifters fortdauernd einen Inbegriff von Menschen beherrscht und einem bestimmten Zwecke dienstbar macht.

Zur Begründung der Stiftung gehört ein sozialer Schöpfungsakt des Stifters, der die Anstalt ins Leben ruft oder doch hierzu den entscheidenden Anstoß gibt. Damit aber verbindet sich untrennbar die rechtsgeschäftliche Widmung eines Vermögens. Die Stiftung kann durch schriftliche Erklärung unter Lebenden oder durch Verfügung von Todes wegen erfolgen. Außerdem bedarf es zur Entstehung der Stiftung, wie dies im Gegensatz zur gemeinrechtlichen Stiftungsfreiheit schon bisher die meisten Partikularrechte bestimmten, der staatlichen Genehmigung. Mit ihrer Entstehung erwirbt die Stiftung ohne weiteres die ihr zugewandten Rechte, soweit sie durch bloßen Abtretungsvertrag übertragbar sind, und im übrigen einen Anspruch auf Übertragung gegen den Stifter oder dessen Erben. Nach altem Gewohnheitsrecht, das im BGB. bestätigt ist, kann die Stiftung rechtswirksam zur Erbin eingesetzt oder sonst bedacht werden, wenn sie auch erst nach dem Tode des Zuwendenden Persönlichkeit erlangt (Analogie des nasciturus).

Das Leben der Stiftung wird durch ihre Verfassung nach Maßgabe der vom Stifter gegebenen oder seinem Willen gemäß aufgestellten Satzung bestimmt. Die Stiftung handelt durch ihre Organe (einen Vorstand und etwaige sonstige satzungsmäßige Organe). Die Organe haben den Willen des Stifters tunlichst auszuführen. Auch hierauf richtet sich die Aufsicht. Die Stiftung hat keine Mitglieder; die zum Stiftungsgenuß berufenen Personen haben regelmäßig nur einen verwaltungsrechtlich geschützten Anspruch auf Beobachtung der Satzung, können aber auch mit einem privatrechtlichen Anspruch ausgerüstet werden (z. B. bei Familienstiftungen). Eine Abänderung der Stiftung durch Umwandlung des Zwecks oder sonstige Satzungsänderung kann im Verwaltungswege erfolgen, wenn die Erfüllung des Stiftungszwecks unmöglich geworden ist oder die Stiftung das Gemeinwohl gefährdet. Dabei soll jedoch möglichst im Sinne des Stifters verfahren werden.

Beendigt wird die Stiftung durch Aufhebung, die unter gleichen Voraussetzungen wie die Umwandlung zulässig ist, und durch satzungsmäßige Erlöschungsgründe. Der Stiftungsnachlaß fällt an die in der Satzung bestimmte Person, sonst nach Landesrecht an den Staat oder die Gemeinde, die ihn aber möglichst für gleiche oder ähnliche Zwecke verwenden sollen.

Literatur: Mühlenbruch, Rechtliche Beurteilung des Städelschen Beerbungsfalles, 1828; in Glücks Komm. XXXIX 442 ff., XL 1 ff. Roth, Jahrb. f. Dogm. I 189 ff. Demelius, ebenda IV 139 ff. Schloßmann, ebenda XXVII 1 ff. Regelsberger, Z. f. Kirchenr. XI 191 ff. Kohler, Arch. f. bürg. R. III 228 ff. W. Stintzing, Das Stiftungsgeschäft des BGB. 1898. v. Tuhr, Der Allg. T. des deut. bürg. R. § 41. Gierke, D.P.R. I § 78. v. Schwerin 24.

Kapitel III. Personenrechtliche Gemeinschaften.

§ 34. Gemeinschaften zur gesamten Hand. Das deutsche Recht hat seit alter Zeit eine genossenschaftliche Form der personenrechtlichen Gemeinschaft (oben § 12) entwickelt, bei welcher die Teilhaber (Gemeiner, Ganerben, Gesellen) in ihrer genossenschaftlichen Verbundenheit (als Gemeinderschaft, Ganerbschaft, Gesellschaft) Subjekte eines Gesamtbereiches sind. Für ein derartiges Gemeinschaftsverhältnis ist der Name „gesamte Hand" (conjuncta manus) üblich geblieben, der von dem Rechtsbrauche stammt, die Verbundenheit der Personen durch das Sinnbild der bei Erwerbs-, Verfügungs- oder Verpflichtungshandlungen verschlungenen Hände zu veranschaulichen. Die gesamte Hand ist mit der Erhebung eines Teilhabers zum Gemeinschaftshaupte vereinbar, insofern die oberste Stelle grundsätzlich der Gemeinschaft gewahrt bleibt. Die älteste Gemeinschaft zur gesamten Hand war die fortgesetzte Hausgemeinschaft unter Miterben. Von hier aus drang die gesamte Hand in die herrschaftliche Hausgemeinschaft ein und wurde vielfach für die Gemeinschaft zwischen Mann und Frau und auch zwischen dem

überlebenden Ehegatten und den Kindern bestimmend. Die Gemeinschaft zur gesamten Hand überschritt dann das Familienrecht und entwickelte sich in den einzelnen Ständen zu besonderen Typen, in denen sie durch Aufnahme einer vertragsmäßigen Ordnung zugleich gefestigt und verfärbt wurde. Unter dem Landvolke entsprang daraus die bäuerliche Gemeinderschaft, im hohen Adel die Erbverbrüderung, im niederen Adel die ritterliche Ganerbschaft („Burgfriede"), im Bürgerstande die Arbeits- und Erwerbsgesellschaft, die Handelsgesellschaft, die Reederei. Dazu kam die lehnrechtliche Verwendung bei der Belehnung zur gesamten Hand. Endlich wurde die gesamte Hand auch zur Herstellung einer Personenverbindung für ein einzelnes Rechtsverhältnis (z. B. eine Forderung, eine Schuld, eine Vollmacht) verwertet. In der Zeit der Vorherrschaft des römischen Rechts zurückgedrängt, hat die gesamte Hand sich doch im Leben behauptet und in neueren Gesetzbüchern (besonders im Preuß. Landrecht, dann im Handelsgesetzbuch) wieder durchgesetzt. Manche Formen sind abgestorben, aber auch neue Formen sind erblüht. Auch das BGB. konstruiert die Gesellschaft des bürgerlichen Rechts, die eheliche Gütergemeinschaft nebst ihrer Fortsetzung und die Gemeinschaft unter Miterben im Sinne der gesamten Hand.

Das Rechtsprinzip der gesamten Hand ist nicht bloß ungleichmäßigster Verwendung, sondern auch stärkerer oder schwächerer Durchführung fähig. Immer erwirkt es vom Personenrecht her eine Umbildung der von ihm ergriffenen sachen- oder schuldrechtlichen Verhältnisse und bringt eine Annäherung des Individualrechts an das Sozialrecht hervor.

Bei jeder Gemeinschaft zur gesamten Hand besteht ein Bereich des ungeteilten Gesamtrechts, in dem die Gemeiner nur in ihrer Verbundenheit als Personeneinheit (kollektive Einheit) berechtigt und verpflichtet und zum Handeln berufen sind. Ursprünglich fand die Personeneinheit in häuslicher Lebensgemeinschaft (Gemeinschaft des Brotes und Salzes) Ausdruck, so daß durch Sonderung der Hausstände die gesamte Hand unterging. Frühzeitig aber wurde statt der Tatteilung (Totteilung, Grundteilung) eine bloße Nutzteilung (Mutschierung, Orterung) möglich, die der gesamten Hand nicht schadet („Totteilung bricht gesamte Hand, Mutschierung bricht nicht gesamte Hand"). So konnte sich die gesamte Hand zu einem rein ideellen Bande verflüchtigen. Die Personeneinheit äußert sich unter den Gemeinern in einer Willensverbundenheit, vermöge deren im Bereiche des Gesamtrechts ein Gemeinschaftswille (einstimmiger Beschluß, Mehrheitsbeschluß, Entscheidung eines Hauptes oder verwickeltere Ordnung) herrscht. Die Personeneinheit wird aber auch Dritten gegenüber in mehr oder minder ausgebildeter kollektiver Rechts- und Handlungsfähigkeit wirksam. Während bei Substanzverfügungen (namentlich über Grundstücke) regelmäßig alle zusammen tätig werden müssen, gilt im übrigen vielfach eine Vertretung kraft gesamter Hand, so daß die Gemeinschaft durch ein Haupt oder einen Mitträger dargestellt wird.

Dem Gesamtrecht steht Sonderrecht der einzelnen Gemeiner gegenüber, insbesondere bei Vermögensgemeinschaften irgendwie ein „Anteil" am Gemeinschaftsgegenstande. Aber bei den strengeren Formen der gesamten Hand ist dieser Anteil während des Bestandes der Gemeinschaft unwirksam und hat überhaupt nur anwartschaftliche Bedeutung; auch ist er oft der Größe nach vorläufig unbestimmt oder wechselnd. Er ist ferner bei den ursprünglichen Formen der Verfügung des Teilhabers entzogen, vererbt nur auf Nachkommen oder überhaupt nicht und gibt keinen Teilungsanspruch. Doch gibt es auch Formen mit frei veräußerlichen und vererblichen Anteilen (z. B. Reederei), sowie Formen mit Teilungsanspruch (z. B. Erbengemeinschaft). Nur erschöpft sich auch hier das Gemeinschaftsverhältnis niemals in den sonderrechtlichen Anteilen. Wird ein Anteil (durch Verzicht, Verwirkung, Tod ohne Erbfolge) erledigt, so tritt Anwachsung (Konsolidation) ein; das Recht am Gemeinschaftsgegenstande konzentriert sich bei den übrigen Gemeinern oder dem einzigen Verbleibenden. Den Sonderrechten entsprechen Sonderpflichten.

Literatur: Stobbe, Z. f. Rechtsgesch. IV 207 ff. Kuntze, Z. f. Handelsr. VI 177 ff. Heusler, Inst. I § 50—53, II § 128, 145 ff., 162. Kohler, Gesammelte Abh., S. 421 ff. Wippermann, Über Ganerbschaften, 1873. M. Weber, Zur Geschichte der Handelsgesellschaften im Mittelalter, 1889. M. Huber, Die Gemeinderschaften der Schweiz, 1897. G. Cohn, Gemeinderschaften und Hausgenossenschaft, 1898. O. Gierke, Genossenschaftsr. II 923 ff.; Genossenschaftsth., S. 339 ff.; D.P.R. I § 80. Hübner § 21. v. Schwerin 25 ff.

§ 35. Gemeinschaften kraft Herrschaftsrechts. Die herrschaftliche Form der personenrechtlichen Gemeinschaft liegt vor, wenn eine Personenmehrheit so verbunden ist, daß ihre Personeneinheit in der Person eines Gewalthabers zur Erscheinung kommt. Durch Beteiligung der unterworfenen Gesamtheit an der Ausübung der herrschaftlichen Gewalt wird sie im Sinne der gesamten Hand abgewandelt, aber nicht aufgehoben.

Auch diese Gemeinschaftsform wurzelt im germanischen Familienrecht. Ihre älteste Gestalt ist das Haus als die vom Hausherrn beherrschte und vertretene Hausgemeinschaft. Die hausherrliche Gewalt heißt Munt (d. h. Hand). Die Munt gewährt ein Herrschaftsrecht an der Person, daher Anspruch auf Gehorsam und Dienst, verpflichtet aber auch zu Schutz und Fürsorge, ist also zugleich „Vormundschaft". Nach außen hat der Muntwalt die Hausangehörigen zu vertreten, aber auch für sie zu haften. Die Munt ergreift auch das Hausvermögen, gibt daher dem Muntwalt, soweit er nicht Eigentümer ist, Verwaltung und Nutzung für die Zwecke der Hausgemeinschaft („vormundschaftliche Gewere"). Sie läßt aber den Hausangehörigen freie Sonderbereiche und kann durch Sonderrechte der Glieder innerhalb der Gemeinschaft beschränkt sein. Die Munt erstreckt sich auf die Ehefrau und die Kinder, ergreift aber auch fremde in die Hausgemeinschaft eingetretene Personen, den Gast, das hörige und später auch das freie Gesinde. Im Laufe der Zeit differenzierte sich die Munt zu den verschiedenen familienrechtlichen Gewalten und der sonstigen Hausgewalt. Nach der Rezeption ging der Gedanke der Einheit des Hauses fast verloren. Doch erhielt er sich nicht nur in der Lebensanschauung, sondern wird auch heute im Familienrecht und zum Teil auch im Gesinderecht und bei sonstigen mit Eintritt in die Hausgemeinschaft verbundenen Dienstverhältnissen wirksam.

Die Erweiterung der herrschaftlichen Gemeinschaft über den häuslichen Kreis hinaus führte zu zahlreichen Herrschaftsverbänden, in denen die herrschaftliche Gewalt zunächst als eine Art von Munt („Standesvormundschaft") aufgefaßt, später unter anderen Namen fortgebildet wurde. Hierher gehört der Vasallitätsverband und dessen Verdinglichung im Lehnsverbande. Sodann der dienstrechtliche Verband des Herrn und der ritterlichen Mannen. Weiter der hofrechtliche Verband des Grundherrn und der vogteipflichtigen, hörigen oder eigenen Bauern und der daraus hervorgegangene gutsherrlich-bäuerliche Verband, den die neuere Agrargesetzgebung auflöste. Endlich der geschäftsherrliche Verband, den das Handelsrecht in der Einheit des Handlungshauses, das Seerecht in der Schiffsgemeinschaft, das Gewerberecht zunächst in dem Verbande des Meisters mit Gesellen und Lehrlingen, neuerdings aber überhaupt in dem Verbande des gewerblichen Unternehmers mit seinen Gehilfen und Lehrlingen ausbildete. Hat auch die neuere Gesetzgebung bei der Regelung der gewerblichen Herrschaftsverbände nicht mit der Form des Individualrechts gebrochen, so ist sie doch durch deren innere Natur mehr und mehr dazu gedrängt worden, das den Dienstvertrag beherrschende Obligationenrecht im Sinne des Personenrechts abzuwandeln und zugleich das Vereinzelungsrecht in Gemeinschaftsrecht überzuführen. Die für größere Betriebe zu erlassende Arbeitsordnung ist mit der Kraft einer autonomischen Satzung ausgestattet. In der Bildung von Arbeiterausschüssen sind die Anfänge einer Beteiligung der Glieder am Verbandsleben gesetzlich ausgeprägt.

Literatur: Gierke, D.P.R. § 80a. Steinbach, Genossenschaftliche und herrschaftliche Verbände in der Organisation der Volkswirtschaft, 1901.

Kapitel IV. Persönlichkeitsrechte.

§ 36. Persönlichkeitsrechte überhaupt. Das oberste Privatrecht ist das allgemeine Recht der Persönlichkeit, das allen besonderen Rechten zugrunde liegt und in sie alle hineinreicht. Das römische Recht gewährte dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht einen umfassenden privatrechtlichen Schutz vermöge der actio injuriarum, prägte aber besondere einzelne Persönlichkeitsrechte nicht aus. Das deutsche Recht dagegen hat eine Reihe besonderer Persönlichkeitsrechte ausgestaltet und das moderne Recht ist darin fortgefahren. Solche Rechte, die auch „Rechte an der eigenen Person", oder „Individualrechte" genannt werden, gewährleisten ihrem Subjekte die Herrschaft über ein bestimmtes Persönlichkeitsgut, einen ausgeschiedenen Bestandteil

des persönlichen Bereiches. Sie stehen nicht nur den Einzelpersonen, sondern auch den Verbandspersonen zu.

Ihrem Wesen nach bilden sie eine eigene Gattung von Rechten, sind aber untereinander so verschiedenartig, daß nur wenige allgemeine Grundsätze für sie gelten. Sie sind sämtlich absolute Rechte, die ein Verbietungsrecht gegen Eingriffe einschließen. Sie sind ferner Privatrechte, zu deren Schutz daher (neben der Strafrechtsordnung und der verwaltungsrechtlichen Fürsorge) Selbsthilferecht und grundsätzlich Klagerecht (auf Anerkennung, Beseitigung und Unterlassung von Eingriffen, Wiederherstellung oder Ersatz) besteht. Sie sind endlich von Hause aus keine Vermögensrechte, können aber einen vermögensrechtlichen Inhalt in sich aufnehmen oder entfalten. Manche von ihnen sind daher zugleich Vermögensrechte, somit „Rechte an unkörperlichen Sachen" („Immaterialgüterrechte"). So kann denn auch die höchst persönliche Natur dieser Rechte Abwandlungen erfahren. Viele von ihnen sind übertragbar, sei es der Ausübung nach oder sei es sogar der Substanz nach, sei es für sich oder sei es als Realrechte mit einem Grundstücke oder als geschäftliche Rechte mit einem Geschäftsbetriebe. Manche sind auch vererblich. Doch sind auch die vererblichen Persönlichkeitsrechte vielfach nicht ewig, sondern befristet. Andere erlöschen auch vor dem Tode durch Fristablauf.

§ 37. Arten der Persönlichkeitsrechte. Zu den Persönlichkeitsrechten gehört vor allem das Recht auf leibliche Unversehrtheit; Verletzungen des Lebens, des Körpers oder der Gesundheit sind, sofern nicht ein Eingriffsrecht besteht, Privatrechtsverletzungen (BGB. § 823). Aus der Verletzung entspringen privatrechtliche Ersatzansprüche. Das Recht ist mit der Persönlichkeit gegeben und heute unverzichtbar, während das älteste deutsche Recht eine Verpfändung und ein Verspielen des Lebens und einzelner Glieder kannte. Es ist auch nur teilweise der Verfügung seines Subjektes unterworfen und (im Gegensatze zur alten Friedlosigkeit) nur teilweise verwirkbar.

Ähnlich verhält es sich mit dem Recht auf Freiheit (BGB. § 823). Während das alte Recht Veräußerung und Verpfändung der Freiheit zuließ, ist heute das Recht auf Freiheit unverzichtbar. Dagegen unterliegt es der Verfügung und kann daher durch Rechtsgeschäfte in der Ausübung beschränkt werden. Die Rechtsordnung zieht aber der Selbstbindung feste Grenzen, damit die Selbstbeschränkung nicht in Selbstvernichtung ausarte. Das Recht ist verwirkbar.

Als ein aus der Persönlichkeit fließendes besonderes Privatrecht muß auch das Recht auf Ehre anerkannt werden, so daß Ehrverletzung Rechtsverletzung ist. Im Gegensatz zum alten Recht, das eine Verpfändung der Ehre kannte, ist das Recht auf Ehre unverzichtbar. Der Verfügung ist es grundsätzlich nicht entzogen. Es kann teilweise verwirkt werden (oben § 26). Besonders erworbene Ehrenrechte unterliegen nicht bloß der Verwirkung, sondern auch dem Verzicht. Dagegen sind sie regelmäßig unübertragbar. Doch gibt es vererbliche und selbst (mit einem Grundstück oder einem Geschäft, vgl. Seuff. XLVI Nr. 46) veräußerliche Ehrenrechte.

Soweit aus besonderen Zuständen (z. B. Geburts- oder Berufsstand) eine eigentümliche Rechtsstellung im Privatrecht folgt, entsprechen ihnen Zustandsrechte (Statusrechte).

Eine eigenartige Klasse der Persönlichkeitsrechte sind die Namenrechte. Am Namen als dem äußeren Kennzeichen der Persönlichkeit besteht nach einem durch das BGB. aufgenommenen Gewohnheitsrecht ein durch Klage gegen Bestreitung wie gegen Anmaßung geschütztes Privatrecht. Den Schutz genießt sowohl der Familienname wie der Vorname, aber auch der angenommene (Schriftsteller- oder Künstler-) Name. Desgleichen der Name einer Verbandsperson. Der kaufmännische Name hat als „Firma" eine besondere handelsrechtliche Ausgestaltung empfangen; er ist zwar nicht für sich, aber mit dem kaufmännischen Geschäft veräußerlich und vererblich (vgl. Handelsrecht).

Verwandt mit den Namenrechten sind die Zeichenrechte. Uralter Zeit entstammt die Verwendung eines figürlichen Zeichens, der „Marke", als ständigen Zeichens der Persönlichkeit. Die Marke diente in mannigfacher Weise als Personalzeichen (z. B. beim Losen durch Einritzen in die Losstäbchen, bei Urkunden als Handzeichen), als Vermögenszeichen (an Tieren, Häusern, Waren mit Bedeutung für den Eigentumsbeweis, die Besitzergreifung und

die Besitzübertragung) und als Ursprungszeichen (von Künstlern, Handwerkern, Kaufleuten). Das Recht an der Marke, das ursprünglich dem einzelnen Volksgenossen zustand („Hausmarke"), wurde oft mit dem Grundbesitz verknüpft („Hofmarke"), oft auch zum Familienzeichen und zum Genossenschaftszeichen entwickelt. Mitunter war es veräußerlich. Es war als ein gegen Bestreitung und Anmaßung voll geschütztes Privatrecht anerkannt. Seit dem 16. Jahrhundert geriet das Markenrecht in Verfall, ist aber bis heute nicht erloschen. Eine überaus bedeutungsvolle Erneuerung erfuhr die Marke als gewerbliches Warenzeichen (vgl. das Handelsrecht). In ihrem Gebrauche als Familienzeichen und als Körperschaftszeichen wurde die Marke schon im Mittelalter durch das Wappen ersetzt. Adlige und bürgerliche Familienwappen sind auch heute gleich dem Namen geschützt, so daß ein Privatrecht auf Führung und auf Verbot oer Führung durch Unbefugte besteht. Auch den Verbandspersonen aber gebührt ein ausschließliches Recht an ihren Wappen.

Zu den Persönlichkeitsrechten gehören ferner die Rechte, die ihrem Subjekt einen bestimmten wirtschaftlichen Tätigkeitsbereich gewährleisten. Das deutsche Recht entwickelte mancherlei besondere Rechte auf Erwerbstätigkeit mit Ausschluß anderer. Solche Rechte, die man Monopolrechte nennen kann, beruhen teils auf staatlichem Regal und daraus fließender Verleihung, teils auf Privilegien. Sie kommen besonders als Realrechte oder als Rechte von Verbandspersonen vor. Dahin gehören die ausschließlichen Gewerbeberechtigungen, von denen die Zunftprivilegien völlig beseitigt sind, dagegen einzelne staatliche Gewerberegale und manche Realgewerbegerechtigkeiten noch vorkommen. Ferner die Bann- und Zwangsrechte, die dem Berechtigten ein ausschließliches Recht auf Kundschaft im Bannbezirk und daher ein Verbietungsrecht gegen Befriedigung bestimmter wirtschaftlicher Bedürfnisse bei anderen (zum Teil sogar ein Recht auf Abnahme einer bestimmten Menge von Erzeugnissen) gewähren; diese Rechte, unter denen das Recht der Bannmühle, der Brauereizwang, der Brennereizwang und der Kelterbann die verbreitetsten waren, sind teils aufgehoben, teils für ablösbar erklärt und können durch Rechtsgeschäft nicht neu begründet werden; soweit aber landesrechtlich ältere Bannrechte fortbestehen (EG. a. 74), ergreifen sie auch die im Bannbezirk neu entstehenden Betriebe (RGer. XXXIX Nr. 36). Endlich die ausschließlichen Aneignungsrechte an gewissen herrenlosen Sachen (davon im Sachenrecht). Im übrigen gilt heute der Grundsatz der Gewerbefreiheit, demzufolge das Recht zu beliebiger wirtschaftlicher Erwerbstätigkeit Ausfluß des allgemeinen Persönlichkeitsrechtes ist und nur vom öffentlichen Recht her beschränkt wird. Ein besonderes Persönlichkeitsrecht aber erwächst aus dem konkreten Gewerbebetriebe, der vermöge der in ihm verkörperten Persönlichkeitsgüter (Kundschaft, Geschäftsbeziehungen, Ruf, Kredit usw.) die individuell erarbeitete Grundlage weiterer erfolgreicher Tätigkeit bildet. Dieses Recht aus dem Gewerbebetriebe, das Vermögenswert hat und mit dem Geschäft vererbt und veräußert wird, genießt privatrechtlichen Schutz gegen rechtswidrige Eingriffe. Insbesondere ist es zwar nicht gegen Schädigung durch freien Wettbewerb, wohl aber gegen unlauteren Wettbewerb geschützt. (Davon im Handelsrecht.)

Reich entfaltet sind auf deutschrechtlicher Grundlage die Persönlichkeitsrechte aus geistiger Schöpfung: die Urheberrechte und das Erfinderrecht. Sie bilden heute eine besondere Rechtsprovinz.

Als ein besonderes Persönlichkeitsrecht hat neuerdings das Recht am eignen Bilde gesetzliche Anerkennung errungen. Schon meldet sich auch ein Recht an der eigenen Stimme an.

Durchgesetzt hat sich mehr und mehr auch ein Recht an der eigenen Geheimsphäre, aus dem unter anderem der Schutz gegen unbefugte Veröffentlichung von Briefen folgt.

Literatur: Gareis, in Busch Archiv XXXV 196 ff. Kohler, Jahrb. f. Dogm. XVIII 129 ff., 251 ff., Busch Arch. XLVII 167 ff. Gierke, D.P.R. I § 81 ff. Maschke, Die Persönlichkeitsrechte, insbesondere im bürgerl. R., T. I 1902. — Gareis, Das Recht am menschlichen Körper, in der Königsberger Festgabe für Schirmer, 1900, S. 59 ff. — S. Levi, Vorname und Familienname im Recht, 1888. Kohler, Das Individualrecht als Namenrecht, Arch. f. b. R. V 77 ff. O. Fischer, ebenda VI 306 ff. M. Isaac, Der Schutz des Namens nach den Reichsgesetzen, 1899. R. Süpfle, Das Namenrecht nach dem BGB., 1899. Opel, Arch. f. z. Pr. LXXXVII 313 ff. A. Manes, Das Recht des Pseudonyms, 1899. Olshausen,

Verhältnis des Namenwechsels zum Firmenrecht, 1900. — Michelsen, Die Hausmarke, 1853. Homeyer, Die Haus- und Hofmarken, 1870. G. Lastig, Markenrecht u. Zeichenregister, 1889. Kohler, Das Recht des Markenschutzes, 1884, 2. Aufl. als „Warenzeichenrecht", 1910. Gierke, Die germanische Hausmarke in „Markenschutz und Wettbewerb", XI. Jahrg. (1912) S. 598 ff. F. Hauptmann, Das Wappenrecht, 1896. — Keyßner, Das Recht am eignen Bilde, 1896. G. Cohn, Neue Rechtsgüter (Das Recht am eignen Namen, das Recht am eignen Bilde), 1902. — Giesker, Das Recht des Privaten an der eignen Geheimsphäre, 1905; Der Rechtsschutz des Briefes in der Schweiz, 1908. — Schweiz. ZGB. a. 28 mit Komm. von Egger. — Dazu die im Handelsrecht angegebene Literatur über Warenzeichen und über Schutz gegen unlauteren Wettbewerb sowie die Literatur über Urheber- und Erfinderrecht.

Drittes Buch. Sachenrecht.

Kapitel I. Die Sachen.

§ 38. Die Sachen als Gegenstände des Sachenrechts. Gegenstände des Sachenrechts sind zunächst die körperlichen Sachen. Das deutsche Recht hat aber in umfassendem Maße das Sachenrecht auf unkörperliche Sachen erstreckt. Insbesondere stellte es zahlreiche dauernde Gerechtigkeiten (namentlich auch Persönlichkeitsrechte und darunter viele mit zugleich öffentlichrechtlichem Inhalt) als „liegenschaftliche Gerechtigkeiten" den Grundstücken gleich. Solche selbständigen Gerechtigkeiten sind auch heute Gegenstände des Immobiliarsachenrechts. Gewisse dingliche Rechte (Nießbrauch und Pfandrecht) sind auch an anderen unkörperlichen Sachen möglich.

Literatur: Gierke, D.P.R. I § 31, II § 100. Hübner § 24. v. Schwerin S. 27 ff.

§ 39. Sacharten. Das deutsche Recht verstattete der ungleichartigen Beschaffenheit der Sachen einen sehr viel größeren Einfluß auf das daran bestehende Recht, als das römische Recht. Es erhob demgemäß gewisse natürliche Unterschiede der Sachen zu rechtlichen Unterschieden und bildete andererseits von der Rechtsordnung her besondere Rechtseigenschaften von Sachen aus. Im Zusammenhange damit kennt es Rechtshandlungen, die darauf gerichtet sind, einer Sache eine besondere juristische Eigenschaft zu verleihen.

I. Unbewegliche und bewegliche Sachen. Der Unterschied beweglicher und unbeweglicher Sachen, für den die deutsche Rechtssprache die Ausdrücke liegendes Gut (Liegenschaft) und Fahrnis (fahrende Habe) hatte, spaltete das gesamte Sachenrecht in zwei gesonderte Systeme, wirkte aber auch in das Schuld-, Familien- und Erbrecht hinein. Durch das römische Recht zurückgedrängt, in den Landesrechten erhalten, hat die germanische Auffassung neuestens gerade in diesem Punkte einen Siegeszug zu verzeichnen. Die deutschrechtliche Unterscheidung knüpfte an den natürlichen Gegensatz an. Doch traten durch Rechtssätze Verschiebungen ein, indem manche Sachen allgemein oder in bestimmten Beziehungen verliegenschaftet oder entliegenschaftet wurden. So wurden Seeschiffe und wertvolle Sachinbegriffe dem Liegenschaftsrecht unterworfen; auch heute gilt für Seeschiffe und größere Flußschiffe in wichtigen Beziehungen Liegenschaftsrecht. Andererseits erhielt sich für Häuser auch nach ihrer festen Verbindung mit Grund und Boden und zum Teil auch für Pflanzen die Behandlung als Fahrnis („Was die Fackel verzehrt, ist Fahrnis"), bis allgemein die Zurechnung des „stehenden Guts" zum liegenden Gut durchdrang. In gewissem Umfange (besonders im Familienrecht) waren auch rechtsgeschäftliche Ver- und Entliegenschaftungen anerkannt (erhalten im französischen R.). Endlich wurde die Unterscheidung auch auf unkörperliche Sachen ausgedehnt und so die Einteilung des ganzen Vermögens in unbewegliches und bewegliches ermöglicht (Code civ. a. 516, BGB. § 1551).

II. Besondere Arten von Liegenschaften. Kraft natürlicher Beschaffenheit sind Waldungen, Gewässer, Bergwerke usw. einem Sonderrecht unterworfen; kraft eines an ihnen begründeten Rechtsverhältnisses nehmen Lehen, Stammgüter, Rittergüter, Bauergüter (heute

„Höfe" und „Anerbengüter") besondere Eigenschaften an. Teils auf natürlicher Beschaffenheit, teils auf rechtlicher Bestimmung beruht die Besonderheit der öffentlichen Sachen. Sie stehen nach deutscher Auffassung im Eigentum (regelmäßig, wie schiffbare Ströme, Landstraßen, Meeresufer und Häfen, des Königs oder Landesherrn, vielfach aber auch der Gemeinde oder einer Privatperson), das Privatrecht an ihnen wird aber durch die öffentlichrechtliche Bestimmung für den Gemeingebrauch zurückgedrängt. Doch wurde der Gemeingebrauch mehr und mehr durch die Ausbildung von Regalien eingeengt, die dem Staate gewisse Nutzungen vorbehielten. Auch die für den kirchlichen Gemeingebrauch bestimmten Sachen sind nach der in das kanonische Recht übergegangenen deutschen Auffassung Gegenstand eines nur durch die Zweckbestimmung gebundenen Eigentums; so namentlich Kirchengebäude und Kirchhöfe, an denen auch eigentümliche Privatrechte (Kirchstuhlsrecht, Erbbegräbnisrechte) vorkommen.

III. Besondere Arten von Fahrnis. Das deutsche Recht unterschied vielfach die Tiere („getriebenes" oder „essendes Gut") und die leblosen Sachen („getragenes Gut", „Kisten- oder Schreinsgut"). Besondere Rechtssätze deutscher Herkunft gelten für die unpfändbaren Sachen. Eine wichtige Sachart ist das Geld; die für das Geld ausgebildeten besonderen sachenrechtlichen Sätze finden auch auf die Geldzeichen Anwendung. Bewegliche Sachen sind auch die Urkunden; an ihnen aber wird das Sachenrecht vielfach um des verbrieften Rechtes willen abgewandelt, ja nach dem BGB. (§ 952) folgt das Eigentum und sonstige dingliche Recht an ihnen unbedingt dem verbrieften Recht. Das umgekehrte Verhältnis aber besteht bei den Wertpapieren (unten § 41).

Literatur: Gierke, D.P.R. II §§ 101—102, 107. Hübner §§ 25—26. Biermann, Die öffentlichen Sachen, 1905.

§ 40. Die Sachverbände. Das deutsche Recht kennt objektiv wirksame Sachverbindungen.

I. Überhaupt. Sachen sind zunächst die Sachindividuen, wie sie durch die Natur (z. B. Tiere), menschliche Herstellung (z. B. Geräte), künstliche Grenzziehung (z. B. Grundstücke) oder Verkehrsanschauung (z. B. Mengesachen) bestimmt werden. Ein Sachindividuum kann mannigfach zusammengesetzt sein, seine Bestandteile sind aber immer nur Sachteile, nicht Sachen. Doch ließ das deutsche Recht besondere Rechte an Sachteilen zu. So beim Stockwerkseigentum (Geschoßeigentum) gesondertes Eigentum an einzelnen Geschossen oder Gelassen eines Bauwerks; so besonderes Eigentum an Gebäuden oder anderen fest mit dem Boden verbundenen Werken; so besonderes Eigentum oder doch dingliches Aneignungsrecht an stehenden Bäumen und ungetrennten Früchten. Auch nach dem BGB. sind besondere Rechte an unwesentlichen Sachteilen (daher z. B. an Flächenabschnitten eines Grundstücks) möglich. Nicht dagegen an wesentlichen Bestandteilen (Stockwerkseigentum kann nach EG. a. 182 fortbestehen, aber nicht neu entstehen). Doch gelten Gebäude und zum Teil auch Pflanzen unter Umständen nicht als Grundstücksbestandteile, sondern als selbständige Sachen (BGB. § 95).

Sachindividuen können aber miteinander zu neuen Sachganzen verbunden sein, die als solche selbständige Rechtsobjekte sind und den Gegenstand von einheitlichem Sachenrecht bilden, während zugleich die Bestandteile Sachen für sich und daher aller Rechtsschicksale von Sachindividuen fähig bleiben. Es gibt zwei Formen der Sachverbände.

II. Hauptsache und Zubehör. Mehrere Sachen können zu einem Sachganzen verbunden sein, für das eine von ihnen als Hauptsache den herrschenden Bestandteil bildet, während die anderen als Zubehörstücke für den Dienst der Hauptsache bestimmt sind. Das deutsche Recht, dem das BGB. in den Hauptpunkten folgt, knüpft an solche Zusammengehörigkeit nicht nur subjektive Wirkungen im Sinne der Willensauslegung, sondern objektive Wirkungen in dem Sinne, daß die Zubehörsachen von Rechts wegen den sachenrechtlichen Schicksalen der Hauptsache folgen. Immer aber bleiben sie Sachen für sich mit besonderen Eigenschaften und können daher stets besonderen Rechtsschicksalen unterworfen werden. Die Begründung und Aufhebung solcher Sachverbindung vollzieht sich durch Rechtshandlungen, jedoch nur, insofern ein nach der Verkehrsanschauung geeigneter Tatbestand verwirklicht wird. Im älteren deutschen Recht bestanden vor allem mannigfaltig abgestufte Zugehörigkeitsverhältnisse der Grundstücke zueinander. Sie sind weggefallen. Dagegen hat sich die Behandlung

des Gutsinventars als Zubehör des Landguts und des Gewerbeinventars als Zubehör des für den Gewerbebetrieb dauernd eingerichteten Gebäudes erhalten. Bei sonstigem Gebäudeinventar stellte das deutsche Recht eine Vermutung für Zubehöreigenschaft von allem auf, was „erd-, mauer-, niet- und nagelfest" ist. Der Begriff wurde im deutschen Recht auch auf unkörperliche Sachen ausgedehnt.

III. Gesamtsache. Mehrere Sachen können zu einem Sachinbegriff verbunden sein, für den die Gesamtheit der verbundenen Sachen bestimmend ist. Die für das ältere deutsche Recht sehr bedeutungsvolle Rechtsobjektivität einer solchen Gesamtsache ist auch aus dem geltenden Recht, obschon das BGB. von ihr schweigt, nicht verschwunden. Es gibt zwei Arten von Gesamtsachen (in der älteren Theorie wenig glücklich als universitas facti und universitas juris unterschieden).

1. Körperliche Gesamtsache ist ein als Sacheinheit behandelter Inbegriff von körperlichen Sachen, wie ehemals das Heergewäte (die zur kriegsmäßigen Ausrüstung gehörigen Sachen) und die Gerade (weibliche Kleidung, Schmuck und Hausrat), heute das Warenlager, die Bibliothek, das Inventar, die Herde usw. Soweit besondere Rechtsverhältnisse am Sachganzen anerkannt sind, werden die ordnungsmäßig ausscheidenden oder einverleibten Stücke ohne weiteres gelöst oder ergriffen. Doch gehen die besonderen Rechtsverhältnisse an den Einzelsachen vor.

2. Unkörperliche Gesamtsache ist ein als objektive Einheit behandelter Vermögensinbegriff. In gewissem Umfange wurde im deutschen Recht das Gesamtvermögen einer Person als Sacheinheit anerkannt (so bei der Vergabung und der Vererbung). Vor allem aber bildete das deutsche Recht eine Fülle von Sondervermögen aus, die den Gegenstand einheitlicher Rechte bilden. Der Begriff des Sondervermögens ist auch für das heutige Recht von hoher Bedeutung. Beispiele sind das Lehnsvermögen, das Stammgutsvermögen, die ehelichen Gütermassen, das Handelsvermögen, das Schiffsvermögen; ferner alles Gesellschaftsvermögen; schließlich überhaupt das Grundvermögen, in stärkster Ausprägung die durch neuere Gesetze geschaffene „Bahneinheit".

Literatur: H. Göppert, Über einheitliche, zusammengesetzte und Gesamtsachen, 1871. Kuntze, Die Kojengenossenschaft und das Geschoßeigentum, 1888. M. Wolff, Der Bau auf fremdem Boden, insbesondere der Grenzüberbau, 1900. H. Meyer, Die rechtliche Natur der nur scheinbaren Bestandteile eines Grundstücks (in Festgabe f. Dahn), 1905. Kohler, Zur Lehre von den Pertinenzen, Jahrb. f. Dogm. XXVI 42 ff. P. Wäbner, Die Pertinenz im modernen Recht, 1899. Birkmeyer, Über das Vermögen im juristischen Sinn, 1879. Gierke, D.P.R. II §§ 103—105. Hübner § 27. v. Schwerin S. 28 ff.

§ 41. Die Verknüpfung von Rechten mit Sachen. Das deutsche Recht verknüpfte in mancherlei Weise dergestalt Rechte mit Sachen, daß die Sachen als Rechtsträgerinnen erscheinen und das Subjekt des Rechts bestimmen. Damit gewinnt das die Schicksale der Sache bestimmende Sachenrecht Macht über das wie immer geartete Recht. Vor allem gehören hierher das liegenschaftsrechtliche Gebilde der Realrechte und das fahrnisrechtliche Institut der Wertpapiere.

I. Realrechte („subjektiv dingliche") Rechte sind Rechte, die mit einem Grundstück dergestalt verknüpft sind, daß ihr Subjekt der jeweilige Eigentümer des Grundstücks ist. Solche Rechte werden von allen sachenrechtlichen Schicksalen des Grundstücks mitergriffen (nach bisheriger Auffassung als Zubehörungen, nach BGB. § 96 als Bestandteile). Doch bedarf es zur Ausübung mitunter noch einer persönlichen Eigenschaft des Berechtigten, bei deren Mangel dann das Recht ruht. Im älteren deutschen Recht wurden namentlich öffentliche Rechte aller Art und mancherlei Persönlichkeitsrechte (auch Standesrechte), aber auch dingliche und persönliche Vermögensrechte mit dem Grundbesitz verknüpft. Heute kommen nach dem BGB. Dienstbarkeiten, Reallastberechtigungen und dingliche Vorkaufsrechte, nach Landesrecht Gewerberechte, Bannrechte, Aneignungsrechte, Gemeindenutzungsrechte, kirchliche Patronatsrechte und Kirchstuhlrechte, in Mecklenburg auch noch Landstandschaft und Gutsobrigkeit als Realrechte vor.

II. Wertpapiere sind Urkunden, mit denen ein Recht seinem Bestande nach verknüpft ist; das verbriefte Recht wird durch die Urkunde nicht nur bewiesen, sondern ist in ihr gewissermaßen verkörpert.

Die Wertpapiere wurzeln in der germanischen Geschäftsurkunde (oben § 13), durch deren Geben und Nehmen das beurkundete Recht begründet wurde. Aus ihr wurde ein Wertpapier, wenn auch der fernere Bestand des Rechtes an die Urkunde geknüpft, insbesondere die Übertragung des Rechts von der Übergabe und die Ausübung von der Vorzeigung der Urkunde abhängig gemacht wurde. Später entwickelten sich auch nichtkonstitutive Urkunden (z. B. Aktien) zu Wertpapieren. Bei manchen Wertpapieren ist die translative oder die exerzitive Funktion unvollkommen ausgebildet.

Die Wertpapiere zerfallen in Rektapapiere, Orderpapiere und Inhaberpapiere, je nachdem sie auf den Namen eines bestimmten Berechtigten und nur auf ihn oder auf den Namen eines Berechtigten und außerdem auf jede andere Person, die von ihm Order haben werde, oder überhaupt nicht auf einen Namen, sondern auf jeden Inhaber oder Überbringer (porteur) lauten. Die Orderklausel, die schon in fränkischer Zeit begegnet, hatte in Deutschland die Form „oder dem getreuen Inhaber", wurde aber mehr und mehr in die romanische Form gegossen; bei manchen Wertpapieren (Wechsel, Namenaktien) versteht sie sich von selbst. Das Inhaberpapier kommt im langobardischen Recht seit dem 9. Jahrhundert als alternatives, seit dem 10. Jahrhundert als reines Inhaberpapier, in Deutschland seit dem 13. Jahrhundert in beiderlei Gestalt vor; doch ist das alternative Inhaberpapier allmählich verkümmert. Rektapapiere, Orderpapiere und Inhaberpapiere weisen eine Stufenfolge in der Steigerung des Wertpapiergedankens auf.

Je nach der Beschaffenheit des verkörperten Rechts unterscheidet man personenrechtliche, sachenrechtliche und obligationenrechtliche Wertpapiere; zur ersten Gruppe gehören die Mitgliedschaftspapiere, zur zweiten die liegenschaftsrechtlichen Hypotheken-, Grundschuld- und Rentenschuldbriefe und die fahrnisrechtlichen Warenpapiere, zur dritten die Forderungspapiere (in Form von Schuldscheinen oder von Anweisungen, auf bestimmte oder unbestimmte Geldsummen oder auf andere Leistungen).

Immer aber folgt das Recht aus dem Papier dem Recht am Papier: das Eigentum am Papier bedeutet zugleich Rechtszuständigkeit, Nießbrauch oder Pfandrecht am Papier Nießbrauch oder Pfandrecht am verbrieften Recht, Besitz des Papiers Möglichkeit der Rechtsausübung. Somit entscheiden die für das Recht am Papier maßgebenden Regeln des Mobiliarsachenrechts zugleich über das Recht aus dem Papier, werden aber gerade deshalb bei den einzelnen Arten der Wertpapiere mannigfach abgewandelt.

Das vollkommene Wertpapier spielt schon bei der Begründung des Rechts eine wesentliche Rolle. Das Recht entsteht erst in und mit dem Papier. Außerdem aber ist nach der geschichtlich begründeten Vertragstheorie erforderlich, daß das Papier weggegeben und vom papiergemäß Berechtigten genommen ist. (Anders nach der Kreationstheorie, nach der die Ausstellung der Urkunde das Rechtsverhältnis schafft.)

Das Papier ist ferner für die Übertragung des Rechts unentbehrliches Mittel. Beim Rektapapier aber muß, damit das Eigentum mit der Übergabe übergehe, ordnungsmäßige Rechtsabtretung hinzukommen. Beim Orderpapier genügt ein auf dem Papier selbst in Schriftform vollzogener, abstrakt wirkender Übertragungsvermerk, das „Indossament", das auch in blanco lauten kann. Beim Inhaberpapier reicht die Übergabe des Papiers mit Übereignungswillen aus. Ähnlich verhält es sich mit Nießbrauchs- und Pfandbestellung.

Die Ausübung des Rechts fordert beim vollkommenen Wertpapier Vorzeigung des Papiers („Präsentationspapier") und ist bei vollständiger Erfüllung durch Aushändigung des Papiers bedingt („Einlösungspapier"). Ist daher das Papier abhanden gekommen oder vernichtet, so kann das Recht nicht ausgeübt werden. In erheblichem Umfange jedoch wird durch Kraftloserklärung auf Grund eines gerichtlichen Aufgebotsverfahrens geholfen (Entkörperun des Rechts und erforderlichenfalls Wiederverkörperung in neuer Urkunde).

Der Besitz des Papiers ermöglicht wirksame Ausübung des Rechts durch den Nichtberechtigten. Beim Rektapapier muß freilich der Besitzer nachweisen, daß er der benannte Berechtigte ist oder von diesem ein Recht herleitet oder Vollmacht hat. Vielfach aber

ist der Aussteller nur berechtigt, nicht verpflichtet, die Legitimation des Vorzeigers zu prüfen („Legitimationspapier"). Beim Orderpapier genügt die Legitimation des Besitzers durch eine äußerlich formgerechte Kette von Indossamenten. Beim Inhaberpapier ist ohne weiteres jeder Inhaber legitimiert.

Literatur: Gierke, D.P.R. II § 106. — Brunner, Zur Rechtsgeschichte der röm. u. german. Urkunde, Bd. I, 1880; Die Wertpapiere, in Endemanns Handb. des Handelsrechts II 140 ff. G. des Marez, La lettre de foire à Ypres au XIIIe siècle, 1901. H. O. Lehmann, Zur Theorie der Wertpapiere, 1890. A. Bruschettini, Trattato dei titoli al portatore, 1898. Jacobi, Die Wertpapiere des bürgerlichen Rechts, 1901; dazu Pappenheim, Krit. V. Schr. XLIV 334 ff. Jacobi, Das Wertpapier als Legitimationsmittel, 1906. Gierke, D.P.R. II §§ 108—112. Hübner § 88.

Kapitel II. Gewere, Besitz und Grundbuchrecht.

§ 42. Die Gewere. Das deutsche Sachenrecht wurde und wird vom Gedanken der Publizität beherrscht. Jedes Herrschaftsrecht an einer Sache muß, um voll wirksam zu werden, in offensichtliche Erscheinung treten. Die gehörige sachenrechtliche Erscheinungsform aber ist, bis sie sich etwa als bloßer Schein erweist, mit selbständigen Rechtswirkungen ausgestattet.

Allgemeine sachenrechtliche Erscheinungsform ist im deutschen Mittelalter die Gewere (französisch saisine, englisch saisin). Das Wort Gewere, das ursprünglich Bekleidung (vom got. vasjan, althochdeutsch werjan) heißt und daher lateinisch mit vestitura (investitura) wiedergegeben wird, bedeutet zunächst die als Bekleidung mit der Sachherrschaft vorgestellte (daher auch durch Bekleidungssymbole versinnbildlichte) Einführung in die Sachherrschaft, dann den hiermit hergestellten Zustand und endlich überhaupt jedes an einer Sache begründete Herrschaftsverhältnis, das als formelles Rechtsverhältnis anerkannt ist. Die Gewere ist also das Kleid, die allgemeine Form der Sachenrechte, zugleich aber ein vom materiellen Sachenrecht verschiedenes selbständiges Rechtsverhältnis, mit dem sich ein rechtswirksamer Schein verknüpft. Sie zehrt nicht (wie Albrecht meinte) das materielle Sachenrecht ganz auf; vielmehr steht dieses selbständig dahinter und bricht den Schein, wenn er sich als trügerisch erweist. Sie ist aber auch nicht (wie Heusler annimmt) nur das dem Recht entsprechende tatsächliche Gewaltverhältnis (possessio), sondern (wie namentlich Huber gezeigt hat) die als Rechtsverhältnis wirksame Erscheinungsform des Sachenrechts.

Darum konnte der Begriff der Gewere einem mannigfachen Differenzierungsprozeß unterliegen.

Gewere hat zunächst, wer sich tatsächlich als Herrn einer Sache erweist, indem er sie nach Art selbständiger Rechtsausübung (nicht bloß als unselbständiger Verwalter oder Hausgenosse) beherrscht. Das ist leibliche Gewere (hebbende, brukende gewere, saisine de fait). Schon hier aber spalten sich Liegenschaftsrecht und Fahrnisrecht. An Liegenschaften äußert sich die Gewere im „Nutzen und Brauchen"; Gewere hat, wer das Gut „in nutz und gelde" hat, Früchte daraus bezieht, Zins davon empfängt, Dienste davon entgegennimmt oder es sonst benutzt (z. B. das Haus bewohnt). Darum ist hier mehrfache Gewere möglich; über der „lediglichen" Gewere des unmittelbaren Besitzers kann eine Gewere des Zins- oder Dienstherrn bestehen. An Fahrnis dagegen äußert sich die Gewere im „Haben", in leiblichem Gewahrsam. Doch erstreckt sich die Gewere an einem Grundstück mittelbar auf die Fahrnis „in der Were", soweit an ihr nicht besondere Gewere besteht. Und das liegenschaftliche Geweresystem wird auf Vermögensganze (z. B. die Erbschaft) und insoweit auch auf bewegliche Sachen als Vermögensbestandteile erstreckt.

Das Liegenschaftsrecht sonderte sich weiter vom Fahrnisrecht durch die Entwicklung einer ideellen Gewere (saisine de droit), die unabhängig von tatsächlicher Herrschaft dem zugeschrieben wird, der kraft offenkundiger Berufung als Herr der Sache erscheint. Solche Gewere gibt der Erbgang (le mort saisit le vif). Ebenso das Urteil. Sodann vor allem die feierliche und förmliche Auflassung (unten § 44). Endlich wird dem gewaltsam Entwerten trotz des Verlustes der leiblichen Gewere so lange, bis er sich verschwiegen hat, noch Gewere zugesprochen.

Die durch Auflassung erworbene Gewere steigert sich zur rechten Gewere, wenn sie Jahr und Tag ohne gerichtliche Anfechtung bestanden hat (Sachsensp. II a. 44 § 1).

Mit der Scheidung von Landrecht, Lehnrecht und Hofrecht trat der landrechtlichen Gewere des Herrn eine lehnrechtliche Gewere des Vassallen und eine hofrechtliche Gewere des Bauern gegenüber. Schon zur Zeit der Rechtsbücher aber wurde die Lehnsgewere, später auch die hofrechtliche Gewere zugleich vom Landrecht anerkannt und geschützt.

Mehr und mehr wurde so überhaupt von der Eigengewere („egenlike gewere", Sachsensp. I a. 44 § 3) dessen, der eine Sache als ihm gehörig beherrscht, die einer begrenzten Rechtsherrschaft entsprechende beschränktere Gewere unterschieden; es gibt lehnische, Erbzins-, Leibzuchts-, Satzungs-, Pacht-, Mietsgewere, Gewere zu treuer Hand und Gewere zu rechter Vormundschaft.

Endlich findet eine Gewere auch an unkörperlichen Sachen statt. Für liegenschaftliche Gerechtsame (oben § 38) gilt das ganze Geweresystem. Aber auch an dinglichen Rechten, mit denen keine Sachgewere verbunden ist, wird eine Gewere anerkannt. So namentlich an Zinsen und Renten.

Die Wirkungen der Gewere fließen aus dem Grundgedanken, daß die Gewere eine rechtliche Vermutung für das in ihr erscheinende Recht begründet. Daraus erklärt sich ihre defensive, offensive und translative Funktion.

Die Gewere dient der Rechtsverteidigung. Gewere soll, selbst wenn sie unrechtmäßig gewonnen ist („raubliche", „diebliche" Gewere), nur mit Urteil und Recht gebrochen werden. Daher gibt sie gegen jeden außergerichtlichen Angriff die Befugnis der Selbstverteidigung. Aber auch gegen den gerichtlichen Angriff erleichtert sie die Rechtsverteidigung, indem sie eine vorteilhafte Prozeßlage verschafft, insbesondere einen Beweisvorzug begründet. Wer Gewere für sich hat, ist näher zum Beweise des Rechts. Steht Gewere gegen Gewere, so entscheidet die stärkere Gewere. Stärkste Gewere ist die rechte Gewere; wer sie für sich hat, kann die Rechtmäßigkeit seines Besitzes durch einfachen Eid (nach salfränkischem Recht sogar ohne Eid) erhärten und braucht nicht auf seinen Gewährsmann zurückzugehen.

Die Gewere dient ferner der Rechtsverwirklichung. Sie gibt einen Anspruch auf Verwirklichung des ihr entsprechenden Zustandes, zum Teil gegenüber einer schwächeren Gewere durch Eigenmacht („Unterwinden"), zum Teil (wenn Urteil oder Auflassung zugrunde liegt) durch gerichtliche Besitzeinweisung, im übrigen nur durch Klage, die aber durch die Prozeßvorteile aus der Gewere erleichtert wird. So entspringt der ideellen Gewere ein Anspruch auf Herstellung (für den Entwerten auf Wiederherstellung) der leiblichen Gewere. Die anwartschaftliche Gewere gibt beim Eintritt der Bedingung, von der ihre Verwirklichung abhängt, Bemächtigungs- und Klagerecht. Die infolge Weggabe der Sache ganz oder teilweise ruhende Gewere begründet, sobald das Besitzrecht erledigt ist, eine Klage auf Rückgewähr; diese Klage um anvertrautes Gut geht aber nur als Liegenschaftsklage gegen jedermann, dagegen als Fahrnisklage nur gegen den Empfänger („Hand wahre Hand"). Endlich gibt auch frühere Gewere, sobald sie unfreiwillig verloren ist, eine Klage auf Herausgabe der Sache; diese Klage aus unfreiwillig verlorener Gewere geht auch als Fahrnisklage gegen jedermann.

Die Gewere dient schließlich der Rechtsübertragung. Die Übertragung von Gewere ist das allgemeine Mittel für die Übertragung oder Begründung von Sachenrecht. Hier aber spalten sich Liegenschafts- und Fahrnisrecht, indem dort mehr und mehr die Übertragung ideeller Gewere entscheidend wurde (vgl. unten § 44), hier die Einräumung leiblicher Gewere erforderlich ist. An sich ist die Gewere nur Mittel der Rechtsübertragung, so daß der Rechtserwerb durch Rechtsmangel beim Vorgänger gehindert wird. Allein in erheblichem Umfange wohnt der Gewere Legitimationskraft inne, vermöge deren sie formelle Verfügungsmacht im Verkehr gibt. Während daher einerseits, wer Recht übertragen will, Gewere haben muß, wird anderseits, wer dem von der Gewere erweckten Schein traut, in seinem Rechtserwerb geschützt. Er erlangt zunächst die Gewerevorteile, zuletzt aber möglicherweise, trotz Mängel im Recht des Vorgängers, das Recht selbst. Im Liegenschaftsrecht heilt die „rechte Gewere" insoweit, als sie die Verschweigung der Anfechtungsrechte bewirkt, Mängel des Rechtstitels. In Fahrnisrecht schützt der Satz „Hand wahre Hand" den Erwerber vor der Verfolgung der Ansprüche Dritter.

Alle Gewere ist gerichtlich geschützt. Das deutsche Recht kannte aber keine besonderen Besitzschutzklagen, sondern behandelte die Frage, wem die Gewere und welche Gewere

jedem gebührt, als eine im Hauptverfahren um das Gut zu entscheidende Vorfrage. Dabei galten zahlreiche Beweisregeln, die im allgemeinen darauf beruhen, daß ältere Gewere als fortbestehend angenommen wird, bis ihre Verdrängung durch jüngere Gewere erwiesen ist (in zweifelhaften Fällen entscheidet Befragung der Umsassen oder Gottesurteil oder wird die Gewere gleich geteilt). Hauptzweck der Vorentscheidung über die Gewere ist Gewinnung der richtigen Prozeßlage; zugleich aber kann vorläufige tatsächliche Herstellung oder Wiederherstellung des der anerkannten Gewere entsprechenden Zustandes verlangt werden.

Literatur: Albrecht, Die Gewere als Grundlage des älteren deutschen Sachenrechts, 1828. Stobbe, Art. „Gewere" in Ersch und Grubers Encyklopädie. Heusler, Die Gewere, 1872. E. Huber, Die Bedeutung der Gewere im deutschen Sachenrecht, 1894. Gierke, D.P.R. II § 113. Hübner § 28, 57. Naendrup, Die Gewere-Theorien (Rechtsscheinforschungen II), 1910. H. Meyer, Das Publizitätsprinzip im deut. bürg. R., 1909. v. Schwerin S. 37 ff.

§ 43. Der Besitz. Mit dem römischen Recht drang die römische Besitzlehre in Deutschland ein. Obschon aber selbst der Name der Gewere verschwand, ging das System der Gewere keineswegs unter. Vielmehr war die Lehre von der possessio schon in der italienischen Doktrin unter Aufnahme germanischer Gedanken umgebildet und erfuhr in Deutschland weitere Verwandlungen. Im gemeinen Recht siegte dann freilich seit Savignys berühmter Schrift über den Besitz in vielen Punkten eine romanistische Gegenströmung. Aber in den Partikularrechten hatten sich die deutschrechtlichen Einwirkungen verfestigt. Und das Sachenrecht des BGB., in dem das deutsche Publizitätsprinzip zu neuem Leben erweckt ist, läßt sich ohne Wiederanknüpfung an die Gewere gar nicht verstehen. Nur setzt im heutigen Recht der Besitz, da sein Begriff von der possessio abstammt, nicht die ganze, sondern nur die leibliche Gewere fort. Was von der ideellen Gewere fortlebt, steckt im Grundbuchrecht (unten § 45).

Der Begriff des Besitzes umfaßt gleich dem der Gewere heute nicht nur den „Eigenbesitz", sondern jede tatsächliche Sachherrschaft, die als selbständige Rechtsausübung auftritt. Erkannte schon das Preußische Landrecht jede selbstnützige Inhabung als („unvollständigen") Besitz an, so stempelt das BGB. auch die selbständige Verwaltungsinhabung zu echtem Besitz und schreibt nur dem unselbständigen Verwalter bloße Detention für den Besitzer zu. Gleichzeitig aber sieht das BGB. in der über dem Lehnbesitz (Nutzungs-, Pfand-, Pacht-, Miets-, Leih-, Verwahrungsbesitz usw.) sich betätigenden Oberherrschaft des Besitzherrn wahren Besitz (sog. „mittelbaren Besitz"), kennt also gleich dem deutschen Recht mehrfachen Besitz (möglicherweise vielfach abgestuften Unter- oder Oberbesitz) an derselben Sache. Im Gegensatz zum deutschen Recht gilt dies nicht bloß für Liegenschaften, sondern auch für Fahrnis. Dagegen hat das BGB. die auf deutschrechtlicher Grundlage im gemeinen Recht und in den großen Gesetzbüchern vollzogene Ausdehnung des Rechtsbesitzes auf alle sich in dauernder Ausübung bewährenden Rechte nicht aufgenommen, schränkt vielmehr in Anlehnung an das römische Recht den Besitzschutz auf den Servitutenbesitz ein.

Seinem Wesen nach ist der heutige Besitz gleich der Gewere ein Rechtsverhältnis. Er wird durch Rechtshandlungen und in erheblichem Umfange durch Rechtsgeschäfte (Besitzverträge) erworben und verloren und bildet den Gegenstand einer Rechtsnachfolge. Der Besitz kann übertragen werden und geht gemäß dem partikularrechtlich fortgepflanzten Prinzip der Vererblichkeit der Gewere von selbst auf den Erben über (BGB. § 857).

Unter den Wirkungen des Besitzes entstammt seine Bedeutung für die Ersitzung aus dem römischen Recht. Daß der Besitz gegen eigenmächtige Entziehung oder Störung Selbsthilfeschutz und Gerichtsschutz genießt, hat er mit der Gewere wie mit der possessio gemein. Römischen Ursprungs aber sind die aus den possessorischen Interdikten entwickelten besonderen Besitzschutzklagen. Allerdings wurden sie durch die Ausgestaltung des possessorium ordinarium mit seiner Bevorzugung des älteren Besitzes (neben dem das possessorium summariissimum zum Schutz des jüngsten ruhigen Besitzes eingeführt wurde) und durch die auf Grund des kanonischen Rechts entwickelte Spolienklage, die man auch dem selbstnützigen Detentor gab und bei jedem unfreiwilligen Besitzverlust zuließ, stark germanistisch umgebildet. Allein wenn in Partikularrechten und besonders im preußischen Recht die ordentlichen Besitzklagen vollständig in deutsche Besitzrechtsklagen aus älterem Besitz gegen jeden Schlechterberechtigten umgewandelt

wurden, so wurde im gemeinen Recht ihr lange erschütterter rein possessorischer Charakter wiederhergestellt. Auch das BGB. regelt die Ansprüche aus Entziehung oder Störung des Besitzes als reine Besitzschutzansprüche, die es nur dem veränderten Besitzesbegriff anpaßt, und schließt Einreden aus dem Recht auf Besitz grundsätzlich aus.

Daneben aber legt das BGB. dem Besitz eine Wirkungskraft für Verteidigung und Durchsetzung des in ihm erscheinenden Rechts selbst bei. Diese formale sachenrechtliche Kraft des Besitzes ist rein deutschen Ursprungs. Darum eignet sie auch nur dem Fahrnisbesitz, während im Liegenschaftsrecht die entsprechenden Funktionen der Gewere auf den Grundbucheintrag übergegangen sind. Sie äußert sich erstens in der durch den Besitz begründeten Vermutung für ein ihm entsprechendes Eigentum oder dingliches Recht, die nur gegenüber dem, der den Besitz unfreiwillig verloren hat, versagt (BGB. § 1006). Zweitens in der auch bei bloß persönlichem Besitzrecht dem Besitzer zustehenden Einrede gegen den Herausgabeanspruch des Eigentümers (§ 986 Abs. 2). Drittens in der mit der alten Fahrnisklage aus unfreiwillig verlorener Gewere übereinstimmenden Klage aus früherem Besitz, die als Besitzrechtsklage auf endgültige Herausgabe der abhanden gekommenen Sache geht und nur am besseren Besitzrecht des gegenwärtigen Besitzers oder an eigenem bösgläubigem Besitzerwerbe scheitert (§ 1007).

Hinsichtlich der Rechtsübertragung hat der Besitz bei Fahrnis die Bedeutung der Gewere als Übertragungsmittel von Eigentum und dinglichem Recht und ihre Legitimationskraft übernommen, während bei Grundstücken auch hier der Grundbucheintrag die Gewerefunktion fortsetzt.

Literatur: Bruns, Das Recht des Besitzes im Mittelalter und in der Gegenwart, 1848. Delbrück, Die dingliche Klage des deutschen Rechts, 1857. Cosack, Der Besitz des Erben, 1871. O. Gierke, Die Bedeutung des Fahrnisbesitzes für streitiges Recht, 1897; D.P.R. II §§ 114—116. Hübner § 29.

§ 44. Die Form des Liegenschaftsverkehrs im deutschen Recht. Die Durchführung des Publizitätssystems im Liegenschaftsverkehr äußerte sich seit alter Zeit darin, daß die Übereignung von Grundstücken an eine feierliche und öffentliche Übertragung der Gewere gebunden war. Der Veräußerungsvertrag gibt nur einen Anspruch auf Übereignung. Aus der Fort- und Umbildung dieses Gedankens entsprang der gesamte Formalismus des Liegenschaftsrechts.

I. Ursprünglich fand die Übereignung auf dem Grundstücke selbst vor zugezogenen Gemeindezeugen statt. Sie zerfiel aber in zwei verschiedene Handlungen. Die erste von ihnen ist die Sala (traditio), die als feierliche, mit „Hand und Mund" (d. h. mit Sinnbildern und deutenden Worten) vollzogene Willenserklärung einen dinglichen Vertrag darstellt. Sie setzt sich zusammen aus der Gabe (Übereignungserklärung unter Darreichung einer aus dem Boden gehobenen Scholle), der symbolischen Investitur (Bekleidung des Erwerbers mit dem Handschuh oder einem anderen Herrschaftszeichen, z. B. Messer) und der Auflassung (der Verzichts- oder Räumungserklärung, der resignatio oder dem se exitum dicere des Veräußerers, bei den Franken durch Wurf von Halm oder Stab als effestucatio, bei den Sachsen durch Gelübde mit gekrümmten Fingern vollzogen). Als zweite Handlung schloß sich unmittelbar die Gewere (vestitura) an, die gleichfalls feierliche Einführung in den leiblichen Besitz; wollte der Erwerber nicht im unmittelbaren Besitz bleiben, so gehörte zur Vollwirksamkeit des Besitzwechsels die ihn offenkundig machende sessio triduana (unmittelbarer Besitz durch drei Tage und drei Nächte).

II. Fortbildung. Die Fortbildung knüpfte daran an, daß die Salung vom Grundstücke an einen anderen öffentlichen Ort (bei Traditionen an die Kirche oft in die Kirche) verlegt wurde. Dabei trat neben die volksrechtlichen Formen die traditio per cartam (durch Hinlegen und Aufnehmen der Geschäftsurkunde). Vor allem aber wurde die Vergabung vor Gericht (zuerst vor dem Königsgericht) üblich. Sie schließt mit einem Urteil, daß die Gabe recht und redlich geschehen sei, mit einem richterlichen Aufgebot der Anfechtungsberechtigten und mit der richterlichen Bestätigung („Friedewirken"). Hieraus fließen besondere Vorteile. Der Erwerber erlangt das Gerichtszeugnis und auf Verlangen eine Gerichtsurkunde; er hat einen

urteilsmäßigen Anspruch auf Besitzeinräumung und erforderlichenfalls auf gerichtliche Besitzeinweisung; er erzielt endlich den sofortigen Ausschluß aller Anfechtungsberechtigten, die zugegen waren und schwiegen, nach Jahr und Tag aber die rechte Gewere und den Ausschluß der übrigen Anfechtungsberechtigten, sofern sie nicht wegen eines Hinderungsgrundes sich erst später verschweigen. Zuerst im sächsischen Recht (Sachsensp. I a. 52 § 1) und dann auch sonst wurde die gerichtliche Auflassung zur alleinigen landrechtlichen Übereignungsform erhoben. Mit dieser Umbildung Hand in Hand ging die immer kräftigere Ausbildung der ideellen Gewere, deren Übertragung nun die Kraft der dinglichen Rechtsänderung völlig an sich zog.

III. Verzweigung. Die Übereignungsform erfuhr entsprechende Abwandlungen, wenn nicht volles, sondern beschränktes (insbesondere bloß anwartschaftliches oder rückfälliges) Eigentum übertragen werden sollte; gibt der Veräußerer nicht alles Recht auf, so bleibt die Auflassungserklärung weg; hat der Erwerber schon Gewere, so bedarf es keiner Investitur. Mit der Verselbständigung der begrenzten dinglichen Rechte bildeten sich besondere gerichtliche Bestellungs- und Übertragungsformen für diese aus. Aber auch die liegenschaftlichen Gerechtigkeiten und Vermögensinbegriffe wurden der Auflassung zugänglich. — Gegenüber der landrechtlichen Auflassung entwickelten sich ferner besondere Formen des dinglichen Rechtsgeschäfts in anderen Rechtskreisen: die lehnrechtliche Investitur vor dem Lehnsgericht, der hofrechtliche Empfang vor dem Hofgericht, die Übertragung fürstlicher Herrschaften mit besiegelter Urkunde vor dem Reichsgericht, die stadtrechtliche Fertigung vor dem Rat.

IV. Verbindung mit den öffentlichen Büchern. Die zukunftreichste Neubildung war die Verbindung, die zuerst in den Städten und dann auch auf dem Lande die Auflassung mit dem Institut der Grundbücher (oben § 13) einging. Schon früh trug man sowohl den Eigentumswechsel wie die Belastungen der Grundstücke in die Grundbücher ein. Anfänglich nur des Beweises wegen. Aber schon im Mittelalter wurde vielfach die Eintragung zur wesentlichen Schlußhandlung, so daß nun die dingliche Rechtsänderung sich durch Auflassung (oder sonstigen dinglichen Vertrag) und Eintragung vollzog.

V. Entwicklung seit der Rezeption. Seit der Rezeption galten die römischen Sätze, nach denen an unbeweglichen wie beweglichen Sachen Eigentum durch Tradition auf Grund eines Titels übertragen, dingliches Recht aber durch bloßen Vertrag begründet wird, als gemeines Recht. Allein fast überall in den Partikularrechten lebte die gerichtliche Handlung beim Grundstücksverkehr fort, meist in Verbindung mit einer Bucheintragung oder doch mit gerichtlicher Prüfung und Bestätigung. Vielfach freilich schrumpfte sie zu bloßer gerichtlicher Form des Veräußerungsvertrages zusammen. Anderswo hielt man zwar an der Übereignung durch Tradition fest, ließ aber eine Belastung von Grundstücken mit Hypotheken nur im Wege der gerichtlichen Bestellung und Eintragung in ein Hypothekenbuch zu, so daß nur der eingetragene „Bucheigentümer", er aber auch, wenn er nicht der „wahre Eigentümer" ist, das Grundstück belasten, dagegen nur der wahre Eigentümer es veräußern kann. Dieses im einzelnen sehr ungleich ausgestaltete System der Hypothekenbücher wurde vielfach (in Preußen seit der HypO. v. 20. Dez. 1783, in Bayern 1822, in Württemberg 1825) allgemein eingeführt. Zum Teil auch in den Gebieten des französischen Rechts in Verbindung mit dem französischrechtlichen Eigentumsübergange durch bloßen Vertrag (so in Baden schon 1809), während der Code civil an die Um- und Einschreibung im Grundbuch nur gewisse Vorteile knüpft. Es gab aber auch Gebiete, in denen sich das reine deutsche Recht erhielt, so daß Übereignung wie Belastung an gerichtliche Handlung gebunden blieb. Bisweilen ohne eigentliche Grundbücher, wie in Bremen (so noch Erbe- und Handfesten-O. v. 1833 u. 1860) und im gemeinen Sachsenrecht (Übereignung durch „Allodialinvestitur"), meist aber in Verbindung mit vollem Grundbuchsystem, wie in Lübeck, Hamburg und anderen Städten, in Teilen von Mecklenburg, Hannover, Schleswig, Holstein usw. Die grundsätzliche Rückkehr zu diesem System vollzog zuerst das Österr. GB. (neues Ges. v. 25. Juni 1871), dann die Gesetzgebung einzelner deutscher Staaten (sächs. Ges. v. 1843 u. sächs. GB., thüringische, mecklenb., nassau. und hess. Ges.) und schweizerischer Kantone. Vor allem aber in erweitertem Umfange das preuß. Ges. v. 5. Mai 1872, das allmählich mit Abwandlungen in alle Provinzen (außer Nassau) eingeführt und in anderen Staaten nachgebildet wurde. Hier wurde namentlich das dingliche Rechts-

geschäft wieder vom obligatorischen Vertrage, mit dem es vielfach vermischt worden war, losgelöst und bei der Übereignung als „Auflassung" formell ausgestaltet. Auf der Grundlage des preußischen Rechts ruht das BGB. (§ 873—992) nebst der Reichsgrundbuchordnung.

Literatur: Stobbe, Die Auflassung im deutsch. R., Jahrb. f. Dogm. XII 137 ff. Haiß, Traditio und investitura, 1876. Sohm, Zur Geschichte der Auflassung, 1879. Bewer, Sala, traditio, vestitura, 1880. H. Brunner, Zur Rechtsgeschichte der röm. u. german. Urkunde, 1880. Aubert, Grundbögernes Historie, 1892. P. Rehme, Das Lübecker Oberstadtbuch, 1895; Geschichte des Münchener Grundbuchs, 1903; über das älteste Bremische Grundbuch, 1908; Über die Breslauer Stadtbücher, 1909; Zur Geschichte des Grundbuchwesens in Berlin (in Festschrift für Gierke), 1911. Beyerle, im Konstanzer Häuserbuch III S. 23 ff., 1908. Böckel, Die Grundstücksübereignung in Sachsen-Weimar-Eisenach (Unters. H. 109), 1911. Gierke, D.P.R. II §§ 117—119. Hübner §§ 30, 34. v. Schwerin S. 44 ff.

§ 45. Das Grundbuchrecht. Mit der Erhebung des Grundbuchrechtes zum gemeinen deutschen Recht ist das Liegenschaftsrecht durchweg dem Publizitätsprinzip unterstellt. Die Grundbücher werden als öffentliche Bücher von den Grundbuchämtern (in der Regel den Amtsgerichten, partikularrechtlich aber auch von anderen Staats- oder Gemeindebehörden) geführt. Ihre Einrichtung ist in den Grundzügen reichsrechtlich geregelt, im einzelnen aber landesrechtlich ungleich gestaltet. Abgesehen von gewissen (besonders öffentlichen und fiskalischen) Grundstücken, die vom Buchungszwange befreit sind, wird jedes Grundstück und jede liegenschaftliche Gerechtigkeit (in der Regel auf einem besonderen Blatt) gebucht. Die Eintragungen bei den einzelnen Grundstücken erfolgen auf Antrag, ausnahmsweise auch von Amts wegen. Die Prüfung erstreckt sich nur auf die formellen Voraussetzungen (Konsensprinzip). Für den durch Versehen angerichteten Schaden haftet der Staat (oder die Gemeinde) mit Vorbehalt des Rückgriffes gegen den schuldigen Beamten.

Der Bucheintrag hat sachenrechtliche Bedeutung. Er bestimmt den Grundstücksbestand, so daß Veränderungen der Sacheinheit erst durch Ab- und Zuschreibungen zustande kommen. Er ist ferner erforderlich, damit eine rechtsgeschäftliche Änderung der dinglichen Rechtslage eintrete. Doch hat er diese Wirkung nur zusammen mit einem dinglichen Rechtsgeschäft, das im Falle der Eigentumsübertragung ein als Auflassung formalisierter dinglicher Vertrag, in den Fällen der Begründung, Übertragung, Belastung oder Änderung eines begrenzten dinglichen Rechts ein formfreier dinglicher Vertrag, im Falle des Eigentumserwerbes durch Aneignung eine Aneignungserklärung und in den Fällen der Aufgabe des Eigentums oder eines anderen Rechts ein dinglicher Verzicht ist. Das dingliche Rechtsgeschäft ist abstrakt und wirkt unabhängig von Dasein oder Gültigkeit eines rechtlichen Grundes. Fehlt es aber, oder ist es nichtig, so kommt trotz der Eintragung die Rechtsänderung nicht zustande, entsteht vielmehr nur ein mit dem wahren Recht nicht übereinstimmender buchmäßiger Schein. Soweit eine Rechtsänderung, weil sie auf nicht rechtsgeschäftlichem Wege erfolgt ist oder für rechtsgeschäftliche Änderungen eine Ausnahme gilt, ohne Eintragung eintritt oder Verfügungsbeschränkungen (auch bei gebundenen Gütern) oder ältere Rechtsverhältnisse in Frage stehen, ist der Bucheintrag regelmäßig erforderlich, um der dinglichen Rechtslage Wirksamkeit gegen gutgläubige Dritte zu verschaffen. Der Bucheintrag bestimmt ferner den Rang der eingetragenen Rechte. Er schließt endlich das Erlöschen der dinglichen Rechte durch Vereinigung mit dem Eigentum aus.

Der Bucheintrag begründet aber zugleich ein selbständiges Formalrecht, das nach der Art der ideellen Gewere des deutschen Rechts dem materiellen Sachenrecht gegenüber wirksam wird. An sich geht freilich, wenn das Grundbuch mit der dinglichen Rechtslage nicht übereinstimmt, das wahre Recht dem buchmäßigen Scheine vor. Allein zunächst entsteht aus der Eintragung oder Löschung eines Rechts eine Vermutung für dessen Bestand oder Nichtbestand. Sodann und vor allem hat kraft des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs der buchmäßige Schein eine formale Legitimationskraft, so daß, wer im rechtsgeschäftlichen Verkehr auf die Richtigkeit oder Vollständigkeit des Grundbuchs vertraut, den sachenrechtlichen oder sonstigen rechtlichen Erfolg erzielt, den er erwarten durfte. Nur böser Glaube (nicht auch, wie meist bisher, Unentgeltlichkeit des Erwerbes) schließt diesen Erfolg aus. Der wahrhaft Berechtigte erleidet damit einen entsprechenden Rechtsverlust und behält nur möglicherweise einen persönlichen Anspruch auf Wiederherstellung oder Schadensersatz aus un-

erlaubter Handlung oder aus ungerechtfertigter Bereicherung (den Bereicherungsanspruch auch gegen den Erwerber, falls dieser unentgeltlich erworben hat). Endlich findet, während der Bucheintrag das in ihm erscheinende Recht regelmäßig gegen Ersitzung und Verjährung schützt, auf Grund einer unrichtigen Eintragung in Verbindung mit dreißigjährigem Besitz eine Buchersitzung, auf Grund einer unrichtigen Löschung oder Nichteintragung eine Buchversitzung statt.

Als Sicherungsmittel gegen die Gefahren, die das formale Buchrecht für das materielle Recht birgt, dient die Eintragung von Schutzvermerken. Das BGB. kennt die „Vormerkung", die einem persönlichen Anspruch auf dingliche Rechtsänderung dingliche Wirksamkeit verleiht, und den „Widerspruch", der zugunsten eines durch Unrichtigkeit des Grundbuches gefährdeten dinglichen Rechts den öffentlichen Glauben des Buches außer Wirksamkeit setzt, auch die Buchersitzung hemmt, die Buchversitzung hindert.

Wer durch unrichtigen buchmäßigen Schein in seinem Recht bedroht ist, hat einen unverjährbaren dinglichen Berichtigungsanspruch gegen alle Beteiligten. Die Berichtigung wirkt zurück, kann aber natürlich die inzwischen auf Grund des öffentlichen Glaubens des Buches eingetretenen Rechtsänderungen nicht wegschaffen. Zu unterscheiden von Unrichtigkeiten des Buches sind einerseits nichtige Einträge, die überhaupt wirkungslos sind und von Amts wegen gelöscht werden können, andererseits unbegründete, aber richtige Einträge, die nur einen persönlichen Anspruch auf Beseitigung mit Wirkung ex nunc erzeugen.

Kapitel III. Das Liegenschaftsrecht.

Abschnitt I. Das Eigentum.

§ 46. Geschichte und Wesen des deutschen Grundeigentums. Dem deutschen Recht war von je der Begriff des Eigentums als des materiellen Herrschaftsrechts über eine Sache bekannt: eine Sache ist jemandes „eigen", sie ist „res sua", er ist ihr „Herr". Doch wurde der Begriff nicht abstrakt, sondern konkret als Inbegriff der an der Sache möglichen Machtbefugnisse gefaßt. In vorgeschichtlicher Zeit nur auf Fahrnis angewandt, wurde seit der festen Ansiedlung der Eigentumsbegriff auch auf Grund und Boden erstreckt. Allein das Grundeigentum blieb seinem inneren Wesen nach vom Fahrniseigentum verschieden. Es fehlte sogar ein gemeinsamer Gattungsname („eigen" und „erbe" hieß nur das Grundeigentum). Mit dem römischen Recht drang dessen abstrakter, vom Gegenstande unabhängiger Eigentumsbegriff ein; seine Anwendung auf das Grundeigentum leistete wesentliche Dienste bei der Umgestaltung aller wirtschaftlichen und sozialen Verhältnisse. Allein nur allmählich und niemals vollständig drang die Gleichstellung durch; bis heute trennt eine tiefe Kluft das Grundeigentum vom Fahrniseigentum.

Die deutsche Grundeigentumsordnung beruhte auf der Verwirklichung der Bodenherrschaft in den beiden einander ergänzenden und durchdringenden Formen des (genossenschaftlichen oder herrschaftlichen) Gemeinschaftseigentums und des Sondereigentums. Unter dem Einflusse des römischen Rechts wurde das Grundeigentum (auch das des Staates und der andern öffentlichen Verbände) grundsätzlich zu Individualrecht. Aber es erhielten sich und es bildeten sich neu deutschrechtliche Formen des Gemeinschaftseigentums, die das Eigentum sozialrechtlich umbilden (§ 48).

Das deutsche Grundeigentum schloß gleichzeitig private und öffentliche Sachherrschaft (Grundvermögen und Grundherrschaft) ein. In wachsendem Maße nahm es öffentliche Rechte und Pflichten auf, die hierdurch „patrimonial" wurden, zugleich aber die Entwicklung des Grundeigentums zu reinem Privatrecht hinderten. In neuerer Zeit wurde die öffentlichrechtliche Bodenherrschaft als Gebietshoheit vom Eigentum gesondert. Das Eigentum wurde Privatrecht. Doch blieben zunächst zahlreiche publizistische Befugnisse als Patrimonialrechte mit dem Grundeigentum verknüpft; erst die neueste Zeit beseitigte sie bis auf einzelne Trümmer. Andererseits blieb das Grundeigentum in höherem Maße als das Fahrniseigentum öffentlichrechtlich beschränkt. Die ältere Theorie schrieb sogar dem Staate ein „dominium eminens" am Boden zu. Heute darf die öffentliche Sachherrschaft nicht als eine

Art des Eigentums aufgefaßt, wohl aber muß beachtet werden, daß sie, da jedes Grundstück zugleich ein Teil des vaterländischen Bodens ist, die private Sachherrschaft daran in feste Schranken weist und im Kollisionsfall überwindet (§ 49 a. E., § 50).

Das deutsche Grundeigentum verband mit dem vermögensrechtlichen Inhalte einen personenrechtlichen Inhalt; es bestimmte je nach seiner Beschaffenheit Stand und Beruf, gab Amt und Pflicht, war eine soziale Position. Unter dem Einflusse des römischen Rechts wurde es reines Vermögensrecht. Aber sein Persönlichkeitswert wirkt auch heute auf das Vermögensrecht abwandelnd ein und ruft vor allem bei den gebundenen Gütern Rechtssätze hervor, die dem Gedanken Ausdruck geben, daß die Grundstücke niemals Waren sind, sondern Familienheimat und Berufsstätte.

Ursprünglich kannte das germanische Recht nur ein einziges Sachherrschaftsrecht, das aber mehr oder minder vollständig sein konnte; es gab lebenslängliches oder fest gefristetes, unveräußerliches oder beschränkt veräußerliches, freies oder belastetes, anwartschaftliches und rückfälliges (aufschiebend oder auflösend bedingtes) Eigentum. So erschienen die begrenzten dinglichen Rechte als Eigentumsformen (Nießbrauch, Pfandrecht) oder Ausflüsse von Eigentumsverteilung (Dienstbarkeiten, Reallasten). Mit der Entwicklung der Leiheverhältnisse zweigten sich vom „Eigen" die mehr und mehr als dinglich anerkannten Leihbesitzrechte unter besonderen Namen (beneficium, precaria, Lehen, Erbe usw.) ab. Allmählich verselbständigten sich dann in allen Rechtskreisen dem Eigen gegenüber auch begrenzte dingliche Rechte (Leibzucht, Satzung, Wartrecht, Dienstbarkeiten, Reallasten usw.). Ihre Zahl war unbegrenzt, die Bildung neuer Typen stets möglich. So trat eine außerordentliche Zersplitterung der Sachherrschaft ein.

Das deutsche Recht bildete nunmehr einen begrifflichen Gegensatz zwischen dem Eigentum und den anderen Sachenrechten aus. Damit wurde zugleich das Recht schärfer von seinem Gegenstande abgehoben; während ursprünglich das Wort „eigen" beides bezeichnet, kommt seit dem 13. Jahrhundert das Wort „eigenschaft" oder „egendom" (ähnlich „lehnrecht" neben „lehen" usw.) auf. Allein immer erscheinen das Eigentum und die anderen Sachenrechte als gleichartig und gleich unmittelbar; diese anderen Rechte ergreifen entweder gleichfalls die Sache im ganzen und sind dann eigentumsähnliche Rechte (Lehen, Erbzinsrecht usw., zum Teil auch „eigen" genannt), oder sie sind auf Teilherrschaft gerichtet und gelten dann als verselbständigte Eigentumssplitter. Hiermit hängt es zusammen, daß das Eigentum durch Abtrennung von Herrschaftsrechten sich mindert und, ungleich dem „elastischen" römischen Eigentum, Abstufungen erleidet; das vollkommene Eigentum heißt echtes, durchschlachtiges, lauteres, lediges, volles, freies Eigentum; das Eigentum ist nicht echt, wenn es nicht ursprünglich, nicht ledig, wenn es verliehen, nicht voll, wenn es durch Absplitterung geschwächt, nicht frei, wenn es belastet ist. Mit dem römischen Recht drang dann die Unterscheidung von dominium und iura in re aliena ein. Allein einerseits erhielten sich im „geteilten Eigentum" mehrfache auf die Sache im ganzen gerichtete Herrschaftsrechte (§ 47), andererseits blieben die begrenzten dinglichen Rechte verselbständigte Eigentumssplitter. Auch ihre unbegrenzte Zahl erhielt sich im gemeinen Recht und in den Partikularrechten (besonders im preuß. Recht, nach dem jedes persönliche Recht durch Sachbesitz oder Grundbucheintrag dinglich wird). Doch vollzog sich in neuester Zeit eine fortschreitende Konzentration des Eigentums durch Beseitigung der Eigentumszersplitterung. Das BGB. läßt für die Zukunft nur noch die Entstehung bestimmter Arten von Rechten an Grundstücken zu, immerhin aber einer größeren Zahl, als sie das römische Recht kennt.

Während im Mittelalter alles Grundeigentum mannigfach gebunden war (durch Familien-, Nachbar-, Gemeinde-, Herren- und Königsrecht), wurde zuerst in den Städten und allgemein durch die neuere Gesetzgebung die Freiheit des Grundeigentums grundsätzlich verwirklicht. Aber unser Grundeigentum hat niemals den Charakter eines absoluten Rechtes angenommen; es trägt Schranken in sich und ist mit Pflichten durchmischt. Und es gibt Rechtsinstitute, die ein gebundenes Eigentum begründen.

Der Begriff des Eigentums wurde im Mittelalter auch auf das Herrschaftsrecht an unkörperlichen Sachen erstreckt. Hieran hielten neuere Gesetzbücher fest (Preuß. LR. I, 8 § 1, Österr. GB. § 353). Das BGB. vermeidet diesen Sprachgebrauch.

Literatur: Arnold, Zur Geschichte des Eigentums in den deutschen Städten, 1861. Rosenthal, Zur Geschichte des Eigentums in der Stadt Würzburg, 1868. Halban-Blumenstock, Entstehung des deutschen Immobiliareigentums, 1894. Des Marez, Etude sur la propriété foncière dans les villes du moyen âge, 1898. Gierke, D.P.R. II § 120. Hübner § 31.

§ 47. **Das geteilte Eigentum.** Um die mittelalterlichen Leiheverhältnisse, bei denen mehrere ein die Sache im ganzen ergreifendes Herrschaftsrecht hatten, mit dem römischen Recht in Einklang zu setzen, entwickelten die Glossatoren und Postglossatoren die Theorie eines neben dem dominium directum des Herrn bestehenden dominium utile des Besitzers. Man berief sich hierfür auf die in den Quellen dem Emphyteuta und Superfiziar gewährte actio in rem utilis, aus der ein ius utile folge. Diese Theorie nahm man, da man unmöglich allen Vasallen und Zinsbauern ein bloßes ius in re aliena zuschreiben konnte, in Deutschland auf, gestaltete sie aber im Sinne der Unterscheidung von „Obereigentum" und „Untereigentum" oder „nutzbarem Eigentum" um. Der Begriff des geteilten Eigentums ging in die Reichsgesetze, die gemeinrechtliche Praxis und die Landesgesetze über und hat sich trotz der Bekämpfung durch die neuere Jurisprudenz, die ihn für logisch unmöglich erklärte, im positiven Recht erhalten. Er ist eben zwar mit dem römischen, nicht aber mit dem deutschen Eigentumsbegriff unvereinbar. Bei geteiltem Eigentum steht das volle Eigentum nur dem Ober- und Untereigentümer zusammen, jedem von ihnen für sich aber ein Befugnisinbegriff zu, der die Sache im ganzen ergreift und als selbständig vererbliches, veräußerliches und vindizierbares Eigentum gilt, auch durch Wegfall des anderen Rechtes zu Volleigentum wird. Das geteilte Eigentum ist indes, nachdem es seine große historische Mission der Wiederaufteilung des in den Händen weniger zusammengeflossenen Grundeigentums erfüllt hat, im größten Teile Deutschlands durch gesetzliche Verwandlung des Untereigentums in Volleigentum beseitigt. Dabei wurde vielfach seine Neubegründung für die Zukunft verboten. Das BGB. kennt es nicht, läßt es aber auf den dem Landesrecht vorbehaltenen Gebieten da, wo es noch anerkannt ist, unberührt.

Literatur: Gierke, D.P.R. II § 131. Hübner § 32.

§ 48. **Das gemeinschaftliche Eigentum.** Das deutsche Recht kannte von je, schuf stets von neuem und bewahrte bis heute zahlreiche Formen von kollektivem Eigentum, die weder eine ausschließliche Sachherrschaft einer juristischen Person noch ein in gesonderte ideelle Anteile der Teilhaber zerlegtes Miteigentum darstellen. Die romanistische Theorie zwängte sie in die eine oder andere Kategorie. Die Germanisten aber stellten seit Ende des 17. Jahrhunderts — es war dies ihr erster Versuch selbständiger Begriffsbildung — den Zwischenbegriff eines deutschrechtlichen Gesamteigentums (condominium juris Germanici) auf, der auch auf die Gesetzbücher einwirkte. Man konstruierte es teils als condominium plurium in solidum, wobei sich das Recht eines jeden auf die ganze Sache erstrecke (so Justus Veracius i. J. 1681 für die Bamberger eheliche Gütergemeinschaft), teils als Eigentum der zur „persona moralis" verbundenen Gesamtheit (so das Naturrecht). Die neuere romanistische und romanisierende germanistische Jurisprudenz verwarf den Begriff. Er bedarf aber nur der Läuterung, die ihm die deutschrechtliche Genossenschafts- und Gemeinschaftslehre verschafft hat. In der Tat gibt es (auch nach dem BGB.) neben dem Miteigentum nach Bruchteilen, bei dem das Eigentum als solches in frei verfügbare Anteile zerfällt, echtes Gemeinschaftseigentum (an Grundstücken, Gerechtigkeiten, besonders auch an einem Sondervermögen als solchem). Es ist aber entweder genossenschaftliches Gesamteigentum, bei dem die Eigentumsbefugnisse teils bei einer Verbandsperson konzentriert, teils in Sonderrechte der Mitglieder zerstreut sind, oder Gemeinschaftseigentum zur gesamten Hand, bei dem die Eigentumsbefugnisse teils der zur Personeneinheit verbundenen Gesamtheit, teils den einzelnen Gemeinern zustehen. Das Nähere bestimmt dort die Genossenschaftsverfassung, hier die Ordnung der personenrechtlichen Gemeinschaft.

Literatur: Oben zu § 30 u. 34. Duncker, Das Gesamteigentum, 1843. Gierke, D.P.R. II § 132. Hübner § 33.

§ 49. **Erwerb und Verlust.** Die älteste Erwerbsart von Grundeigentum war Aneignung durch die Volksgesamtheit und Zuteilung an engere Verbände und Einzelne.

Die Zuweisung durch den König oder Landesherrn (regelmäßig mittels Erteilung einer öffentlichen Urkunde) blieb im Frankenreich und später in den Kolonisationsgebieten ein wichtiger Erwerbsgrund. Die Aneignung von herrenlosem Lande wurde an königliche Zustimmung gebunden und galt später als staatliches Vorrecht. Gegenüber dem in das gemeine Recht übernommenen römischen Prinzip der Aneignungsfreiheit hielten Landesrechte (so auch preuß. und französ. Recht) am ausschließlichen Aneignungsrecht des Staates fest. Das BGB. erhebt dies zu gemeinem Recht, läßt aber Landesrechte, nach denen das Aneignungsrecht dem Gutsherrn oder der Gemeinde zusteht (schlesisches „Auenrecht"), unberührt. Der Eigentumserwerb erfolgt erst durch Eintragung. Dem Aneignungsrecht unterliegt auch verlassenes Land; das Eigentum wird aber nur durch Verzichtserklärung und Eintragung verloren.

Die rechtsgeschäftliche Übertragung des Eigentums erfolgt durch dinglichen Vertrag und Eintragung (oben §§ 44—45); die Willenseinigung muß hier als „Auflassung" bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Teile mündlich vor dem Grundbuchamt (nach Landesrecht auch vor einer anderen Behörde oder einem Notar) erklärt werden und verträgt weder Bedingung noch Befristung. Das Eigentum an buchungsfreien und nicht gebuchten Grundstücken geht nach allen Ausführungsgesetzen zum BGB. durch bloße Einigung in öffentlich beglaubigter Form über.

Eine Ersitzung von Grundeigentum ist nach dem BGB. nur noch als Bucherſitzung und überdies nach dreißigjährigem Besitz auf Grund Ausschlusses des eingetragenen Eigentümers und Eintragung des Besitzers (§ 927) möglich.

Eigentumserwerb ohne Eintragung erfolgt in den Fällen einer Gesamtnachfolge (Erbgang, Eintritt ehelicher Gütergemeinschaft, Anwachsung bei gesamter Hand usw.), durch Zuschlag in der Zwangsversteigerung und durch gesetzliche Übertragung (Reichsges. v. 25. Mai 1873, Landesgesetz nach EG. a. 126).

Dazu tritt der Eigentumserwerb durch Enteignung (Expropriation), die seit dem MA. auf deutschrechtlicher Grundlage als besonderes Rechtsinstitut ausgebildet und durch Landesgesetze näher geregelt ist. Die Enteignung ist ein staatlicher Eingriff in das Sachenrecht, durch den im öffentlichen Interesse Eigentum übertragen oder belastet oder ein Recht am Grundstück beseitigt, dem Erwerber aber, sei dies der Staat selbst oder ein anderer Unternehmer, die Verpflichtung zu voller Entschädigung des Enteigneten auferlegt wird. Ihrem rechtlichen Wesen nach ist die Enteignung ein in geordnetem Verfahren vollzogener rein öffentlichrechtlicher Akt, der aber privatrechtliche Wirkungen hat. Das Eigentum geht mit der endgültigen staatlichen Willenserklärung (Enteignungsbeschluß) über. Der Entschädigungsanspruch und die geleistete Entschädigung treten als Surrogat an Stelle des entzogenen Sachenrechts. Besondere Enteignungsarten sind im Agrarrecht (meist mit Entschädigung in Land), Deichrecht, Bergrecht, städtischen Baurecht, Wegerecht usw. ausgebildet.

Literatur: Gierke, D.P.R. II § 127—128. Hübner § 34—35. v. Schwerin S. 43 ff.

§ 50. Inhalt des Grundeigentums. Das Eigentum gibt die vollste Sachherrschaft, die das Privatrecht kennt, ist aber an Grund und Boden und in erhöhtem Maße an bestimmten Arten von Grundstücken einer Fülle gesetzlicher Schranken unterworfen. Diese Beschränkungen gehören teils dem öffentlichen Recht, teils dem Privatrecht an. Gemischter Natur sind die Regalien (unten § 51).

Zu den öffentlichrechtlichen Beschränkungen gehören die dem Landesrecht vorbehaltenen Beschränkungen der Verfügung (Veräußerung, Teilung, Vereinigung und Belastung, EG. a. 115, 117, 119) und die reichs- und landesrechtlichen Beschränkungen der Eigentumsausübung kraft Militärhoheit, Gewerbepolizei, Baupolizei, Landeskulturpolizei, Wasser-, Wege-, Forst-, Berghoheit usw., die den Eigentümer bald zum Unterlassen eines gewissen Gebrauchs, bald zur Duldung gewisser Eingriffe, bald zu einem positiven Tun verpflichten.

Privatrechtliche Beschränkungen entspringen in Ansehung der Verfügung aus dem Sonderrecht der gebundenen Güter, in Ansehung des Gebrauches teils aus den hier besonders bedeutungsvollen allgemeinen Eigentumsschranken, wie dem Schikaneverbot (durch

welches das in deutschen Quellen oft ausgesprochene Verbot des „Neidbaus" gedeckt wird) und dem Wegfall des Ausschließungsrechts gegenüber einem durch Nothilfe gerechtfertigten Eingriff (§ 904), teils aus besonderen Sätzen des Liegenschaftsrechts. Zu den letzteren gehört der gegenüber dem römischen Recht durchgedrungene Satz, daß der Eigentümer Einwirkungen nicht verbieten kann, die in solcher Höhe oder Tiefe vorgenommen werden, daß er an der Ausschließung kein Interesse hat (BGB. § 905). Insbesondere aber gehören dazu die Sätze des Nachbarrechts.

Das Nachbarrecht, das in der nachbarlichen Gemeinschaft wurzelt, begründet mit den Beschränkungen des einen Eigentums zugleich Erweiterungen des anderen Eigentums. Die ihm entspringenden Ansprüche auf Dulden, Unterlassen oder Tun des jeweiligen Eigentümers des Nachbargrundstücks sind privatrechtlicher Natur. Sie sind aber keine besonderen Dienstbarkeiten („Legalservituten") oder Reallasten, sondern gesetzliche Eigentumsbestandteile. Unser heutiges Nachbarrecht ist nur zum kleineren Teil römischen, zum größeren Teil deutschen Ursprungs; es ist mannigfach ungleichartig ausgestaltet und auch im BGB. nur teilweise einheitlich geregelt. Dem deutschen Recht entstammen insbesondere: 1. Die Verpflichtung zur Duldung unerheblicher oder nach der örtlichen Lage gewöhnlicher unwillkürlicher Immissionen (BGB. § 906). 2. Die landesrechtlich festgehaltene Verpflichtung, bei Bauten und anderen Anlagen (auch Baumpflanzungen) oder doch bei läßigen Anlagen einen bestimmten Abstand von der Grenze einzuhalten. 3. Das landesrechtliche Fenster- und Lichtrecht, das einerseits gegen das Verbauen der seit 10 Jahren bestehenden Lichtöffnungen, andererseits gegen die Anlage neuer Lichtöffnungen in Wänden an der Grenze Schutz gewährt. 4. Das allgemeine Recht auf den Notweg (BGB. §§ 917—918). Verwandt sind die landesrechtlich festgehaltenen Rechte, beim Pflügen auf dem Nachbargrundstück zu wenden (Anwenderecht) und beim Bauen das Gerüst auf das Nachbargrundstück zu stellen (Leiterrecht) und es zu bewerfen (Hammerschlagsrecht). 5. Das Überhangsrecht auf Entfernung und Aneignung überhängender Zweige und das Überfallsrecht auf überfallende Früchte des Nachbarbaumes (Recht des „Anrieses"; „wer den bösen Tropfen genießt, genießt auch den guten"); vgl. BGB. §§ 910 u. 911. 6. Das Überbaurecht, demzufolge der Nachbar einen versehentlichen Grenzüberbau, falls er nicht rechtzeitig widersprochen hat, gegen Entschädigung dulden muß (BGB. §§ 912—916). 7. Das Grenzrecht mit gegenseitiger Abmarkungspflicht und gesetzlichen Gemeinschaftsverhältnissen an Grenzeinrichtungen (BGB. §§ 919—923).

Literatur: Hesse, Die Rechtsverhältnisse zwischen Grundstücksnachbarn, 2. Aufl. 1880. H. Beck, Die Rechtsverhältnisse zwischen benachbarten Grundstücken, 1890. Haidlen, Landwirtschaftliches Nachbarrecht in Württ., 1893. Theiler, Das Nachbarrecht des Kantons Schwyz, 1900. Fahne, Das Fenster- und Lichtrecht, 1840. A. Menzel, Das Recht des Notwegs, 1896. A. B. Schmidt, Das Recht des Überhangs u. Überfalls, 1886. M. Wolff, Der Bau auf fremdem Boden, insbesondere der Grenzüberbau usw., 1900. Gierke, D.P.R. II §§ 125—126. Hübner §§ 36—37 v. Schwerin S. 46 ff.

Abschnitt II. Die Regalien und ihre Nachwirkungen.

§ 51. Die Regalien. Als „iura regalia" bezeichnete man ursprünglich alle dem Könige vorbehaltenen Rechte. In bunter Mischung wurden so in der Constitutio Friderici I de Regalibus von 1158 die königlichen Rechte in Italien aufgezählt. Sie fand Aufnahme in das langobardische Lehnrechtsbuch (II F. 56) und gewann auch in Deutschland Einfluß. Die Regalien kamen jedoch durch Verleihung vielfach in die Hände von Fürsten (den Kurfürsten wurden die meisten schon in der Goldenen Bulle allgemein zugesprochen), Städten und Grundherren. Später konzentrierten sie sich bei den Landesherren.

Infolge der patrimonialen Auffassung der Staatsgewalt wurden die Regalien hauptsächlich von der nutzbaren Seite her angesehen und auch bei der Ausbildung des Territorialstaatsrechts seit dem 16. Jahrhundert unter fiskalischen Gesichtspunkten behandelt und vermehrt. Zugleich aber diente der Begriff der Regalität, um die staatliche Fürsorge für das gemeine Wohl durchzusetzen. Dies führte, seitdem die Staatsgewalt aus dem Begriff der „maiestas" (Souveränität) abgeleitet wurde, zur Unterscheidung der dem Staat seinem Begriff nach zustehenden höheren Regalien (Regalia maiora oder essentialia) und der von ihm

besonders erworbenen niederen Regalien (Regalia minora oder accidentialia). Jene nannte man auch „Majestätsrechte" oder „wesentliche Hoheitsrechte", diese „nutzbare Regalien" und endlich allein noch „Regalien". Doch rechnete man zu den letzteren immer noch manche echten Hoheitsrechte. Erst im 19. Jahrhundert drang die scharfe Sonderung der Regalien sowohl von den rein öffentlichen Hoheitsrechten, die in der Staatsgewalt begrifflich enthalten sind, wie von den rein privaten fiskalischen Rechten, die der Staat aus gleichen Titeln wie eine Privatperson erworben hat, allmählich durch.

Heute sind Regalien nur solche Rechte, die an sich einen privatrechtlichen Inhalt haben, jedoch kraft eines Satzes des öffentlichen Rechts ausschließlich dem Staate zustehen. In dem Regal verbindet sich mit der „Regalhoheit", die dem Staate auch ohne das Regal zustehen würde und dieses überlebt, die „Regalherrlichkeit", die dem Staate die Substanz eines nutzbaren Rechts gewährt und sich in vorbehaltenen Nutzungen und im Heimfallsrecht äußert. Die Regalherrlichkeit ist unübertragbar; eine Befreiung von ihr kann nur durch besonderen Rechtssatz (Privileg) eintreten. Dagegen kann die Regalnutzung Privatpersonen überlassen werden und den Inhalt besonderer Privatrechte bilden. Früher wurden aus dem Regal, hauptsächlich durch Verleihung oder Unvordenklichkeit, selbständige „Regalgerechtigkeiten" abgeleitet. In neuerer Zeit wird die Regalnutzung auch verpachtet.

Als Arten der Regalien kommen, da viele ältere Regalien verschwunden oder in reine Hoheitsrechte übergegangen sind (z. B. Fremden-, Juden-, Zoll-, Münzregal), hauptsächlich noch Gewerberegale und grundherrschaftliche Regalien in Betracht. Die ersteren (bei uns Post- und Telegraphenregal, früher Salzhandels-, Spielkartenregal usw., im Auslande Tabaks- und Branntweinregal) gewähren dem Staate eine ausschließliche Gewerbeberechtigung (oben § 36). Die grundherrschaftlichen Regalien behalten dem Staat nutzbare Befugnisse vor, die ursprünglich im Grundeigentum enthalten waren, dann aber diesem gegenüber verselbständigt sind. Schon im Mittelalter in reicher Fülle entwickelt und später unter Zuhilfenahme der Lehre vom dominium eminens und vom staatlichen Recht auf herrenlose Sachen vermehrt, sind sie in neuerer Zeit vielfach beseitigt und durch bloße Hoheitsrechte ersetzt. So ist z. B. an Stelle des Wegeregals bloße Wegehoheit getreten. Aber zum Teil bestehen sie noch, und zum anderen Teil wirken sie nach. Insbesondere hängt die Gestaltung des Wasserrechts, des Forst- und Jagdrechts und des Bergrechts mit der Regalienlehre zusammen.

Literatur: Gierke, D.P.R. II § 124. Hübner § 38.

§ 52. **Das Wasserrecht.** Deutscher Herkunft ist im wesentlichen das gesamte Wasserrecht, auf dessen Gestaltung nur zeitweise das römische Recht einen vielfach unheilvollen Einfluß ausübte. Das Wasserrecht, mit Einschluß des Deich- und Sielrechts und des Fischereirechts, ist dem Landesrecht vorbehalten (EG. a. 65—66, 69) und durch eine umfassende Gesetzgebung geregelt, in der mehr und mehr die dem deutschen Recht immanenten Gedanken der Einschränkung des Sonderrechts durch Gemeinschaftsrecht und des Privatrechts durch öffentliches Recht wieder zum Durchbruch gekommen sind.

I. Rechtsverhältnisse an Gewässern. Seit alter Zeit unterschied man die fließenden Gewässer in öffentliche und private Gewässer. Neuere Gesetze haben weitere Abstufungen eingeführt.

Als öffentliche Gewässer galten im Zweifel alle schiffbaren Flüsse und Flußerweiterungen. An ihnen stand ursprünglich das Eigentum der Volksgesamtheit und der Gebrauch jedem Volksgenossen zu. An Stelle des Volkseigentums trat das Königseigentum (die Ströme heißen nun des Königs oder des Reiches Straßen), mit dem aber der gemeine Gebrauch vereinbar blieb. Mehr und mehr indes wurde das königliche und dann landesherrliche Eigentum zu einem Stromregal verstärkt, kraft dessen auch die Nutzungen dem Staate vorbehalten und alle Nutzungsrechte Privater aus Verleihung abgeleitet wurden. Heute ist in den meisten Landesrechten (streitig, ob auch im gemeinen Recht) das staatliche Eigentum an den öffentlichen Gewässern anerkannt, grundsätzlich jedoch der gemeine Gebrauch zugelassen. Insbesondere ist die Benutzung für die Schiffahrt frei und nur der staatshoheitlichen Regelung und in gewissem Umfange der Belastung mit Abgaben unterworfen. Ähnliches gilt von anderen Benutzungsarten. Doch haben sich hinsichtlich bestimmter Benutzungsarten echte

Regalien, wie das Flößereiregal, das Fährregal und das Mühlenregal mit daraus abgeleiteten Flößerei-, Fähr- und Mühlengerechtigkeiten, erhalten. Abgesehen hiervon können Vorzugsrechte im Gemeingebrauch und Sondergebrauchsrechte, die den Gemeingebrauch einengen, durch staatliche Verleihung begründet werden. — Nicht im Eigentum steht das offene Meer. Dagegen ist das Meeresufer Staatseigentum im Gemeingebrauche. Doch besteht (in Pommern und Westpreußen im Meere und am Strande, in Ostpreußen überdies im Binnenlande) ein Bernsteinregal.

Privatgewässer gehörten einst regelmäßig zur Allmende und waren zum Gebrauch der Gemeindegenossen bestimmt. Gewisse Nutzungen (Schöpfen, Tränken usw.) sind gemein geblieben. Im übrigen ist an den Privatflüssen meist das Eigentum der Uferanlieger durchgedrungen. Doch erstrecken sich manche Regale auch auf private Wasserläufe. Und vor allem ist das Benutzungsrecht der einzelnen durch die Gemeinschaft der Anlieger beschränkt, so daß es stets nur mit Rücksicht auf die Interessen aller ausgeübt werden kann und durch eine Fülle besonderer Vorschriften für gleichmäßige Verteilung von Wassermasse wie Wasserkraft gesorgt wird. — An geschlossenen Gewässern besteht freies Privateigentum. Das gleiche gilt von Quellen. Doch ist neuerdings durch Quellenschutzgesetze zum Schutze gemeinnütziger Quellen das Eigentum an den unterirdischen Wasseradern beschränkt worden.

Das Wasserrecht wirkt beschränkend auf das Eigentum am Ufer ein; die Ufer öffentlicher Gewässer sind mit der Pflicht zur unentgeltlichen Einräumung des Leinpfades für die Schiffahrt und zur gewöhnlichen Uferbefestigung belastet.

Besondere wasserrechtliche Arten des Eigentumserwerbes, die teils römischer, teils deutscher Herkunft sind, finden nach Landesrecht an Anlandungen, neu entstandenen Inseln und verlassenen Flußbetten statt.

II. Genossenschaften des Wasserrechts. Die durch das bewegliche Wasser begründete Interessengemeinschaft wirkt vereinigend und beschränkend auf das Grundeigentum zurück, indem sie unter den beteiligten Grundbesitzern Zwangsgenossenschaften mit genossenschaftlicher Belastung der Grundstücke hervorruft. Uralt sind die früh von den kommunalen Verbänden abgezweigten Deichgenossenschaften (Deichachten, Kooge) zur gemeinsamen Abwehr einer Überschwemmungsgefahr durch Anlage und Unterhaltung von Deichen. Zeitweise (oft sogar unter Annahme eines „Deichregals") nahezu verstaatlicht, sind sie heute wieder selbständige Körperschaften des öffentlichen Rechts unter Staatsaufsicht. Den Mittelpunkt des vielfach sehr eigenartig ausgestalteten Deichrechts bildet die als öffentliche Reallast auf den verbundenen Grundstücken ruhende Deichlast, von der es keine Befreiung gibt („kein Deich ohne Land, kein Land ohne Deich"). Ihre Verteilung erfolgte früher nach Deichstrecken („Kabeln", „Pfändern"), die den einzelnen Deichgenossen zur Bearbeitung zugewiesen waren, während außerordentliche Leistungen der Gesamtheit oblagen. Dem System der Kabeldeichung gehört das „Spatenrecht" an, das bald das Recht der Genossen, unter Verzicht auf das Land sich von der Deichlast zu befreien, bald das Recht der Genossenschaft, das Land wegen Nichterfüllung der Deichpflicht für verwirkt zu erklären, bedeutet. Im ersten Falle wird vom Verzichtenden, im zweiten Falle von den Deichgeschworenen ein Spaten in das Land gesteckt. Wer ihn herauszieht, erwirbt unter Übernahme der Deichpflicht das Land. In neuerer Zeit ist das System der Kostenverteilung („Kommuniondeichung") an die Stelle getreten. — Verwandt sind die alten Sielachten für Ent- und Bewässerung durch Siele (Abzugskanäle mit Schleusen). — In neuer Zeit ist die Bildung ähnlicher öffentlicher Wassergenossenschaften mit Zwang gegen die Minderheit und Belastung der verbundenen Grundstücke für Wassermeliorationen aller Art ermöglicht. In Preußen können auch freie Wassergenossenschaften als private Vereine gebildet werden und durch Eintragung in das Register für Wassergenossenschaften Rechtsfähigkeit erlangen.

III. Fischereirecht. Während die Fischerei im Meere freie Aneignung herrenloser Sachen, die Fischerei in geschlossenen Gewässern Eigentumsausübung ist, bildet die Fischerei in fließenden Gewässern den Gegenstand eines besonderen, als Aneignungsrecht an herrenlosen Sachen dem Jagdrecht verwandten Fischereirechts. An den öffentlichen Gewässern galt es einst als Bestandteil des jedem Volksgenossen gebührenden Gemeingebrauchsrechts (so noch Sachsensp. I 28 § 4), an Allmendegewässern als Bestandteil der Marknutzung der Gemeinde-

genossen. Zuerst in bestimmten Bannwassern (Forstwassern) ausgeschlossen, dann überhaupt als Regel verdrängt, erhielt sich die gemeine Fischerei nur ausnahmsweise und wurde, wo dies der Fall war, durch die neuere Gesetzgebung in Gemeindefischerei umgewandelt. Regelmäßig trat an ihre Stelle an öffentlichen Gewässern das Fischereiregal, an Privatgewässern das Fischereirecht der Anlieger. Aus dem Fischereiregal stammen Fischereigerechtigkeiten, die oft alten Genossenschaften zustehen. Regal ist in Bayern und Sachsen die Perlenfischerei. Die Ausübung des Fischereirechtes unterliegt öffentlichrechtlichen Beschränkungen. Die neueren Gesetze ermöglichen die Bildung öffentlichrechtlicher Fischereigenossenschaften mit Zwangsmitgliedschaft für gemeinsame Aufsichts- und Schutzmaßregeln oder auch für gemeinsame Benutzung der Fischwasser.

Literatur: v. Pözl, Krit. V.-Schr. I u. XXII. Baron, Zeitschr. f. vergl. Rechtswiss. I u. II. Randa, Das österreichische Wasserrecht, 1878. Nieberding, Wasserrecht u. Wasserpolizei, 2. Aufl. 1889. Geffcken, Z. f. R. XXXIV 173 ff. Peterka, Das Wasserrecht der Weistümer, 1905. Hofacker, Das Floßregal, 1844. Dörfel, Das preußische Fischereirecht, 1887. Th. Lewald, Die Adjacentenfischerei, 1888. Hackman, De jure aggerum, 1690. J. Gierke, Die Geschichte des deutschen Deichrechts, T. I (Unters. H. 63), 1901; Z. f. RG. XLI 290 ff.; Die Verspatung (in Festgabe f. Brunner), 1910. Anschütz, Art. „Deichwesen" im Handb. der Staatswiss.[3] III 462 ff. Hübner § 40. v. Schwerin S. 58 ff.

§ 53. Das Forst- und Jagdrecht.

I. Rechtsverhältnisse am Walde. Der Wald war einst Gemeingut teils des ganzen Volkes, teils engerer Genossenschaften, und sein Gebrauch stand jedem Genossen offen. Der Volkswald wurde Königswald, der Gemeindewald wich vielfach grundherrlichem Wald, doch blieb der Gemeingebrauch grundsätzlich erhalten. Mehr und mehr aber wurden Waldungen vom Könige und später von den Landesherren durch Anwendung der Banngewalt eingeforstet und damit ganz oder teilweise der freien Benutzung entzogen. Im späteren Mittelalter erstreckten sich die Einforstungen auch auf Gemeinde- und Privatwaldungen; vielfach ging besonders das Waldeigentum der großen Markgenossenschaften auf die Landesherren über, während den Markgenossen nur Servituten blieben. Nach der Rezeption wurde sogar ein Forstregal behauptet. Drang auch dieses nicht durch, so behauptete sich doch eine kräftige Forsthoheit, die im Interesse des Waldschutzes das Eigentum am Walde durch Forst- und Holzordnungen einschränkte. Im 19. Jahrhundert wurden diese Einschränkungen ermäßigt, doch wurde in den meisten Staaten der Forstschutz nicht aufgegeben (vgl. bes. Bayr. Forstges. v. 28. März 1852). In Preußen wurde 1814 das Waldeigentum völlig freigegeben, jedoch durch Gesetz vom 6. Juli 1875 eine Umkehr vollzogen. Hiernach besteht heute Privateigentum (des Staats, einer anderen öffentlichen Verbandsperson oder einer Privatperson) am Walde, die Ausübung des Eigentums aber ist öffentlichrechtlich durch Bindung an forstmäßige Wirtschaft und Verbot der Waldverwüstung (in Preußen wenigstens bei den für „Schutzwaldungen" erklärten Strecken) beschränkt. Auch ist die Teilung von Genossenschaftswaldungen erschwert und die Bildung öffentlicher Waldgenossenschaften (für gemeinsamen Schutz oder auch für gemeinsame forstmäßige Bewirtschaftung) mit Zwang gegen eine Minderheit ermöglicht.

II. Jagdrecht. Das Jagdrecht war ursprünglich ein ausschließliches Recht des Grundeigentümers, stand daher auf Sondereigen dem Eigentümer, auf gemeinem Grunde jedem Genossen zu. Es wurde zunächst durch den mit dem Forstbann verbundenen Wildbann und dann mehr und mehr überhaupt durch Vorbehalt der Jagd für Fürsten und Herren beschränkt. Seit dem 16. Jahrhundert behaupteten die Landesherren ein Jagdregal, das sie meist durchsetzten; daraus wurden dann Jagdgerechtigkeiten in den Jagdrevieren hergeleitet. Daneben erhielt sich vielfach das Jagdrecht des Grundeigentümers für adlige Güter, das des Grundherrn in der Hofmark, hier und da auch „freie Pürsch" auf Gemeinland und „Koppeljagd" auf der Feldmark. Im Jahre 1848 wurde in den meisten deutschen Staaten alles Jagdrecht auf fremdem Boden aufgehoben, die Bestellung von Jagdgerechtigkeiten für die Zukunft verboten und das Jagdrecht den Grundeigentümern zurückgegeben. Doch ist das Jagdrecht hierdurch nicht wieder zum Eigentumsbestandteil geworden, sondern ein besonderes mit dem Eigentum verbundenes Recht geblieben. Auch unterliegt es starker Einschränkung durch die

Jagdhoheit, kraft welcher nicht bloß die Ausübung der Jagd an die Beobachtung jagdpolizeilicher Vorschriften (Schonzeit, Mitführung von Jagdkarten usw.) gebunden, sondern grundsätzlich das Jagdausübungsrecht vom Jagdrecht getrennt ist. Das Jagdausübungsrecht steht dem Jagdberechtigten nur zu, wenn sein Grundeigentum ein bestimmtes Flächenmaß erreicht. Die Eigentümer kleinerer Grundstücke dürfen ihr Jagdrecht nicht selbst ausüben, sondern bilden Jagdgenossenschaften (Jagdverbände), die die Jagd entweder für gemeinschaftliche Rechnung ausüben lassen oder verpachten oder ruhen lassen können. Das BGB. hat das Jagdrecht dem Landesrecht vorbehalten (EG. a. 69), jedoch die Verpflichtung des Jagdberechtigten zum Ersatz von Wildschäden in den Grundzügen einheitlich geregelt (§ 835, dazu aber EG. a. 70—72). In Preußen ist das Jagdrecht durch die Jagdordnung v. 15. Juli 1907 kodifiziert.

Literatur: R. Meurer, Forst- u. Jagdrecht, 1576. Stieglitz, Geschichtliche Darstellung der Eigentumsverhältnisse an Wald und Jagd, 1832. Eding, Die Rechtsverhältnisse des Waldes, 1874. Riccius, Zuverlässiger Entwurf der in Deutschland üblichen Jagdgerechtigkeit, 2. Aufl., 1772. v. Anders, Das Jagd- u. Fischereirecht, 1884. v. Brünneck, Jagdrecht; Handwört. der Staatsw.[3] V 564 ff. Frommhold Jahrb. f. D. LIII 188 ff. Hübner § 39. v. Schwerin S. 58.

§ 54. Das Bergrecht. Seit der im 12. Jahrhundert entfalteten Blüte des deutschen Bergbaus gab es ein besonderes Bergrecht. Es wurde zuerst von den freien Genossenschaften der Bergleute autonom ausgebildet und gehandhabt (früheste Aufzeichnungen im Auslande). Seit dem 16. Jahrhundert griffen landesherrliche Bergordnungen ein, die seit dem Ende des 17. Jahrhundert das Bergrecht im Sinne der Verstaatlichung des Bergbaus umbildeten. Von der Mitte des 19. Jahrhunderts an ergingen reformierende Berggesetze, die den Bergbau wieder verselbständigten. Am eingreifendsten das (für die ganze Monarchie geltende) Preuß. Allg. Berggesetz v. 24. Juni 1865, das in anderen deutschen Staaten nachgebildet wurde. Das BGB. läßt das Bergrecht unberührt; die Landesgesetzgebung hat es in einzelnen Punkten dem neuen bürgerlichen Recht angepaßt.

Das deutsche Bergrecht beruht darauf, daß das Recht auf Gewinnung der „bergfreien" Mineralien (Metalle und Salze, der Regel nach auch Kohlen, oft auch des Graphits, seltener gewisser Steine und Erden) vom Grundeigentum, in dem es einstmals enthalten war, abgetrennt ist. Dieses Recht erwirbt vielmehr nach dem Grundsatz der Bergbaufreiheit, wer die Bergwerksschätze entdeckt. Die Bergbaufreiheit hat sich gegenüber dem im Anfange des Mittelalters überwiegenden grundherrlichen Bergbau zuerst in gefreiten Bezirken, dann allgemein durchgesetzt. Die Grundherren, die ursprünglich sich die Gestattung des Bergbaus und die Vogtei über denselben vorbehielten, wurden auf Aufgabenbezug beschränkt. Damit entwickelte sich zugleich anstatt der herrschaftlichen die genossenschaftliche Organisation des Bergbaus. Zugleich mit der Bergbaufreiheit aber erwuchs, indem das über den grundherrlichen Rechten stehende Recht des Königs auf Bergwerkssteuern zum Bewilligungsrecht verstärkt und als Quelle der von den Territorialherren geübten Befugnisse aufgefaßt wurde, das Bergregal (in der Const. de Regal. für Italien an Silber und Salz ausgesprochen, im Sachsensp. I a. 35 nach richtiger Auslegung nicht erwähnt, in der Goldenen Bulle den Kurfürsten zuerkannt). Später trat das Bergregal, das sich dem römischen Recht gegenüber als gemeines Recht erhielt, in den Vordergrund; es wurde als landesherrliches Eigentum an den unterirdischen Schätzen konstruiert, jedoch durch Annahme einer landesherrlichen Freierklärung mit der Bergbaufreiheit versöhnt. Der Landesherr versprach, dem Finder das Bergwerk zu verleihen; er tat dies in Form der Belehnung und behielt sich das Obereigentum mit Nutzungsbezügen und Heimfallsrecht vor. Neuerdings wurde das Bergregal abgeschwächt oder (wie in Preußen) beseitigt, aber eine starke Berghoheit festgehalten. Immer wird auch heute das Bergbaurecht erst durch staatliche „Verleihung" für ein bestimmtes Grubenfeld erworben, auf die aber ein Recht hat, wer gehörig „schürft", was ihm auch auf fremdem Grund und Boden gegen Sicherheitsleistung gestattet werden muß, abbaufähiges Mineral „findet" und bei der Bergbehörde zuerst (oder auf Grund eines Mutungsvorrechts) gehörig „mutet". Auch der Grundeigentümer bedarf der Verleihung. Ebenso der Staat als Fiskus. Eine tiefgreifende Umwandlung hat neuerdings in Preußen das Bergrecht durch die Beseitigung der Bergbaufreiheit für Steinkohlen und Salze erfahren. Das Recht, diese Mineralien aufzusuchen und zu

gewinnen, ist dem Staate vorbehalten, der es aber gegen Entgelt auf Zeit übertragen kann. Der Verleihung bedarf es auch hier.

Das verliehene Recht heißt Bergwerkseigentum. Nach älterer Auffassung ist es ein wirkliches Eigentum an einem Teile des Erdkörpers; neuerdings wird es vielfach als ein ausschließliches Aneignungsrecht an herrenlosen Sachen aufgefaßt, das mit einem dinglichen Rechte an einem fremden Grundstücke auf dessen hierzu erforderliche Benutzung verbunden ist. Jedenfalls ist es eine selbständige liegenschaftliche Gerechtigkeit, die ein besonderes Blatt im Grundbuch (oder einem eigenen Berggrundbuch) erhält und nach den Regeln des Liegenschaftsrechts übertragen und belastet wird. Gleiches gilt für das vererbliche und veräußerliche Gewinnungsrecht, mit dem der Staat das von ihm erworbene Bergwerkseigentum an Steinkohlen und Salzen belasten kann. Die Vereinigung (Konsolidation) und Teilung von Bergwerken ist bestätigungsbedürftig. Das Bergwerkseigentum erlischt nicht bloß durch Verzicht, sondern auch durch Entziehung wegen Nichtbetriebes und nach älterem Rechte auch wegen Mißbrauchs. Den Inhalt des Bergwerkseigentums bildet das ausschließliche Recht auf die verliehenen Mineralien im Grubenfelde sowie auf Anlegung und Betrieb der erforderlichen Förderungs- und Hilfsbaue über und unter Tage und der Aufbereitungsanstalten. Dem Grundeigentümer gegenüber hat der Bergwerkseigentümer ein Recht auf Einräumung dinglicher Nutzungsrechte oder des Eigentums an der erforderlichen Bodenfläche gegen Entschädigung (bergrechtliche Enteignung). Der jeweilige Bergwerkseigentümer ist dem jeweiligen Grundeigentümer zum Ersatz aller Bergschäden verpflichtet. Nach älterem Recht konnte ein Dritter auf Grund besonderer Mutung und Verleihung durch Eintreibung eines Wetter- und Wasserlosung verschaffenden Stollens eine nutzbare „Erbstollengerechtigkeit" erwerben, die er durch einen besseren Erbstollen verlor („exheredatio metallica"). Nach neuerem Recht werden Erbstollengerechtigkeiten nicht mehr verliehen. Unter Bergnachbarn gilt ein besonderes Bergnachbarrecht.

Eine besondere Form der Genossenschaft für gemeinschaftlichen Bergbau ist die Gewerkschaft, die aus einer ursprünglichen Arbeitsgenossenschaft frühzeitig zu einer auf vererbliche, veräußerliche und teilbare Anteile gebauten Vermögensgenossenschaft wurde. Die Anteile heißen „Kuxe"; ihre Zahl betrug meist 128 (nebst einigen „Freikuxen" und den „Erbkuxen" des Grundeigentümers), ist aber heute meist auf 100 oder 1000 fixiert. Bei den älteren Gewerkschaften gelten die Kuxe als Anteile am gemeinschaftlichen Bergwerkseigentum, werden als solche im Grundbuch eingetragen und unterliegen den Regeln über unbewegliche Sachen. Die Kuxe des neueren Rechts gewähren nur Wertanteile am Gewerkschaftsvermögen, werden in Wertpapieren (Kuxscheinen) verkörpert und sind beweglich. Die Gewerken haben einen verhältnismäßigen Anteil am Gewinn (Ausbeute), sind aber im Bedürfnisfall zu verhältnismäßigen Beiträgen (Zubuße) verpflichtet, wovon sie sich durch Verzicht auf ihren Kux befreien können. Organe der Gewerkschaft sind die Gewerkenversammlung und der Grubenvorstand; früher wurde die Gewerkschaft dem Regalherrn gegenüber durch einen „Lehnsträger" vertreten.

Das Verhältnis der Bergleute wurde einst genossenschaftlich, später staatlich geregelt. Die neueren Bergordnungen führten die Freiheit des Arbeitsvertrages durch, hielten aber an Einschränkungen im Sinne des Arbeiterschutzes fest. Auch heute gelten besondere bergrechtliche Bestimmungen über den Arbeitsvertrag. Erhalten haben sich die aus alter Zeit stammenden und vielfach für die moderne Arbeiterversicherung vorbildlich gewordenen Knappschaften; es sind öffentlichrechtliche Genossenschaften für Kranken-, Unfall- und Altersversicherung, aber auch für Witwen- und Waisenversorgung mit Beitrittspflicht der Bergarbeiter und Beitragspflicht der Werkeigentümer.

Mancherlei Abweichungen vom Bergrecht wies früher das Salzrecht auf, bei dem sich mit dem Salzregal das staatliche Monopol des Salzhandels verband. Während dieses aufgehoben ist, hat sich das Salzregal in mehreren Staaten erhalten. In Preußen (außer Hannover, wo das Salz dem Grundeigentümer gehört) ist, wie schon erwähnt, das Schürfen des Salzes neuerdings dem Staate vorbehalten. Mit dem Salze (dem „Solgut") wurden die Salzherren (Salzbeerbeten, Salzjunker) beliehen, meist als Sälzerschaften zur gesamten Hand. Die Salzsiederei wurde oft vom Gewinnen der Sole getrennt und besonderen Genossenschaften, den auf (meist 111) Anteile („Pfannen") gebauten „Pfännerschaften", übertragen.

Literatur: Karsten, Über den Ursprung des Bergregals, 1844. J. Weiske, Der Bergbau u. das Bergregal, 1845. Arndt, Zur Geschichte und Theorie des Bergregals u. der Bergbaufreiheit, 1879; Z. f. RG. XXXVI 112 ff., XXXVII 59 ff., 465 ff. H. Ermisch, Das sächsische Bergregal im Mittelalter, 1887. A. Zycha, Das Recht des ältesten deutschen Bergbaus bis ins 13. Jahrh., 1899; Das böhmische Bergrecht des Mittelalters, 2 Bde., 1900; Z. f. RG. XXXVII 338 ff.; Vierteljahrsschrift f. Sozial- u. Wirtschaftsgesch. V 238 ff., VI 85 ff. L. Zeumer, Der begrabene Schatz im Sachsensp. I 35 (Mitt des Inst. f. öst. Geschichtsforschung XXII). O. Opet, Die Gewerkschaft nach den deutschen Bergrechten des Mittelalters, 1893 (Z. f. Bergr. XXXIV). Hübner § 41. v. Schwerin S. 59 ff. — Achenbach, Das gemeine deutsche Bergrecht, T. I, 1871. Klostermann, Lehrbuch des preuß. Bergrechts, 1871. Engels, Preußisches Bergrecht, 2. Aufl. 1894. Brassert, Preuß. Bergr., 1889. Kommentare zum preußischen Berggesetz v. Brassert, Klostermann, Arndt. H. Beith, Deutsches Bergwörterbuch, 1870. Zeitschrift für Bergrecht seit 1860.

Abschnitt III. Das Lehnrecht.

§ 55. Geschichte. Das Lehnswesen, das aus der im 9. und 10. Jahrhundert vollzogenen Verschmelzung der personenrechtlichen Vasallität (des kriegerischen Treudienstverhältnisses mit Vorbehalt der Freiheit) und des sachenrechtlichen Benefizialwesens (der Landleihe höherer Ordnung) hervorgegangen war, erhob sich im deutschen Mittelalter zu einer nicht nur im Privatrecht vorherrschenden, sondern auch das gesamte öffentliche Recht durchdringenden Institution. So bildete denn auch das „Lehnrecht" sich zu einem eigenen Rechtssystem aus, das dem „Landrecht" ebenbürtig zur Seite trat. Es beruhte in einigen Punkten auf Reichsgesetzen, in der Hauptsache auf Gewohnheitsrecht, das bei den einzelnen Stämmen verschieden war. Eike v. Repgowe ließ deshalb dem sächsischen Landrecht eine Darstellung des sächsischen Lehnrechts folgen. Ebenso verfuhren die Verfasser anderer Rechtsbücher. — In den letzten Jahrhunderten des Mittelalters begann bereits der Verfall des Lehnswesens, das Gemeinheitsverfassung und Landeshoheit durchbrachen.

Seit der Rezeption galt das langobardische Lehnrecht als gemeines deutsches Lehnrecht. Es wurde in der Gestalt der in Bologna dem Corpus iuris civilis eingefügten und glossierten libri feudorum, einer Sammlung von Abhandlungen über langobardisches Lehnrecht aus dem 12. Jahrhundert mit angehängten Mailänder Gewohnheiten und Kaisergesetzen in zwei Büchern, rezipiert; nicht rezipiert sind die von Cujacius angehängten capitula extraordinaria, die (nach der im übrigen obsoleten Einteilung des Cujaz in fünf Bücher) als IV F. 73—109 (unmittelbar hinter II F. 58) und V F. zitiert werden. Dem gemeinen Lehnrecht ging aber das partikuläre Lehnrecht vor, das sich vielfach auf einheimischer Grundlage fortbildete (besonders im Sachsenrecht, eigenartig auch in den ehemals slawischen Ländern). Mehrfach ergingen Lehnskonstitutionen oder Lehnsedikte (z. B. Hinterpomm. von 1755, Kursächs. 1764, Gotha. 1800, Bad. 1807, Bayr. 1808); das Preuß. ALR. (I 18 §§ 13—679) kodifizierte das subsidiäre gemeine Lehnrecht unter Abschaffung des langobardischen Rechts.

Die wissenschaftliche Bearbeitung des Lehnrechts betrieben die „Feudisten", die anfangs nur das langobardische, seit dem 17. Jahrhundert auch das einheimische Recht berücksichtigten. Das Lehnrecht galt als besonderer Zweig der Jurisprudenz und bildete den Gegenstand eigener Universitätsvorlesungen; erst im Laufe des 19. Jahrhunderts wurde es dem deutschen Privatrecht einverleibt.

Inzwischen schritt der Verfall des Lehnswesens weiter fort. Im öffentlichen Recht sank es, seitdem die stehenden Heere die Kriegsdienstpflicht der Vasallen verdrängten, die Untertanentreue an Stelle der Vasallentreue trat und ein kriegerischer Treuverband zwischen Untertanen unzulässig wurde, zur Form herab; daß das Reich auf den Lehnsverband gebaut blieb, war ein Zeichen seiner Schwäche. Im Privatrecht behielt das Lehnrecht größere Bedeutung, schrumpfte aber zu einem Sonderrecht gewisser Güter zusammen, während das personenrechtliche Band entleert wurde; großenteils wurde es zu einer Summe von Folgesätzen aus weggefallenen Prämissen.

In neuester Zeit erfolgte im größten Teil Deutschlands die gesetzliche Aufhebung des Lehnswesens, zunächst nur des Obereigentums, mehr und mehr auch des zurückbleibenden Lehnsverbandes. Doch besteht das Lehnrecht noch in einigen Ländern (z. B. Mecklenburg, Lippe, Waldeck, Reuß ä. L., in Preußen noch für die Thronlehen und in Hannover) unversehrt,

anderswo verstümmelt. Diese Trümmer läßt auch das BGB. unberührt (EG. a. 59). Außerdem behält das Lehnrecht neben seiner historischen Bedeutung einen dogmatischen Wert, weil es auf andere Rechtsinstitute vorbildlich eingewirkt hat.

Literatur: P. Roth, Geschichte des Benefizialwesens, 1850; Feudalität u. Untertanenverband, 1863. Waitz, Ges. Abh. I 178 ff., 318 ff. Brunner, Forschungen S. 1 ff., 75 ff. Hübner §§ 47—48. — Homeyer, System des Lehnrechts, in Sachsenspiegel II 2. — K. Lehmann, Die Entstehung der libri feudorum, 1891; Consuetudines feudorum, I. Compilatio antiqua, 1892; Das langobardische Lehnrecht, 1896. — Lud. Schrader, Tractatus feudalis, 1594. a Rosenthal, Tractatus et Synopsis totius juris feudalis, 1597. Schilter, Ad jus feudale, 1695. G. L. Boehmer, Principia juris feudalis, 1765, ed. Bauer, 1819; Komm. dazu v. Schnaubert, 2. Aufl. 1791. Pätz, Lehrbuch des Lehnrechts, 1808. G. M. Weber, Handbuch des in Deutschland üblichen Lehnrechts, 4 Bde., 1807 ff. Darstellungen des preuß. Lehnr. v. Terlinden u. v. Dernburg (im Preuß. P.R.), des pomm. v. Zettwach (1832), des kursächs. v. K. S. Zachariae (2. Aufl. 1823) des bayr. v. Mayr (1831), des mecklenb. v. Roth (1858).

§ 56. Begriff und Gegenstände. „Lehen" heißt an sich „geliehenes Gut" („feudum" sogar nur „Gut"). „Echtes Lehen" (feudum proprium) aber ist nur ein geliehenes Gut, dessen Gewere zu Ritterdienst und Treue verpflichtet. Fehlt die ritterliche Dienstpflicht, so liegt ein uneigentliches Lehen (f. improprium) vor; fehlt auch die Treupflicht, so nur ein lehnsähnliches Verhältnis (feudastrum). Den Gegensatz zu allen feuda und feudastra bildet das Allod (Allod sind auch die „Sonnenlehen"). Man unterscheidet unter den Eigenschaften des Lehens die essentialia (Lehnsgewere und Lehnstreue), die naturalia (deren Ausschluß das Lehen zu einem uneigentlichen macht) und die accidentialia (Abänderungen eines naturale).

Gegenstände des Lehens sind nach gemeinem Recht (II F. 1 § 1) nur Grundstücke mit Zubehör, besonders Landgüter, Rittergüter (feudum nobile), Burgen (feudum castri, Burghutlehen und Burgöffnungslehen) usw., und liegenschaftliche Gerechtigkeiten, besonders Herrschafts- und Amtsrechte (Fahn- und Zepterlehen, Grafschafts-, Gerichts- und Vogteilehen, Lehen an Hofämtern, Patronatslehen, Postlehen, Schulzenlehen), Regalgerechtigkeiten, Reallastberechtigungen (z. B. Zehnten und dingliche Renten), Gewerberechte usw. Die Partikularrechte kennen auch Geldlehen.

§ 57. Die Lehnspersonen. Lehnshauptpersonen sind der Lehnsherr (dominus) und der Lehnsmann (Mann, vassallus).

Lehnsherr konnte ursprünglich nur sein, wer waffenfähig, ritterbürtig und im Vollbesitz der Ehre war; doch wurden früh adlige Frauen, Geistliche, Kirchen und Städte aktiv lehnsfähig. Das Erfordernis eines höheren „Heerschildes" in der lehnrechtlichen Standesordnung (Sachsensp. I a. 3, Lehnr. a. 1) fiel schon im Mittelalter weg. Im modernen Staat wurde die Lehnsherrlichkeit von Untertanen ihrer Bedeutung entkleidet und endlich meist aufgehoben. Regelmäßig sind nur noch Landesherren im eigenen Lande Lehnsherren (die „feuda extra curtem" wurden durch die Friedensschlüsse von 1803 bis 1815 beseitigt).

Lehnsmann kann sein, wer passiv lehnsfähig ist. Das ältere deutsche Recht forderte für echte Lehen Ritterbürtigkeit (Sächs. Lehnr. a. 2 § 1), das langobardische Recht nur freien Stand (II F. 7 a. 10). Erforderlich ist ferner Vollbesitz der Ehre und Waffenfähigkeit (Sächs. Lehnr. a. 2, II F. 21, 36). Doch kann der Herr bei der ersten Belehnung von dem Mangel der Lehndienstfähigkeit absehen.

Lehnsnebenpersonen sind die lehnrechtlichen Stellvertreter. Sie sind Vertreter kraft eigenen Rechts. Als „Prodominus" ist namentlich bei Verbandspersonen das Verbandshaupt zum Träger der Lehnsherrlichkeit berufen; so der Prälat für die Kirche, der Bürgermeister für die Stadt, der Kaiser oder Landesherr für das Reich oder den Staat („prodominium sublime"). Ein „Provassallus" oder „Lehnsträger", der selbst lehnsfähig sein muß, Eid und Dienst leistet und das Gut nach außen vertritt, Gewere und Nutzung aber dem Vassallen belassen muß, wird für Lehnsunfähige, für Verbandspersonen und für mehrere zu gesamter Hand beliehene Vassallen bestellt. Nach älterem deutschen Recht fiel, solange der Vassall unmündig war, die Lehnsvormundschaft mit dem Angefälle (den Nutzungen) dem Herrn zu, der sie behalten oder als Vormundschaftslehen übertragen konnte; später wurde bisweilen die Lehnsträgerschaft mit Lehnsvormundschaft verbunden.

§ 58. **Die Begründung des Lehns.** Regelmäßige Errichtungsart ist die Belehnung oder Investitur; ausnahmsweise entsteht nach gemeinem Recht ein „feudum informe" durch dreißigjährige Ersitzung (partikularrechtlich auch durch ordentliche Ersitzung).

Die Belehnung wird vorbereitet durch den Lehnsvertrag („contractus feudalis"), der einen obligationenrechtlichen Anspruch auf Belehnung erzeugt und hinsichtlich verabredeter Besonderheiten als „lex investiturae" gilt, Der Lehnsvertrag kann Schenkung, Kauf, Tausch usw. enthalten; liegt ihm ein „Lehnsauftrag", d. h. Übereignung von Allod unter Ausbedingung der Rückgabe als Lehen, zugrunde, so spricht man von einem „feudum oblatum".

Die Investitur wurde vor versammeltem Lehnsgericht vollzogen; das deutsche Recht forderte persönliche Anwesenheit beider Teile, das langobardische Recht (II F. 3 § 1) ließ Stellvertretung zu. Sie setzt sich zusammen aus der Einräumung der Lehnsgewere (actus traditionis) durch feierliche Worte und Symbole (Zepter, Fahne, Lanze usw.) und der Eingehung des Treubandes (actus inaugurationis) durch Treueid (Lehnseid, Huldetun, homagium) des Vassallen (das „Handlehen" mit bloßem Handschlag ist feudum improprium) und Treuversprechen des Herrn (dazu Kniebeugung, Handreichung, Lehnskuß). Darauf folgt die Aushändigung des Lehnbriefes (litterae investiturae) an den Vassallen und des Lehnreverses (Gegenbriefes) an den Herrn. Mit der Investitur entstehen die ideelle Lehnsgewere und das dingliche Recht; der Besitz muß besonders erworben werden („Einweisung" des deutschen Rechts). Wo Grundbuchrecht gilt, ist zur Wirksamkeit gegen gutgläubige Dritte Eintragung der Lehnseigenschaft erforderlich (EG. a. 61).

Die Wiederverleihung einer „res infeudari solita" ist als Reinfeudation erleichtert (besonders bei Kirchengut); besteht eine Verpflichtung zur Wiederverleihung (wie nach altem Reichsrecht bei Fahnlehen, öfter auch bei Staatslehen), so spricht man von Refirmation.

§ 59. **Lehnsanwartschaft und Eventualbelehnung.** Das deutsche Recht kannte die Einräumung einer anwartschaftlichen Lehnsgewere in der doppelten Form des den Heimfall ausschließenden „Gedinges" auf ein bestimmtes Gut und der auf das zuerst heimfallende Gut gerichteten „Anwartung"; weder Gedinge noch Anwartung wirkten für und wider die Erben; das jüngere Gedinge ging der älteren Anwartung vor. Das langobardische Recht kannte eine auf beiden Seiten vererbliche bedingte Investitur für den Fall des Heimfalles. Aus der Vermischung beider Rechte erwuchsen zwei Institute: 1. die Eventualbelehnung, d. h. die förmliche Investitur mit einem bestimmten Lehen für den Eröffnungsfall. Daraus entsteht ein gegen jeden Nachfolger des Herrn wirksames und nach Lehnrecht vererbliches dingliches Wartrecht, das eintretendenfalls ohne weiteres in Lehnrecht übergeht. 2. die Lehnsanwartschaft, d. h. der ohne Investitur vertragsmäßig eingeräumte Anspruch auf Verleihung eines bestimmten Lehens im Eröffnungsfall (exspectativa feudalis specialis) oder des zuerst eröffneten Lehens (e. f. generalis) oder irgendeines Lehens (e. f. indeterminata). Die Verpflichtung geht auf die Erben des Herrn, aber auch auf den Regierungsnachfolger über; das Recht vererbt nach Zivilrecht, aber im Zweifel nur auf lehnsfähige Erben.

§ 60. **Mitbelehnung.** Eine Mitbelehnung nach Anteilen wie sie dem langobardischen Recht allein bekannt ist und später „coinvestitura iuris communis" hieß, gewährt gesonderte Lehnrechte an ideellen Teilen des Gutes (condominium utile).

Verschieden davon ist die Mitbelehnung zur gesamten Hand (coinvestitura iuris Germanici), die in Deutschland sehr verbreitet war und namentlich benutzt wurde, um gegenüber der auf Nachkommen des letzten Besitzers beschränkten deutschen Lehnsfolge den Ausschluß der Brüder und ihrer Nachkommen vom Lehen zu vermeiden. Die Gesamtbelehnten wurden verbunden belehnt, indem sie das Symbol mit gesamter Hand ergriffen und huldigend die vereinigten Hände in die Hand des Herrn legten. Damit erlangten sie eine gemeine und gleiche Gewere; dem Herrn gegenüber werden sie durch einen Lehnsträger vertreten, untereinander sind sie Gemeiner mit ungesonderten und der Verfügung entzogenen Anteilen. Stirbt einer, so rücken seine Nachkommen für ihn ein; hat er keine Nachkommen, so wächst sein Anteil den anderen Gemeinern an. Während ursprünglich durch jede reale Teilung die gesamte Hand zerstört wurde, kamen seit dem 14. Jahrhundert die Mutschierungen mit Vorbehalt der

gesamten Hand auf (oben § 34). Nach der Rezeption begnügte man sich mit der Fiktion fortbestehender Gemeinschaft; vielfach bildete sich auch der Satz aus, daß der Herr verpflichtet sei, die vom Vassallen gewünschte Mitbelehnung zu erteilen (so in Sachsen, Hessen, Württemberg). Schließlich wurde das Institut zu einem bloßen Ersatzmittel für die agnatische Lehnsfolge, so daß die bei jeder Erneuerung der Investitur wiederholte und in den Lehnbriefen vermerkte Mitbelehnung nur als Form der Begründung oder Wahrung von agnatischer Lehnsfolge erschien (vgl. Preuß. LR. I 18 § 411).

§ 61. Rechte des Lehnsherrn. Die Lehnsherrlichkeit als Ganzes ist ein aus Sachen- und Personenrecht gemischtes, mit Pflichten verbundenes Recht, das jedoch früh mit gewissen Beschränkungen veräußerlich wurde. Eine Art der Veräußerung ist die Auftragung zu Lehen (subinfeudatio per oblationem).

Sachenrechtlich hat der Herr ursprünglich das „eigen", später das Obereigentum (geschützt durch Vindikation, RGer. XXVI Nr. 36).

Personenrechtlich hat er Anspruch auf die beschworene Treue (fidelitas) des Vassallen, deren Bruch „Felonie" heißt. Die Treue verpflichtet im allgemeinen zu Ehrerbietung (Lehnsreverenz), Hilfe mit Rat und Tat und Unterlassung böswilliger Schädigungen des Herrn an Leib, Freiheit, Ehre oder Vermögen. Im besonderen verpflichtet sie zum Lehndienste (Freilehen ist kein rechtes Lehen). Der Lehndienst besteht beim echten Lehen in Kriegsdienst zu Roß (Heerfahrt) und Hofdienst (Hoffahrt). Der Kriegsdienst fiel bisweilen ohne Ersatz weg; sonst traten Geldleistungen an die Stelle (ein von Hause aus zu Zins verpflichtendes Zins- oder Beutellehen ist kein rechtes Lehen). Der Hofdienst erhielt sich in Gestalt von Ehrendiensten; einst umfaßte er vor allem auch die Teilnahme an der Ratsversammlung und namentlich an dem vom Herrn mit den Mannen (als pares curiae) gehaltenen Lehngericht (für Streitigkeiten zwischen Herrn und Vassallen oder der Vassallen untereinander und für „Eintrachtssachen"). Aus der Treupflicht folgt auch die Verpflichtung zur Mutung um Lehnserneuerung (renovatio feudi). Sie muß sowohl beim Herrenfall (Hauptfall, Thronfall) gegenüber dem neuen Herrn, wie beim Lehnfall (Nebenfall) seitens des neuen Vassallen binnen Jahr und Tag erfolgen. Unentschuldigte Säumnis (ohne „Indult") ist Felonie. Auf gehörige Mutung ist der Herr zur Renovation durch Wiederholung der Investitur verpflichtet. Beim Lehnfall ist partikularrechtlich eine Lehnware (laudemium) zu entrichten.

§ 62. Rechte des Vassallen. Das vassallitische Recht im ganzen ist aus Sachen- und Personenrecht gemischt und mit Pflichten verbunden, jedoch veräußerlich (§ 63) und verzichtbar.

Sachenrechtlich hat der Vassall nach älterem Recht das volle in der Lehnsgewere erscheinende Herrschaftsrecht im Bereiche des Lehnsverbandes, nach der späteren Entwicklung Untereigentum. Daher Besitz, Gebrauch und Nutzung, Ausübung der Realrechte, Vertretung des Gutes im Prozeß. Die Früchte erwirbt er zu allodialem Eigentum, kann daher auch für seine Besitzzeit einen Nießbrauch bestellen (Seuff. XLVI Nr. 106) oder verpachten. Auch außerordentliche Erträge gebühren ihm. Er darf aber die Substanz nicht verschlechtern, muß das Gut in gehörigem Stande halten und trägt auch außerordentliche Lasten.

Personenrechtlich hat er Anspruch auf Treue; die Herrentreue ist nicht beschworen und enthält keine Einzelpflichten; sie äußert sich besonders in der Schutzpflicht (Lehnsprotektion) und in der Pflicht zur Unterlassung schädigender Handlungen (II F. 6 § 2, 26 § 4, 47).

§ 63. Lehnsveräußerung. Im älteren deutschen Recht war eine Lehnsveräußerung nur in Form einer Auflassung durch die Hand des Herrn möglich; sonst war sie nichtig und bewirkte Verlust des Lehens. Das langobardische Recht war laxer; die deutschen Kaiser aber führten das deutsche Veräußerungsverbot ein; ihre Konstitutionen (Lothar. II von 1136 und Frider. I von 1158) wurden in die libri feudorum (II F. 52 u. 55) aufgenommen und mitrezipiert.

Grundsätzlich ist daher nach gemeinem Recht die Veräußerung des Lehens durch den Vassallen nichtig und bewirkt Lehnsverlust. Daher kann der Lehnsherr das Gut mit der unverjährbaren actio feudi revocatoria sofort an sich ziehen, muß es aber wieder herausgeben, sobald der Anfall an einen Agnaten, Eventual- oder Mitbelehnten erfolgt (nach

deutschen Partikularrechten, wie schon nach schwäbischem Lehnrecht a. 85, auch an den schuldlosen Nachkommen, während nach gemeinem Recht sein Lehnrecht mitverwirkt ist). Ebenso haben Agnaten, Eventual- und Mitbelehnte (nach deutschen Partikularrechten auch Nachkommen) auf Grund ihres unentziehbaren Wartrechts eine selbständige actio feudi revocatoria gegen Dritte, jedoch erst, wenn das Lehen ihnen anfällt; ihre Klage verjährt von diesem Zeitpunkte an (RGer. XVII Nr. 33). Im Falle des Verkaufes haben nach gemeinem Recht sowohl der Herr wie die Lehnsanwärter überdies ein Näherrecht (retractus feudalis), kraft dessen sie das Gut von jedem Dritten gegen Ersatz des Kaufschillings an sich ziehen können (Partikularrechte haben den Lehnsretrakt eingeschränkt oder abgeschafft, geben aber dafür zum Teil den Agnaten andere Rechtsmittel, wie das pommersche beneficium taxae, das beneficium reluitionis usw.).

Durch Konsens in die Veräußerung wird die Anfechtung ausgeschlossen. Die Zustimmung des Herrn ist den Anwärtern, die eines Anwärters den anderen Anwärtern unnachteilig. Dagegen sind nach gemeinem Recht die Nachkommen eines Zustimmenden gebunden. Anders wieder nach Partikularrechten. Nach preußischem Recht wird die Veräußerung durch Familienschluß unanfechtbar.

Ausnahmen vom Veräußerungsverbot gelten im Falle der Afterbelehnung (subinfeudatio per dationem), die das Lehnsband unberührt läßt, jedoch dem Aftervassallen die allgemeine Treupflicht auch unmittelbar gegenüber dem Oberlehnsherrn auferlegt (II F. 55 § 6). Partikularrechtlich auch im Falle der Hingabe zu Erbpacht (nicht nach gem. R., RGer. XVII Nr. 33). Ferner kann eine Frau ihr Lehen dem Manne als dos übereignen (II F. 13, 17). Auch binden Anordnungen über die Erbteilung die Nachkommen. Eine dingliche Belastung des Lehens mit Dienstbarkeiten ist nur für die Besitzzeit des Bestellers und seiner Nachkommen wirksam. Auch die Ersitzung einer Dienstbarkeit wirkt nicht gegen den Herrn und die Anwärter (RGer. II Nr. 62, VI Nr. 76); neuerdings läßt aber das Reichsgericht (XXI Nr. 56) eine außerordentliche Ersitzung mit absoluter Wirkung zu.

Veräußerliche Lehen (feuda alienabilia) können durch die lex investiturae begründet werden (II F. 26 § 25). Kraft Gesetzes bestehen sie besonders in ehemals slawischen Ländern, in die das Lehnswesen schon gelockert eindrang; meist muß hier der Lehnsherr einwilligen, wenn das Lehen noch auf mehr als vier Augen steht (so in Mecklenburg); die Anwärter haben keine Revokatorienklage, sondern nur ein Einlösungsrecht.

§ 64. Lehnsfolge. Die Sukzession in ein bestehendes vassallitisches Recht erfolgt ordentlicherweise nur auf Grund der Investitur durch Lehnerbfolge (successio feudalis legitima) oder Einrücken eines Eventual- oder Mitbelehnten (s. f. specialis), außerordentlicherweise im Wege der Veräußerung (so und nur so auch aus Testament oder Erbvertrag).

Die Lehnerbfolge, lange nur tatsächlich Platz greifend, wurde seit dem 11. Jahrhundert ein festes Recht. Doch erlangten im deutschen Recht nur die Nachkommen des letzten Besitzers ein Lehnerbrecht (Sächs. Lehnr. a. 6, a. 21 § 3, Schwäb. a. 42). Das langobardische Recht dagegen beruft alle Nachkommen des ersten Erwerbers. Folgeberechtigt sind aber nur lehnsfolgefähige Personen. Daher erbt nur der Mannsstamm (die Schwertmagen). Doch kann die lex investiturae Weiber und deren Nachkommen (Kunkelmagen) berufen (Weiberlehen, Kunkellehen), was stillschweigend angenommen wird, wenn die prima acquirens ein Weib ist (II F. 30); im Zweifel erben die Kunkelmagen erst hinter dem Mannsstamme (anders beim „durchgehenden" Weiberlehen, feudum femininum promiscuum). Beruht das Folgerecht auf Abstammung vom ersten Erwerber, so richtet sich die Folgeordnung nach der Nähe der Verwandtschaft mit dem letzten Besitzer (vgl. unten § 128). Gleich Nahe erben gemeinsam. Nach deutschem Recht brauchte der Herr nur einem von ihnen das Gut zu leihen; die anderen aber konnten Ersatz aus dem Allod verlangen (Sachsensp. I a. 14, Schwäb. Lehnr. a. 56). Nach langob. Recht teilen sie (I F. 1 § 1, 8 pr., II F. 50), soweit nicht etwas anderes vereinbart wird oder Unteilbarkeit des Gegenstandes entgegensteht (II F. 55 pr.). Der Lehnerbe hat ein festes Wartrecht und erwirbt mit dem Erbfalle das Lehn von Rechts wegen.

Ihrem Wesen nach ist die Lehnerbfolge Sondernachfolge in das vom Allodialvermögen als Sondergut geschiedene Lehnsvermögen (RGer. XXXIV Nr. 115). Das lango-

bardische Recht führt dies aber nur bei den „Agnaten" (Seitenverwandten des letzten Besitzers) rein durch; die Nachkommen des letzten Besitzers müssen, wenn sie das Lehen behalten wollen, auch die Allodialerbschaft annehmen und dann als Gesamtnachfolger „facta defuncti praestieren" (II F. 45). Mit dem Gedanken der Sondernachfolge verbindet sich der einer Zurückführung des Lehnerbrechts auf die für alle Nachkommen gegebene und empfangene Investitur, aus dem die Feudisten die Theorie der „successio ex pacto et providentia maiorum" entwickelten („Stammlehen"). Wo kraft der lex investiturae oder kraft Partikularrechts (wie in Österreich, Schlesien, Pommern, Mecklenburg) Abweichungen gelten, spricht man von „Erblehen" (feuda hereditaria).

§ 65. **Lehnsschulden.** Während für Allodialschulden der Vassall nur mit den Früchten und der Nachfolger nur, insoweit er Allodialerbe geworden ist, haftet, gibt es nach gemeinem Gewohnheitsrecht (aus I F. 6 § 3 entwickelt) und allen deutschen Partikularrechten Lehnsschulden (debita feudalia), die zum Lehnsvermögen gehören und auf den Lehnsfolger als solchen übergehen.

Die Lehnsschulden sind entweder nur Lehnfruchtschulden oder Lehnsubstanzschulden. Sie verpflichten entweder als absolute Lehnsschulden jeden Lehnsfolger (einschließlich des Herrn) oder als respektive nur gewisse Lehnsfolger. Sie sind entweder prinzipale Lehnsschulden, für die das Allod höchstens subsidiär haftet, oder subsidiäre Lehnsschulden, die erst nach Erschöpfung des Allods das Lehen und den Lehnsfolger treffen. Bei veräußerlichen Lehen sind alle Allodialschulden zugleich subsidiäre Lehnsschulden. Die Zwangsvollstreckung erfolgt bei Fruchtschulden nur durch Zwangsverwaltung, bei Substanzschulden auch durch Zwangsversteigerung.

Zu den Lehnsschulden gehören gewisse gesetzliche Verbindlichkeiten des Lehnsfolgers (gemeinrechtlich Alimentation des wegen körperlicher Gebrechen ausgeschlossenen bedürftigen Nächstberufenen, partikularrechtlich Begräbniskosten, Unterhalt und Ausstattung bedürftiger Töchter, Leibgedinge oder Wittum für die Witwe). Ferner Schulden aus Verwendung auf das Lehen, die im Falle der Verwendung für die Sache jeden Lehnsfolger, im Falle der Verwendung für den Erwerb des Lehens oder die Abfindung von Miterben nur die Lehnsfolger, die davon Vorteil haben, treffen. Sodann konsentierte Lehnsschulden für die Zustimmenden und ihre Nachkommen. Eine Lehnsschuld ist auch der Lehnsstamm (constitutum feudale), eine mit dem Lehen verbundene Kapitalschuld, deren Zinsgenuß nach Lehnrecht vererbt wird (besonders als Abfindungsrente von Miterben, die dann beim Erlöschen der abgefundenen Linie an das Lehen zurückfällt).

§ 66. **Lehnssonderung.** Wenn Lehen und Allod verschiedene Wege gehen — kraft verschiedener Erbfolge, Heimfalles oder Aussonderung im Konkurse —, erfolgt die „Lehnssonderung". Sie richtet sich zunächst auf Aussonderung der Lehnsstücke; allodiale Zubehörungen gehen zum Allod, feudale bleiben beim Lehen; die Früchte fallen insoweit ins Allod, als sie nach den Grundsätzen des deutschen Rechts verdientes Gut sind (unten § 83). Sodann muß nach gemeinem Gewohnheitsrecht (anders nach sächs. R., Seuff. XLVI Nr. 106) aus dem Lehnsvermögen zum Allodialvermögen Ersatz für Besserungen des Lehens durch Aufwendungen und Schuldentilgungen, soweit nicht der Vassall zur Bestreitung aus den Lehnseinkünften verpflichtet war, geleistet werden. Umgekehrt ist wegen Verschlechterungen des Lehens, falls sie vom letzten Besitzer oder einem Vorbesitzer, dessen Allodialerbe jener geworden ist, verschuldet sind, dem Lehnsfolger aus dem Allod Ersatz zu leisten.

§ 67. **Beendigung.** Wenn das vassallitische Recht erlischt, tritt die „Konsolidation" ein. Dauernde Konsolidation (consolidatio perpetua) erfolgt vermöge Heimfalles des Lehens an den Lehnsherrn, wenn das Lehen durch Wegfall des Vassallen ohne Lehnsfolger „eröffnet" wird. Temporäre Konsolidation ist Folge des Lehnsverzichtes (II F. 38) und der Lehnsverwirkung durch Felonie. Doch zieht die Lehnsuntreue nur in schweren Fällen (zu denen aber auch Deteriorationen, Versäumnis der Mutung um Lehnserneuerung, Ableugnung der Lehnseigenschaft und Veräußerung gehören) den Lehnsverlust, in leichteren Fällen nur

eine Geldbuße (Lehnsemende) nach sich (II F. 23, 24 § 9). Die Felonie bedarf aber, vom Falle der Veräußerung abgesehen, der Geltendmachung seitens des Herrn durch gerichtliche Klage, die als actio vindictam spirans unvererblich ist und nicht gegen die Erben geht und durch Verzeihung (Pardonie) ausgeschlossen wird. Nach gemeinem Recht ist das Lehen auch für die Nachkommen verwirkt, während nach deutschen Partikularrechten der Herr das Lehen auch dem schuldlosen Nachkommen, sobald er sukzediert, herausgeben muß. Der Vassall verwirkt das Lehen auch durch Quasifelonie, d. h. eine nicht unmittelbar gegen den Herrn gerichtete, ihn aber lehnsunwürdig machende Handlung; dann fällt aber das Lehen sofort an den Lehnsfolger.

Erlischt die Lehnsherrlichkeit, so tritt die „Appropriation" ein, durch die das Untereigentum in Volleigentum verwandelt wird. So bei erblosem Wegfall des Lehnsherrn, bei Verwirkung der Lehnsherrlichkeit durch Felonie (II F. 26 § 24, 47), besonders aber bei vertragsmäßiger (in Preußen seit 1717 vielfach durch königliche Deklarationen und Annahmeerklärungen der Vassallen vollzogener) oder gesetzlicher „Allodifikation". Die gesetzliche Aufhebung des Obereigentums erfolgte im Laufe des 19. Jahrhunderts vielfach (z. B. durch preuß. Ges. vom 2. März 1850 § 2 außer für Thronlehen) ohne Entschädigung; anderswo (z. B. in Bayern und Baden) wurde das Obereigentum abgelöst. Das allodifizierte Lehen bleibt ein Lehen ohne Lehnsherrlichkeit, an dem die Rechte der Anwärter fortbestehen.

Die Beendigung des Lehnsverhältnisses im ganzen erfolgt durch Untergang des Objektes, Eintritt einer gesetzten Endfrist oder Resolutivbedingung, Ersitzung seitens eines Dritten, Veräußerung zu Allod und gesetzliche Aufhebung. Die völlige Auflösung des Lehnsverbandes ist durch neuere Gesetze (in Preußen durch Provinzialgesetze von 1867—1877) im größten Teil Deutschlands vollzogen. Dabei ist bald die Nachfolge nach Lehnrecht noch für den ersten Fall gewahrt, bald eine Entschädigung der Anwärter vorgeschrieben; in Preußen hat der letzte Besitzer, falls er keine lehnsfähigen Nachkommen hat, die Wahl zwischen Abfindung der Anwärter oder Umwandlung in ein Familienfideikommiß (vgl. RGer. XXII Nr. 67).

Abschnitt IV. Die niederen Leiherechte.

§ 68. Die bäuerliche Landleihe.

I. Älteres deutsches Recht. Neben den höheren Leiheverhältnissen nach Dienstrecht entstanden seit der fränkischen Zeit zahlreiche Leiheverhältnisse nach Hofrecht. Charakteristisch für sie war eine wirtschaftliche Abhängigkeit des Leiheguts von einem Fronhof, als dessen Zubehör es galt und zu dem von ihm Zins zu zahlen und oft auch Arbeitsdienst zu leisten war. Obschon damit zugleich eine Minderung der persönlichen Freiheit verbunden war, nahmen nicht nur viele Freie solche Leihegüter von den Grundherren an, sondern trugen mehr und mehr auch freie Bauern ihr bisheriges Eigentum zu Leihegut auf. Um so leichter konnten dann auch die Besitzrechte von Hörigen und Unfreien an den ihnen verliehenen Gütern sich verfestigen. Im deutschen Mittelalter trat eine weitere Fortbildung, zugleich aber eine immer reichere Differenzierung der hofrechtlichen Leihe ein, so daß je nach Zeit und Ort sehr ungleiches Recht daraus entsprang. Immer wurde das Besitzrecht durch eine hofrechtliche Investitur („Belehnung", „Empfang"), woran sich Ausstellung eines Leihebriefes schloß, begründet. Der Besitzer hatte am Gute eine Gewere nach Hofrecht und somit auch ein dingliches Recht. Dieses konnte auf Zeit, auf Lebenszeit, auf mehrere Leiber, auch auf Widerruf eingeräumt sein, erstarkte aber im allgemeinen mehr und mehr zu einem dauernden erblichen Recht (Erbzinsrecht). Doch blieb die Vererbung oft auf nähere Erben beschränkt; auch behielt der Herr vielfach das Recht auf einen Sterbefall (mortuarium, Besthaupt, buteil). Das bäuerliche Besitzrecht war ferner veräußerlich; ursprünglich regelmäßig nur durch die Hand des Herrn, der aber später oft zur Zustimmung verpflichtet wurde, falls nur der Erwerber tüchtig war, und endlich vielfach nur noch ein Näherrecht behielt (unten § 80); dabei waren jedoch meist Besitzveränderungsabgaben zu entrichten (laudemium, Handlohn, Ehrschatz). Beim Wegfall des bäuerlichen Rechts, das meist auch durch Zins- oder Dienstversäumnis und bei manchen Gütern durch schlechte Wirtschaft verwirkt werden konnte, erfolgte der Heimfall an den Herrn.

Daneben bildeten sich Leiheverhältnisse nach Landrecht, die keine persönliche Abhängigkeit begründeten, aus. Freie Landleihen waren schon in fränkischer Zeit in mannigfacher Gestalt (besonders unter dem Namen der Prekarie) sehr verbreitet und blieben stets in Übung. Ein besonders günstiges Besitzrecht wurde namentlich bei der Neubesiedelung von Land den Ansiedlern gewährt, indem ihnen die erst urbar zu machenden Ländereien als Waldhufen zu Erbzinsrecht verliehen wurden. In umfassendem Maße wurden seit dem 12. Jahrhundert bei der deutschen Ansiedlung auf slawischem Boden vererbliche und veräußerliche Kolonistenhufen nach deutschem Recht ausgetan. Es gab aber auch Verleihungen zu schlechterem Besitzrecht an Landsassen oder Landsiedel, insbesondere Verleihungen auf Zeit in Form freier (aber dinglicher) Zeitpacht; tatsächlich war auch hier Wiederverleihung üblich und Hinneigung zur Erblichkeit vorherrschend. — Allmählich vermischten sich Hofrecht und Landrecht.

II. Seit der Rezeption begann eine rückläufige Bewegung, die durch die Niederlage der Bauern in den großen Aufständen verstärkt, durch die Anwendung des römischen Rechts verschärft und durch den Dreißigjährigen Krieg besiegelt wurde. Die erblichen Besitzrechte wurden in nichterbliche zurückgewandelt; das römische Pachtrecht wurde angewandt; die heimgefallenen Güter wurden zum Gutshofe eingezogen oder zu schlechterem Besitzrecht wieder ausgetan. In manchen Gegenden des deutschen Ostens verschwanden die Bauergüter infolge des sogenannten „Legens" fast ganz in den vergrößerten Rittergütern. Anderswo (in Preußen seit 1667 und besonders seit 1749) schritten die Landesherren mit der Bauernschutzgesetzgebung ein, begründeten einen öffentlichrechtlichen Leihezwang, kraft dessen die Gutsherren zur ungeschwächten Wiederbesetzung heimgefallener und zur Neubesetzung wüster Stellen verpflichtet wurden, und beförderten (wenigstens bei Domänenbauern) die Vererblichkeit der Besitzrechte.

So entstand eine überreiche Fülle verschiedener bäuerlicher Besitzrechte. Man muß unterscheiden: 1. Güter im Alleineigentum des Bauern, seien sie unbelastet oder belastet („schlechte Zinsgüter"). 2. Güter in geteiltem Eigentum: a) Bauernlehen, für die Lehnrecht gilt, b) Erbzinsgüter, die mit bloßem Anerkennungszins belastet sind (Preuß. LR. I 18 §§ 683 ff., Österr. GB. § 1123), c) Erbpachtgüter, bei denen der Zins als Entgelt für den Fruchtgenuß erscheint (vgl. RGer. XVIII Nr. 52, Österr. GB. § 1122; das Preuß. LR. I 21 §§ 187 ff. erkennt bei ihnen ein Untereigentum nicht an). 3. Güter in erblichem Nutzungsrecht. Nur selten fand die römische Emphyteuse Eingang (Vermutung gegen sie und für deutsche Erbpacht nach RGer. XV Nr. 39). Um so verbreiteter sind erbliche Baugüter (Kolonatgüter, Meiergüter, erbliche Landsiedelleihen und Laßgüter), bei denen das Nutzungsrecht durch tüchtige Wirtschaft bedingt ist, daher bei Erreichung einer Altersgrenze (oft von 60 Jahren) an den Erben abgetreten werden muß, nur an einen tüchtigen Wirt veräußert werden darf und durch schlechte Wirtschaft verwirkt werden kann („Abmeierungsrecht"). 4. Güter in nichterblichem Baurecht. Neben Gütern, die auf Lebenszeit des Herrn oder des Bauern oder auf zwei Leben verliehen sind, fanden sich, namentlich im Osten, auf Widerruf verliehene Güter („lassitischer Besitz"), bei denen indes das Widerrufsrecht verschiedenen Beschränkungen unterlag und regelmäßig nur gegen Ersatz der Besserung ausgeübt werden konnte. 5. Zeitpachtgüter.

III. Die neuere Agrargesetzgebung hat vielfach alle Zwischenbildungen zwischen Eigentum und Zeitpacht beseitigt. Sie hat an den Bauergütern, soweit nicht bloße Zeitpacht bestand, den Besitzern das Eigentum zugesprochen, jedoch vielfach den Gutsherren eine Entschädigung zugebilligt; bei der „gutsherrlich-bäuerlichen Regulierung" in Preußen mußte der Bauer einen Teil des Landes (ein Drittel bei erblichen, die Hälfte bei nichterblichen Laßgütern) abtreten. Dagegen hat sie den Bauernschutz aufgegeben. Soweit ältere bäuerliche Besitzrechte noch bestehen, bleiben sie vom BGB. unberührt. Ihre Neubegründung kann auch durch Landesgesetz nicht zugelassen werden. Eine Ausnahme gilt für die Erbpacht in denjenigen Staaten, in denen sie noch besteht (EG. a. 63; dazu gehört auch Preußen). Die Erbpacht ist neuerdings in Mecklenburg neu belebt worden und durch die Ausführungsverordnungen zum BGB. dem neuen Recht angepaßt. In Preußen ist ein verwandtes Verhältnis bei den Rentengütern geschaffen (unten § 73).

Literatur: Wittich, Die Grundherrschaft in Nordwestdeutschland, 1896. v. Schwind, Zur Entstehungsgeschichte der freien Erbleihe (Unters. H. 25), 1890. Rietschel, Z. f. Rechtsgeschichte XXXV 181 ff. v. Brünneck, Zur Geschichte des Grundeigentums in Ost- und Westpreußen, 1892 ff. Brunner, Der Leihezwang, 1897. Knapp, Die Bauernbefreiung usw., 2 Tle., 1887. Wopfner, Beiträge zur Geschichte der freien bäuerlichen Erbleihe Deutschtirols im Mittelalter (Unters. H. 67), 1903; Freie und unfreie Leihen im späten Mittelalter, Vierteljahrsschr. f. Sozial- u. Wirtschaftsgesch. III 1 ff., IV 190 ff. Seeliger, Die soziale u. politische Bedeutung der Grundherrschaft im frühen Mittelalter, Untersuchungen über Immunität, Hofrecht und Landleihe, 1903. Opitz, Die Arten des Rustikalbesitzes u. die Laudemien u. Mantelgroschen in Schlesien (Unters. H. 73), 1904. Hübner § 45. v. Schwerin S. 50 ff.

§ 69. Die Leihe nach Stadtrecht. In den mittelalterlichen Städten bildete sich eine freie Erbleihe nach Weichbildrecht besonders als Häuserleihe aus; namentlich bei der Neugründung von Städten wurden die Hofstätten vom Stadtherrn zu Erbleihe an Ansiedler vergeben; dabei stand das errichtete Gebäude regelmäßig im Eigentum des Besitzers. Schon im Mittelalter verschwand meist das Obereigentum des Leiheherrn und ging in bloßes Zinsrecht über, das sich dann im Rentenkauf (unten § 78) fortsetzte. An Stelle der Häuserleihe aber kam die Miete von Häusern und Wohnungen auf, die in der Regel mit Gewere verbunden war und daher ein dingliches Recht gab. Der hieraus folgende Satz „Kauf bricht nicht Miete" („hur gat vor kop") erhielt sich zum Teil auch da, wo die Auffassung der Miete als eines bloß persönlichen Rechts durchdrang, und ist hier wie bei der Grundstückspacht durch das BGB. zu gemeinem Recht erhoben. — Soweit sich Reste der Häuserleihe erhielten, verschmolzen sie nach der Rezeption mit der römischen superfices; das „Erbbaurecht" des BGB. knüpft an diese Entwicklung an.

Literatur: Die zu § 46 angef. Schriften. Gobbers, Die Erbleihe und ihr Verhältnis zum Rentenkauf, Z. f. R.G. XVII 130 ff. Rietschel, ebenda XXXV 181 ff. Winiarz, Erbleihe u. Rentenkauf in Österreich ob u. unter der Enns im Mittelalter (Unters. H. 80), 1906. Gierke, D.P.R. II § 141. O. Schreiber, Die Geschichte der Erbleihe in der Stadt Straßburg i. E. (Beyerle, Beiträge III, 3), 1909.

Abschnitt V. Die gebundenen Güter.

§ 70. Die Stammgüter. Nach älterem deutschen Recht war das Grundeigentum familienrechtlich gebunden. Es unterlag besonderer Erbfolge (unten § 119). Dem Erben stand aber auch schon vor dem Erbfalle ein festes Wartrecht zu. Er hatte daher das „Beispruchsrecht" bei der Veräußerung; eine Veräußerung ohne seine Zustimmung (ohne „Erbenlaub") war nichtig, bewirkte aber zugleich erfrühten Erbanfall, so daß der Erbe das Grundstück mit dinglicher Klage (actio revocatoria) an sich ziehen konnte (als of he dot si, jene de't dar gaf, Sachsensp. I a. 52 § 1). Für persönliche Schulden des Erblassers haftete das liegende Gut nicht; eine dingliche Verschuldung bedurfte der Zustimmung des Erben. Eine Ausnahme galt im Falle „echter Not"; um sich aus ihr zu befreien, konnte der Eigentümer verkaufen, wenn er zuerst den Erben gehörig, aber vergeblich den Kauf angeboten hatte.

Frühzeitig wurde die Gebundenheit besonders in den Städten auf „Erbgüter" eingeschränkt und auch auf dem Lande bei ihnen strenger durchgeführt, während „Kaufgüter" frei oder doch freier verfügbar wurden. Schon im Mittelalter und später allgemein schwächte sich die Veräußerungsbeschränkung zu einem bloßen Näherrechte (Erblosung) ab.

Allein, bei gewissen Gütern erhielt sich kraft Gesetzes- oder Gewohnheitsrechts das Erbenwartrecht, so daß die Veräußerung (bisweilen nur die Zuwendung von Todes wegen) an die Zustimmung der Erben gebunden blieb. Dies sind die seit längerer Zeit in bestimmten (besonders adligen) Familien vererbten Stammgüter (bona stemmatica oder aviatica). Bei den Stammgütern i. e. S. erhielt sich überdies eine besondere Erbfolge (meist im Mannsstamm und mit Altersvorzug). Doch sind die meisten Stammgüter im hohen Adel in Hausgüter, im niederen Adel in Familienfideikomimisse übergegangen. Die Trümmer werden vom BGB. verschont (EG. a. 59).

Literatur: Zimmerle, Das deutsche Stammgütersystem, 1857. Fipper, Das Beispruchsrecht nach alsächs. R. (Unters. H. 3), 1879. S. Adler, Über das Erbenwartrecht nach den ältesten bayr. Rechtsquellen (Unters. H. 37), 1891. Brunner, Beiträge zur Geschichte des german. Wartrechts (in Festgabe f. Dernburg), 1900. v. Freytagh-Loringhofen, Z. f. R.G. XLI 69 ff. Hübner §§ 42—43. v. Schwerin S. 48 ff.

§ 71. **Die Hausgüter des hohen Adels.** Im hohen Adel hat die Familienautonomie den Gedanken des Stammgutes zu dem des Hausgutes umgeprägt. Das Hausgut ist ein satzungsmäßig zu einem einheitlichen Inbegriff zusammengefaßtes und gebundenes Sondervermögen. Eigentümer des Hausvermögens ist das Haus als solches, das durch den jeweiligen Mannsstamm dargestellt wird; nur durch einstimmigen Familienbeschluß kann eine Verfügung über die Substanz getroffen, auf Rechte verzichtet oder die Folgeordnung geändert werden (RGer. XXII Nr. 51, XXVI Nr. 26). Das Haupt des Hauses hat ein unentziehbares Sonderrecht auf Besitz, Verwaltung und Nutzung; die Nachfolge richtet sich nach Hausrecht. Die Agnaten (Schwertmagen) haben unentziehbare Sonderrechte auf Anteil am Genuß (heute meist in Gestalt einer festen Rente oder Apanage, früher oft ein Nutzungsrecht an einem als paragium ausgesonderten Teil), auf Wahrung ihrer Anwartschaft und mitunter auch auf Anteil an der Verwaltung; darum hat jeder Agnat ein selbständiges Recht, jede ohne seine Zustimmung erfolgte Substanzverfügung — und zwar sofort, nicht erst im Sukzessionsfalle — als nichtig anzufechten (RGer. XXIV Nr. 38). Die Kognaten haben möglicherweise eventuelle Sukzessionsrechte, die Töchter auch Anspruch auf standesgemäßen Unterhalt und Ausstattung, die Witwen auf Wittum aus dem Hausvermögen.

Literatur: Oben zu § 23.

§ 72. **Die Familienfideikommisse.** Der niedere Adel vermochte, da er Autonomie nicht errang, nur im Wege rechtsgeschäftlicher Verfügung das Institut der Stammgüter festzuhalten und fortzubilden. Schon im Mittelalter vorkommend, mehrten sich seit der Rezeption Familienverträge und einseitige Verfügungen, durch die für einzelne Güter über die Gesetzesregel hinaus Unveräußerlichkeit und Sondererbfolge eingeführt wurden; seit dem 16. Jahrhundert unter starker Hinneigung zur Einzelerbfolge mit Altersvorzug. Die Jurisprudenz wandte seit Knipschild nach italienischem und spanischem Vorbilde darauf den römischen Begriff des „fideicommissum familiae relictum" an, ließ aber die Beschränkung auf bestimmte Geschlechterfolgen fallen und verband damit lehnrechtliche Ideen, besonders die der „successio ex pacto et providentia maiorum". So entstand, in der Form ein Erzeugnis des Juristenrechts, das gemeinrechtliche Institut des beständigen deutschrechtlichen Familienfideikommisses. Die Partikularrechte haben es wesentlich umgestaltet (Bayr. Mand. v. 1672, LR. III c. 10, Ed. v. 1818 mit Ges. v. 1829; Preuß. ALR. II, 4, Ges. v. 1840 u. 1855; Österr. GB. §§ 618 ff., Ges. v. 1868; Bad. LR. a. 577 ca—cv; Weimar. Ges. v. 1833, Hannov. 1836, Braunschw. 1858, Hess. 1858, Sächs. v. 7. Juli 1900).

Das Familienfideikommiß (in Sachsen jetzt „Familienanwartschaft") ist seinem Begriff nach eine rechtsgeschäftliche Stammgutsstiftung, ein Sondervermögen, das durch Rechtsgeschäft für unveräußerlich erklärt ist, um in einer Familie zur Erhaltung ihres Ansehens (des „splendor familiae") von Geschlecht zu Geschlecht vererbt zu werden.

Begründet wird es durch Rechtsgeschäft unter Lebenden oder von Todes wegen; zur Wirksamkeit gegen gutgläubige Dritte gehört Eintragung ins Grundbuch. Die Partikularrechte fordern überdies teils gerichtliche Verlautbarung und Bestätigung, teils (in Preußen nur bei sehr großen Gütern) landesherrliche Genehmigung. Geeignete Gegenstände sind nach gemeinem Recht Grundstücke jeder Art, liegenschaftliche Gerechtigkeiten und andere beständige und fruchttragende Objekte, nach Partikularrechten nur Landgüter und dinglich gesicherte Kapitalien (Geldfideikommisse). Der Gegenstand muß ein „ansehnlicher" sein; die Partikularrechte setzen eine feste Mindestgrenze des Wertes oder Ertrages. Die Stiftung kann (außer in Bayern) so gut für eine bürgerliche wie für eine adlige Familie erfolgen.

Die Rechtsverhältnisse in Ansehung des Fideikommisses ergeben sich daraus, daß gemäß dem Willen des Stifters ein einzelnes Familienglied jeweilig zu Besitz, Verwaltung und Nutzung berufen, jedoch verpflichtet ist, die Substanz unversehrt zu erhalten und dem berufenen Nachfolger zu hinterlassen. Gemeinrechtlich wird dem jeweiligen Besitzer ein durch dingliche Rechte der Anwärter gebundenes Eigentum zugeschrieben; Partikularrechte sprechen das Eigentum der Familie zu; das preußische und österreichische Recht nehmen Obereigentum der Familie und Untereigentum des jeweiligen Besitzers an. Die Fideikommißanwärter haben

ein unentziehbares Wartrecht, möglicherweise auch bestimmte Genuß- oder Bezugsrechte und Anteil an der Verwaltung.

Eine Veräußerung durch den jeweiligen Besitzer ist nichtig. Die Nichtigkeit kann jeder Anwärter geltend machen, jedoch nach der herrschenden gemeinrechtlichen Praxis erst im Sukzessionsfalle; die Partikularrechte gestatten, indem sie an der Verwirkungsfolge der Veräußerung festhalten, sofortige Anstellung der actio revocatoria. Dingliche Belastungen kann jeder Nachfolger als nichtig behandeln. Die Anfechtung wird durch Konsens ausgeschlossen; doch bindet gemeinrechtlich der Konsens die Nachkommen nicht. Partikularrechte ermöglichen indes eine endgültige Veräußerung oder Belastung mit Zustimmung aller lebenden Anwärter und gerichtlicher oder landesherrlicher Bestätigung; nach preußischem Recht genügt ein einstimmiger Familienbeschluß der auf gerichtliche Ladung erschienenen Familienmitglieder. Auch sind gewisse Abveräußerungen und Belastungen mit Zustimmung der zwei nächsten Anwärter wirksam oder noch mehr erleichtert.

Die Fideikommißfolge ist Sondernachfolge in ein Sondervermögen, die streng auf dem Gedanken der unmittelabren Berufung jedes Anwärters durch die Willenserklärung des Stifters beruht. Jeder Anwärter sukzediert daher auf Grund eines ihm vom Stifter verliehenen, von dem Rechte des Vorgängers unabhängigen und für diesen unantastbaren Rechts; auch die Nachkommen des letzten Besitzers können das Fideikommiß annehmen und die Allodialerbschaft ausschlagen (II F. 45 ist unanwendbar; vgl. Seuff. XXXV Nr. 44). Der Verzicht des Besitzers kann die Rechte der Anwärter nicht beeinträchtigen, aber die Eröffnung der Fideikommißfolge in gleicher Weise wie der Tod herbeiführen. Der Kreis der Folgeberechtigten bestimmt sich nach dem Willen des Stifters; im Zweifel ist Abstammung vom ersten Erwerber und Zugehörigkeit zum Mannsstamme erforderlich; subsidiär werden meist Kognaten berufen. Die Folgeordnung richtet sich gleichwohl im Zweifel nach der Nähe zum letzten Besitzer (unten § 129). — Für Allodialschulden des Vorgängers haftet der Fideikommißfolger als solcher nicht; nach Analogie der Lehnsschulden sind aber Fideikommißschulden anerkannt; doch kann auch wegen ihrer der Gläubiger sich regelmäßig nur an die Früchte halten. — Die Sonderung von Fideikommiß- und Allodialvermögen erfolgt nach ähnlichen Regeln wie die Lehnssonderung.

Beendigt wird das Fideikommiß durch Untergang des Gegenstandes; durch Erlöschen der Familie, womit freies Eigentum des letzten Besitzers entsteht; nach Partikularrechten (nicht nach gemeinem Recht) durch übereinstimmende Willenserklärung der derzeitigen Familienglieder mit gerichtlicher oder landesherrlicher Bestätigung, in Preußen durch Familienschluß; endlich durch gesetzliche Aufhebung, wie sie in den Gebieten des französischen Rechts durch Code civ. a. 896 und in Deutschland vorübergehend 1806 bis 1815 und wieder seit 1848 (endgültig in Oldenburg) erfolgt ist.

Literatur: Knipschild, Tract. de fideicommissis familiarum nobilium, 1694. Lewis, Das Recht des Familienfideikommisses, 1868. Hoffmann, Zur Geschichte der Familienfideikommisse, 1864. Rosin, Jahrb. f. Dogm. XXXII 323 ff. Gierke, Handwörterbuch der Staatswiss.[2] IV 104 ff. O. H. Gierke, Der Verzicht des Fideikommißbesitzers, Jahrb. f. D. XLIX 187 ff.

§ 73. Die Bauergüter. Seitdem im Mittelalter sich die Landbevölkerung unabhängig von freier und unfreier Geburt in Ritter und Bauern schied, nahmen mehr und mehr die Landgüter selbst die neue Standeseigenschaft an. Gegenüber den „Rittergütern" („adligen Gütern"), mit denen Adelsvorrechte als Realrechte verknüpft wurden, erschienen nunmehr die „Bauergüter" als Güter, die regelmäßig mit Lasten beschwert waren. Für die meisten Bauergüter führten die Rechtsverhältnisse des abgeleiteten Besitzes (§ 68) oder doch ihre Unterordnung unter einen gutsherrlichen Schutzverband eine starke Gebundenheit herbei. Doch gab es stets auch Bauergüter und andere nichtadlige Landgüter in vollem und freiem Eigentum.

Nach der Rezeption wurde in den meisten Territorien ein Sonderrecht für Bauergüter ausgebildet. Hierbei war aber nicht der Gegensatz zum Rittergut, sondern der wirtschaftliche Begriff eines mittleren Landgutes, auf dem die Landwirtschaft (im Gegensatz zu den kleinen Stellen der Häusler, Büdner, Handwerker usw.) als selbständiger Nahrungszweig, aber (im Gegensatz zum Großgrundbesitz) unter persönlicher Mitarbeit des Wirtes betrieben

wird, ausschlaggebend. Der leitende Gedanke dieses Sonderrechts war die Erhaltung solcher Güter in ihrem wirtschaftlichen Bestande. In diesem Sinne wirkten vielfach die Grundherren, besonders aber die Landesherren, die einen steuerfähigen und kriegstüchtigen Bauernstand zu erhalten strebten, rechtsetzend ein. Doch kamen ihnen auch, zumal da die Neubildung meist nur Umbildung deutschrechtlicher Institute war, die Standesrichtung und der Familiensinn der Bauern entgegen. Dieses Sonderrecht bewirkte eine von den Einschränkungen des bäuerlichen Besitzrechtes durch Herrenrecht unabhängige und neben ihnen wirksame objektive Gebundenheit der Bauergüter. Sie äußerte sich vor allem in der gesetzlichen Unteilbarkeit (Geschlossenheit) der Bauergüter. Im Zusammenhange damit wurde die Sondererbfolge in Bauergüter (Anerbenrecht) mit ihrer Ergänzung durch die Gutsabtretung unter Vorbehalt des Altenteils und die Interimswirtschaft für den minderjährigen Anerben ausgebildet.

Im 19. Jahrhundert wurde das Sonderrecht der Bauergüter im größten Teil Deutschlands (besonders in Preußen) beseitigt. Doch wurde es in einzelnen Ländern nur reformiert und in neuester Zeit zum Teil in neuen Formen (vielfach unter Ausdehnung auf andere Landgüter) wiederhergestellt. Überdies erhielt es sich zäh in der bäuerlichen Sitte. Der Schwerpunkt ist dabei in die besondere Erbfolge verlegt, weshalb davon im Erbrecht gehandelt werden soll (unten § 130).

Eine neue Form gebundener Güter schuf die preußische Gesetzgebung (zuerst für Posen und Westpreußen durch das Ansiedelungsgesetz vom 26. April 1886, dann allgemein durch Gesetze vom 27. Juni 1890 und 7. Juli 1891) in den Rentengütern. Es sind dies Ansiedlungsgüter, die (in geeigneten Fällen unter staatlicher Vermittlung und mit Kredithilfe der Rentenbank) gegen Übernahme einer dinglichen Rente vergeben werden. Sie stehen im vollen Eigentum des Besitzers. Allein, das Eigentum kann durch Vereinbarung der Unablöslichkeit der Rente, des Erfordernisses der Einwilligung des Rentenberechtigten zu Veräußerungen und Teilungen und der Verpflichtung des Eigentümers zur ordnungsmäßigen Bewirtschaftung und zur Erhaltung der wirtschaftlichen Selbständigkeit des Gutes gebunden werden. Dazu tritt gesetzliches Anerbenrecht (unten § 130).

Abschnitt VI. Die Dienstbarkeiten.

§ 74. Die Dienstbarkeiten überhaupt. Unter der Fülle dinglicher Belastungen der Grundstücke im Mittelalter befanden sich auch solche mit dem Inhalt der römischen Servituten. In der Hauptsache wurden freilich die Prädialservituten durch gleichinhaltliche Ausflüsse der genossenschaftlichen und herrschaftlichen Eigentumsverteilung und des Nachbarrechts ersetzt; doch konnten auch selbständige dingliche Rechte auf begrenzte Benutzung eines Grundstücks oder auf Untersagung einer bestimmten Benutzung in beliebigem Umfange als Real- oder Personalrechte bestellt werden und kamen auf dem Lande wie in den Städten vielfach vor. Dem römischen ususfructus entsprach die Leibzucht, die vorzugsweise als Ausfluß personenrechtlicher Verhältnisse ausgebildet war, aber auch selbständig begründet werden konnte.

Seit der Rezeption wurde die römische Servitutenlehre angewandt. Man unterstellte jedoch dem Begriff der Servitut nun auch ungleichartige dingliche Rechte einheimischer Herkunft — dem Begriff der Grunddienstbarkeit Gemeindenutzungsrechte, Rechte des Obereigentümers, ja auch Reallasten und Bannrechte, dem Begriff des ususfructus die familienrechtlichen Nutzungsrechte („ususfructus iuris Germanici") — und vergewaltigte so gleichzeitig deutsches und römisches Recht. Erst allmählich wurden die fremdartigen deutschrechtlichen Verhältnisse wieder ausgeschieden. Für die wirklichen Dienstbarkeiten blieb das gereinigte römische Servitutenrecht mit mancherlei deutschrechtlichen Abwandlungen in Kraft. Auf diesen Boden stellte sich auch das BGB.

Als Grunddienstbarkeiten, die ein Grundstück zugunsten des jeweiligen Eigentümers eines anderen Grundstücks belasten, läßt das BGB. im Gegensatz zum deutschen Recht nur noch solche Belastungen zu, die auf einen Vorteil des herrschenden Grundstücks als solchen gerichtet sind. Den Inhalt der Belastung kann nur ein Dulden oder Unterlassen, nebenbei jedoch die als eingemischte Reallast geltende Verpflichtung zur Erhaltung des Grundstücks oder einer Anlage in geeignetem Stande bilden. Auch hinsichtlich der Grunddienstbarkeiten ist das

Grundbuchrecht streng durchgeführt, so daß eine Ersitzung ohne Eintragung nicht mehr stattfindet; doch haben nicht eingetragene Grunddienstbarkeiten älterer Herkunft, soweit das Landesgesetz nichts anderes bestimmt, volle dingliche Wirksamkeit behalten (EG. a. 187). Im Interesse der Landeskultur wurde die einseitige Ablösung mancher kulturhinderlich gewordener ländlicher Dienstbarkeiten zugelassen und staatlich befördert, oft auch die Neubegründung solcher Dienstbarkeiten ausgeschlossen; in dieser Hinsicht gilt Landesrecht fort.

Mit gleichem Inhalte wie Grunddienstbarkeiten können beschränkte persönliche Dienstbarkeiten an Grundstücken bestellt werden, jedoch nicht mehr, wie bisher, als vererbliche und auch nicht als veräußerliche Rechte. Dagegen kann die Zulässigkeit der Überlassung der Ausübung an andere bedungen werden. Somit können sich in diese Form auch die deutschrechtlichen „Gemeindeservituten" kleiden, bei denen das Subjekt eine juristische Person ist, den Mitgliedern aber Sonderrechte auf die Ausübung zustehen.

Fast nur den Namen noch hat mit den anderen Dienstbarkeiten der Nießbrauch gemein, der nicht nur an Grundstücken, sondern auch an beweglichen Sachen und unkörperlichen Gegenständen möglich ist. Die familienrechtlichen Nutzungsrechte fallen nicht mehr unter den Begriff des Nießbrauchs. Ebensowenig das Recht des Geistlichen an der Pfründe.

Literatur: Gierke, D. P.R. II §§ 143—145, 147. Hübner § 49. H. Naendrup, Zur Geschichte deutscher Grunddienstbarkeiten, 1900.

§ 75. Wege-, Weide- und Waldrechte.

I. Wegerechte. Die Wege teilen sich in öffentliche Wege, an denen ein öffentliches Recht des Gemeingebrauchs (bei Gemeindewegen wenigstens für die Gemeindegenossen) besteht, und Privatwege, zu deren Benutzung Eigentum, Nachbarrecht oder Dienstbarkeit berechtigen kann. Für den Inhalt der Wegerechte gelten je nach der Zweckbestimmung gesetzliche Regeln deutscher Herkunft, die sich dem römischen Recht gegenüber erhalten haben, jedoch partikularrechtlich mannigfach verschieden sind.

II. Weiderechte (Hutrechte). Teils aus der genossenschaftlichen und herrschaftlichen Eigentumsverteilung, teils aus Dienstbarkeiten entstammten massenhafte Weiderechte. Nach der Rezeption gingen viele andersgeartete Weiderechte in Servituten über: so die Weiderechte auf der Allmende in Servituten am Gemeinlande, die Gesamtweiderechte auf fremder Gemarkung in Gemeindeservituten, das gemeine Weiderecht auf der Feldmark (Brache und Stoppel) in eine servitus mutua („Koppelweide"). Hinsichtlich der Ausübung der Weiderechte erhielten sich deutschrechtliche Grundsätze, die in neueren Gesetzen fortgebildet wurden. Dazu gehört die Bemessung des Umfanges bei unbestimmter Stückzahl nach dem „Durchwinterungsfuß", demzufolge so viel Vieh aufgetrieben werden darf, als mit dem auf dem berechtigenden Gute gewonnenen Futter durchwintert werden kann. Desgleichen die Beschränkung der Ausübung durch die Unterscheidung der „offenen" und der „geschlossenen" Zeit, die „Zugordnung" und die Vorschriften über „pfleglichen" Auftrieb. Eine besondere Ausgestaltung erfuhr das Schäfereirecht, das meist dem Gutsherrn die Schafweide in der ganzen Gemarkung sicherte und oft mit dem ausschließlichen Recht der Schafhaltung über eine bestimmte Zahl (Schäfereigerechtigkeit) verbunden war. Als Nebenrechte begegnen das „Pferchrecht" (Recht auf Lagerung einer Schafherde während der Pferchzeit in einer Hürde, damit der Dung dem Grundstücke zugute komme) und das „Stabrecht" (Recht der Hirtenbestellung für eine gemeinsame Schafherde). — Die neuere Agrargesetzgebung hat die Weiderechte auf fremdem Boden vielfach beseitigt, ja zum Teil ihre Neubegründung verboten; doch sind auch neue Weidegemeinschaften gesetzlich begründet worden.

III. Waldrechte. Die zahlreichen Nutzungsrechte am Walde, die nach der Rezeption vielfach zu Servituten wurden, zerfallen in Weiderechte, insbesondere „Blumenhut" (Waldweide) und „Mastrecht" (das nach dem Ertrage des Jahres im Umfange wechselnde Recht, die Baumfrüchte durch Schweine aufweiden zu lassen), Beholzigungsrechte (Bau-, Brenn- und Nutzholz) und kleine Waldrechte (Windbrüche, Raff- und Leseholz, Laubsammeln, Streurechen, Gräsereirecht, Plaggenhieb usw., einst auch Zeidelweide, Kohlenbrennen, Harzscharren, Teerschwelen). Neuerdings wurden die meisten abgelöst. Insbesondere opferte der Staat

einen Teil des Waldes als „Abfindung", um den Rest von Servituten zu befreien. Erst in neuester Zeit strebt man wieder die Erhaltung mancher sozial wichtiger Waldrechte an.

Literatur: Münter, Das Weiderecht, 2. Aufl. 1810. Pfeiffer, Z. f. d. R. XIII 165 ff. Scholz III, Das Schäfereirecht, 1837. K. Seelig, Die Ablösung der Weideberechtigungen auf fremden Grundstücken, 1851. Dandelmann, Die Ablösung der Waldservituten, 2 Bde., 1879 u. 1889. Gierke, D.P.R. § 146. Hübner § 50. v. Schwerin S. 56 ff.

Abschnitt VII. Die Reallasten.

§ 76. Die Reallasten überhaupt. Reallast (Grundlast, onus reale) ist die Belastung eines Grundstücks mit dem Recht auf Entrichtung wiederkehrender Leistungen aus dem Grundstücke.

Die Geschichte der Reallasten, die aus den wirtschaftlichen Abgaben und Diensten der abhängigen Grundbesitzer hervorgingen, wurde durch verschiedene Entwicklungsmomente bestimmt. Das erste war die mit der Verdinglichung der Herrschafts- und Gemeindeverhältnisse eintretende Umwandlung persönlicher Pflichten in Grundlasten. Das zweite war die Verselbständigung solcher ursprünglich als Ausflüsse der herrschaftlichen und genossenschaftlichen Eigentumsordnung erscheinenden und lange noch mindestens mit einer Oberherrlichkeit des Berechtigten verknüpften Grundlasten, die zuerst in den Städten (beim Rentenkauf) für sich begründet, dann aber auch bei den älteren Verhältnissen begrifflich vom sonstigen Herrschaftsrecht geschieden wurden. Das dritte war die Entwicklung der Reallasten zu privatrechtlichen Eigentumsbeschränkungen und ihre Unterscheidung von den öffentlichen Grundlasten, mit denen sie im Mittelalter zusammenflossen. Das vierte war die Beseitigung von Reallasten, wie sie schon im Mittelalter in den Städten und in neuerer Zeit auf dem Lande um der Freiheit des Eigentums willen erfolgte. Zum Teil durch gesetzliche Aufhebung, überwiegend durch Ablösung, wie sie die Ablösungsgesetze auf Grund einseitigen Antrages unter staatlicher Vermittlung und Förderung durch Kreditanstalten (Rentenbanken) ermöglichten. Die Ablösung wird durch Umwandlung, insbesondere „Fixation" (bei unbestimmtem Inhalt) und „Adäration" (Überführung in eine feste Geldrente), vorbereitet, zum Teil auch ersetzt. Die Neubegründung unablöslicher und überhaupt gewisser Reallasten wurde vielfach verboten. Keineswegs aber sind die Reallasten als Rechtsinstitut verschwunden. Das BGB. läßt sie allgemein zu, gestattet jedoch ihre landesgesetzliche Einschränkung.

Ihrem Wesen nach wurden die Reallasten im deutschen Rechte stets als dingliche Lasten mit Schuldinhalt aufgefaßt; das durch sie begründete Recht galt als Herrschaftsrecht am Grundstück und erschien in einer Gewere; es verschaffte dem Berechtigten hinsichtlich eines Teiles der Nutzungserträge des Grundstücks an Früchten oder Vieh, an Geldrente oder an zugehörigen Arbeitskräften ein Bekommensollen und erforderlichenfalls ein Zugriffsrecht auf das Grundvermögen; in ihm war ein Stück der Bodenherrschaft als unkörperliche Sache, die zum liegenden Gut gerechnet wurde, verselbständigt. Nach der Rezeption wurden sie oft als „servitutes in faciendo", von romanisierenden Juristen aber vielmehr als Forderungsrechte (mit bloßer Pfandhaftung der Sache, mit actio in rem scripta, mit unbestimmtem Schuldner, in sachenrechtlichem Kleide usw.), neuerdings auch als gemischte Rechte konstruiert. Doch ist überwiegend die Ansicht durchgedrungen, die in ihnen eine besondere Gattung der dinglichen Rechte erblickt. Sie liegt den Gesetzen zugrunde und beherrscht die Vorschriften des BGB., nach denen die Reallast als eine selbständige dingliche Schuld, die durch Sachhaftung gesichert ist, aufgefaßt werden muß.

Begründet wird die Reallast, wie einst durch Auflassung, so heute durch Einigung und Eintragung. Nur Ablösungsrenten können ohne Eintragung dingliche Kraft erlangen. Ersitzung, wie sie früher anerkannt war, ist nicht mehr möglich.

Die Reallastberechtigung kann Realrecht oder Personalrecht sein; im letzteren Falle ist sie entweder vererblich und übertragbar (nach Liegenschaftsrecht) oder höchstpersönlich (z. B. Leibrente, Altenteil).

Die Reallastverpflichtung trifft durch das Mittel des Grundstücks den jeweiligen Eigentümer (oder Untereigentümer). Die Last im ganzen folgt schlechthin dem Grundstück. Aber auch die Verpflichtung zur einzelnen fälligen Leistung ist eine dingliche Schuld, die vom

jeweiligen Eigentümer aus dem Grundvermögen zu erfüllen ist und sich auch auf Rückstände aus der Zeit des Vorbesitzers (bis zur Verjährung) erstreckt, während sie den ehemaligen Eigentümer auch für Rückstände nicht mehr ergreift. Aus manchen Reallasten indes entspringt nach älteren und neueren Quellen daneben für den Eigentümer eine persönliche Schuld hinsichtlich der während seines Eigentums fällig werdenden Leistungen. Nach dem BGB. gilt dies allgemein; die akzessorische persönliche Schuld ist jedoch nicht begriffswesentlich, da sie wegbedungen werden kann.

Der im gemeinen Recht und den meisten Partikularrechten bei Reallasten gewährte Besitzschutz findet nicht mehr statt, da ein Rechtsbesitz hier vom BGB. nicht anerkannt wird.

Die Beendigung der Reallast kann durch dingliches Rechtsgeschäft erfolgen. Bei unablöslichen Reallasten ist Willenseinigung erforderlich; bei ablöslichen kann entweder jeder Teil oder doch der Verpflichtete stets oder bei Eintritt des Ablösungsrechts die Aufhebung gegen Zahlung der Ablösungssumme, die ein bestimmtes Vielfaches des jährlichen Geldwertes beträgt, erzwingen. Manche Reallasten erlöschen durch Tod, andere, wie namentlich die durch Verrechnung eines Rententeils auf die Ablösungssumme zu amortisierenden Ablösungsrenten und sonstigen Tilgungsrenten, durch Zeitablauf.

Von den Arten der Reallasten sind einige typisch ausgebildete Formen hier noch zu behandeln (§ 77 u. 78). Andere gehören ins Familienrecht. Die öffentlichrechtlichen Reallasten scheiden aus dem Privatrecht aus, stehen aber unter ähnlichen Regeln und greifen teilweise (wie die Deichlast) tief ins Privatrecht ein.

Literatur: Duncker, Die Lehre von den Reallasten, 1837. Renaud, Beiträge zur Theorie d. Reallasten, 1846. Friedlieb, Die Rechtstheorie d. Reallasten, 1861. v. Schwind, Die Reallastenfrage, Jahrb. f. Dogm. XXXIII 1 ff. Pflüger, Arch. f. z. Pr. LXXXI 292 ff. Judeich, Die Grundentlastung, 1863. Gierke, D. P.R. II § 148—149. Hübner § 51—52. v. Schwerin S. 66 ff.

§ 77. Grundzinse, Zehnten und Fronden.

I. Grundzinse (Bodenzinse, census) sind Reallasten, die zu wiederkehrenden festen Abgaben verpflichten. Die meisten ehemaligen Grundzinse waren Naturalzinse (in Korn, Obst, Hühnern, Eiern, Honig, Wachs, Wein usw.); daneben finden sich früh Geldzinse. Die Leistung muß im Zweifel in mittlerer Qualität der auf dem Gute gewonnenen Früchte (RGer. I Nr. 129) zu rechter Zeit (teils an den allgemeinen Gerichtstagen, teils an bestimmten Festtagen) am rechten Orte (die Vermutung spricht für Bringzins, manche Zinse aber sind als Gatterzinse vom Zinssammler zu holen) erfolgen. Säumnis bewirkt Verzugsfolgen, bei „Gefahrzinsen" Gutsverlust, bei „Rutscherzinsen" Verdoppelung oder noch weitere Vervielfältigung der Zinsschuld.

II. Zehnten (decimae) sind Reallasten, die zur wiederkehrenden Abgabe eines Bruchteils (meist ein Zehntel) des Ertrages verpflichten. Die Kirche nahm den zehnten Teil der Bodenerträge als Kirchensteuer in Anspruch, setzte aber trotz der Unterstützung durch fränkische Kapitularien weder ein allgemeines noch ein ausschließliches Zehntrecht durch. So blieb der Zehnt eine auf besonderen Rechtstiteln beruhende Reallast, die nur besonders häufig als „Kirchenzehnt" begründet war, aber auch als „Laienzehnt" vorkam. Auf ursprünglichen Kirchenzehnt findet das kanonische Recht (tit. X de decimis 3, 30, in VI° 3, 13, Conc. Trid. sess. 21 c. 7 de ref.) Anwendung (besonders hinsichtlich der Veräußerung und der auf ihm ruhenden Kirchenbaulast). — Der Zehnt heißt „Universalzehnt", wenn er die ganze Gemarkung ergreift, und umfaßt dann auch den „Rottzehnt" (vom Neubruch), den aber in manchen Territorien der Fiskus in Anspruch nahm. Der „Generalzehnt" wird von jeder Fruchtart, der „Feldzehnt" von den Feldfrüchten (der „große" von Getreide, Wein, auch Heu, der „kleine" von Knollengewächsen, Gemüse, Obst), der „Blutzehnt" vom Vieh (das zehnte Tierjunge) geschuldet. Der Feldzehnt ist im Zweifel vom Berechtigten zu holen und heimzuführen (Auszählung nach Haufen). Unterläßt der Belastete die Bestellung, oder baut er eine zehntfreie Fruchtart, so entgeht dem Zehntherrn der Zehnt (anders nach Partikularrechten). Aus der Fixierung des „Zuggzehnten" ist der „Sackzehnt", aus der Abärierung der „Geldzehnt" entstanden.

III. Fronden (Dienste, Robotten, Scharwerk) sind Reallasten, die zu wiederkehrender körperlicher Arbeitsleistung verpflichten. Neben den größtenteils aufgehobenen oder abge-

lösten „Herrenfronden" (Gutsfronden) erhielten sich die heute weggefallenen „Staatsfronden" und die als öffentliche Reallasten (für Schul-, Kirchen- und Wegebau) noch vorkommenden „Gemeindefronden". Die Fronden waren gemessene oder ungemessene (nach Bedürfnis); ordentliche (für Ackerbestellung und Ernte) oder außerordentliche (für Bauten, Jagd, Forst- und Wachtdienst usw.); „sässige" oder „walzende" (Reihefronden); Hand- oder Spanndienste (wobei der Pflichtige dort das Gerät, hier Zugvieh und Geschirr instand halten und mitbringen muß). Die Leistung braucht nie in Person, sondern nur durch taugliche Arbeiter (Gesinde oder angenommene Leute) bewirkt zu werden. Sie wird nur auf rechtzeitige Ansage fällig. Meist schuldet der Berechtigte eine Gegenleistung (Verköstigung oder Tagelohn; möglicherweise als Reallast des Gutshofes, RGer. X Nr. 47). Sehr allgemein galt auch die dem Gutshofe obliegende Reallast zur Unterhaltung des Wucherviehs für die Gemeinde als Entgelt für die Dienste.

Literatur: C. Meurer, Das Zehnt- und Bodenzinsrecht in Bayern, 1898. Birnbaum, Die rechtliche Natur der Zehnten, 1831. Sicherer, Der Zehnte, 1845. Stutz, Das karolingische Zehntgebot, Z. f. R.G. XLII 180 ff. Wigand, Die Dienste, 1828. Gierke, D. P.R. II § 150.

§ 78. **Der Rentenkauf.** In den mittelalterlichen Städten entwickelte sich aus Erbleihe und Grundzins als wichtiges Immobiliarkreditgeschäft der Rentenkauf, bei dem ein Grundeigentümer eine dingliche Rente, die er in Form der Auflassung bestellt, gegen Empfang eines Kapitals als Kaufpreis abverkauft. Der Rentenkauf verbreitete sich auch auf das Land und stand bis zum 18. Jahrhundert in voller Blüte. Die Reichsgesetzgebung erkannte ihn an, griff aber regelnd ein und verbot zur Vermeidung von Wucher, daß die Rente fünf vom Hundert des Kaufgeldes übersteige (RPO. von 1577 t. 17 § 9).

Bei dem Rentenkauf erfuhr das Recht der Reallasten eine mehrseitige Fortbildung, die auch für andere als gekaufte Geldrenten bedeutungsvoll wurde. Der Gedanke einer rein dinglichen Schuld kam hier zum vollen Durchbruch. Zugleich aber verband sich damit der Gedanke des Wertrechts, der namentlich in der Zulassung einer den Mehrwert belastenden nachfolgenden Rente Ausdruck fand. Das Rentenrecht erschien als ein ausgeschiedener Grundstücksteil (Wertteil), der als selbständige unkörperliche Sache den Gegenstand einer Gewere bildete und für sich vererblich und übertragbar war. An sich war es „liegendes Gut"; zum Teil aber wurde die darüber erteilte öffentliche Urkunde (Rentenbrief) zum Wertpapier (mitunter zum Inhaberpapier) ausgestaltet. Behufs Geltendmachung hatte der Rentenberechtigte ursprünglich ein eigenmächtiges Pfändungsrecht an der auf dem Gute befindlichen Fahrnis und konnte weiterhin das Gut mit Gerichtshilfe sperren und schließen und nach Ablauf einer Frist in sein Eigentum ziehen; später bildete sich gerichtliche Vergantung aus. Während ursprünglich die Rente nur mit beiderseitigem Willen „ablöslich" war, wurde mehr und mehr der Vorbehalt des „Wiederkaufsrechts" für den Rentenschuldner üblich und endlich sein Wiederkaufsrecht nach gehöriger Kündigung gesetzlich festgestellt; die Ablösungssumme beträgt den Kaufpreis, eventuell das Zwanzigfache der Rente. Der Rentengläubiger erlangte niemals ein Kündigungs- oder Ablösungsrecht; selbst die Ausbedingung eines solchen war nur für den Verzugsfall gestattet (RDA. von 1600 § 35).

Seit dem 18. Jahrhundert ging der Rentenkauf mehr und mehr in das zinsbare Darlehen mit Pfandsatzung über und erhielt sich nur hier und da, am reinsten als „Ewiggeld" in München und als „Gült" in manchen Schweizer Kantonen, in voller Lebenskraft. Allein er lieferte wesentliche Bausteine für den Aufbau der modernen Hypothek. Das BGB. knüpft in seinem Grundpfandrecht durchaus an Gedanken an, die dem Rentenkauf entstammen, und kommt den Bestrebungen nach Wiederbelebung des Rentenkaufs dadurch entgegen, daß es ein Grundpfandrecht in Form der „Rentenschuld" zuläßt. Daneben bleibt die Bestellung von Renten als Reallasten möglich.

Literatur: Oben zu § 69. Stobbe, Z. f. D. R. XIX 178 ff. Pauli, Die sog. Wiebolds-renten oder die Rentenkäufe des Lüb. Rechts (Abh. IV), 1865. Riedel, Das Ewiggeldinstitut in München, 1819. Huber, Schweiz. P.R. IV 780 ff. Rehme, Die Lübecker Grundhauern, 1905. Gierke, D. P.R. II § 151. Hübner § 52 IV.

Abschnitt VIII. Die Näherrechte.

§ 79. Die Näherrechte überhaupt. Näherrecht (ius retractus, Zugrecht, Abtrieb, Losung, Geltung, Beschüttung, Einstand) ist das Recht, eine Sache für den Fall, daß sie an einen minder nahe Berechtigten verkauft ist, von jedem Besitzer gegen Ersatz des Kaufschillings an sich zu ziehen.

Derartige Rechte entwickelten sich schon im Mittelalter aus der Abschwächung gesetzlicher Veräußerungsbeschränkungen, indem der Verkauf gestattet wurde, wenn das Gut vorher dem Zustimmungsberechtigten gehörig, aber vergeblich zum Kauf angeboten war. Daraus entstanden selbständige dingliche Rechte, die nach der Rezeption von der Jurisprudenz fortgebildet und in den Partikularrechten massenhaft ausgestaltet wurden. Die neuere Gesetzgebung hat die meisten gesetzlichen Näherrechte um der Freiheit des Eigentums willen beseitigt. Unberührt davon blieb das gleichfalls schon dem älteren deutschen Recht bekannte gewillkürte Näherrecht kraft rechtsgeschäftlicher Bestellung.

Das Näherrecht ist seinem Wesen nach ein dingliches Recht. Es gewährt freilich kein gegenwärtiges, wohl aber ein anwartschaftliches Herrschaftsrecht, indem es eintretendenfalls ein gegen jedermann wirksames und mit dinglicher Klage verfolgbares Recht auf Übereignung gegen bestimmte Gegenleistungen begründet. Nach seiner ursprünglichen, in der neueren Gesetzgebung wieder zur Entfaltung gelangten Anlage ist es ein verdinglichtes Vorkaufsrecht, wird daher nur und sofort durch einen das Vorkaufsrecht verletzenden Verkauf in Wirksamkeit gesetzt; mithin fällt einerseits seine Ausübung weg, wenn die Sache dem Näherberechtigten gehörig zum Vorkauf angeboten ist, dieser aber abgelehnt oder sich in einer bestimmten Erklärungsfrist nicht erklärt hat; andererseits kann es, sobald ein ungehöriger Verkauf zustande gekommen ist, auch gegenüber dem Verkäufer ausgeübt und durch Rücktritt der Vertragschließenden nicht mehr vereitelt werden. Doch wurde vielfach das Näherrecht vom Vorkaufsrecht losgerissen und namentlich in der gemeinrechtlichen Theorie als selbständiges dingliches Aneignungsrecht behandelt; man ließ die Ausübungsbefugnis aus jedem Verkaufe entspringen, so daß die Ablehnung des Vorkaufsangebots nur, insofern sie als Verzicht zu deuten war, entgegenstand und die Erklärungsfrist in die Verjährungsfrist überging; man gab andererseits die Klage nur gegen den dritten Erwerber nach vollzogenem Eigentumsübergange. Immer muß zwischen dem Näherrecht im ganzen und dem aus ihm entspringenden einzelnen Anspruch unterschieden werden; jenes bewirkt bereits eine dingliche Gebundenheit des Eigentums durch Verfügungsbeschränkung; der durch näherrechtswidrigen Verkauf geweckte konkrete Anspruch beschwert das Gut mit einer dinglichen Last von bestimmtem Inhalt und geht so, wie er einmal entstanden ist, gegen jeden nachfolgenden Eigentümer.

Die Ausübung des Näherrechts findet nur beim Verkaufe (nicht bei sonstiger Veräußerung, Vertauschung, Verschenkung usw.) an einen nicht gleich oder noch näher Berechtigten (meist überhaupt nicht beim Verkauf an den nächsten Erben, sogen. „Kindskauf") statt. Sie darf nur in eigenem Namen und für eigene Rechnung erfolgen. Vollzogen wird sie durch die gehörige Erklärung, das Eigentum gegen die im Kaufvertrage bedungenen Gegenleistungen (somit gegen Ersatz des gezahlten oder Übernahme des geschuldeten Kaufpreises mit Nebenkosten) erwerben zu wollen. Der erste Kaufpreis entscheidet auch gegenüber einem späteren Erwerber, der mehr oder weniger oder nichts gezahlt hat. Die Ausübungsbefugnis erlischt nach deutschem Recht durch Verschweigung in Jahr und Tag, woraus gemeinrechtlich eine kurzfristige Verjährung, partikularrechtlich meist eine (in der Regel noch kürzer bemessene) Ausschlußfrist wurde. Unter kollidierenden Näherrechten gilt zum Teil eine feste Rangordnung; bei gleichem Range entscheidet Prävention oder äußersten Falles das Los.

§ 80. Arten der Näherrechte.

I. Die gesetzlichen Näherrechte zerfallen je nach dem Rechtsgrunde der Gebundenheit des Eigentums in mehrere Gruppen. 1. Im familienrechtlichen Zusammenhange wurzelt die Erblosung (retractus gentilitius s. ex iure consanguinitatis). Hervorgegangen aus der Abschwächung des Erbenwartrechts (oben § 70), wurde die Erlosung sehr allgemein (vielfach aber nur an Erbgütern) bald den nächsten Erben, bald allen Erben eines engeren Kreises mit Vorrang der näheren zugestanden. Neuerdings ist sie beseitigt. Ver-

wandt mit ihr ist aber das in neuester Zeit bei Anerbengütern den abgefundenen Miterben für einen bestimmten Zeitraum eingeräumte gesetzliche Vorkaufsrecht. 2. Dem genossenschaftlichen Zusammenhange entstammt die sehr verbreitete Marklosung (retractus ex iure incolatus), das Näherrecht jedes Gemeindegenossen im Falle des Verkaufes eines Grundstücks an einen Gemeindefremden. In den Städten wurde es zum Bürgerretrakt entwickelt, in manchen Territorien zur Landlosung erweitert. Die Rittergüter wurden öfter einem ritterschaftlichen, insbesondere die Güter der Reichsritter dem reichsritterschaftlichen Retrakt unterworfen. 3. Im herrschaftlichen Zusammenhange gründet sich der gemeinrechtliche Lehnsretrakt (oben § 63) und das verbreitete grundherrliche Näherrecht (§ 68). 4. Aus Gemeinschaftsrecht fließt die Ganerbenlosung (retractus ex iure condominii), das Näherrecht des Gemeiners an den Anteilen der anderen Gemeiner. Im Preuß. LR. und anderen Partikularrechten wurde es zum gesetzlichen Vorkaufsrecht aus jeglichem Miteigentum (auch an beweglichen Sachen) erweitert. Ein besonderer Anwendungsfall war (bis zum alten HGB.) das Näherrecht der Mitreeder an den Schiffsparten. Das BGB. kennt nur im Anschluß an das französische Recht ein gesetzliches Vorkaufsrecht der Miterben an den Erbteilen. 5. Aus sachlicher Zusammengehörigkeit von Grundstücken entsprang einerseits die Nachbarlosung (Furchgenossenrecht, retractus ex iure vicinitatis) an Nachbargrundstücken (bisweilen nur an Enklaven, als „Dachlosung" nur an Häusern mit gemeinsamem Dach), andererseits die Teillosung (Gespilderecht, retractus ex iure congrui) an abgetrennten Stücken eines ehemals einheitlichen Guts (enger als „Zinslosung" nur bei fortbestehender Lastengemeinschaft). 6. In verschiedenem Umfange endlich gewähren die neueren Enteignungsgesetze ein dingliches Vorkaufsrecht aus Enteignung, das dem Enteigneten an dem enteigneten Grundstück (in Preußen nur dem Eigentümer des Restgrundstücks im Falle der Teilenteignung) zusteht.

II. Das gewillkürte Näherrecht (retractus conventionalis) dauert in dem Vorkaufsrecht an Grundstücken fort, das nach dem BGB. wie nach den älteren deutschen Gesetzbüchern durch dingliches Rechtsgeschäft und Eintragung bestellt werden kann. Es kann als Realrecht oder als Personalrecht (im letzteren Falle auch als vererbliches und übertragbares Recht) begründet und, während es im Zweifel nur für den ersten Verkaufsfall wirkt, auf mehrere oder alle Verkaufsfälle erstreckt werden. — Die Bestellung eines dinglichen Vorkaufsrechts zu einem festen Preise oder eines dinglichen Wiederkaufsrechts ist nach dem BGB. unzulässig, kann aber durch Landesgesetz für vorbehaltene Rechtsbereiche zugelassen werden; in Preußen ist bei Rentengütern die Bestellung eines dinglichen Wiederkaufsrechts möglich (AG. a. 29).

Literatur: Walch, Das Näherrecht systematisch dargestellt, 3. Aufl. 1795. Renaud, Z. f. D. R. VIII 240 ff. Laband, Arch. f. ziv. Pr. LII 151 ff. G. Dahlmann, De retractu legali, speciatim gentilicio, 1869. A. Steinhäuser, Das Zugrecht nach dem bündnerischen Statutarrechte, 1896. Gierke, D. P.R. II §§ 152—154. Hübner §§ 55—56.

Abschnitt IX. Das Grundpfandrecht.

§ 81. **Geschichtliche Entwicklung.** Das deutsche Recht entwickelte frühzeitig neben der Übereignung zur Sicherheit, die durch bedingte Investitur mit Einräumung entweder einer gegenwärtigen, aber im Falle der Zahlung einer Schuld rückfälligen oder einer bloß anwartschaftlichen, im Falle der Nichtzahlung einer Schuld anfallenden Gewere erfolgte, eine das Eigentum des Schuldners unberührt lassende Pfandsetzung für Schuld.

Die liegenschaftliche Satzung begründet eine Sachhaftung für Schuld. Sie beschwert das Grundstück nicht gleich dem Rentenkaufe mit einer dinglichen Schuld, sondern mit der Haftung (dem Einstehen) für eine anderweit (z. B. aus Darlehen) eingegangene Schuld. Daher diente sie auch, solange der Rentenkauf blühte, nur dem Sicherungszweck, nicht dem Zwecke nutzbringender Kapitalanlage. Die Haftung aus Pfandsetzung aber ist reine Sachhaftung, so daß der Gläubiger sich nur an das Grundstück halten kann. Eine persönliche Haftung braucht daneben nicht zu bestehen. Sie kann aber (z. B. durch „Geloben zum Pfande") besonders begründet werden.

Bei der sog. älteren Satzung (franz. engagement) wurde dem Gläubiger in liegenschaftsrechtlicher Form eine leibliche Satzungsgewere übertragen, vermöge deren er Besitz und

Nutzung erlangte. Die Früchte bezieht er je nach der Abrede entweder behufs allmählicher Tilgung der Schuld durch Verrechnung („Satzung auf Totschlag", franz. vifgage) oder als Entgelt für Entbehrung seines Geldes („Zinssatzung" oder „ewige Pfandschaft", franz. mortgage). Mit der Tilgung der Schuld fällt das Gut pfandfrei an den Eigentümer zurück. Der Eigentümer hat mangels anderer Abrede stets das Einlösungsrecht; doch wurde die Einlösung einerseits oft an Zeitablauf oder Kündigung gebunden, andererseits oft durch die Verfallklausel (lex commissoria) befristet. Ein Verkaufsrecht hat der Pfandgläubiger nicht. — Die ältere Satzung erhielt sich, wennschon zum Teil mit der römischen Antichrese vermischt, als Nutzungspfandrecht an Grundstücken auch nach der Rezeption. Das BGB. kennt kein dingliches Besitzpfandrecht an Grundstücken.

Neben der älteren Satzung kam besonders in den Städten die sog. jüngere Satzung (franz. obligation) auf, bei der der Eigentümer Besitz und Nutzung behält, jedoch dem Gläubiger das Gut für den Fall der Nichtbefriedigung als Exekutionsobjekt überweist. Die Pfandsetzung erfolgt durch gerichtliche Bestellung und mehr und mehr hinzutretende Eintragung in das Grund- oder Pfandbuch, oft unter Erteilung eines Pfandbriefes. Der Pfandgläubiger kann sich eintretendenfalls im Wege der Zwangsvollstreckung in das Grundstück befriedigen; anfänglich im Wege eines gerichtlichen Übereignungsverfahrens, das dann allmählich durch ein gerichtliches Verkaufsverfahren (Vergantung) verdrängt wurde. Wird dasselbe Grundstück mehreren Gläubigern zum Pfande gesetzt, so bestimmt sich die Rangordnung nach dem Alter der gerichtlichen Bestellung oder Eintragung.

Seit der Rezeption wurde zur schweren Schädigung von Wirtschaft und Kredit das römische Pfandrecht mit seiner Gleichstellung von Liegenschaften und Fahrnis, seinen Vertrags-, Legal- und Generalhypotheken, seiner unzureichenden Fürsorge für Feststellung des Alters und seiner Durchbrechung des Altersvorzuges durch massenhafte Privilegien als gemeines deutsches Recht behandelt. Auch in den Partikularrechten erhielt sich das einheimische Recht nur selten rein (wie in Lübeck), vielfach aber wenigstens in Resten, indem gerichtliche Pfandbestellung mit oder ohne Eintragung üblich blieb und zum mindesten einen Vorrang vor bloßen Vertragshypotheken begründete. Seit Beginn des 18. Jahrhunderts erfolgte (insbesondere in Preußen durch die Konkurs- und Hypothekenordnung von 1722 und in Kursachsen durch die erläuterte Prozeßordnung von 1724 angebahnt) die Rückkehr zum deutschen Recht. Mit der Durchführung des Systems der Hypothekenbücher wurde hinsichtlich der hypothekarischen Belastung der Grundstücke das Publizitätsprinzip schon vor seiner allgemeinen Erneuerung durch volles Grundbuchrecht wiederhergestellt (oben § 44 V). Zugleich aber mit der Bindung an die deutschrechtliche Erscheinungsform vollzog sich die innere Umbildung der römischen Hypothek zur modernen Hypothek, die trotz des fremden Namens mehr und mehr sich mit deutschrechtlichem Inhalt füllte. Die Kraft hierzu schöpfte sie aus einer im einzelnen freilich mannigfach ungleichartigen Verschmelzung der jüngeren Satzung und des Rentenkaufs. Von der jüngeren Satzung überkam sie namentlich den Charakter als Vollstreckungspfandrecht. Dem Rentenkauf aber entlehnte sie vor allem den Gedanken der dinglichen Schuld, vermöge dessen sie sich in wachsendem Maße der Reallast näherte und zuletzt in eine selbständige Grundschuld übergehen konnte. Das BGB. bringt diese Entwicklung zu einem freilich durch die Fassung und Anordnung seiner Rechtssätze verhüllten Abschluß.

Literatur: v. Meibom, Das deutsche Pfandrecht, 1867. v. Madai, Z. f. D. R. VIII 284 ff. Budde, ebenda IX 141 ff. Franken, Geschichte des französ. Pfandrechts I, 1879. Brunner, Forsch. S. 620 ff.; Urk. I 195 ff. Kohler, Pfandrechtliche Forschungen, 1882. v. Schwind, Wesen u. Inhalt des Pfandrechts, 1899. Egger, Vermögenshaftung und Hypothek (Unters. H. 69), 1903. Kapras, Das Pfandrecht im böhmisch-mährischen Stadt- und Bergrecht (Unters. H. 83), 1906. Hazeltine, Die Geschichte des englischen Pfandrechts (Unters. H. 92), 1907. Gierke, D. P.R. §§ 155. 156; Schuld u. Haftung S. 22 ff. Hübner §§ 53—59. v. Schwerin S. 72 ff. — Eine Sammlung von Bearbeitungen der vor dem BGB. in Geltung gewesenen deutschen Hypothekenrechte, hrsg. von Meibom, ist seit 1871 erschienen.

§ 82. **Das heutige deutsche Grundpfandrecht.** Das BGB. regelt unter der Überschrift „Hypothek, Grundschuld, Rentenschuld" verschiedene Typen von dinglichen Rechten, ohne sie unter einem Gattungsnamen zusammenzufassen. Sie sind indes sämtlich Arten eines im Kern einheitlichen Rechts, das wir „Grundpfandrecht" nennen können. Ihre Wesensverwandtschaft

offenbart sich untrüglich darin, daß jedes von ihnen in jedes von ihnen verwandelt werden kann. Hier haben wir nur auf die das geltende Recht beherrschenden Grundgedanken deutscher Herkunft hinzuweisen.

I. Das Publizitätsprinzip ist streng durchgeführt, so daß Grundpfandrechte nur durch Eintragung entstehen und erst durch Löschung untergehen. Auch Gesetz und Urteil können nur Pfandtitel begründen. Die Eintragung allein bestimmt den Rang.

II. Das Legalitätsprinzip gilt in gleichem Umfange wie für andere dingliche Rechte.

III. Das Spezialitätsprinzip besagt zweierlei. Einerseits sind nur Spezialpfandrechte an bestimmten Grundstücken möglich, Generalhypotheken ausgeschlossen; doch bleiben Gesamtgrundpfandrechte (Korrealhypotheken), kraft deren ein jedes von mehreren Grundstücken solidarisch haftet, zulässig. Andererseits muß bei jedem Grundpfandrecht die Haftung auf einen bestimmten Geldbetrag (nebst Zinsen und Kosten) buchmäßig festgesetzt sein; doch kann zur Sicherung unbestimmter Forderungen eine Maximalhypothek (Kautionshypothek) mit Angabe eines Höchstbetrages in Geld als Haftgrenze begründet werden.

IV. Die Grundpfandrechte sind Wertrechte, die das Grundstück nebst Zubehör und Erzeugnissen und gewissen Forderungen (Miets- und Pachtzins, Versicherungsforderungen) in Ansehung des Tauschwerts und somit das Grundvermögen als Werteinheit ergreifen. Der Berechtigte hat vor der Fälligkeit der dinglichen Schuld ein dingliches Untersagungsrecht gegen Wertverschlechterung, nach der Fälligkeit das Recht auf Befriedigung aus dem Grundvermögen im Wege der Zwangsvollstreckung (Zwangsverwertung) durch Pfändung, Zwangsverwaltung oder Zwangsversteigerung. Aus dem Erlöse werden die Berechtigten nach der Rangordnung befriedigt, während nicht gedeckte Rechte ausfallen und das Grundstück frei von ihnen auf den Ersteher übergeht.

V. Die Grundpfandrechte sind selbständige dingliche Rechte, die eine den jeweiligen Eigentümer und nur ihn treffende dingliche Schuld begründen, für die das Grundvermögen und nur das Grundvermögen haftet. Diese dingliche Schuld kann als „Grundschuld" in vollkommener begrifflicher und formaler Selbständigkeit konstituiert sein. Eine Grundschuld aber steckt auch in jeder „Hypothek", obschon die Hypothek begrifflich zur Sicherung einer Forderung bestimmt ist und formal von der eingetragenen Forderung abhängt. Denn auch ihr entspringt eine selbständige dingliche Schuld, die den Forderungsinhalt in sich aufnimmt und ohne die Forderung entstehen und fortbestehen kann. Bei der regulären Hypothek bestimmen sich, da der öffentliche Glaube des Grundbuchs in Ansehung der Hypothek sich auf die Forderung erstreckt, die Schicksale der dinglichen Schuld unabhängig von denen des persönlichen Schuldverhältnisses nach den Regeln des Liegenschaftsverkehrs; sie ist insoweit „verkehrsfähig". Dagegen wahrt bei der „Sicherheitshypothek", bei der das Grundbuchrecht die Forderung auch in Ansehung der Hypothek nicht ergreift, die dingliche Schuld einen überwiegend akzessorischen Charakter.

VI. Eine Grundeinrichtung des geltenden Systems ist das Eigentümergrundpfandrecht, das in Form der Eigentümergrundschuld von vornherein auf den Namen des Eigentümers eingetragen werden kann, im übrigen aber in allen Fällen entsteht, in denen ein auf fremden Namen eingetragenes Grundpfandrecht vom Pfandgläubiger nicht oder noch nicht erworben ist oder infolge Befriedigung des Pfandgläubigers aus pfandfreien Mitteln (Ablösung) oder sonstiger Erledigung des Gläubigerrechts kraft Gesetzes auf den Eigentümer übergeht oder aus irgendeinem anderen Grunde sich mit dem Eigentum in einer Hand vereinigt. Das Eigentümergrundpfandrecht sichert dem Eigentümer den entsprechenden Wertteil des Grundvermögens für den Fall der Zwangsvollstreckung und kann von ihm durch Übertragung mit dem ihm gebührenden Range stets in ein volles Grundpfandrecht verwandelt werden. Solange es dem Eigentümer zusteht, bedeutet es nur die objektive Aussonderung eines Grundvermögensteils, der als selbständiger Vermögensgegenstand konstituiert und dem Eigentum gegenüber in Pfandrechtsform gebracht ist. In der grundsätzlichen Anerkennung und bei jeder Art des Grundpfanrechts (einschließlich der Sicherungshypothek) durchgreifenden Bedeutung des Eigentümergrundpfandrechts vollendet sich die Ausgestaltung des Grundpfandrechts zu einem selbständigen dinglichen Wertrecht. Doch hat das BGB. sich nicht bis zu dem

System der festen Stellen vorgewagt, nach dem jedes Grundpfandrecht ein für allemal an einem bestimmten Wertabschnitt haftet. Vielmehr rücken, wenn ein Grundpfandrecht durch Löschung untergeht, die nachstehenden Rechte vor. Gerade deshalb aber ist jede Löschung ohne Zustimmung des Eigentümers unwirksam.

VII. Hypotheken und Grundschulden empfangen eine gewisse Beweglichkeit durch die Ausstellung des Hypotheken- oder Grundschuldbriefes, der die Natur eines Wertpapiers, und zwar eines Rektapapiers hat und insbesondere ein selbständiges Übertragungsmittel für die „Briefhypothek" oder „Briefgrundschuld" bildet. Durch Ausschließung der Brieferteilung kann aber eine „Buchhypothek" oder „Buchgrundschuld" begründet werden, die nur durch Umschreibung im Grundbuche übertragbar ist; die Sicherungshypothek ist notwendig Buchhypothek. Andererseits ist eine Steigerung der Beweglichkeit bei der Grundschuld durch Ausstellung von Grundschuldbriefen auf den Inhaber möglich. Auch kann eine Sicherungshypothek für Forderungen aus Order- oder Inhaberpapieren, die dann den grundpfandrechtlichen Inhalt in sich aufnehmen, bestellt werden.

VIII. Dem römischen Recht entstammt die kapitalistische Prägung des modernen Grundpfandrechts. Einerseits begründet es eine Haftung des Grundkapitals; eine Beschränkung der Haftung auf die Grundeinkünfte (Revenuenhypothek) ist nur bei gebundenen Gütern nach Landesrecht zulässig. Andererseits ist die dingliche Schuld bei der Hypothek und der gewöhnlichen Grundschuld Kapitalschuld. Doch kann die verzinsliche Kapitalschuld durch Ausschluß oder Beschränkung des Kündigungsrechts des Gläubigers einer Rentenschuld genähert werden, wie dies namentlich bei der Beleihung von Grundstücken durch Pfandbriefverbände geschieht. Darüber hinaus hat das BGB. in Anlehnung an den deutschen Rentenkauf als Abart der Grundschuld die „Rentenschuld" geschaffen, bei der die dingliche Schuld grundsätzlich nur auf eine mit einer festen Ablösungssumme ablösliche Rente geht (vgl. oben § 78 a. E.).

Literatur: Gierke, D. P.R. II §§ 157—168 u. dortige Nachweise.

Kapitel IV. Das Fahrnisrecht.

§ 83. Das Eigentum an fahrender Habe. Der Begriff des Eigentums im Sinne des vollen Sachherrschaftsrechts ist an Fahrnis entstanden und an ihr sowohl hinsichtlich der Einwirkung auf den Sachkörper wie hinsichtlich der Verfügung über das Recht stets vollkommener wie an Liegenschaften durchgeführt. Dafür haftete dem Fahrniseigentum hinsichtlich des Schutzes gegen Dritte eine Schwäche an, die das Liegenschaftseigentum nicht kannte (unten § 85).

Als ursprüngliche Erwerbsart erscheint von jeher die Aneignung durch einseitige Besitzergreifung mit Eigentumserwerbswillen. Die Aneignung ist die einzige Art des Eigentumserwerbs an herrenlosen Sachen; sie kann aber auf Grund eines Aneignungsrechts auch das Eigentum an einer fremden Sache verschaffen (z. B. kraft Überhangsrechts, Kriegsbeuterechts usw.). Hinsichtlich herrenloser Sachen gilt als Regel die Aneignungsfreiheit. Das deutsche Recht hat ihr jedoch die wichtigsten Arten der herrenlosen Sachen durch die Ausbildung seiner ausschließlichen Aneignungsrechte (Jagdrecht, Fischereirecht, Bernsteinregal usw.) entzogen. An den Sachen, die den Gegenstand eines derartigen Aneignungsrechts bilden, verschafft die Besitzergreifung nur dem Berechtigten Eigentum. Wer sie unbefugt okkupiert, erwirbt kein Eigentum; nach einer deutschrechtlichen Auffassung fällt die Sache damit in das Eigentum des Aneignungsberechtigten, nach einer anderen, vom BGB. angenommenen Meinung bleibt sie herrenlos. Besondere Rechtssätze galten und gelten für ausgeflogene Bienenschwärme, die herrenlos werden, wenn der Eigentümer sie nicht bei alsbaldiger Verfolgung wieder einfängt; denn die Biene ist ein „wilder Wurm". — Auf deutschrechtlicher (schon in den Volksrechten erkennbarer) Grundlage ruht das Finderrecht. Wer eine verlorene Sache an sich nimmt, erwirbt zunächst nur Fundbesitz mit Aufbewahrungs-, Anzeige- und Rückgabepflicht, kann jedoch nicht nur Ersatz der Auslagen, sondern auch Zahlung eines Fundlohnes beanspruchen. Allein der Finder erlangt das Eigentum, wenn der Eigentümer oder sonstige Berechtigte sein Recht durch Nichtanmeldung in bestimmter Frist nach öffentlichem Aufgebot oder

anderweiter gehöriger Kundmachung verschweigt. Mitunter fällt ein Teil des Fundes an den Staat oder die Gemeinde. — Hinsichtlich des Schatzes, den das ältere deutsche Recht dem Könige zusprach, ist das römische Recht durchgedrungen; doch besteht partikularrechtlich (insbesondere in Schleswig) das Schatzregal fort.

Eine weitere ursprüngliche Erwerbsart ist die Erzeugung einer Sache. Neben Verbindung, Vermischung und Verarbeitung ist im deutschen Recht besonders die Fruchterzeugung als Eigentumserwerbsgrund ausgebildet. Während nach dem römischen „Substantialprinzip" die Früchte grundsätzlich dem Eigentümer der Hauptsache gehören, sind sie nach dem deutschen „Produktionsprinzip" grundsätzlich „verdientes Gut" dessen, der Arbeit und Kosten darauf verwandt hat: „Wer sähet, der mähet." Darum erwirbt an den Bodenfrüchten das Eigentum oder doch ein ausschließliches Aneignungsrecht der (nicht etwa unredliche) Besteller, sobald er die Bestellungsarbeit ganz oder überwiegend getan hat. Dies ist bei Saatfrucht der Fall, „wenn die Egge das Land bestrichen hat", bei Wein und Obst am St. Urbanstage usw. Hiernach richtet sich die Auseinandersetzung zwischen dem Eigentümer und dem redlichen Besitzer, dem Nießbraucher oder dem Pächter, die Lehnssonderung usw. Das Prinzip des verdienten Gutes wurde auch auf die bürgerlichen Früchte ausgedehnt (Sachsensp. II a. 28, III a. 76). Während in manchen neueren Gesetzen das deutsche Recht festgehalten oder (wie im Preuß. LR.) im Sinne verhältnismäßiger Verteilung fortgebildet wurde, ist das BGB. zum römischen Prinzip zurückgekehrt, wandelt dasselbe aber durch zahlreiche Einzelbestimmungen im Sinne des deutschen Rechtes ab.

Die Übertragung des Eigentums an Fahrnis erfolgt, soweit nicht Fahrnisstücke als Zubehör einer Liegenschaft durch Auflassung und Eintragung mit übereignet werden (BGB. § 926), durch dinglichen Vertrag und Übergabe oder einen die Übergabe ersetzenden Besitzvertrag. Das ältere deutsche Recht verlangte Einräumung leiblicher Gewere, sah daher namentlich das constitutum possessorium nicht als ausreichend an. Dagegen bildete es die Übergabe durch Zeichnen mit der Marke des Erwerbers aus. Deutschen Ursprungs ist auch die Übergabe mittels eines das Recht auf Herausgabe bestimmter Waren verkörpernden Wertpapiers (Waren- oder Traditionspapiers), des Konnossements, Ladescheins oder Lagerscheins. Nach der Rezeption forderte man Tradition im Sinne des römischen Rechtes, erleichterte aber den Eigentumsübergang ohne leibliche Übergabe durch Erweiterung des constitutum possessorium und anderer Formen einer sog. „symbolischen" oder „fingierten" Tradition. Das französische Recht ließ schließlich das Erfordernis der Übergabe ganz fallen. Das BGB. hält es fest, erkennt aber in weitem Umfange Besitzverträge (Besitzzuweisung, Besitzauflassung, Besitzauftragung und Besitzabtretung) als Ersatz der Übergabe an.

Der Eigentumserwerb vom Nichtberechtigten wurde im deutschen Recht durch die Beschränkungen der Fahrnisklage ermöglicht (unten § 85). Dagegen gab es keine Ersitzung. Mit dem römischen Recht drang die Usukapion ein. Das BGB. hat die ordentliche Ersitzung beseitigt und kennt nur eine außerordentliche zehnjährige Ersitzung, die gutgläubigen Besitz, aber keinen Titel fordert.

Literatur: v. Brünneck, De dominio ferarum, quae illicite capiuntur, 1862. Jähner, Der Erwerb des Eigentums am Wildbergut, 1897. — Busch, Handbuch des Bienenrechts, 1830. Kolligs, Arch. f. ziv. Pr. LXXIV 433 ff. — Delbrück, Jahrb. f. Dogm. III 1 ff. Ries, De inventione rerum casu amissarum, 1869. — Pappenheim, Eigentumserwerb an Altersfunden, Jahrb. f. Dogm. XLV 141 ff. — R. Schück, Gegensatz des röm. und des deutsch. Rechts in der Lehre vom Fruchterwerb, 1881. — Biermann, Traditio ficta, 1891. Heymann, Die dingliche Wirkung der handelsrechtlichen Traditionspapiere (aus Festgabe f. Dahn), 1905. — Gierke, D. P.R. II §§ 130—138. Hübner §§ 59—64.

§ 84. Begrenzte dingliche Rechte an fahrender Habe.

I. Überhaupt. Das deutsche Recht kannte auch an Fahrnis eine unbestimmte Zahl begrenzter dinglicher Rechte, die aber sämtlich leibliche Gewere voraussetzen. Wer eine Sache behufs Ausübung eines Rechtes (auch als Mieter, Pächter, Entleiher usw.) in Gewere hat, hat an ihr ein entsprechendes dingliches Recht. Die deutsche Auffassung ging ins Preuß. LR. über. Dagegen erkennt das BGB. im Anschluß an das römische Recht als selbständige dingliche Rechte an beweglichen Sachen nur Nießbrauch und Pfandrecht an. Doch folgt es darin dem

deutschen Recht, daß es für beiderlei Rechte Erscheinung in Besitz fordert. Der Nießbrauch an einer beweglichen Sache wird nur mittels Übergabe oder eines sie ersetzenden Besitzvertrages nach Maßgabe der für die Übereignung geltenden Vorschriften erworben. Für das Pfandrecht ist das Publizitätsprinzip noch strenger durchgeführt.

II. Pfandrecht. Das deutsche Recht, das an Fahrnis als solcher nur ein Faustpfandrecht (pant, wadium) kannte, wurde zwar nach der Rezeption im gemeinen Recht durch das römische Recht mit seinen Mobiliarhypotheken verdrängt, erhielt sich aber in Partikularrechten und drang in allen neueren Gesetzen wieder vollständig durch. — Auf einer Art Verliegenschaftung beruhte im Mittelalter die Erstreckung der neueren Satzung auf Schiffe und teilweise auch auf andere geeignete Fahrnisstücke (besonders Sachinbegriffe). Daraus ist das jetzt im BGB. geregelte Registerpfandrecht an Schiffen („Schiffspfandrecht") hervorgegangen. Sonstige gerichtliche Fahrnisverschreibungen haben sich nur in der Schweiz behauptet.

Die Begründung des Fahrnispfandrechts erfolgt im Falle rechtsgeschäftlicher Bestellung durch dinglichen Vertrag und Übergabe. Die Herstellung eines mittelbaren Besitzes, kraft dessen ein anderer die Sache für den Pfandgläubiger in Gewahrsam hat, oder eines Mitbesitzes zur gesamten Hand (z. B. durch Mitverschluß) genügt; dagegen ist eine Besitzauftragung (Konstitut), kraft deren der Verpfänder für den Pfandgläubiger besitzt, nicht ausreichend. Darum erlischt auch das Pfandrecht durch Rückgabe der Sache. Ein Pfandrecht entsteht ferner durch Besitzergreifung im Falle erlaubter eigenmächtiger Pfändung (oben § 18) und durch richterliche Besitznahme im Falle der gerichtlichen Pfändung. Außerdem gibt es gesetzliche Pfandrechte, die aber entweder (wie das des Werkmeisters und die gesetzlichen Pfandrechte des Handelsrechts) Besitz voraussetzen oder doch (wie das gesetzliche Pfandrecht des Vermieters und Verpächters) durch eine Herrschaft über das Grundstück, auf dem sich die Sachen befinden, bedingt sind.

Die Wirkung des Pfandrechts ist Haftung der Sache für die Schuld. Das deutsche Pfandrecht war auch hier selbständig und begründete reine Sachhaftung, so daß der Pfandgläubiger sich nur an die Sache halten und im Falle ihres Unterganges oder ihrer Unzulänglichkeit eine Forderung wegen des Ausfalles nicht geltend machen konnte. Doch war die Verbindung von Sachhaftung und persönlicher Haftung möglich. Unter dem Einfluß des römischen Rechts verschwand, von der Bodmerei des Seerechts abgesehen, die reine Sachhaftung; das heutige Fahrnispfandrecht setzt eine persönlich verhaftende Forderung voraus und ist streng akzessorisch.

Das Pfandrecht gewährt dem Pfandgläubiger ein Recht auf den Besitz. Ein Nutzungsrecht hat er nur, wenn es ihm eingeräumt ist. Nach deutschem Recht trug der Pfandgläubiger die Gefahr, mußte daher, wenn er die Sache dem sein Einlösungsrecht gebrauchenden Eigentümer nicht unversehrt zurückgeben konnte, Ersatz leisten; nur beim essenden Pfande stand er, wenn das Tier starb, für dessen Wert nicht über den Betrag der Forderung hinaus ein. Heute ist er nur für Verschulden verantwortlich.

Hinsichtlich der Befriedigung aus dem Pfande war der Pfandgläubiger auf den Weg der Zwangsvollstreckung angewiesen, die ursprünglich zur gerichtlichen Übereignung führte, mehr und mehr aber auf gerichtlichen Verkauf oder gerichtliche Verkaufsermächtigung behufs Befriedigung aus dem Erlöse abzielte. Doch konnte der Pfandgläubiger sich den Anfall des Eigentums für den Fall der Nichteinlösung nach bestimmter Frist ausbedingen. Im neueren Recht drang das römische Verbot der lex commissoria durch. Dagegen hielten viele Partikularrechte an der ausschließlichen Zulässigkeit des gerichtlichen Verkaufs fest. Das BGB. gewährt gleich dem gemeinen Recht dem Pfandgläubiger ein Selbstverkaufsrecht, bindet aber dessen Ausübung an bestimmte Voraussetzungen und Formen (regelmäßig öffentliche Versteigerung).

Ein Sonderrecht gilt für das Pfandleihgewerbe; die als gemeinnützige Anstalten eingerichteten öffentlichen Leihhäuser haben sich einzelne Privilegien bewahrt.

Als eine Abart des Fahrnispfandrechtes erscheint das Rechtspfandrecht. Dem Erfordernis der Offensichtlichkeit muß hier je nach der Beschaffenheit des Rechts in verschiedener Weise (bei Rechten an Liegenschaften durch Bucheintrag, bei wertpapiermäßig verbrieften Rechten durch Pfandbesitz an der Urkunde, bei schlichten Forderungen durch Anzeige an den Drittschuldner) genügt werden. Die Befriedigung aus dem Recht kann der Pfandgläubiger regel-

mäßig nur im Wege der Zwangsvollstreckung, beim Forderungspfande auch mittels Einziehung der Forderung suchen.

Literatur: Oben zu § 81, auch § 18. H. Meyer, Neuere Satzung von Fahrnis und Schiffen, 1903. Gierke, D. P.R. II §§ 169—172. Hübner §§ 65—66. v. Schwerin S. 71 ff. Planitz, Die Vermögensvollstreckung im deutsch. mittelalterl. R., Bd. I: Die Pfändung, 1912.

§ 85. **Beschränkung der Rechtsverfolgung.** Das deutsche Recht gewährte zur Verfolgung des Rechtes an fahrender Habe nur auf Grund unfreiwilligen Besitzverlustes eine Klage gegen jeden dritten Besitzer. Die Klage konnte als „Anefangsklage" in rechtsförmlicher Weise mit beiderseitiger Bußgefahr, aber auch mindestens später als „schlichte" Klage angestellt werden. Klagegrund ist die unfreiwillig verlorene Gewere, so daß nicht nur der Eigentümer, sondern jeder frühere Besitzer die Herausgabe der Sache erzielt, wenn der Beklagte nicht ein besseres Besitzrecht erweist. Der Besitzer muß die Sache, auch wenn er sie redlich und öffentlich („unverhohlen und unverstohlen") gekauft oder in Pfand genommen hat, umsonst herausgeben; nur die Juden hatten das Privileg, daß sie Ersatz des Kauf- oder Pfandschillings fordern konnten. Wer dagegen eine bewegliche Sache freiwillig weggegeben (verpfändet, vermietet, verliehen, hinterlegt) hat, kann nur eine als „Forderung" bezeichnete Klage aus anvertrauter Gewere gegen den Empfänger anstellen, sobald dessen Besitzrecht erledigt ist. Es gilt der Satz „Hand wahre Hand" oder „Wo man seinen Glauben gelassen hat, da soll man ihn suchen". Die Klage geht auch gegen den Erben des Empfängers, gegen den Richter im Falle der Einziehung und meist auch gegen den Gläubiger, der die fremde Sache gepfändet hat. Dagegen versagt sie gegenüber jedem dritten Besitzer, mag die Sache durch Veräußerung oder im Wege des unfreiwilligen Besitzverlustes aus der Hand des Empfängers gekommen sein; doch geben manche Quellen dem früheren Besitzer dann die Diebstahlsklage, wenn der Bestohlene nicht klagen kann oder will. Ursprünglich brauchte selbst der unredliche dritte Besitzer dem früheren Besitzer nicht Rede zu stehen; mehr und mehr aber wurde die dingliche Klage gegen jeden unredlichen Erwerber zulässig. Sehr verbreitet ist der Ausnahmesatz, daß, wer eine Sache einem Handwerker zur Bearbeitung gegeben hat, sie, wenn der Handwerker sie veräußert hat, dem Besitzer gegen Ersatz des Arbeitslohnes abfordern kann.

Seit der Rezeption galt der römische Satz „ubi rem meam invenio ibi vindico" als gemeines Recht und drang auch in manche Partikularrechte (sogar ins Sachsenrecht) ein. Bisweilen jedoch mit deutschrechtlichen Abwandlungen. So gewährte das Preuß. LR. zwar die dingliche Klage gegen jedermann, gab aber stets (auch bei abhanden gekommenen Sachen) dem redlichen entgeltlichen Erwerber einen Anspruch auf Ersatz des für die Sache Geleisteten („Lösungsanspruch"). In anderen Partikularrechten erhielt sich das deutsche Recht; im französischen, österreichischen und schweizerischen Recht wurde es durchgeführt, im alten HGB. für Sachen, die von einem Kaufmann im Betriebe seines Handelsgewerbes veräußert und übergeben sind, anerkannt und endlich durch das BGB. zu gemeinem deutschen Recht erhoben. Hierbei ist aber mehr und mehr an Stelle der Beschränkung der Rechtsverfolgung der unmittelbare Rechtsverlust des einen und der unmittelabre Rechtserwerb des anderen gesetzt.

Im heutigen Recht bedeutet also die Regel „Hand wahre Hand", daß im rechtsgeschäftlichen Verkehr der redliche Erwerber auch vom Nichtberechtigten das dingliche Recht erwirbt, zu dessen Übertragung oder Begründung anvertrauter Besitz legitimiert. Er erwirbt also durch formgerechte Übereignung oder Belastung auch dann, wenn der Verfügende nicht Eigentümer ist, mit dem Besitz zugleich Eigentum, Nießbrauch oder Pfandrecht, während das bisherige Eigentum erlischt oder belastet wird; die ihm unbekannten dinglichen Rechte erlöschen oder treten hinter sein Recht zurück. Erforderlich ist aber stets ersichtlicher Besitzübergang; insbesondere wird hier die Übergabe nicht durch Besitzauftragung ersetzt. Den Mangel des guten Glaubens muß der Gegner beweisen. Entgeltlichkeit des Erwerbes ist nicht erforderlich; gegen den unentgeltlichen Erwerber behält aber der Geschädigte einen Bereicherungsanspruch. — An abhanden gekommenen Sachen geht in Übereinstimmung mit dem deutschen Recht Eigentum oder sonstiges Recht an der Sache auch auf den redlichen Erwerber nicht über; er hat auch keinen Lösungsanspruch (Ausnahmen bei Leihhäusern). Die Tatsache des unfreiwilligen Besitzverlustes muß der sein Eigentum oder dingliches Recht Verfolgende beweisen.

Im Gegensatz zum älteren deutschen Recht gilt die Sache auch dann als dem Berechtigten abhanden gekommen, wenn sie seinem Besitzmittler abhanden gekommen ist. Jedoch hindert unfreiwilliger Besitzverlust nicht den Erwerb von Eigentum oder dinglichem Recht an Geld oder Inhaberpapieren und nicht den Erwerb bei der Veräußerung im Wege öffentlicher Versteigerung.

Literatur: Budde, De vindicatione rerum mobilium Germanica, 1837. Heusler, Die Beschränkung der Eigentumsverfolgung um Fahrnis und ihr Motiv im deutsch. R., 1871. Franken, Gutachten für den XV. deutsch. Juristentag, 1880. Kern, Entwicklung des Grundsatzes „Hand muß Hand wahren", 1881. E. Hermann, Die Grundelemente der altgermanischen Mobiliarvindikation (Unters. H. 20), 1886. London, Die Anefangsklage, 1886. H. Meyer, Entwerung und Eigentum im deutschen Fahrnisrecht, 1902. Wellspacher, Publizitätsgedanke u. Fahrnisklage im Usus modernus, Z. f. d. P. u. ö. R. d. G. XXXI 631 ff. K. Rauch, Spurfolge und Anefang, 1907. A. Schultze, Gerüfte u. Marktkauf (in Festgabe f. Dahn), 1905; Jahrb. f. D. XLIX 159 ff.; Die Bedeutung des Zuges auf den Gewähren im Anefangsverfahren (in Festschrift f. Gierke), 1911. Blunck, Die Anefangsklage, 1912. Gierke, D. P.R. II § 134. Hübner § 58.

Viertes Buch. Recht der Schuldverhältnisse.

Kapitel I. Allgemeine Lehren.

§ 86. Das Wesen der Schuldverhältnisse. Dem deutschen Recht waren von je Rechtsverhältnisse bekannt, vermöge deren jemand einem anderen eine bestimmte vermögenswerte Leistung schuldet. In den Volksrechten und den Rechtsbüchern begegnen Schuldverhältnisse aus unerlaubten Handlungen und aus den einfacheren Verkehrsgeschäften. Doch überwiegen die ständigen Verbindlichkeiten aus personenrechtlicher Verbindung oder aus sachenrechtlichen Verhältnissen. Eine tiefgreifende Aus- und Umbildung erfuhr das Recht der Schuldverhältnisse im städtischen Verkehr. Mit der Rezeption zog in Deutschland das römische Obligationenrecht ein, das großartigste und zugleich universellste Werk des römischen Rechtsgenius. Allein, wenn auch der Sieg des fremden Rechts auf diesem Gebiet unvergleichbar vollständiger als auf anderen Gebieten war, so mußte es sich doch eine Umschmelzung und Ergänzung durch germanische Rechtsgedanken gefallen lassen, die nicht etwa bloß Einzelheiten, sondern Kernfragen betrifft.

Das deutsche Recht geht aus vom Begriffe der „Schuld". Schuld ist rechtliches Sollen. Dem Leistensollen des Schuldners entspricht ein Empfangensollen des Gläubigers, das ursprünglich gleichfalls „Schuld", später „Forderung" (was anfangs nur Klage bedeutete) heißt. Für das Wesen solcher Schuld hat die Beschaffenheit des Gegenstandes der geschuldeten Leistung bestimmende Bedeutung. Darum berührt zunächst, je nachdem persönliche Tätigkeit (Arbeit) oder Verschaffung einer Sache (zu Eigentum oder Besitz) geschuldet wird, das Schuldverhältnis sich mit dem Personenrecht oder mit dem Sachenrecht. Im ersten Falle kann es in dem Maße, in dem es die Persönlichkeit selbst ergreift und bindet, personenrechtliche Beziehungen in sich aufnehmen oder entfalten. Dies tritt auch heute vor allem beim Dienstvertrage und beim Gesellschaftsvertrage zutage. Im zweiten Falle kann das Schuldverhältnis als Keim oder Vorstufe des dinglichen Rechts erscheinen. Hierauf beruhte die aus deutschrechtlichen Gedanken von Kanonisten und Feudisten entwickelte, in der älteren gemeinrechtlichen Doktrin festgehaltene und vom preußischen Landrecht übernommene Lehre von dem durch den schuldrechtlichen Erwerbstitel begründeten „Recht zur Sache" (jus ad rem), das bereits ein von Dritten zu achtendes Verhältnis zur Sache herstellt, und die im Preuß. Landr. folgerichtig durchgeführte weitere Lehre, nach der jedes Recht zur Sache durch Eintragung oder Besitz in ein dingliches Recht verwandelt wird und somit auch Miete, Pacht, Leihe usw. der Verdinglichung fähig sind. Das heutige Recht hat mit dieser Auffassung gebrochen; allein im Gegensatz zum römischen Recht schlägt auch das BGB. Brücken vom Recht der Schuldverhältnisse zum Sachenrecht, indem namentlich durch die Eintragung einer Vormerkung ein Forderungsrecht auf

Erwerb von Sachenrecht dingliche Wirksamkeit empfangen kann (oben § 45), sodann die Miete und Pacht von Grundstücken durch Besitzeinräumung ein Stück sachenrechtlicher Kraft gewinnt (unten § 94 III), endlich der Fahrnisbesitz jedem persönlichen Recht in Ansehung der Sache eine gewisse dingliche Festigkeit verleiht (oben § 43). — Je nachdem ferner bei der Leistung die Individualität des Gläubigers oder des Schuldners wesentlich ist oder nur nebenbei in Betracht kommt oder überhaupt keine Rolle spielt, ist die Forderung oder Schuld an die Person gebunden oder von ihr löslich oder ganz unpersönlich angelegt. Darum konnte das deutsche Recht eine Sondernachfolge in Forderung und Schuld ausbilden (§ 88), aber auch (besonders bei den Wertpapieren) Schuldverhältnisse mit vorläufig unbestimmten Subjekten anerkennen. Schließlich erscheinen so im Umfange ihrer Vergegenständlichung Forderungen und Schulden als unkörperliche Vermögensbestandteile und Vermögenslasten („Aktiva und Passiva"). Dies wird besonders wichtig für die Konstruktion der Sondervermögen, deren objektive Einheit gewisse Forderungen und Schulden einschließt. Darum kann ja auch, wie sich gezeigt hat, im Begriff der dinglichen Schuld das Schuldverhältnis völlig in ein rein sachenrechtliches Verhältnis übergehen.

Literatur: v. Amira, Nordgermanisches Obligationenrecht, 1882 u. 1895. P. Puntschart, Schuldvertrag u. Treugelöbnis in sächs. R. des Mittelalters, 1896. Hübner §§ 67 ff. v. Schwerin S. 62 ff. — Stobbe, Zur Geschichte des deutsch. Vertragsrechts, 1855. Witte, Z. f. R.G. VI 448 ff. R. Loening, Der Vertragsbruch und seine Folgen im deutsch. R., 1876. Sohm, Das Recht der Eheschließung, 1875, S. 34 ff.; Der Begriff des Forderungsrechts, Z. f. d. P. u. ö. R. d. G. IV 1 ff. — v. Brünneck, Über den Ursprung des sog. jus ad rem, 1869. E. Heymann, Zur Geschichte des jus ad rem (in Festschr. f. Gierke), 1911. — Gierke, D. P.R. II 66 ff., 607 ff.

§ 87. Haftung für Schuld. Die Schuld als solche gewährt, da sie sich in einem rechtlichen Sollen erschöpft, keine Herrschaft über die Person oder das Vermögen des Schuldners. Damit sie mit Macht bekleidet werde, muß Haftung hinzutreten. Haftung ist Unterwerfung unter die Zugriffsmacht dessen, dem nicht geleistet wird, was ihm gebührt. Der Gläubiger kann sich an das, was ihm haftet, halten, um sich Genugtuung oder Ersatz zu verschaffen. Die Haftung ist Gebundenheit (Verstrickung, Verpflichtung), Einstehen oder Eingesetztsein, Gewährschaft oder Sicherung für die Schuld. Haftungsgegenstand kann eine Sache, eine Person oder ein Vermögen sein. Es ist möglich, daß der Schuldner selbst, aber auch, daß ein anderer für ihn mit seiner Sache, seiner Person oder seinem Vermögen haftet.

Im germanischen Recht wurde die Unterscheidung zwischen Schuld und Haftung, die auch im griechischen Recht begegnet, während bei den Römern im Begriff der Obligation frühzeitig ihre Verschmelzung vollzogen wurde, scharf durchgeführt und lange festgehalten. Keineswegs ergab sich aus der Schuld ohne weiteres auch Haftung. Allerdings war die aus personenrechtlicher Verbundenheit entspringende unselbständige Schuld von je vermöge der Zwangsbefugnisse der Verbandsgewalt mit Haftung verknüpft. Und hinter der ältesten selbständigen Schuld, der Bußschuld, stand die durch die Friedlosigkeit vermittelte strafrechtliche Haftung, die als äußerstes Zwangsmittel immer dem ungehorsamen Schuldner drohte. Allein ein selbständiges Haftungsverhältnis mit fest begrenztem Inhalt wird nur durch rechtsgeschäftliche Übernahme begründet. Ein solches Haftungsgeschäft war erforderlich, um die reine Versprechensschuld erzwingbar zu machen. Zur Eingehung eines Haftungsgeschäftes wurde aber auch der verurteilte Bußschuldner bei Vermeidung der Friedlosigkeit verpflichtet (Urteilserfüllungsgelübde).

Damit differenzierten sich die Haftungsarten. Der Begründung von Sachhaftung diente die Pfandsetzung, von der im Sachenrecht die Rede war. Die Einsetzung der Person für die Schuld erfolgte in ältester Zeit durch die Vergeiselung, die reale Hingabe in die Gewalt des Gläubigers unter Ausbedingung des Verfalles von Leib und Leben bei Nichterfüllung der Schuld. Als eine nur ideelle Vergeiselung entwickelte sich die Bürgschaft (Leibbürgschaft), die nicht nur für fremde, sondern auch für eigene Schuld (als Selbstbürgschaft) übernommen werden konnte. Das Formalgeschäft, das leibliche Haftung begründete, war das unter Verpfändung der Treue mit Handreichung geleistete Treugelübde. Die Zugriffsmacht des Gläubigers, die sich ursprünglich auch hier auf Leib und Leben erstreckte, wurde allmählich begrenzt. Als Zwangsmittel wurde entweder die Schuldknechtschaft, die sich später zur Schulddienstbar-

keit abschwächte, oder die Schuldhaft, die zuerst in den Städten in die öffentliche Schuldhaft überging, ausgebildet. Der Einsetzung des Vermögens für Schuld diente als altes Formalgeschäft die Wadiation (Wettvertrag), bei der eine festuca oder ein anderes Wahrzeichen als sinnbildliches Pfand übergeben wurde, dessen Nichteinlösung dem Gläubiger ein Pfändungsrecht verschaffte. Durch Wadiation wurde Vermögensbürgschaft für fremde Schuld geleistet, aber auch Vermögenshaftung für eigene Schuld übernommen. Seit Ausbildung der Immobiliarexekution kam auch die rechtsgeschäftliche Haftbarmachung des gesamten Vermögens mit Einschluß der Liegenschaften auf. Eine Vermögenshaftung entsprang überdies als Empfangshaftung aus dem Empfange eines Vermögensentgeltes für ein gegebenes Versprechen, so daß bei Realverträgen der Empfänger für das Versprechen der Rückgabe, bei gegenseitigen Verträgen der Empfänger der Leistung des anderen Teils für die versprochene Gegenleistung haftete. Diese Haftung wurde frühzeitig schon an den Empfang einer Teilleistung und demgemäß auch eines bloß sinnbildlich gemeinten Angeldes (arrha) geknüpft. Vielfach wurde mit dem Vermögenseinsatz Übernahme der leiblichen Haftung verbunden (so bei der fränkischen fides facta und dem sächsischen Treugelöbnis). Dann tritt die Haftung mit der Person erst nach fruchtloser Vollstreckung in das Vermögen ein. Man nannte daher, seit dies die Regel wurde, die Haftung mit dem ganzen Vermögen und mit der Person „persönliche Haftung" und braucht diesen Ausdruck heute, nachdem die Haftung mit der Person infolge der Aufhebung der Schuldhaft (RGes. vom 24. Mai 1868) überhaupt weggefallen ist, für die unbeschränkte Vermögenshaftung. Ihr gegenüber bildete das germanische Recht mancherlei Formen einer beschränkten Haftung aus, von der entweder nur ein Sondervermögen (z. B. die Erbschaft, eine eheliche Gütermasse, das Schiffsvermögen) oder das Gesamtvermögen nur bis zu einer Haftgrenze ergriffen wird.

Schon im deutschen Mittelalter vollzog und seit der Rezeption vollendete sich die grundsätzliche Verbindung von Schuld und Haftung. Allein auch im heutigen Recht hat gegenüber dem System der Schuldverhältnisse das System der zu ihrer Durchsetzung berufenen Haftungsverhältnisse, das durchaus im einheimischen Recht wurzelt, seine selbständige rechtliche Bedeutung. Aus Schuld entspringt heute regelmäßig ohne weiteres Vollhaftung mit dem ganzen Vermögen („persönliche Haftung"). Allein ausnahmsweise gibt es Schuld ohne Haftung (unvollkommene Verbindlichkeiten). Es gibt ferner Haftung ohne eigene Schuld. Insbesondere aber gibt es in Gestalt der Sachhaftung und der verschiedenen Formen der beschränkten Vermögenshaftung besondere Haftungsarten, die kraft Gesetzes oder kraft Vereinbarung an Stelle der Vollhaftung treten oder vor, neben oder hinter ihr wirksam werden können.

Literatur: v. Amira u. Puntschart zu § 86. Die zu §§ 81 u. 84 angef. Schriften über Pfandrecht. Horten, Die Personalexekution in Geschichte u. Dogma, 2 Bde., 1893 u. 1895. Rintelen, Schuldhaft u. Einlager, 1908. Gierke, Schuld u. Haftung im alten deutsch. R., insbesondere die Formen der Schuld- und Haftungsgeschäfte (Unters. H. 100), 1910. v. Amira, Z. f. R.G. LVII 484 ff., H. Meyer, Zum Ursprung der Vermögenshaftung im deutsch. R. (in Festschrift für Gierke), 1911. Hübner §§ 68 ff. — H. Isay, Jahrb. f. D. XLVIII 187 ff. E. J. Bekker, ebd. XLIV 51 ff. v. Schwerin, Schuld u. Haftung im geltenden deutsch. R., 1911. Puntschart, Z. f. H.R. LXXI 297 ff. — Ehrenberg, Die beschränkte Haftung des Schuldners nach See- u. Handelsrecht, 1880. Pappenheim, Seerecht II 126 ff., 308 ff.

§ 88. Sondernachfolge in Forderung und Schuld.

I. Die Forderung war nach deutschem Recht nicht nur vererblich, sondern auch unter Lebenden übertragbar, jedoch ursprünglich nur mit Zustimmung des Schuldners. Die Einwilligung des Schuldners wurde aber bei Wertpapieren durch die Order- oder Inhaberklausel im voraus erteilt und fiel allmählich weg. Nach der Rezeption wurde unter dem Einfluß des deutschen Rechts die römische Zession zur Abtretung der Forderung umgebildet und als solche in allen Gesetzbüchern geregelt. Nach dem BGB. erfolgt sie durch abstrakten Abtretungsvertrag, während eine Anzeige an den Schuldner nur erforderlich ist, um die Wirksamkeit von Rechtshandlungen gegenüber dem alten Gläubiger auszuschließen. In vielen Fällen tritt ein Forderungsübergang kraft Gesetzes ein. Unübertragbar sind nicht nur höchstpersönliche und unpfändbare, sondern auch rechtsgeschäftlich der Übertragung entzogene Forderungen.

II. Die Schuld war nach deutschem Recht gleichfalls übertragbar. Die Schuldübernahme ging in das moderne Recht über; sie kann nach BGB. entweder durch Vertrag zwischen dem Gläubiger und dem neuen Schuldner oder durch Vertrag zwischen dem alten und dem neuen Schuldner mit hinzutretender Genehmigung des Gläubigers erfolgen. Dabei findet eine wirkliche Sondernachfolge statt, so daß das Subjekt wechselt, während die Schuld dieselbe bleibt und nur die Haftung sich ändert. Möglich ist aber auch eine Schuldmitübernahme, bei der der neue Schuldner neben den alten (bis zu dessen Entlassung durch den Gläubiger) tritt. Besondere Fälle der Schuldnachfolge begegnen bei der Übertragung eines ganzen Vermögens (notwendige Mitübernahme mit Beschränkung der Haftung auf das Vermögen) oder eines Sondervermögens (vgl. über die Übernahme der Handelsschulden das Handelsrecht).

Literatur: Hübner §§ 78—79. Brunner, Forsch. S. 602 ff. G. Buch, Die Übertragbarkeit von Forderuugen im deutsch. mittelalt. R. (Unters. H. 113), 1912. B. Delbrück, Die Übernahme fremder Schulden, 1853. Strohal, Schuldübernahme, Jahrb. f. D. LVII 230 ff. Gierke, Schuldnachfolge u. Haftung, insbesondere kraft Vermögensübernahme (in Festschr. f. v. Martitz), 1911.

§ 89. Forderungs- und Schuldgemeinschaft. Das deutsche Gemeinschaftsprinzip ermöglichte Schuldverhältnisse mit verbundenen Subjekten.

I. Forderungsgemeinschaft. Forderungen genossenschaftlicher Zuständigkeit und Forderungen zur gesamten Hand erhielten sich nach der Rezeption neben der römischen Korrealforderung, bei der jeder Mitgläubiger für sich die ganze Leistung fordern kann. Heute bildet die Forderungsgemeinschaft zur gesamten Hand die Regel; bald so, daß jeder die Leistung an alle gemeinschaftlich fordern kann (BGB. § 432), bald so, daß nur alle zusammen forderungsberechtigt sind (z. B. als Gesellschafter oder Miterben).

II. Schuldgemeinschaft. Eine genossenschaftliche Schuldgemeinschaft besteht, wenn für die Schulden eines rechtsfähigen Vereins die Mitglieder als einzelne (wie subsidiär bei eingetragenen Genossenschaften mit unbeschränkter oder beschränkter Haftpflicht) mithaften. Eine Schuldgemeinschaft zur gesamten Hand wurde nach deutschem Recht durch Eingehung einer Verbindlichkeit mit gesamter Hand oder mit der Klausel „sammt und sonders" (besonders regelmäßig von Mitbürgen) begründet. Dabei kann nach manchen Quellen der Gläubiger sich zunächst an jeden Mitschuldner nur für seinen Anteil und erst wegen des Ausfalls an die anderen halten; nach anderen Quellen haftet jeder dem Gläubiger auf das Ganze, im Verhältnis zu den Mitschuldnern aber nur auf seinen Anteil. Beide Formen erhielten sich neben der römischen Korrealschuld und Solidarschuld und verdrängten diese in manchen Partikularrechten. Die „Gesamtschuld" des BGB. ist zwar nach außen Korrealschuld, nach innen aber deutsche Schuldgemeinschaft. Eine eigentümliche Verbindung einer Schuld zu gesamter Hand mit Korrealschuld der einzelnen ist im Gesellschaftsrecht und besonders im Handelsgesellschaftsrecht ausgebildet.

Literatur: Hübner §§ 80—81. Gierke, Schuld und Haftung, S. 109 ff.

Kapitel II. Schuldverhältnisse aus Verträgen.

§ 90. Der schuldrechtliche Vertrag. Schuldverhältnisse werden nach deutschem Recht vor allem durch Vertrag (Gedinge) begründet. Die schuldbegründende Kraft des Vertrages beruht auf der Heiligkeit des Versprechens; was man einem anderen zu leisten versprochen hat, das soll man ihm leisten. Das deutsche Recht legt daher das Hauptgewicht auf das schuldnerische Versprechen und läßt den Vertrag durch dessen Angebot und Annahme zustande kommen; der umgekehrte Weg der römischen Stipulation ist ihm fremd. Im Zusammenhange hiermit stehen gewisse, vom modernen Recht übernommene Grundsätze. 1. Zunächst die bindende Kraft des Antrages, die gegenüber dem römischen Recht in Partikularrechten und im Handelsrecht festgehalten und durch das BGB. wieder zu gemeinem Recht erhoben wurde. Schon das Versprechensangebot erzeugt eine „Gebundenheit ans Wort" (kein Leistensollen, aber ein Haltensollen) und bleibt trotz Widerrufs annahmefähig, bis es durch Ablauf der Annahmefrist oder Ablehnung erlischt. 2. Sodann die schöpferische Bedeutung des einseitigen Versprechens, das namentlich, wenn es für eine noch unbestimmte

Person hingestellt wird, bereits den objektiven Bestand eines Schuldverhältnisses herstellt und auslöst, so daß die Aneignung durch eine dazu berufene Person genügt, um das Schuldverhältnis zustande zu bringen. Neuerdings wird in solchen Fällen, wie insbesondere bei der Auslobung und der Schuldverschreibung auf Inhaber, vielfach überhaupt der Begriff des Vertrages durch den eines einseitigen Kreationsgeschäfts ersetzt; doch liegt nur eine Verselbständigung von Antrag und Annahme vor. 3. Weiter die schuldbegründende Kraft des abstrakten Versprechens, das den Verpflichtungsgrund in sich trägt und daher unabhängig von Dasein oder Gültigkeit eines Versprechensgrundes bindet. Im gemeinen Recht zurückgedrängt, wurde das abstrakte Schuldversprechen (nebst Schuldanerkenntnis und Anweisungsakzept) im Handelsrecht festgehalten und durch das BGB. im Falle schriftlicher Erteilung wieder allgemein für verbindlich erklärt. 4. Endlich die Wirksamkeit des Versprechens der Leistung an einen Dritten (unten § 92).

Literatur: Oben zu § 86. Siegel, Das Versprechen als Verpflichtungsgrund, 1873. Hübner §§ 73—74.

§ 91. Form der Schuldverträge. Nach altem deutschen Recht begründete zwar das formlose Versprechen eine Schuld, und zwar ein Haltensollen wie ein Leistensollen. Allein beides war ohne Hinzutritt einer Haftung unerzwingbar. Zur Begründung einer Haftung aber bedurfte es entweder eines Formalvertrages oder realer Hingabe des Versprechensentgeltes. Daraus ergab sich beim formlosen gegenseitigen Vertrage ein beiderseitiges Reuerecht; jeder Teil konnte das gegebene Wort zurücknehmen, wenn er das empfangene Wort zurückgab. Durch Vorleistung eines Teiles aber wurde der gegenseitige Vertrag auch für den anderen Teil bindend. Aus der Gleichstellung der Teilleistung mit der Volleistung entwickelten sich neben den auf Einsetzung eines Haftungsgegenstandes gerichteten Geschäftsformen (Pfandsetzung, Treugelübde, Wadiation) und ihren Abspaltungen (Eid, Handschlag, Urkundenbegebung) die Arrhalformen. Zu diesen gehörten der sehr verbreitete Weinkauf oder Litkauf (Befestigung durch Zahlung einer gemeinsam mit den Zeugen vertrunkenen Summe) und der Gottespfennig (ein zu frommen Zwecken gewidmetes Haftgeld). Alle diese haftungsrechtlichen Formen behielten vermöge ihrer sichernden Kraft auch insoweit, als die Klagbarkeit formloser Schuldversprechen durchdrang, praktische Bedeutung (unten § 92). Überdies aber hing nach der Struktur des germanischen Prozesses die Beweisbarkeit der Schuld von der Anwendung einer Vertragsform ab, die dem Kläger ein eidverlegendes Beweismittel verschaffte. Andernfalls konnte die Klage um Schuld mit der eidlichen Versicherung der Nichtschuld abgeschlagen werden. Beweissicherungsformen waren die Zuziehung von Geschäftszeugen, die Beurkundung und der Abschluß vor Gericht. Das ältere Sachsenrecht aber gewährte regelmäßig überhaupt nur dem Gerichtszeugnis die Kraft zur Überführung des leugnenden Schuldners.

Seit der Rezeption wurde der deutschrechtliche Grundsatz, daß das formlose Versprechen eine Schuld erzeugt, unter der Einwirkung des kanonischen Rechts und naturrechtlicher Lehren zu gemeinrechtlicher Geltung erhoben, bedeutete aber nunmehr, da die Bedeutung der deutschrechtlichen Formen für die Haftung und die prozessuale Geltendmachung wegfiel, die bedingungslose Vollwirksamkeit formloser Schuldverträge. Obschon die Partikularrechte reagierten (insbesondere das Preuß. LR. bei einem Gegenstande über 50 Taler zur Klagbarkeit, der Code civ. bei einem Gegenstande über 50 Franken zur Beweisbarkeit Schriftform verlangte), wurde die gemeinrechtliche Formfreiheit zuerst für Handelsgeschäfte und durch das BGB. für alle Verträge zur Regel erhoben. Heute sind daher nur einzelne Arten von Schuldverträgen durch gesetzliche Ausnahmevorschriften an eine Form gebunden.

Literatur: Oben zu §§ 86 u. 87. Stobbe, Reurecht und Vertragsschluß nach altdeutschem Recht, 1876. Korn, De obnexatione et wadio, 1863. Val de Lièvre, Launegild und Wadia, 1877. Siegel, Handschlag und Eid (Sitzungsberichte der Wiener Akademie CXXX), 1894. L. Seuffert, Zur Geschichte der obligatorischen Verträge, 1881. Gierke, Schuld u. Haftung, S. 117 ff. v. Amira, Der Stab in der germanischen Rechtssymbolik, 1909; Die Wadiation, 1911.

§ 92. Bestärkungsmittel bei Verträgen. Teils aus ursprünglichen Formen, teils aus besonderen Nebenvereinbarungen gingen Bestärkungsmittel der Verträge hervor; insbesondere erschienen als solche, seitdem Schuld und Haftung verbunden waren, die eine verstärkte Haftung

begründenden Abreden. Dahin gehört neben Pfandsetzung und Bürgschaft die (oben § 18 erwähnte) Pfändungsklausel, durch die sich der Schuldner der eigenmächtigen Pfändung unterwarf. Ferner die Verpfändung der Ehre durch das Ehrenwort (Gelübde bei „Treue und Ehre"), wobei der Schuldner für den Fall der Nichterfüllung den Zugriff auf seine Ehre (durch Spottverse und Schandgemälde usw.) gestattete; die RPO. von 1577 t. 37 § 7 verbot die Beleidigung in solchem Falle; seitdem behielt das Ehrenwort nur soziale Bedeutung. Weiter die Verpfändung der Freiheit („Einlager", „Einreiten", „Geiselschaft", „obstagium"), kraft deren der Schuldner sich verpflichtet, im Falle der Nichterfüllung sich als Gefangener an einen bestimmten Ort (eine Burg, ein Wirtshaus) zu begeben und dort (behufs Druckes auf die Sippe oder die Landstände) beträchtlichen Aufwand zu treiben („Geiselmahl köstlich Mahl"); die Abrede wurde (mit einer Ausnahme für Holstein) durch die RPO. von 1577 verboten. Sodann die Verpfändung des Seelenheils durch eidliches Versprechen, das nach kanonischem Recht jede nicht gegen die guten Sitten verstoßende Zusage bindend macht, heute dagegen keine rechtliche Verstärkungskraft hat. Ferner die Draufgabe (Toppgeld, Handgeld), die auch heute regelmäßig Haftgeld ist, das die Bindung sichtbar macht und den Rücktritt abschneidet, aber auch als Reugeld vorkommt. Endlich die Vertragsstrafe, die im älteren deutschen Recht neben den (an Stelle von Verzugszinsen) verwirkten gesetzlichen Verzugsbußen eine erhebliche Rolle spielte, indem durch besonderes Schadengedinge der für den Verzugsfall zu leistende Ersatz festgestellt oder dessen Feststellung dem schlichten Wort des Gläubigers überlassen oder durch sonstiges Strafgedinge ein anderer Nachteil (z. B. Verdoppelung der Schuld, Verwirkung des Rechts aus Teilleistungen) vereinbart wurde. Heute kann die Vertragsstrafe gleichfalls als Verzugsstrafe neben der Erfüllung oder statt der Erfüllung als Mindestbetrag des Interesses bedungen sein; im letzteren Falle hat im Zweifel der Gläubiger die Wahl, ob er Erfüllung oder Strafe fordern will; das Strafgeld kann aber auch als Reugeld (Wandelpön) gemeint sein, so daß der Schuldner die Wahl hat. Das Strafgedinge wurde vielfach durch gesetzliche Begrenzung der zulässigen Höhe der Strafe eingeschränkt; das heutige Recht gewährt dafür bei übermäßig hoher Vertragsstrafe ein richterliches Ermäßigungsrecht (BGB. § 343).

§ 92. **Verträge zugunsten Dritter.** Das deutsche Recht erkannte stets das Versprechen der Leistung an einen Dritten als wirksam an und ließ daraus ein unmittelbares Forderungsrecht des Dritten entstehen; die Verpflichtung des Salmannes oder Treuhänders zu der versprochenen Herausgabe oder Leistung an einen Dritten (oben § 16) und die Kraft der Order- und Inhaberklausel (oben § 41) beruhten auf diesem Prinzip. Dem römischen Recht gegenüber erhielt sich das deutsche Recht offen oder verhüllt (auch in den romanischen Ländern), wurde nach zeitweiliger Verdrängung unter Beihilfe des Naturrechts im gemeinen Recht wieder anerkannt und liegt dem BGB. zugrunde. Das Versprechen der Leistung an einen Dritten erzeugt für den Dritten (der auch ein künftiges Rechtssubjekt sein kann) unmittelbar ein eigenes Recht auf Leistung aus dem Vertrage, insoweit dies von den Vertragschließenden gewollt ist; bei manchen Verträgen (z. B. Lebensversicherungs- und Leibrentenverträgen, Vermögens- und Gutsübernahmeverträgen mit Abfindung Dritter) spricht eine Vermutung für einen darauf gerichteten Willen. Der Erwerb des Rechts durch den Dritten kann von dessen Aneignung abhängig gemacht sein oder vorbehaltlich rückwirkender Ablehnung von selbst eintreten; er kann durch Bedingung oder Befristung hinausgeschoben werden. Vor dem Erwerbe kann das Recht des Dritten im Zweifel durch die Vertragschließenden (aber nicht mehr durch die Erben des Versprechensempfängers) aufgehoben oder geändert werden. Neben dem Dritten hat im Zweifel der Versprechensempfänger ein Recht, die Leistung an den Dritten (aber nur an ihn) zu fordern; irgendein eigenes Interesse hieran braucht er nicht darzutun.

Literatur: Gareis, Die Verträge zugunsten Dritter, 1869. Unger, Die Verträge zugunsten Dritter, 1869. Hellwig, Die Verträge auf Leistung an Dritte, 1899. Hübner § 75.

§ 94. **Einzelne Schuldverträge.**

I. Schenkung. Die Schenkung forderte ursprünglich Entgelt; das langobardische Recht hielt hieran fest, indem es ihre bindende Kraft von einer wenn auch noch so gering-

fügigen Gegengabe abhängig machte, die als „Launegild" den Schein der Entgeltlichkeit wahrte. Als der Begriff der Unentgeltlichkeit der Schenkung durchdrang, blieb doch Schenkungsgrund regelmäßig entweder Belohnung für geleisteten Dienst oder Erwartung der Vergeltung durch künftigen Dienst. Im Zusammenhange hiermit gab die Schenkung im ältesten deutschen Recht nur ein persönliches, im Zweifel unveräußerliches und unvererbliches, bei Untreue widerrufliches Eigentum. Später erhielt sich die Neigung zur Vermehrung der Widerrufsgründe. Das BGB. ist im wesentlichen römisch. Die Schenkung ist heute Realvertrag (Handgeschenk) oder Konsensualvertrag (Schenkungsversprechen); das Schenkungsversprechen bedarf gerichtlicher oder notarieller Form; der Formmangel wird aber durch Erfüllung geheilt.

II. Kauf und Tausch. Der Kauf war im älteren deutschen Recht der Normaltypus des gegenseitigen Vertrages. Der Verkäufer war zur Gewährleistung wegen Mängel im Recht verpflichtet, indem er die dem Käufer übertragene Gewere im Rechtsstreit verteidigen und für Entwerung einstehen mußte. Daraus entwickelte sich seine ins heutige Recht übergegangene Rechtsverschaffungspflicht. Die Gefahr ging auf den Käufer erst mit der Übergabe über. Hieran hielten gegenüber dem römischen Recht die Partikularrechte fest; so auch das BGB. Dagegen haftete der Verkäufer für Mängel der Sache im allgemeinen nach der Übergabe nicht („Augen auf, Kauf ist Kauf"); nur beim Viehkauf mußte er in gewissem Umfange für Gewährsmängel einstehen. Nach der Rezeption wurde das ädilizische Edikt aufgenommen und liegt auch dem BGB. zugrunde. Jedoch erhielt sich das deutsche Recht vielfach beim Viehhandel, bei dem auch nach BGB. der Verkäufer nur für bestimmte Hauptmängel, wenn sie in der „Gewährfrist" hervortreten und rechtzeitig angezeigt werden, einzustehen hat und der Käufer nur die Wandlung, nicht die Minderung verlangen kann. — Der Tausch wurde stets dem Kaufe gleich behandelt. Dies wurde modernes Recht.

III. Miete und Pacht unterscheiden sich nach deutschem Recht, je nachdem bloß der Gebrauch oder auch Fruchtgenuß gegen Entgelt eingeräumt wird. Sie entwickelten sich im Mittelalter aus der sachenrechtlichen Zeitleihe und bewahrten auch, als sie zu besonderen gegenseitigen Schuldverträgen geworden waren, sachenrechtliche Wirkungskraft. Insbesondere verschaffte die Miets- oder Pachtgewere diesen Verträgen eine auch den Sondernachfolger des Vermieters oder Verpächters bindende Kraft. Der Satz „Kauf bricht nicht Miete" erhielt sich in Partikularrechten; das BGB. hat für Grundstücke und Wohnräume, sobald der Besitz überlassen ist, den gesetzlichen Eintritt des Sondernachfolgers in die Rechte und Pflichten des Vermieters oder Verpächters zu gemeinem Recht erhoben. Eine Reihe besonderer Rechtssätze entwickelte das deutsche Recht namentlich für Wohnungsmiete, Landgüterpacht und Viehpacht. Hervorzuheben ist der Eisenviehvertrag, bei dem der Pächter die Gefahr einer gepachteten Viehherde übernimmt („eisern Vieh stirbt nie"); er wurde auf das gesamte mitverpachtete Gutsinventar übertragen.

IV. Leihe und Darlehen, in den Volksrechten zusammengefaßt, wurden später unterschieden; doch trug auch bei der Leihe der Entleiher während seiner Gewere die Gefahr. Beide Verträge waren Realverträge. Das verzinsliche Darlehen wurde trotz des kanonischen Zinsverbots schon im Mittelalter (besonders in Form der öffentlichen Anleihe) üblich, später partikularrechtlich und seit 1654 reichsrechtlich ausdrücklich gestattet. Doch wurde nunmehr die Höhe der zulässigen Zinsen (reichsrechtlich auf 5 vom Hundert) beschränkt. Zuerst für Kaufleute und dann allgemein (RGes. vom 14. Nov. 1867) wurden die Zinstaxen (außer für gewerbliche Pfandleiher) aufgehoben; doch steht bei Zinsen über 6 vom Hundert dem Schuldner ein unausschließbares Recht halbjähriger Kündigung zu. Die Vereinbarung von Zinseszins ist regelmäßig unzulässig geblieben. Im übrigen greifen die Wuchergesetze ein; nach dem BGB. § 138 ist jedes wucherische Geschäft, auch wenn es nicht strafbar ist, privatrechtlich nichtig.

V. Verwahrungsvertrag. Der Verwahrungsvertrag war im deutschen wie im römischen Recht als Realvertrag ausgestaltet; die besonderen Typen des Depotgeschäfts, des Lombardgeschäfts und des Lagergeschäfts gehören dem Handelsrecht an.

VI. Arbeitsverträge. Die Arbeitsverträge gewannen im deutschen Recht, weil die Arbeit frei wurde, auch freie Arbeit aber als ihres Lohnes wert galt, eine völlig andere Bedeutung als im römischen Recht.

Der Dienstvertrag entwickelte sich im Mittelalter aus dem personenrechtlichen Treudienstvertrage. Er wurde zum gegenseitigen Schuldvertrage, der den einen Teil zu bestimmten Dienstleistungen, den anderen Teil zur Vergütung verpflichtete, wahrte aber personenrechtliche Wirkungskraft und begründete insbesondere ein beiderseitiges Treuverhältnis. Gegenüber dem nach dem Vorbilde der Sachmiete ausgestalteten römischen Recht der Dienstmiete hat sich der deutschrechtliche Dienstvertrag stets erhalten und im modernen Recht voll wieder durchgesetzt. Der heutige Dienstvertrag umfaßt jede Art entgeltlicher persönlicher Dienstleistung. Doch gelten Besonderheiten, wenn Dienstleistungen höherer Art (z. B. bei Anstellungsverträgen von Privatbeamten und bei sog. Honorarverträgen), wenn ständige Dienstleistungen mit Eintritt in die Hausgemeinschaft (z. B. bei Hauslehrern), wenn Dienstleistungen, die den Inhalt der ganzen Berufstätigkeit bilden, in Frage stehen. Für viele Gattungen derartig qualifizierter Dienstverträge gilt überdies ein umfassendes Sonderrecht. Schon seit dem Mittelalter wurde ein Sonderrecht für den Gesindevertrag ausgebildet, bei dem mit dem Eintritt in die Hausgemeinschaft familienrechtliche Beziehungen (Hausgewalt, aber auch Fürsorge- und Vertretungspflicht des Dienstherrn) entstanden, eigenartige Formen des Abschlusses („Mietsgeld") und zum Teil besondere Beendigungsgründe (z. B. Gelegenheit zur Heirat nach dem Satz „Freite geht vor Miete" und Tod des Dienstherrn) anerkannt waren, später auch die öffentliche Gewalt mit gesindepolizeilichem Zwang und Schutz eingriff. Das Gesinderecht ist auch heute in landesgesetzlichen Gesindeordnungen, die das ältere Recht zum Teil festhalten (z. B. preuß. vom 8. Nov. 1810), zum Teil reformiert haben, besonders geregelt. Schon im Mittelalter ferner hat das Gewerberecht den Vertrag mit Handwerkslehrlingen und Handwerksgesellen besonders ausgestaltet; das neuere Gewerberecht schuf mehr und mehr ein umfassendes Sonderrecht für den gewerblichen Arbeitsvertrag überhaupt und innerhalb dieses Rahmens neben dem Handwerkerrecht ein Sonderrecht für Fabrikarbeiter, Werkbeamte usw. Das Bergrecht hat für die Dienstverträge mit Bergleuten (oben § 54), das Handelsrecht für die mit Handlungslehrlingen und Handlungsgehilfen sowie mit Agenten, das Seerecht für die mit dem Schiffer und der Schiffsmannschaft ein Sonderrecht hervorgetrieben. In allen diesen Sonderrechten spielen neben subsidiären gesetzlichen Regeln zwingende Vorschriften, die um des Schutzes der Persönlichkeit willen die Vertragsfreiheit einschränken, eine gewaltige Rolle.

Arbeitsvertrag ist auch der Werkvertrag; besondere Typen deutschrechtlicher Herkunft sind der Mäkeleivertrag, das Kommissions-, das Speditions- und das Frachtgeschäft.

VII. Bürgschaft. Die Bürgschaft war im deutschen Recht Haftungsübernahme für fremde Schuld und forderte daher eine haftungsgeschäftliche Form; nach der Rezeption wurde sie formfrei, blieb aber nach Partikularrechten an eine Form gebunden; nach dem BGB. muß sie schriftlich erteilt werden. Ursprünglich haftete der Bürge, ohne zu schulden; schon im Mittelalter aber nahm die Bürgschaft vielfach Schuldinhalt in sich auf; doch schuldet auch heute der Bürge zum Unterschiede vom Gesamtschuldner nicht dasselbe wie der Hauptschuldner, sondern nur die Beschaffung der Leistung des Hauptschuldners oder Ersatzleistung für diese. Andererseits haftete ursprünglich der Bürge dem Gläubiger anstatt des Schuldners, so daß der Gläubiger sich nur an den Bürgen halten konnte; auch als die Haftung des Schuldners zur Regel wurde, blieb lange noch der Bürge vor dem Schuldner oder doch neben ihm verhaftet; erst seit dem Ende des Mittelalters wurde die Bürgenhaftung subsidiär, doch blieb die Einrede der Vorausklage der Handelsbürgschaft fremd und im übrigen im Falle der selbstschuldnerischen Bürgschaft ausgeschlossen. Die Bürgschaftshaftung war ursprünglich unvererblich; daher war die Verbürgung mehrerer zu gesamter Hand (oft mit Übernahme der Verpflichtung zur Stellung eines Ersatzmannes bei Wegfall eines Mitbürgen) überaus üblich. Heute ist die Bürgschaftsschuld vererblich. Der Bürge, der geleistet hat, hat nach älterem deutschen und nach heutigem Recht ohne weiteres ein Rückgriffsrecht gegen den Hauptschuldner und tritt von Rechts wegen in die Rechte des Gläubigers ein.

VIII. Spiel und Wette waren ursprünglich bindend und klagbar, nur ging die Schuld nicht auf die Erben über. Im Mittelalter (zuerst in den Städten) entwickelte sich der Satz, daß Spiel und Wette keine Forderung begründen, daß aber (außer bei verbotenem Spiel) auch die Rückforderung der geleisteten Schuld ausgeschlossen ist („Spielschulden sind Ehrenschulden"). Nach der Rezeption erhielt sich das deutsche Spielrecht (bestritten), die Wette

dagegen wurde klagbar. Nach dem Vorgange anderer Gesetzbücher ist das BGB. zum deutschen Recht zurückgekehrt; die viel erörterte Grenzfrage zwischen Spiel und Wette ist damit bedeutungslos geworden. Spiel ist auch das Differenzgeschäft (vgl. Handelsrecht). Spiel ist ebenso der Lotterievertrag, Spiel verbunden mit Kauf der Ausspielvertrag; beide aber werden durch staatliche Veranstaltung oder Genehmigung bindend und klagbar.

IX. Versicherungsverträge. Der Versicherungsvertrag, die entgeltliche Übernahme des Ersatzes eines aus einem nach Eintritt oder Wirkung ungewissen Ereignisse drohenden Schadens, hat sich geschichtlich aus der zwiefachen Wurzel der satzungsmäßigen Gefahrvergemeinschaftung in germanischen Gilden und der spekulativen Gefahrübernahme gegen eine Risikoprämie entwickelt und weist auch heute die beiden verschiedenen Grundtypen der Versicherung „auf Gegenseitigkeit" und „gegen Prämie" auf. Lange den Glücksverträgen zugezählt, hat er sich allmählich die Anerkennung seines selbständigen rechtlichen Wesens errungen und ist jetzt reichsgesetzlich geregelt. Als ein eigenes, vielverzweigtes Rechtsgebiet ist nunmehr das Versicherungsrecht auch in dieser Enzyklopädie besonderer Darstellung überwiesen.

X. Leibrentenvertrag ist der Vertrag, durch den sich jemand zur Zahlung einer wiederkehrenden Rente für die Lebenszeit des Empfängers oder eines anderen verpflichtet. Das Versprechen bedarf nach dem BGB. der Schriftform. Schon seit dem Mittelalter ist insbesondere der Leibrentenverkauf (Zusage einer Leibrente gegen Hingabe von Kapital) ausgebildet, der von Gesellschaften im großen nach Art der Versicherungsgeschäfte betrieben wird.

XI. Verlagsvertrag. Von dem seit Anerkennung des Urheberrechts entwickelten Verlagsvertrag, der in seiner regelmäßigen Form Vertrag über eine vom Verleger zu bewirkende Arbeitsleistung in Verbindung mit der erforderlichen Abtretung von Urheberrecht (Verlagsrecht) ist, aber mancherlei Abwandlungen erfahren kann, wird an anderer Stelle gehandelt.

XII. Gesellschaftsvertrag. Der Gesellschaftsvertrag ist im deutschen Rechte wegen seines personenrechtlichen Gehalts und der hierdurch erwirkten Gemeinschaft zur gesamten Hand eigentümlich gestaltet; im Handelsrecht ist er auch äußerlich aus dem Obligationenrecht ausgeschieden.

Literatur: Val de Lièvre, Launegild u. Wadia, 1877; Z. f. R.G. XVII 15 ff. Pappenheim, Launegild u. Garethinx (Unters. H. 14), 1883. Brunner, Die Landschenkungen der Merowinger u. der Agilolfinger, 1885, Forsch. S. 1 ff. — Rabel, Die Haftung des Verkäufers wegen Mangels im Recht, T. I, 1902. Fr. Conze, Kauf nach hanseatischen Quellen, 1889. Sachsenhauser, Die Lehre von der Nachwährschaft für verkaufte Haustiere nach deutsch. R., 1857. Diederhoff, Gerichtliche Tierarzneikunde, 3. Aufl. 1902. — v. Brünneck, Zur Geschichte der Miete und Pacht in den deutsch. u. german. Rechten des Mittelalters, Z. f. R.G. XIV 138 ff. Drechsler, Der landwirtschaftliche Pachtvertrag, 1871. Huck, Die Viehverstellung, Z. f. R.G. V 226 ff. — M. Neumann, Geschichte des Wuchers in Deutschland, 1865. Funk, Geschichte des kirchlichen Zinsverbots, 1876. — G. Hertz, Die Rechtsverhältnisse des freien Gesindes nach den Rechtsquellen des Mittelalters (Unters. H. 6), 1879. Hedemann, Die Fürsorge des Gutsherrn für sein Gesinde (in Festgabe f. Dahn), 1905. Lennhof, Das ländliche Gesindewesen in der Kurmark Brandenburg vom 16. bis 19. Jahrh. (Unters. H. 79), 1906. Könnecke, Rechtsgeschichte des Gesindes in West- und Süddeutschland, 1912. Rothenbücher, Geschichte des Werkvertrages nach deutsch. R. (Unters. H. 87), 1906. W. Endemann, Die Behandlung der Arbeit im Privatr., 1906. Lotmar, Der Arbeitsvertrag nach dem Privatr. des Deutsch. Reichs, 2 Bde., 1902 u. 1908. — Platner, Die Bürgschaft, 1857. Heusler, Bürge u. Selbstzahler, Zeitschr. f. schweiz. R. IX. — Wilda, Z. f. D. R. II 133 ff. (Spiel), VIII 200 ff. (Wette). Bruck, Über Spiel und Wette, 1868. Schuster, Das Spiel, seine Entwicklung u. Bedeutung im deutsch. R., 1878. Bender, Die Lotterie, 2. Aufl. 1841. F. Endemann, Beitr. zur Geschichte der Lotterie u. zum heutigen Lotterierecht, 1882. Grolmann, Entwicklung der rechtlichen Natur des Ausspielgeschäfts, 1817. Lange, Die Rechtstheorie des Ausspielgeschäfts, 1818. — L. Rückert, Der Leibrentenvertrag, 1857. — Hübner §§ 82—88. v. Schwerin S. 77 ff.

Kapitel III. Schuldverhältnisse aus unerlaubten Handlungen.

§ 95. Verantwortlichkeit für rechtswidriges Handeln überhaupt. Nach älterem deutschen Recht war, wer rechtswidrig handelte, für den dadurch verursachten Schaden verantwortlich. Dies galt auch im Falle einer rechtswidrigen Unterlassung (Sachsensp. II a. 38). Verschulden war nur zur Strafbarkeit erforderlich. Doch wurde in manchen Fällen auch die

Ersatzschuld durch den Nachweis eines unabwendbaren Zufalles ausgeschlossen. Wer in rechter Notwehr handelt, verletzt kein Recht und schuldet daher, falls er für gehörige Feststellung sorgt, keinen Ersatz (Sachsensp. II a. 14, 62, III a. 84 § 1). Nach der Rezeption erhielt sich gegenüber dem römischen Recht, das nur eine Haftung aus Verschulden, und zwar allgemein nur aus dolus, in den Fällen der lex Aquilia und bei anderen speziellen Delikten auch aus culpa kennt, vielfach eine weitergehende Haftung deutscher Herkunft. Die großen Gesetzbücher lassen zunächst allgemein aus jeder schuldhaften unerlaubten Handlung oder Unterlassung eine Schadensersatzpflicht entspringen; so auch das BGB. im Falle der Rechtsverletzung, während es bei bloßer Verletzung einer gesetzlichen Schutzvorschrift eine Haftung aus Fahrlässigkeit nur insoweit, als auch diese mit Strafe bedroht ist, und bei bloßer Verletzung des Sittengesetzes eine Haftung nur aus vorsätzlicher Schadenszufügung eintreten läßt. Darüber hinaus aber kennt das geltende Recht mancherlei Fälle einer Haftung aus unverschuldeter Schadensverursachung. In Übereinstimmung mit dem älteren deutschen Recht (Sachsensp. II, 65 § 1, III, 3) muß, wer im Zustande der Unverantwortlichkeit rechtswidrig gehandelt hat, den verursachten Schaden ersetzen, heute jedoch nur insoweit, als dies der Billigkeit entspricht und ihm dadurch nicht die Mittel zu standesmäßigem Unterhalt entzogen werden. Ferner tritt eine Schadensersatzpflicht ohne Verschulden aus objektiv unberechtigter Selbsthilfe ein. Hierher gehört auch die Ersatzpflicht aus unverschuldeter Täuschung des berechtigten Vertrauens im rechtsgeschäftlichen Verkehr (bei irrtümlicher oder nicht ernstlicher Willenserklärung und bei vollmachtlosem Handeln in fremdem Namen). Sodann haftet der Unternehmer einer Eisenbahn oder eines gleichgestellten Betriebes reichsrechtlich für Tötungen und Körperverletzungen und landesrechtlich auch für Sachbeschädigungen im Betriebe, bis er höhere Gewalt oder eigenes Verschulden des Geschädigten als Schadensursache nachweist. Endlich erfolgt in vielen Fällen mindestens eine Umkehrung der Beweislast, so daß der Schädigende den Mangel eines Verschuldens beweisen muß.

§ 96. Verantwortlichkeit für Andere und für Sachen.

I. Für Andere. Nach älterem deutschem Recht mußte der Hausherr für rechtswidrige Handlungen von Hausangehörigen (Familiengliedern, Gästen, Gesinde, Unfreien) einstehen; zum Teil konnte er sich von der Haftung für Unfreie durch Hingabe und später von der Haftung für freies Gesinde durch sofortige Entlassung befreien. Gegenüber dem gemeinen Recht, das eigenes Verschulden des Hausherrn fordert, wurde eine weitergehende Haftung partikularrechtlich (besonders im Gesinderecht) festgehalten. Das französische Recht (Code civ. a. 1384) macht die Eltern für minderjährige, bei ihnen wohnende Kinder, den Dienstherrn für das Gesinde, den Lehrer für den Zögling, den Meister für den Lehrling bis zum Nachweise, daß sie die schädigende Handlung nicht verhindern konnten, verantwortlich. Dagegen kennt das BGB. nur eine Haftung aus Verabsäumung der Aufsichtspflicht, legt aber dem Aufsichtspflichtigen den Beweis auf, daß er seiner Aufsichtspflicht genügt hat oder der Schaden auch bei gehöriger Aufsicht entstanden wäre (§ 832).

Das deutsche Recht kannte auch eine Haftung des Geschäftsherrn für den von seinen Gehilfen in Ausführung ihrer geschäftlichen Verrichtungen einem Dritten zugefügten Schaden. Das heutige Recht erkennt grundsätzlich nur eine Haftung für das Verschulden von Gehilfen bei Erfüllung von Verbindlichkeiten an (§ 278), während es für den Ersatz des Schadens aus einer vom Gehilfen bei Ausführung seiner Verrichtungen begangenen unerlaubten Handlung als solcher den Geschäftsherrn nur bis zum Nachweise eigener Schuldlosigkeit verantwortlich macht (§ 831). Dagegen trifft eine Haftung für fremdes Verschulden nach dem Reichshaftpflichtgesetz, soweit nicht die reichsgesetzliche Unfallversicherung an die Stelle getreten ist, den Unternehmer einer Fabrik, eines Bergwerks oder eines gleichgestellten Betriebes (aus der von einem Beamten oder Angestellten schuldhaft verursachten Tötung oder Körperverletzung). Unbedingt, aber nur mit dem Schiffsvermögen, haftet der Reeder für das Verschulden einer Person der Schiffsbesatzung (insbesondere auch bei Schiffszusammenstößen).

Ein weiterer Fall der Haftung für fremdes Verschulden ist die landesgesetzliche Haftung der Gemeinden für die bei einem Aufruhr angerichteten Schäden (vgl. z. B. preuß. Ges. v. 11. März 1850).

II. Für Sachen. Auf gemeinarischer Grundlage beruht die ursprünglich als Haftung für fremdes Verschulden aufgefaßte Haftung des Herrn eines Tieres für den durch dieses verursachten Schaden. Sie findet sich auch im älteren deutschen Recht, tritt aber nur bei wilden Tieren oder bei Verschulden des Tierherrn unbedingt ein, während sie bei Haustieren oft auf einen Teil des Schadens beschränkt ist, meist auch durch noxae datio abgewandt werden kann, dies aber regelmäßig nur, wenn der Tierherr nach erlangter Kunde das Tier nicht mehr gehaust oder gefüttert hat. Nach der Rezeption galt das römische Recht als gemeines Recht. Das deutsche Recht erhielt sich aber im gemeinen Sachsenrecht und wirkte auf die Partikularrechte ein. Die neueren Gesetzbücher stellten zum Teil alles auf eigenes Verschulden des Tierherrn und schafften die noxae datio ab (Preuß. LR. I 6 §§ 70—73; Österr. GB. § 1320; Schweiz. OR. a. 65 mit Umkehrung der Beweislast). Andere behielten die Haftung ohne eigenes Verschulden bei, ließen aber dann die noxae datio zu (Cod. civ. a. 1385; Sächs. GB. a. 1565; das Bad. LR. a. 1385[a] gibt stets die noxae datio). Das BGB. war strenger als irgendein bisheriges Recht, indem es den Halter eines Tieres schlechthin für jede Tötung, Körperverletzung oder Sachbeschädigung durch das Tier (daneben den Aufsichtspflichtigen bis zur Führung des Entschuldigungsbeweises) haftbar machte (§§ 833—834). Dieses gesunde Rechtsprinzip ist aber durch das erste Abänderungsgesetz zum BGB. (v. 30. Mai 1908) für die Hauptfälle wieder beseitigt; der Tierhalter kann sich durch den Nachweis eigener Schuldlosigkeit befreien, wenn es sich um ein Haustier handelt, das seinem Beruf, seiner Erwerbstätigkeit oder seinem Unterhalt zu dienen bestimmt ist.

Auch eine Haftung für leblose Sachen (z. B. fallende Bäume) ist dem deutschen Recht nicht fremd und trifft heute in gewissem Umfange den Besitzer eines mangelhaft eingerichteten oder instandgehaltenen Gebäudes (BGB. §§ 836—838).

§ 97. Schadensersatz und Buße. Nach dem altgermanischen Kompositionensystem entsprang aus der Rechtsverletzung ein Anspruch des Verletzten auf eine feste Buße (bei der Tötung für die Sippe auf das Wergeld), wobei die Gedanken der Ersatzleistung und der Privatstrafe zusammenflossen. Mehr und mehr aber wurde der Anspruch auf Schadensersatz von den Bußen unabhängig und neben ihnen anerkannt. Schon vor der Rezeption verfiel das Bußensystem. Doch erhielt sich auch nach der Rezeption im Sachsenrecht das Wergeld und eine feste Buße (Sachsenbuße) für widerrechtliche Gefangenhaltung. Auch entwickelte sich an Stelle der Buße bei Körperverletzungen der im gemeinen Recht festgehaltene Anspruch auf Schmerzensgeld (unvererblich, da der Schmerz mit dem Verletzten stirbt). Die römischen Privatstrafen wurden nur teilweise aufgenommen und meist wieder abgestoßen; ihre letzten Reste beseitigte das Reichsstrafgesetzbuch.

Nach heutigem Recht entspringt regelmäßig aus der unerlaubten Handlung nur ein Anspruch des Verletzten auf Ersatz des Vermögensschadens. Der Anspruch geht unabhängig vom Grade des Verschuldens stets auf Ersatz des vollen Schadens, kann aber durch eigene Mitschuld nicht nur ausgeschlossen, sondern auch im Umfange herabgemindert werden. Im Falle der Tötung ist für den Verlust von Unterhaltsansprüchen oder Ansprüchen auf Dienstleistung in Haus oder Geschäft, im Falle der Körperverletzung für Verlust oder Minderung der Erwerbsfähigkeit Ersatz durch eine Geldrente zu leisten.

Bei gewissen unerlaubten Handlungen (Körperverletzung, Freiheitsberaubung, Verführung einer Frauensperson mit Hinterlist, Drohung oder Mißbrauch eines Abhängigkeitsverhältnisses, Vergehen wider die Geschlechtsehre) kann auch eine billige Entschädigung für immateriellen Schaden (in dieser Form daher auch Schmerzensgeld und Sachsenbuße) zuerkannt werden; hier mischt sich der Gedanke der Genugtuung ein.

Endlich kann bei der strafbaren Verletzung mancher Persönlichkeitsrechte (Körperverletzung, Kreditverleumdung, Urheberrechts-, Erfinderrechts- und Zeichenrechtsverletzung, unlauterem Wettbewerb) neben öffentlicher Strafe vom Strafrichter dem Schuldigen eine an den Verletzten zu zahlende Buße bis zu einem gesetzlichen Höchstbetrage auferlegt werden. Diese moderne Buße, die an Stelle der Entschädigung tritt, aber Schadensnachweis nicht voraussetzt, verbindet Elemente des Schadensersatzes und der Privatstrafe.

Literatur: Brunner, Über absichtslose Missetat im deutsch. Strafr., 1890, Forsch. S. 487 ff. A. B. Schmidt, Die Grundsätze über den Schadensersatz in den Volksrechten (Unters. H. 18), 1885. O. Hammer, Die Lehre vom Schadensersatz nach dem Sachsensp. u. den verwandten Rechten (Unters. H. 19), 1885. — Wäntig, Über die Haftung für fremde unerlaubte Handlungen, 1875. J. Unger, Handeln auf eigne Gefahr, 2. Aufl. 1893. — H. Hoffmann, Die Haftung für außerkontraktliche Beschädigung durch Tiere nach Hamb. R. (Unters. H. 51), 1896. H. Isay, Die Verantwortlichkeit des Eigentümers für seine Tiere, Jahrb. f. Dogm. XXXIX 209 ff. — E. Steinbach, Die Grundsätze des heutigen Rechts über den Ersatz von Vermögensschäden, 1888. E. G. v. Wächter, Die Buße bei Beleidigungen u. Körperverletzungen, 1874. A. Graf zu Dohna, Die Stellung der Buße im reichsrechtlichen System des Immaterialgüterschutzes, 1902. — Müller-Erzbach, Gefährdungshaftung u. Gefahrtragung, 1912.

Fünftes Buch. Familienrecht.

Kapitel I. Das Familienrecht überhaupt.

§ 98. Die Organisation der Familie. Die germanische Familie kam in den sich kreuzenden Organisationen des Hauses und der Sippe zur Erscheinung.

Das Haus war ein herrschaftlicher Verband, der den Hausherrn und die seiner Munt unterworfenen Hausangehörigen umfaßte (oben § 35). In der häuslichen Gemeinschaft wurzelten die Rechtsverhältnisse zwischen Ehegatten, zwischen Eltern und Kindern und zwischen Vormund und Mündel, die gegenüber den sonstigen der Hausherrschaft entsprungenen Rechtsverhältnissen sich als Familienrechtsverhältnisse ausgestalteten. Darum war vor allem die Munt über die Ehefrau, die Kinder und den Mündel das bildnerische Prinzip des deutschen Familienrechts. Daneben aber griff das Prinzip der gesamten Hand rechtsbildend ein (oben § 34). Der häusliche Verband ist noch heute eine personenrechtliche Gemeinschaft mit einzelnen familienrechtlichen Wirkungen; die meisten aus ihm hervorgegangenen Verhältnisse aber sind ihm gegenüber verselbständigt.

Die Sippe (Geschlecht, Magschaft) war die Genossenschaft der durch gemeinsame eheliche Abstammung verbundenen Blutsfreunde. Sie war ursprünglich eine geschlossene Friedens- und Rechtsgenossenschaft mit einer Fülle öffentlichrechtlicher und privatrechtlicher Funktionen. Im Laufe der Zeit aber gab sie ihre wichtigsten Funktionen an andere Verbände ab und büßte ihre Geschlossenheit ein. Nur im hochadligen Hause konstituierte sie sich in neuer Form als Einheit; partikularrechtlich (besonders in Preußen) empfing sie auch in Gestalt der zu einem Familienschluß in Ansehung von Lehen, Stammgütern und Familienstiftungen befähigten Familie wieder eine gesetzliche Organisation. Im übrigen blieb nur die zwischen Einzelpersonen bestehende Verwandtschaft als ein Rechtsverhältnis mit einzelnen familienrechtlichen und erbrechtlichen Wirkungen zurück. Zu den familienrechtlichen Wirkungen gehört die gegenseitige Unterhaltspflicht, die aber das BGB. nur noch zwischen Verwandten gerader Linie anerkennt. Träger des Sipperechts waren ursprünglich nur die „Schwertmagen" („Agnaten" im Sinne des deutschen Rechts), d. h. die durch Männer verwandten Männer (der „Mannsstamm"). Schon nach den Volksrechten aber haben auch die „Spillmagen" (Kunkelmagen, Kognaten), d. h. die Weiber und die durch Weiber verwandten Männer, am Sipperecht teil. Doch erhielten sich bis heute im hohen Adel und bei den gebundenen Gütern Vorzugsrechte der Schwertmagen. Zum Teil war auch der Unterschied von „Vatermagen" und „Muttermagen" bedeutungsvoll. Bei der Berechnung der Verwandtschaft ging das deutsche Recht von der Schichtung der Sippe in Parentelen (Stämme, Ordnungen) aus; eine Parentel wird durch ein Stammelternpaar und dessen Nachkommen gebildet, so daß also in bezug auf jeden die erste Parentel aus seinen Nachkommen, die zweite aus seinen Eltern und deren Nachkommen, die dritte aus seinen Großeltern und deren Nachkommen usw. besteht; in jeder Parentel bestimmt sich die Nähe der Verwandtschaft zwischen zwei Personen nach der Entfernung vom Stammhaupte, so daß gleich Nahe einander gleichstehen („Vetterschaft"), bei ungleicher Ent-

fernung auf beiden Seiten aber eine Verwandtschaft nach ungleichen Graden (bei der es im Erbrecht auf die Stellung des Erben, bei Ehehindernissen auf die längere Reihe ankommt) vorliegt. Diese Berechnungsart ging in das kanonische Recht über, wurde aber im allgemeinen durch die römische Gradzählung nach der Zahl der vermittelnden Zeugungen verdrängt und ist nur für das Erbrecht bedeutungsvoll geblieben. Mit der Schichtung nach Parentelen kreuzt sich die Scheidung eines engeren (meist Nachkommen, Eltern und Geschwister, mitunter auch Elterngeschwister umfassenden) und eines weiteren Verwandtenkreises („Busen" und „Magen"). Die Sippe endete in einem bestimmten (meist siebenten) Gliede. — Neben der Verwandtschaft gewann früh auch die Schwägerschaft rechtliche Bedeutung.

Literatur: Kraut, Die Vormundschaft nach den Grundsätzen des deutschen Rechts, 1835/59. Rosin, Der Begriff der Schwertmagen, 1877. U. Stutz, Das Verwandtschaftsbild des Sachsenspiegels (Unters. H. 34), 1890. Die unten zu § 119 angeführten Schriften. Hübner § 90. v. Schwerin S. 80 ff.

§ 99. Rechtsverhältnisse des Familienrechts. Als Rechtsverhältnisse familienrechtlicher Art gelten heute die Ehe nebst dem sie vorbereitenden Verlöbnis, die Verwandtschaft nebst der Schwägerschaft und die Vormundschaft. Ihr gemeinsames rechtliches Wesen beruht darin, daß sie eine personenrechtliche Verbundenheit setzen und mit Rechtswirkungen ausstatten. Sie sind daher in ihrem Kern personenrechtliche Verhältnisse, die gegenseitige Rechte an der Person mit entsprechenden Pflichten begründen. Doch erzeugen sie zugleich vermögensrechtliche Beziehungen (Familiengüterrecht), die sich aus sachenrechtlichen und schuldrechtlichen Bestandteilen zusammensetzen, aber als Ausflüsse eines umfassenden und im Kern personenrechtlichen Gesamtverhältnisses eigenartig gefärbt und von den Vermögensbeziehungen des Verkehrsrechts unterschieden bleiben. Die Familienrechtsverhältnisse sind privatrechtlicher, aber nicht individualrechtlicher, sondern sozialrechtlicher Natur. Denn sie knüpfen an die im Gattungsleben der Menschen gegebenen organischen Gemeinschaften an, die den einzelnen dauernden Lebenszusammenhängen einordnen. Daraus erklärt sich eine Fülle von Besonderheiten der Familienrechte, wie ihre Durchmischung mit Pflichten, ihre Unverzichtbarkeit, ihre Unübertragbarkeit, ihre Einschränkung durch Verbot des Mißbrauchs und ihre Verwirkbarkeit; Besonderheiten, die großenteils sich auch auf die vermögensrechtlichen Ausflüsse erstrecken. Darauf beruhen ferner die Besonderheiten des Rechtsschutzes der Familienrechte, wie die eigenartigen Formen des Zivilprozesses in Ehesachen und Streitigkeiten über eheliche Kindschaft und elterliche Gewalt, die vielfach unter Ausschluß des Rechtsweges stattfindende verwaltungsgerichtliche Entscheidung durch das Vormundschaftsgericht und die völlige Versagung des Rechtszwanges für manche Verhältnisse. Daraus entspringt endlich eine starke Einwirkung des öffentlichen Rechts, die sich vor allem in der staatlichen Obervormundschaft äußert. Hervorgegangen aus der als „Munt" aufgefaßten Schutzgewalt des germanischen Königs, ist die Obervormundschaft heute eine vom Vormundschaftsgericht ausgeübte staatliche Schutzgewalt, die nicht bloß über der Vormundschaft steht, sondern auch in das Eltern- und Kinderrecht und in das Eherecht eingreift und somit das gesamte Familienrecht durchdringt.

Kapitel II. Das Eherecht.

§ 100. Eingehung und Endigung der Ehe. Seitdem die Kirche das persönliche Eherecht auf Grund der Lehre von der Sakramentsnatur der Ehe in Besitz genommen hatte, wurden für Eingehung und Endigung der Ehe statt der einstigen volksrechtlichen Sätze die Vorschriften des kanonischen Rechts maßgebend. Auch nach der Rezeption behauptete das kirchliche Recht die Herrschaft; neben das katholische Eherecht trat aber nunmehr ein besonderes protestantisches Eherecht (für Juden das mosaische Recht). Erst die neueren Gesetzbücher (zuerst das Preuß. ALR.) schufen ein vom Religionsbekenntnis unabhängiges bürgerliches Eherecht, das aber stofflich an das kanonische Recht oder das aus ihm entwickelte neuere katholische oder protestantische Recht anknüpft. Auch die Vorschriften des BGB. über die Erfordernisse der Eheschließung und die Ehehindernisse, über Nichtigkeit und Anfechtbarkeit der Ehe und über die neben der Auflösung durch den Tod mögliche Auflösung der Ehe durch Ehescheidung beruhen auf den vom kirchlichen Recht geschaffenen Grundlagen. In vielen Punkten indes hat

dabei neben dem römischen Recht das germanische Recht gestaltend eingewirkt. Insbesondere gilt dies von der volksrechtlichen Ehebegründung durch Kauf der Munt, worauf hier noch hinzuweisen ist.

Schon in den ältesten Rechtsquellen zerfällt der nach dem Verschwinden der ehebegründenden Kraft des Frauenraubes für die Eingehung einer echten Ehe allein zulässig gebliebene Muntkauf, der einst durch einheitlichen beiderseitigen Realakt vollzogen sein mag, in zwei zeitlich und rechtlich getrennte Handlungen. Die Ehe wird daher notwendig durch eine Verlobung eingeleitet. Die Verlobung ist der Kaufvertrag über die Munt, der unter Mitwirkung der beteiligten Sippen zwischen dem Bräutigam und dem Muntwalt der Braut (anfänglich ohne ihre Zustimmung, mehr und mehr nur unter ihrer Zustimmung), seit Ende der fränkischen Zeit mit der Braut selbst unter Zustimmung ihres Muntwalts geschlossen wird. Dabei wird der gesetzlich feststehende Muntpreis (Mundr, Muntschatz, meta, Wittum, dos) unter Anwendung der Wettform oder der Gelöbnisform, insbesondere aber unter Zahlung eines Angeldes, das bei den Franken einen solidus und einen denarius betrug, meist jedoch in einem Ringe bestand, versprochen; seit die Braut sich selbst verlobt, erhält sie den Ring („ist der Finger beringt, so ist die Jungfer bedingt") und gibt bald auch ihrerseits dem Bräutigam einen Ring. Die Verlobung begründet bereits eine personenrechtliche Verbundenheit mit Treupflicht und Unverbrüchlichkeit für Dritte und ist wesentliche Grundlage der Ehe. Der alte Begriff der Verlobung wirkte auf das kanonische Recht (namentlich in der Lehre von den sponsalia de futuro und de praesenti und der Umwandlung der ersteren in letztere durch Beischlaf) und auf das protestantische Eherecht (bei der Behandlung der Brautkinder als ehelicher Kinder und der Zwangstrauung) ein, wurde aber im neueren Recht unter dem Einfluß des römischen Rechts mehr und mehr umgebildet. Heute ist das Verlöbnis unwesentlich, formfrei und begründet keine Klage auf Eingehung der Ehe, sondern nur bei unberechtigtem Verlöbnisbruch gewisse Ersatzansprüche. Immer aber ist es noch ein familienrechtlicher Vertrag, der eine personenrechtliche Verbundenheit erzeugt.

Vollzogen wurde die Eheschließung durch die Trauung. Sie ist Übergabe der Braut an den Mann, später Selbstübergabe durch den von ihr ermächtigten Muntwalt oder gewählten Vertreter. Dabei empfängt ursprünglich der Muntwalt den Muntschatz, nach den meisten Volksrechten aber nur einen Teil oder überhaupt nichts; der Muntschatz wird nun der Frau selbst als Wittum zugewandt (unten § 108). Mit der Trauung ist die ehemännliche Munt begründet, während die eheliche Genossenschaft erst mit der feierlichen Beschreitung des Ehebetts (unter Fackelgeleit) eintritt (Sachsensp. III a. 45 § 3). Nach kanonischem Recht kommt die Ehe durch bloße Konsenserklärung zustande; die Kirche forderte aber kirchliche Einsegnung, der oft die Trauung durch den von der Braut darum ersuchten Geistlichen voranging. Das Tridentiner Konzil band die Konsenserklärung an eine Form (coram competente parocho et duobus testibus). Dagegen bildete das protestantische Kirchenrecht die kirchliche Trauung als Eheschließungsform aus, woran sich das Preuß. LR. und andere Gesetze anschlossen. In neuerer Zeit wurde die bürgerliche Eheschließung vor dem Standesbeamten zur alleinigen Eheschließungsform erhoben; im Personenstandsgesetz der Trauung nachgebildet (mit ehebegründendem Ausspruch des Standesbeamten), ist sie im BGB. (durch Verlegung der ehebegründenden Kraft in die Erklärung der Verlobten) der Tridentiner Form angenähert.

Literatur: Friedberg, Das Recht der Eheschließung, 1865. Sohm, Das Recht der Eheschließung, 1875. Friedberg, Verlobung und Trauung, 1876. Sohm, Trauung und Verlobung 1876. Habicht, Die altdeutsche Verlobung, 1879. Dargun, Mutterrecht und Raubehe (Unters. H. 16), 1883. Hübner § 91. Gierke, Schuld und Haftung S. 359 ff. U. Stutz, Die Rechtsnatur des Verlöbnisses, 1900.

§ 101. Personenrechtliche Ehewirkungen. Die Ehe begründet nach deutschem Recht eine auf das natürliche und sittliche Verhältnis der Geschlechter gegründete volle Lebensgemeinschaft („Mann und Weib sind ein Leib"). Die eheliche Gemeinschaft verbindet, während sie im übrigen die Sonderpersönlichkeit unberührt läßt, für ihren Bereich die Ehegatten dauernd zum Ehepaar. Mann und Frau sind einander „Genossen"; sie bilden nach außen eine Personeneinheit, die sich in Einheit des Namens, Standes, Wohnsitzes usw. ausdrückt, und haben nach innen einen gegenseitigen Anspruch auf Zusammenleben und Treue. Die Gemeinschaft

wird voll nur von beiden zusammen dargestellt. In gewissem Umfange aber ist jeder Gatte für sich zum Träger der Gemeinschaft berufen. Und hierbei ist ihre Stellung ungleich.

Der Mann ist Gemeinschaftshaupt. Im deutschen Recht fand seine Herrscherstellung ihren Ausdruck in der ehemännlichen Munt, die sich als ehemännliche Vogtei, Vormundschaft oder Gewalt vielfach (insbesondere auch im preuß. und französ. Recht) erhielt, jedoch gemeines Recht nicht wurde und durch das BGB. beseitigt ist. Kraft der Munt war nach außen der Mann zur gerichtlichen und außergerichtlichen Vertretung der Frau befugt und verpflichtet, die Frau in ihrer selbständigen Handlungsfähigkeit beschränkt. Nach dem BGB. entbehrt der Mann jeder gesetzlichen Vertretungsmacht und tritt für die Frau keinerlei Beschränkung der Geschäftsfähigeit ein; doch hat der Mann bei Verträgen, durch die sich die Frau zu persönlichen Leistungen verpflichtet, ein (bei Mißbrauch wegfallendes) unbefristetes Kündigungsrecht. Auch nimmt die Frau Namen, Stand, Staatsangehörigkeit und Wohnsitz des Mannes an. Nach innen hat der Mann das entscheidende Wort; er bestimmt Wohnsitz, Wohnung, Einrichtung des Haushaltes usw. (jedoch nur, insoweit er das Recht nicht mißbraucht). Dafür hat er in erster Linie die ehelichen Lasten zu tragen und die Frau standesgemäß zu unterhalten.

Die Frau ist Mitträgerin der Gemeinschaft in der Stellung der Hausfrau. Nach außen vertritt sie innerhalb ihres häuslichen Wirkungskreises das Ehepaar und bindet und verpflichtet vermöge ihrer „Schlüsselgewalt" den Mann durch die in diesen Bereich fallenden Geschäfte. Nach innen hat sie Recht und Pflicht der Leitung des gemeinsamen Hauswesens, je nach den Lebensverhältnissen auch die Pflicht der Mitarbeit. Im Notfalle muß sie auch dem Manne nach Maßgabe ihres Vermögens und ihrer Erwerbsfähigkeit Unterhalt gewähren.

§ 102. Das eheliche Güterrecht. Das deutsche Recht ging stets von dem Gedanken aus, daß die personenrechtliche Verbindung der Ehegatten auch auf ihr Vermögen vereinigend wirke. Ursprünglich scheint das System der Eigentumseinheit in der Hand des Mannes gegolten zu haben, so daß alles Ehevermögen dem Manne gehörte, sein Eigentum aber familienrechtlich gebunden war. Seitdem aber die Frauen im Erbrecht besser gestellt wurden und mehr Vermögen einbrachten, entwickelten sich zwei andere Systeme. Das eine war die in den meisten Volksrechten anerkannte und besonders in Süddeutschland und Ostsachsen festgehaltene bloße Verwaltungsgemeinschaft, bei der das Frauengut Eigentum der Frau bleibt, aber mit dem Gute des Mannes zu einer einheitlich verwalteten und benutzten Masse vereinigt wird. Das andere war die namentlich im fränkischen und westfälischen Recht entwickelte Gütergemeinschaft, bei der das Vermögen beider Gatten zu einem gemeinschaftlichen Gesamtgut verschmilzt. Vielfach aber kam es nur zu teilweiser Gütergemeinschaft. Neue Bildungen (mit Rücksicht auf die wachsende Bedeutung der Fahrnis) brachten die Stadtrechte; im ganzen neigten sie zur Gütergemeinschaft. Schon gegen Ende des Mittelalters trat eine außerordentliche Zersplitterung ein, die sich nach der Rezeption steigerte. Neben die deutschen Systeme trat nun das römische Dotalsystem der grundsätzlichen Gütertrennung mit bloßem Beitrag zu den Ehelasten, das als gemeines Recht ausgegeben wurde, aber nur selten durchdrang. Die deutschen Systeme selbst wurden umgebildet und oft willkürlich verändert; in den Gesetzbüchern traten neue Formen hinzu. Das BGB. hat diesem bunten Rechtszustande ein Ende bereitet. Es hat ein einheitliches gesetzliches Güterrecht für ganz Deutschland geschaffen (Verwaltungsgemeinschaft, in Ausnahmefällen Gütertrennung), zugleich aber mehrere vertragsmäßige Güterstände (drei Arten der Gütergemeinschaft und die Gütertrennung) eingehend geordnet. Für die älteren Ehen gilt an sich das bisherige Recht fort; durch Landesgesetz ist aber in den meisten Staaten ihr Güterrecht in den nächstverwandten Güterstand des BGB., wennschon mit mancherlei Vorbehalten, übergeleitet worden.

Das eheliche Güterrecht der einzelnen Ehe bestimmt sich nach dem gesetzlichen Güterstande, den das Personalstatut des Mannes im Augenblicke der Eheschließung ergibt. In manchen Landschaften war bisher der gesetzliche Güterstand für die verschiedenen Stände ungleich. Durch Veränderung des Personalstatuts (mit Verlegung des Wohnsitzes oder Wechsel der Staatsangehörigkeit) wandelt sich nach der in dieser berühmten Streitfrage durchgedrungenen Ansicht das Güterrecht nicht. Dagegen tritt nach manchen Rechten mit

der Geburt eines Kindes oder mit Ablauf von Jahr und Tag ein Wandel des Güterrechts im Sinne engerer Gemeinschaft ein; oder es gilt (wie nach lüb. Recht) ein ungleiches Güterrecht für unbeerbte und beerbte Ehen. Immer kann aus bestimmten Gründen eine bestehende Gemeinschaft (die Verwaltungsgemeinschaft nur auf Antrag der Frau, die Gütergemeinschaft auch auf Antrag des Mannes) gerichtlich aufgehoben werden; dann tritt Gütertrennung an die Stelle. Mit Auflösung der Ehe endet das eheliche Güterrecht, wirkt aber in mancherlei Gemeinschaftsverhältnissen nach und bildet, jetzt oder später, die Grundlage der Auseinandersetzung. Doch hat im Falle der Ehescheidung bei der Gütergemeinschaft der nichtschuldige Teil meist die Wahl, Auseinandersetzung auf Grund der Gemeinschaft oder auf Grund der ursprünglichen Vermögenslage zu fordern (vgl. BGB. § 1478).

An Stelle des gesetzlichen Güterstandes kann nach deutschem Recht ein vertragsmäßiger Güterstand vereinbart werden. Schon seit dem Mittelalter gültig und üblich, in manchen Partikularrechten nur beschränkt zugelassen oder (wie im französ. und bad. Recht) während der Ehe ganz ausgeschlossen, können nach dem BGB. wie nach dem bisherigen gemeinen Recht Eheverträge vor wie während der Ehe das eheliche Vermögensrecht beliebig regeln. Das BGB. stellt (nach dem Vorbilde des französ. Rechts) den Ehegatten bestimmte vertragsmäßige Güterstände zu Gebote, zu deren Aneignung ein einziges Wort genügt; dagegen schließt es die Regelung durch bloße Bezugnahme auf ehemaliges oder fremdes Recht aus. Der Ehevertrag bedarf gerichtlicher oder notarieller Form. Zur Wirksamkeit gegen gutgläubige Dritte ist überdies Kundmachung durch Eintragung in das Güterrechtsregister erforderlich.

Literatur: R. Schroeder, Geschichte des ehelichen Güterrechts in Deutschland, 2 Bde., 1863/73. E. Huber, Die historische Grundlage des ehelichen Güterrechts der Berner Handfeste, 1884. A. Teichmann, Über Wandelbarkeit oder Unwandelbarkeit des gesetzlichen ehelichen Güterrechts, 1879. Hübner §§ 94—96. v. Schwerin S. 86 ff.

§ 103. Die Verwaltungsgemeinschaft. Die Verwaltungsgemeinschaft erscheint im Mittelalter namentlich im sächsisch-thüringischen Landrecht und darum im Sachsenspiegel, sowie im schwäbischen und bayrischen Recht voll ausgebildet. Mann und Frau haben bei ihren Lebzeiten „kein gezweiet Gut", weil ihr Vermögen durch die Ehe in eine einheitlich verwaltete und benutzte Masse vereinigt wird; der Mann erlangt am Frauengut die „Gewere zu rechter Vormundschaft"; das Eigentum bleibt gesondert, weshalb mit Auflösung der Ehe sich das Gut wieder „zweiet" und die Frau ihr Eingebrachtes, aber nur den Stamm desselben, zurückempfängt („Frauengut wächst und schwindet nicht"). Dieses System erhielt sich auch nach der Rezeption mehr oder minder rein in vielen Landschaften (im östlichen Mitteldeutschland, dem größten Teil Süddeutschlands und der Schweiz, für unbeerbte Ehen im lüb. Recht). Die sächsische Jurisprudenz vollzog seine Umbildung zu dem System des ehemännlichen Nießbrauchs (usus-fructus maritalis), wobei das Recht des Mannes am Frauengut von der ehemännlichen Gewalt losgerissen und als besonderes dingliches Recht verselbständigt, dieser Nießbrauch aber mit der Pflicht des standesgemäßen Unterhalts von Frau und Kindern belastet wurde; in dieser Gestalt wurde die Verwaltungsgemeinschaft vom Preuß. ALR. als subsidärer gesetzlicher Güterstand geregelt (allgemein in der Provinz Sachsen und seit 1845 in Schlesien, für die ehemals eximierten Stände in Pommern in Kraft) und im Königreich Sachsen und in Oldenburg (1873) durchgeführt. Das BGB. hat die Verwaltungsgemeinschaft zum regelmäßigen gesetzlichen Güterstande erhoben und hierbei wieder an den Grundgedanken des älteren Rechts angeknüpft. Es schreibt dem Manne „Verwaltung und Nutznießung" am Vermögen der Frau zu. Sein Recht ist kein Nießbrauch, sondern ein aus seiner personenrechtlichen Stellung als Gemeinschaftshaupt fließendes dingliches Recht, das kraft der Eheschließung von selbst eintritt, das Vermögen im ganzen in seinem jeweiligen Bestande ergreift und auch an Grundstücken ohne Eintragung besteht, das aber durch die ehemännliche Pflicht der Sorge für Erhaltung des Hausvermögens und für den standesgemäßen Unterhalt von Frau und Kindern beschränkt und gebunden ist.

Von der Verwaltungsgemeinschaft ausgenommen ist das Vorbehaltsgut der Frau, zu dem nach dem BGB. nicht nur, wie nach bisherigem Recht, die zum persönlichen Gebrauch der Frau bestimmten Sachen und das durch Ehevertrag oder Bestimmung eines dritten Zuwenders der ehemännlichen Verwaltung entzogene Vermögen, sondern auch aller

Erwerb der Frau aus Arbeit oder Betrieb eines selbständigen Erwerbsgeschäfts gehört. Daran hat die Frau selbständiges Verfügungs-, Verwaltungs- und Nutzungsrecht; sie schuldet nur subsidär daraus einen Beitrag zu den Ehelasten.

An dem sonstigen Vermögen der Frau, das im BGB. Eingebrachtes heißt, hat der Mann Besitz, Verwaltung und Nutzung ohne Rechenschaftspflicht, aber mit der Pflicht ordnungsmäßiger Verwaltung und Verwendung für die Zwecke der Ehe; er hat den ehelichen Aufwand zu tragen und zunächst hierfür die Einkünfte zu verwenden, erwirbt aber das Eigentum an den Früchten und lukriert die Errungenschaft. Zur Verfügung über die Substanz bedarf er der Zustimmung der Frau; doch kann er nach älterem Recht und noch nach Preuß. LR. über einzelne bewegliche Sachen, nach BGB. wenigstens über Geld und verbrauchbare Sachen frei verfügen. Die Frau ist, soweit sie nicht kraft ihrer Schlüsselgewalt den Mann vertritt, in der Verfügung über ihr Eingebrachtes beschränkt; sie bedarf zur Verfügung, von Ausnahmefällen abgesehen, der Einwilligung des Mannes. Ihre Fähigkeit, sich zu verpflichten, bleibt unbeschränkt; sie bindet aber dadurch den Mann nicht in Ansehung ihres Eingebrachten.

Die Schulden bleiben getrennt. Für Schulden der Frau haftet nur ihr Gut, dieses aber auch in der Hand des Mannes, sofern nicht die Schuld lediglich ihr Vorbehaltsgut angeht oder von ihr während der Ehe rechtsgeschäftlich ohne Zustimmung des Mannes eingegangen ist. Für Schulden des Mannes haftet nur sein Gut einschließlich der Früchte des Eingebrachten, soweit sie nicht zum Familienunterhalt erforderlich sind. In einigen Rechten aber entwickelte sich eine Schuldenhaftung des Frauenguts („Die dem Manne traut, traut auch seinen Schulden"); die Frau konnte sich hier nur durch Überlassung des Gutes an die Gläubiger von den Schulden des Mannes befreien. Im Verhältnis der Gatten zueinander ergeben sich Ersatzansprüche, wenn die Schuld des einen aus dem Gut des andern bezahlt ist; solche Ausgleichungsansprüche können auch zwischen Eingebrachtem und Vorbehaltsgut entstehen.

Beendigt wird die Verwaltungsgemeinschaft während der Ehe durch Ehevertrag, durch gerichtliche Aufhebung auf begründeten Antrag der Frau und durch Konkurs des Mannes, im übrigen durch Auflösung der Ehe. Die Auseinandersetzung erfolgt durch Sonderung des Gutes; der Mann muß das Eingebrachte herausgeben und für das ungehörig Verbrauchte Ersatz leisten. Vielfach aber griffen im Falle der Auflösung durch Tod die dem überlebenden Ehegatten gewährten eherechtlichen Vorteile abwandelnd ein. So findet sich im alamannischen Recht eine Leibzucht des überlebenden Ehegatten am Gute des verstorbenen. Im sächsisch-thüringischen Recht braucht der Witwer von der Fahrnis der Frau nur die „Gerade" an die nächste Niftel der Frau herauszugeben (unten § 115), während die Witwe ohne Rücksicht auf die Herkunft der einzelnen Stücke alle zur „Gerade" gehörige Fahrnis (Sachen solcher Art, wie sie Frauen einzubringen und zu brauchen pflegen) und den „Musteil" (die Hälfte der Lebensmittelvorräte) empfängt. Nach schwäbischen und bayrischen Quellen kann die Witwe stets oder doch bei beerbter Ehe die Hälfte oder ein Drittel der Fahrnis fordern. Manche Rechte endlich gingen zur Quotenteilung des ganzen Vermögens über, so daß sich mit der Verwaltungsgemeinschaft eine sog. „Gütergemeinschaft von Todes wegen" verband. Hierher gehört das in der Const. Joachimica geregelte märkische Recht, das dem überlebenden Ehegatten die Wahl zwischen Herausnahme des Seinigen und Hälftenteilung gibt.

Literatur: v. Martitz, Das eheliche Güterrecht des Sachsensp. u. der verwandten Rechtsquellen, 1867. Agricola, Die Gewere zu rechter Vormundschaft als Prinzip des säch. ehel. Güterrechts, 1869. Roth, Über Gütereinheit u. Güterverbindung, Jahrb. des gem. deutsch. R. III 313 ff. Gerber, Gesammelte Abh. S. 311 ff. Kiesel, Die Bedeutung der Gewere des Mannes am Frauengut (Unters. H. 85), 1906. Hrabil, Zur Theorie der Gerade, Z. f. R.G. XLIV 67 ff.

§ 104. Die allgemeine Gütergemeinschaft. Eine allgemeine Vermögensgemeinschaft unter den Ehegatten entwickelte sich zuerst im fränkischen und westfälischen Rechte aus der Erweiterung der Errungenschaftsgemeinschaft (unten § 105) und aus der Rückwirkung der vom fränkischen Recht zur Verfügung über Grundstücke geforderten gesamten Hand der Ehegatten auf die Eigentumsverhältnisse. In den Städten wurde vielfach ihre vertragsmäßige Begründung durch gegenseitige Vergabung üblich und sodann ihre gesetzliche Geltung ausgesprochen. Auch auf dem Lande drang sie schon im Mittelalter vor. Nach der Rezeption behauptete sich

die allgemeine Gütergemeinschaft überwiegend (jedoch zum Teil nur für fruchtbare Ehen) in den fränkischen Ländern und in Westfalen (einheitlich geregelt durch preuß. Ges. für die Prov. Westfalen v. 16. April 1860). Vereinzelt wurde sie in Bayern und Schwaben (z. B. Hohenzollern) angenommen. Sie galt ferner in ostfälischen und mecklenburgischen Städten, in Hamburg, in Bremen und für beerbte Ehen nach lübischem Recht; sodann in Pommern im Geltungsbereiche der Bauerordnungen und in Ost- und Westpreußen kraft Provinzialrechts. Das Preuß. ALR. stellte für sie subsidäre Regeln auf, die prinzipale Geltung in der Provinz Posen erlangten. Im BGB. ist sie als vertragsmäßiger Güterstand ausführlich geregelt.

Ihrem rechtlichen Wesen nach ist sie eine das ganze beiderseitige Vermögen der Zuständigkeit nach verschmelzende Gemeinschaft zur gesamten Hand mit ungesonderten und während bestehender Gemeinschaft unwirksamen Anteilen. Durch romanisierende Theorien, die sie für eine modifizierte „societas" oder doch „communio" erklärten oder ein Alleineigentum des Mannes annahmen oder mit dem Eigentum einer juristischen Person operierten, vielfach verdunkelt, wurde das Prinzip der gesamten Hand gerade für die allgemeine Gütergemeinschaft in der Lehre vom deutschrechtlichen Gesamteigentum zuerst wieder in zunächst unklarer Weise erneuert und endlich (auch im BGB.) von neuem rein durchgeführt.

Dem Umfange nach ergreift die Gemeinschaft von Rechts wegen alles gegenwärtige und künftige Vermögen der Ehegatten, das infolge der personenrechtlichen Ehegemeinschaft zum „Gesamtgut" verschmilzt; auch Grundstücke werden ohne Übereignungshandlung gemeinschaftlich, die Eintragung ist nur zur Wirksamkeit gegen gutgläubige Dritte erforderlich. Nur Gegenstände, die nicht der freien Verfügung der Ehegatten unterliegen (z. B. ein Familienfideikommiß), bleiben der Substanz nach Sondergut, während die Einkünfte und die übertragbaren Surrogate in das Gesamtgut fallen (BGB. § 1431). Gesetzliches Vorbehaltsgut gibt es nicht; doch kann durch Ehevertrag oder Zuwendung eines Dritten Vorbehaltsgut nicht nur der Frau, sondern auch des Mannes begründet werden.

Das Gesamtgut unterliegt der Verwaltung des Mannes als Haupt der Gemeinschaft (ehemals kraft seiner durch die gesamte Hand keineswegs aufgehobenen Munt), jedoch mit Vertretungsmacht der Frau im Bedürfnisfalle. Zur Verfügung über die Substanz sind grundsätzlich nur die Ehegatten gemeinschaftlich befugt. Nach dem BGB. kann der Mann verfügen, bedarf aber der Zustimmung der Frau, wenn es sich um das Vermögen im ganzen oder einen Bruchteil, um die Veräußerung oder Belastung eines Grundstücks oder um eine Schenkung handelt. Dies entspricht dem bisherigen Durchschnittsrecht, während in manchen Rechten (z. B. im westfälischen) die einseitige Verfügungsmacht des Mannes weiter bemessen, in anderen enger begrenzt ist.

Die allgemeine Gütergemeinschaft begründet zugleich eine Schuldengemeinschaft, indem für die beiderseitigen Schulden (mit Ausnahme der von der Frau während der Ehe ohne Zustimmung des Mannes rechtsgeschäftlich eingegangenen Verbindlichkeiten) den Gläubigern das Gesamtgut haftet („Gesamtgutsverbindlichkeiten"). Eine persönliche Haftung für die Schulden des anderen Ehegatten trifft nach dem BGB. nur den Mann, nach anderen Rechten auch die Frau, jedoch regelmäßig mit Vorbehalt der Befreiung durch Preisgabe des Anteils am Gesamtgut. Bei der Auseinandersetzung werden die im inneren Verhältnis nur einen Gatten belastenden Schulden (z. B. Deliktsschulden), soweit sie aus dem Gesamtgut bezahlt sind, auf dessen Anteil angerechnet.

Im Falle der Beendigung der Gemeinschaft bei Lebzeiten beider Ehegatten (durch gerichtliche Aufhebung oder Ehescheidung) zerfällt das Gesamtgut stets in Anteile, und zwar regelmäßig in Hälften (vorbehaltlich des oben § 102 erwähnten Wahlrechts bei der Scheidung). Bei der Auflösung der Ehe durch den Tod aber entwickelte das deutsche Recht zwei ungleiche Systeme. 1. Nach dem Teilungssystem zerfällt auch hier das Gesamtgut in gesonderte Anteile, deren einer zum Nachlaß des verstorbenen Ehegatten gehört, während der andere den Auseinandersetzungsanteil des überlebenden Ehegatten bildet. Nach älteren Rechten sind die Anteile ungleich, indem der Überlebende einen größeren Anteil (z. B. zwei Drittel) oder auch der Witwer mehr als die Witwe erhält; neuerdings drang die Hälftenteilung durch, jedoch mit Voraus, Übernahmerechten und Erbrecht des Überlebenden. Das Teilungssystem gilt nach BGB. wie nach vielen bisherigen Rechten bei unbeerbter Ehe. Oft gilt es auch bei be-

erbter Ehe, dann aber nicht selten in Verbindung mit Leibzuchtsrecht des Überlebenden an den Anteilen der Kinder. 2. Nach dem Konsolidationssystem gehört der Anteil des Verstorbenen nicht zu dessen Nachlaß, ist daher auch einseitiger Verfügung von Todes wegen entzogen. Vielmehr tritt entweder Anwachsung an den Überlebenden („längst Leib, längst Gut", „der Letzte macht die Tür zu") oder Fortsetzung der Gemeinschaft ein. Ersteres besonders bei unbeerbter Ehe. Nach fränkischem Recht aber fällt auch bei beerbter Ehe dem Überlebenden das Alleineigentum an, jedoch beschränkt durch das „Verfangenschaftsrecht", kraft dessen die Liegenschaften den Kindern verfangen und nur mit ihrer Zustimmung veräußerlich sind, oder durch das spätere „Teilrecht", das den Kindern feste anwartschaftliche Anteile sichert. Nach anderen Rechten rücken die Kinder in die Gemeinschaft ein, die nun als fortgesetzte Gütergemeinschaft weiter besteht (unten § 111). In dieser Gestalt gilt das Konsolidationssystem bei beerbter Ehe nach dem BGB.

Literatur: Scherer, Die verworrene Lehre der ehelichen Gütergemeinschaft, 1799. Hasse, Revision der Theorie der ehel. G.G., 1808. Phillips, Die Lehre von der ehel. G.G., 1830. Runde, Das ehel. Güterrecht, 1841. Sandhaas, Das fränkische ehel. Güterrecht, 1866. Euler, Zeitschr. f. d. R. X 1 ff. Welter, Handb. über das ehel. Güterrecht in Westfalen, 1861. Petersen, Das ehel. Güterrecht in Osnabrück, 1863. Hänel, Die ehel. G.G. in Ostfalen, Z. f. R.G. I 273 ff.

§ 105. Die Errungenschaftsgemeinschaft. Die Errungenschaftsgemeinschaft ist ein Güterstand, bei dem nur das während der Ehe durch Arbeit oder Vermögensnutzung erworbene Vermögen (selten auch der Erwerb von Todes wegen oder aus Schenkung) Gesamtgut wird. Bei den Rheinfranken und den Westfalen schon in den Volksrechten (lex Rib. 37, 2, lex Sax. 9) bezeugt, erhielt sich die Errungenschaftsgemeinschaft in fränkischen, hessischen und altwestfälischen Rechten, kommt mehrfach auch in friesischen Rechten vor, wurde nach der Rezeption in Württemberg und anderen Ländern eingeführt und ist im BGB. als vertragsmäßiger Güterstand geregelt. Die Rechtsverhältnisse hinsichtlich des Gesamtguts richten sich nach gleichen Regeln wie bei der allgemeinen Gütergemeinschaft; bei der Beendigung gilt regelmäßig das Teilungsprinzip (nach Hälften, jedoch in manchen rheinfränkischen Rechten, wie schon in der lex Rib., nach Schwert- und Kunkelteil von zwei Drittel und ein Drittel). Neben dem Gesamtgut aber gibt es Sondergut des Mannes wie der Frau; am Sondergut der Frau hat der Mann gleiche Rechte wie bei der Verwaltungsgemeinschaft, nur fließen die Einkünfte in das Gesamtgut. Außerdem kann Vorbehaltsgut der Frau begründet werden. Die Schuldenverhältnisse sind verwickelt; Gesamtgutsverbindlichkeiten sind hier nicht nur die Gemeinschaftsschulden, sondern auch die Sonderschulden des Mannes und gewisse Sonderschulden der Frau; im Verhältnis der Ehegatten zueinander aber entstehen Ersatz- und Ausgleichungsansprüche, die sich als objektive Schuldverhältnisse zwischen den verschiedenen Massen darstellen.

Literatur: Euler, Z. f. d. R. X 28 ff. J. Held, Die partikuläre Gütergemeinschaft, 1858.

§ 106. Die Fahrnisgemeinschaft. Die Fahrnisgemeinschaft ist aus der Erweiterung der Errungenschaftsgemeinschaft auf alles bewegliche Vermögen hervorgegangen; in fränkischen, aber auch nordischen Rechten (z. B. im Jüt. Low.) ausgebildet, ist sie vor allem vom Code civil und vom Badischen Landrecht als gesetzlicher Güterstand eingeführt. Im BGB. ist sie als vertragsmäßiger Güterstand geregelt. Gesamtgut ist hier die Errungenschaft und alles bewegliche Vermögen. Sondergut eines Ehegatten sind daher nur eingebrachte und während der Ehe von Todes wegen oder durch Schenkung erworbene Grundstücke und zum unbeweglichen Vermögen gerechnete Rechte. Daneben kann auch hier Vorbehaltsgut der Frau begründet werden. Für das Gesamtgut gelten die Regeln der allgemeinen Gütergemeinschaft; doch tritt fortgesetzte Gütergemeinschaft nur kraft besonderer Vereinbarung ein. Hinsichtlich der Schuldenverhältnisse und der Auseinandersetzung zwischen den verschiedenen Vermögensmassen ergeben sich ähnliche Verwicklungen wie bei der Errungenschaftsgemeinschaft.

Literatur: Schneider: Die eheliche Gütergemeinschaft nach französ. R., 1853.

§ 107. Die Gütertrennung. Die Gütertrennung wurde bei uns erst nach der Rezeption in Gestalt des römischen Dotalsystems heimisch, das in einzelnen Gegenden (Herzogtum West-

falen, Teilen von Hannover, Braunschweig, Waldeck) allgemein, in anderen (z. B. Lippe) für den Adel oder (wie in Mecklenburg, Neuvorpommern, Kurhessen) für Adel und Beamte als gesetzliches Güterrecht durchdrang, meist aber starke deutschrechtliche Abwandlungen erfuhr. Eine der Verwaltungsgemeinschaft angenäherte Gütertrennung gilt in Österreich. Nach dem BGB. tritt Gütertrennung von Rechts wegen im Falle der Heirat einer beschränkt geschäftsfähigen Frau ohne Einwilligung ihres gesetzlichen Vertreters und infolge Aufhebung einer Verwaltungs- oder Gütergemeinschaft ein und bildet im übrigen einen vertragsmäßigen Güterstand. Das Wesen der Gütertrennung besteht darin, daß die Ehe grundsätzlich auf das Vermögen nicht einwirkt. Doch schuldet die Frau zu dem ehelichen Aufwande, den an sich der Mann zu tragen hat, einen angemessenen Beitrag aus ihrem Vermögen oder Arbeitserwerbe; gewährt sie mehr, so wird vermutet, daß sie Ersatz nicht begehrt. Und wenn die Frau dem Manne die Verwaltung ihres Vermögens freiwillig überläßt, wird vermutet, daß der Mann freie Verwaltung ohne Rechenschaftspflicht über die Verwendung der Einkünfte haben soll.

§ 108. **Besondere Güterarten.** Im deutschen Recht finden sich bei verschiedenen Güterrechtssystemen besondere Güterarten, die kraft Eherechts eigenartige Rechtsschicksale haben. Dahin gehören: 1. Die Aussteuer (Brautschatz, Brautwagen, Heimsteuer, Mitgift), d. h. die nach alter Sitte von der Frau für ihren persönlichen Gebrauch und für Einrichtung des Hauswesens mitgebrachte Fahrnis. Sie ist eingebrachtes Frauengut; als ihr Äquivalent erscheint die Gerade (oben § 102). 2. Die Morgengabe (donum matutinum, bisweilen dos), d. h. ein nach alter Sitte vom Manne der Frau am Morgen nach der Hochzeitsnacht gemachtes (frühzeitig als Gabe für die geopferte jungfräuliche Ehre aufgefaßtes und darum der heiratenden Witwe versagtes) Geschenk. Die Morgengabe wird entweder gegeben oder versprochen; in manchen Quellen ist ihr Höchstmaß festgesetzt. Meist geht sie auf die Erben der vorversterbenden Frau über; oft aber nur bei beerbter Ehe. Dagegen steht der im Adelsrecht oft ausgebildete gesetzliche Anspruch auf Morgengabe nur der Witwe zu. 3. Das Wittum (dos), d. h. die aus dem alten Muntschatz (oben § 100) hervorgegangene Vergabung des Mannes an die Frau. Das Wittum wurde entweder als Eigentum (ursal) oder als Leibgedinge (Leibzucht an einem Grundstück oder lebenslängliche Rente) bestellt; die Bestellung erfolgte bei der Eheschließung, das Recht der Frau ruhte aber während der Ehe; durch Wiederverheiratung büßte die Witwe ihr Leibgedinge nicht ein. Nach der Rezeption erhielt sich als Wittum i. e. S. (vidualitium) eine der Frau für den Fall der Witwenschaft zugewandte Versorgung in Gestalt eines Leibgedinges (Witwensitzes), eines Nießbrauches, einer Natural- oder Geldrente, später auch des Einkaufes in die Witwenkasse; zum Teil entwickelte sich ein Rechtsanspruch auf Wittum; meist aber erlosch nun das Wittum durch Verrückung des Witwenstuhls. Daneben entstand schon im Mittelalter aus einer Umbildung des Wittums die Widerlage (Gegenvermächtnis, contrados), eine vom Manne in Höhe des eingebrachten Heiratsgutes zugesicherte Gegengabe, die mit dem Heiratsgut an die Witwe fällt, während dafür der Mann im Falle des früheren Todes der Frau das Heiratsgut behält; auch findet sich ein gesetzlicher Anspruch der adligen Witwe auf „Besserung des Brautschatzes" um die Hälfte. Endlich ging aus der Vermischung des alten Leibgedinges mit der Widerlage das sächsische Leibgedinge (dotalitium) hervor, kraft dessen die adlige Witwe zwischen Herausgabe des Heiratsgutes nebst Widerlage und einer zehnprozentigen Rente des Gesamtbetrages wählen kann; wählt sie die Rente, so verliert sie das Kapital („Leibgut schwindet Hauptgut"), so daß „reiche Witwen arme Kinder machen". 4. Hochzeitsgeschenke gehören im Zweifel den Ehegatten gemeinsam; wechselseitige (Malschatz) sind im Falle der Scheidung zurückzugeben. 5. Nadelgelder (Trüffel-, Spielgelder) sind eine vom Manne der Frau zu völlig freier Verwendung ausgesetzte Rente; sie sind namentlich im hohen Adel üblich.

Kapitel III. Eltern- und Kinderrecht.

§ 109. **Personenrechtliche Verhältnisse.** Das Eltern- und Kindesverhältnis wird durch eheliche Geburt in rechter Ehe begründet. Seit dem 13. Jahrhundert drang allmählich die Gleichstellung der „Mantelkinder" (durch nachfolgende Ehe legitimierten unehelichen Kinder) mit den ehelichen Kindern im Landrecht und meist auch im Lehnrecht durch; nur dem Rechte

des hohen Adels blieb sie fremd. Die Legitimation durch Reskript tilgte nur den Makel der unehelichen Geburt und wurde erst später zur Ehelichkeitserklärung erweitert. Mit dem römischen Recht wurde die Adoption aufgenommen, jedoch zur Annahme an Kindesstatt umgebildet; dem hohen Adel blieb auch sie unbekannt.

Das deutsche Recht schrieb früh den Eltern ein gemeinschaftliches, mit Pflichten verbundenes Elternrecht an den Kindern zu; dem Vater gewährte es die Munt, der Mutter aber einen Anteil an der Herrschaft und Fürsorge und beim Wegfall des Vaters entweder eine mütterliche Munt oder doch eine verwandte Macht. Nach der Rezeption wurde die römische väterliche Gewalt dem Namen nach aufgenommen; sie blieb aber inhaltlich die deutschrechtliche Munt. Daneben erhielt sich ein selbständiges Recht der Mutter (in manchen Quellen als „mütterliche Gewalt" bezeichnet). Das BGB. hat an die Stelle der väterlichen Gewalt die „elterliche Gewalt" gesetzt, die Recht und Pflicht der Fürsorge für die Person und das Vermögen des Kindes und in beiderlei Hinsicht gesetzliche Vertretungsmacht enthält, daher durchaus die Natur der Munt hat und obervormundschaftlicher Aufsicht und Mitwirkung unterliegt. Die elterliche Gewalt steht zunächst dem Vater zu; die Mutter aber ist neben ihm zur selbständigen Mitausübung der Personensorge (insbesondere bei der Erziehung) berufen, wenn auch dem Vater das entscheidende Wort gebührt. Im Falle der Verhinderung des Vaters oder des Ruhens seiner Gewalt hat die Mutter die volle Ausübung der elterlichen Gewalt. Mit dem Tode des Vaters erlangt die Mutter die alleinige elterliche Gewalt, so daß ein Vormund nicht bestellt wird. Ihre Gewalt unterscheidet sich von der des Vaters nur dadurch, daß ihr auf väterliche Anordnung, eigenen Antrag oder bei besonderem Bedürfnis ein Beistand zu setzen ist, und daß sie durch Wiederverheiratung die Gewalt bis auf die Personensorge einbüßt.

Die Beendigung der elterlichen Gewalt trat nach deutschem Recht mit dem Ausscheiden des Kindes aus der Hausgemeinschaft ein. Im gemeinen Recht erhielt sich die Begründung eines eigenen Hausstandes („eigen Feuer und Rauch") als Beendigungsgrund der väterlichen Gewalt (sog. emancipatio tacita s. Saxonica). Ebenso blieb die Heirat der Tochter als Beendigungsgrund der väterlichen Gewalt anerkannt. Das BGB. hat beide Beendigungsgründe beseitigt, läßt dagegen die elterliche Gewalt stets mit Eintritt der Volljährigkeit des Kindes enden. Doch hört einerseits mit der Heirat der minderjährigen Tochter die elterliche Personensorge auf. Andererseits behalten, wenn das volljährige Kind unselbständig im Hause bleibt, die Eltern den Anspruch auf häusliche Dienste des Kindes; auch wird in diesem Falle vermutet, daß das Kind, wenn es Beiträge zu den Kosten des Haushaltes leistet, keinen Ersatz fordern und, wenn es sein Vermögen der elterlichen Verwaltung überläßt, freie Verfügung über die Einkünfte einräumen will. Die elterliche Gewalt kann auch verwirkt werden. In gewissen Fällen ruht sie. Endlich ist ihre inhaltliche Einschränkung oder Entleerung durch obervormundschaftliche Entziehung elterlicher Rechte (insbesondere auch des Erziehungsrechts) möglich. — Unabhängig von der elterlichen Gewalt besteht die gegenseitige Unterhaltspflicht zwischen Eltern und Kindern fort.

Das uneheliche Kind tritt nur zur Mutter in ein rechtliches Kindschaftsverhältnis; doch hat die Mutter ihm gegenüber keine elterliche Gewalt, sondern nur Personensorge, so daß ein Vormund bestellt werden muß. Im Gegensatz zum älteren deutschen Recht und zum Preuß. LR. ist das uneheliche Kind auch mit den Verwandten der Mutter in gleicher Weise wie das eheliche Kind verwandt. Dagegen besteht zwischen ihm und dem Vater und dessen Verwandten keine Verwandtschaft im Rechtssinne. Doch steht in Ansehung der Ehehindernisse die natürliche Verwandtschaft der rechtlichen gleich. Außerdem entspringt ihr ein schon im älteren deutschen Recht entwickelter, im gemeinen Recht erhaltener und im BGB. stark erweiterter einseitiger Unterhaltsanspruch des Kindes gegen seinen Erzeuger. Der Beweis der Vaterschaft, den das französische Recht abschneidet (la recherche de la paternité est interdite) und auch deutsche Partikulargesetze (z. B. preuß. v. 24. Apr. 1854) einschränkten, ist unbeschränkt zulässig; nur scheitert er schon an der Feststellung der Unsicherheit der Vaterschaft (infolge des Umganges der Mutter mit mehreren in der Empfängniszeit), während die eheliche Vaterschaft des in der Ehe geborenen Kindes nur durch den Nachweis ihrer Unmöglichkeit widerlegt werden kann.

Literatur: Kogler, Die legitimatio per rescriptum principis von Justinian bis zum Tode Karls IV., 1904; Beiträge zur Geschichte der Rezeption und der Symbolik der legitimatio per subsequens matrimonium, Z. f. R.G. XXXVIII 94 ff. Hübner §§ 97—99.

§ 110. **Vermögensrechtliche Wirkungen.** Nach deutschem Recht ist das Kind vollkommen erwerbs- und vermögensfähig, sein Vermögen aber bildet, solange es dem Hause angehört, einen Teil des Hausvermögens und unterliegt der vormundschaftlichen Gewere des Vaters und nach seinem Tode der Mutter. Nach der Rezeption mit dem römischen Pekulienrecht vermischt, kam das deutsche Recht mehr und mehr wieder zur Geltung. Heute fließt aus der elterlichen Gewalt sowohl für den Vater wie für die Mutter Verwaltung und Nutznießung am Kindesgut. Die Verwaltung ist obervormundschaftlich beschränkt, aber freier als die des Vormundes gestellt. Die Nutznießung ist ähnlich der ehemännlichen Nutznießung gestaltet, kann aber einerseits bei Wegfall der Verwaltung fortbestehen, andererseits (durch Entziehung, Heirat, Verzicht) selbständig enden. Der elterlichen Nutznießung entzogen ist das freie Vermögen des Kindes.

Dem Kinde stand am Elterngut nach der Idee des Hausvermögens bereits ein anwartschaftliches Recht zu, das sich im Erbenwartrecht äußerte und nach manchen Rechten als ein fester Anteil, durch dessen Ausscheidung der Vater sich freie Verfügung über den Rest verschaffte, aufgefaßt wurde. Allmählich schränkte sich das Recht des Kindes auf den Unterhaltsanspruch und den Anspruch auf eine angemessene Ausstattung (Ausrichtung) beim Ausscheiden aus dem Hause ein. Nach heutigem Recht hat nur die heiratende Tochter einen klagbaren Anspruch auf eine Aussteuer. Doch gilt sonstige Ausstattung, soweit sie nicht maßlos ist, nicht als Schenkung. Das Kind mußte sich das Empfangene stets auf seinen Erbteil anrechnen lassen; als Abfindung vom Erbe wirkte die Ausstattung nur in Verbindung mit einem Erbverzicht, der aber nach manchen Rechten im Zweifel angenommen wurde.

§ 111. **Fortgesetzte Hausgemeinschaft.** Nach uralter Sitte wurde beim Tode eines Ehegatten die Hausgemeinschaft ohne Vermögensauseinandersetzung zwischen dem überlebenden Ehegatten und den Kindern fortgesetzt; sie blieben in „ungeteilter" Were sitzen, der überlebende Ehegatte als Haupt der Gemeinschaft, die Kinder als an Stelle des verstorbenen Ehegatten eingerückte Teilhaber. Dabei wirkte das eheliche Güterrecht nach und rief vielfach die Fortdauer der Gemeinschaft bis zum Tode des überlebenden Ehegatten hervor.

Fortgesetzte Verwaltungsgemeinschaft ergab sich daraus, daß der überlebende Ehegatte stets bis zum Ausscheiden der Kinder aus dem Hause, oft aber vorbehaltlich der Ausstattungspflicht lebenslänglich oder bis zur Wiederverheiratung Verwaltung und Nutznießung („Beisitz") am Kindererbe behielt. Nach dem BGB. hört jedes Recht des Vaters am Muttererbe und der Mutter am Vatererbe mit der Volljährigkeit des Kindes auf. Sehr häufig aber wird auch heute durch Verfügung von Todes wegen dem überlebenden Ehegatten der Nießbrauch zugewandt.

Fortgesetzte Gütergemeinschaft findet sich in drei Formen. 1. Wo das Gesamtgut in Anteile zerfällt, behält oft gleichwohl der überlebende Ehegatte kraft eines Beisitzrechtes an den Erbteilen der Kinder Verwaltung und Nutzung am Hausvermögen (so namentlich bei der Errungenschaftsgemeinschaft). 2. Wo das Gesamtgut dem überlebenden Ehegatten anfällt, erscheinen trotzdem die Kinder kraft ihrer Anwartschaftsrechte als Teilhaber (so bei der fränk. allg. GG., oben § 104 a. E.). 3. Echte fortgesetzte Gütergemeinschaft entsteht, wenn die Kinder und ihre Nachkommen nach Stämmen in die Gemeinschaft einrücken und diese als Gemeinschaft zur gesamten Hand mit ungesonderten Anteilen fortbesteht; der überlebende Ehegatte sitzt mit den Kindern „auf Gedeih und Verderb", so daß auch sein späterer Erwerb in das Gesamtgut fällt, während das sonstige Vermögen und der Erwerb der Kinder ihr Sondergut bilden; er hat die Verwaltung und Nutzung des Gesamtgutes, ist dagegen hinsichtlich der Verfügung in gleicher Weise durch die Kinder beschränkt, wie während der Ehe der Mann durch die Frau. Die fortgesetzte Gütergemeinschaft in dieser Gestalt tritt nach dem BGB. bei der allgemeinen Gütergemeinschaft mangels anderer Vereinbarung von Rechts wegen, bei der Fahrnisgemeinschaft kraft Vereinbarung ein. Sie tritt jedoch nicht ein, wenn der überlebende Ehegatte sie ablehnt.

Die fortgesetzte Hausgemeinschaft wird durch Ausscheiden eines Kindes nicht beendigt. Stirbt ein Kind, so findet Erbfolge in sein Sondergut statt; sein anwartschaftlicher

oder unausgeschiedener Anteil am Gemeinschaftsgut aber wird nicht vererbt, wächst vielmehr, falls nicht Nachkommen an die Stelle treten, den übrigen Gemeinern (nach BGB. den anderen Kindern, in Ermangelung solcher dem überlebenden Ehegatten) an. Scheidet ein Kind aus dem Hause, so pflegt es eine Ausstattung, die es sich auf seinen Anteil anrechnen lassen muß, zu empfangen, behält aber sein Anrecht am Hausvermögen. Möglich ist jedoch die Abschichtung eines Kindes, indem es das ihm Gebührende als Abfindung erhält. Die Abfindung bezieht sich im Zweifel nur auf das vom verstorbenen Ehegatten ererbte Vermögen (verspätete Erbfolge). Bei der fortgesetzten Gütergemeinschaft aber gilt sie meist als Abfindung vom ganzen Hausvermögen und somit auch vom künftigen Nachlaß des überlebenden Ehegatten (verfrühte Erbfolge). Hierauf beruht die besonders im Lübecker und Hamburger Recht ausgebildete Regel, nach der die abgefundenen Kinder durch die in der Gemeinschaft verbliebenen Kinder vom Erbe des überlebenden Ehegatten und der Geschwister ausgeschlossen werden: „Was in der Were verstirbt, erbt wieder an die Were." Hinsichtlich des Gesamtguts tritt nach BGB. der gleiche Erfolg ein, wenn ein Kind (gegen Abfindung oder ohne solche) auf seinen Anteil verzichtet; denn dann wächst der erledigte Anteil wie bei erblosem Tode an.

Beendigt wird die fortgesetzte Hausgemeinschaft durch Tod des überlebenden Ehegatten, durch seine jederzeit zulässige Aufhebungserklärung, durch gerichtliche Aufhebung auf Antrag eines Kindes und durch Wiederverheiratung des überlebenden Ehegatten. Die Auseinandersetzung (Schichtung) erfolgt nach Maßgabe der zur Zeit bestehenden Rechtsverhältnisse; das Gesamtgut der fortgesetzten Gütergemeinschaft wird nach Hälften zwischen dem Ehegatten und den Kindern geteilt. Im Falle der Wiederverheiratung lassen manche Rechte eine Teilung auf dem Papier mit bloßer Sicherstellung der Schichtteile der Kinder („Ausspruch") zu.

Literatur: Oben zu § 104. Freund, Was in der Were verstirbt, erbt wieder an die Were, 1880.

§ 112. **Einkindschaft.** Unter dem Namen Einkindschaft (unio prolium) begegnet seit dem 13. Jahrhundert besonders in gütergemeinschaftlichen Rechtsgebieten ein bei Eingehung einer zweiten Ehe geschlossener Vertrag, durch den die Kinder aus früherer Ehe den aus der neuen Ehe zu erwartenden Kindern gleichgestellt werden. Die Einkindschaft wurde in vielen Gesetzen (auch im Preuß. LR.) anerkannt und geregelt, von anderen Gesetzen aber abgeschafft. Das BGB. kennt sie nicht; ältere Einkindschaftsverträge aber sind in Kraft geblieben. Der Vertrag bedurfte gerichtlicher Bestätigung. Seinem rechtlichen Wesen nach ist er ein familienrechtlicher Vertrag, durch den Kinder verschiedener Ehen so gestellt werden, als seien sie Kinder aus einer Ehe. Er begründet daher Eltern- und Kinderrecht zwischen dem Stiefvater oder der Stiefmutter und den vereinkindschafteten Kindern und gewährt den Stiefkindern gleiches Erbrecht (gesetzliches Erbrecht mit Pflichtteilsrecht) wie leiblichen Kindern; nach manchen Rechten erzeugt er auch elterliches, vereinzelt auch geschwisterliches Erbrecht. Schon seit dem 17. Jahrhundert aber kam eine in viele Gesetze übergegangene andere Auffassung auf, die in der Einkindschaft einen Erbvertrag erblickt und daher die familienrechtlichen Wirkungen verneint oder beschränkt, den unierten Kindern aber ein im ganzen Umfange unentziehbares Vertragserbrecht zuspricht (so auch RGer. VI Nr. 43, aber nur im Zweifel, vgl. RGer. XVII Nr. 32). Vertragsmäßige Abwandlungen begegnen namentlich durch Ausbedingung eines Voraus für die Vorkinder (nach Preuß. LR. obligatorisch) oder die Kinder der neuen Ehe. Die Einkindschaft endet durch Tod beider Eltern oder aller Kinder, durch gerichtliche Aufhebung, bisweilen auch durch Kinderlosigkeit der zweiten Ehe und durch Ehescheidung (gemeinrechtlich nicht, Seuff. XLI Nr. 194). Eigene Kinder kann man in dritter und weiterer Ehe vereinkindschaften, durch Einkindschaft gewonnene Kinder nicht.

Literatur: Ringelmann, Über die historische Ausbildung und rechtliche Natur der Einkindschaft, 1825. Hillebrand, Z. f. d. R. X 420 ff. H. Meyer, Die Einkindschaft, 1900.

Kapitel IV. Vormundschaft.

§ 113. **Altersvormundschaft.** Das altgermanische Vormundschaftsrecht war reines Familienrecht und beruhte auf dem Anfall der Munt an die zum Ersatz des Vaters berufenen Personen. Schon seit der fränkischen Zeit aber entwickelte sich eine ergänzende königliche

Obervormundschaft, die von den Richtern gehandhabt wurde. In der zweiten Hälfte des Mittelalters erfuhr die Altersvormundschaft, besonders zuerst in den Städten, wo der Ra die Obervormundschaft übernahm, tiefgreifende Wandlungen im Sinne einer Abschwächung der Munt zu bloßer Vertretungs- und Verwaltungsmacht. Dieses jüngere deutsche Recht wirkte auf das rezipierte römische Recht umbildend ein. Seit dem 18. Jahrhundert nahm der Staat zum Teil das Vormundschaftswesen völlig in seine Hand und bildete es zu öffentlichem Recht mit Beamtenstellung der Vormünder um (am schroffsten Preuß. ALR. II 18). Dagegen gestaltete der Code civil das Vormundschaftsrecht mit stark germanischen Einflüssen mehr als Familienrecht aus. In neuerer Zeit ergingen in Deutschland neue Vormundschaftsordnungen vermittelnder Richtung. So vor allem die preußische vom 5. Juli 1875. Sie liegt dem BGB. zugrunde, das das Vormundschaftsrecht als Teil des Familienrechts regelt.

Begründet wurde die Vormundschaft im älteren deutschen Recht durch den (einst durch Anfall an die Sippe vermittelten, dann von Rechts wegen eintretenden) Anfall der Munt über unmündige Waisen an den nächsten und ältesten ebenbürtigen Schwertmagen, den „geborenen" oder „rechten" Vormund. Daneben gab es gekorene Vormünder (oben § 21 II). Im Bedürfnisfall aber wurde ein Vormund gerichtlich gesetzt. In den Städten wurde die gerichtliche Bestätigung auch des geborenen und gekorenen Vormunds üblich. Nach der Rezeption wurde der römische Berufungsgrund der letztwilligen Ernennung durch den Vater aufgenommen, dieses Recht aber auch der Mutter eingeräumt. Allein in allen Fällen wurde die richterliche Bestellung (confirmatio iuris Germanici) nach erfolgter Prüfung zu dem die Vormundschaft begründenden Akt (RPO. von 1577 t. 32). Nur im hohen Adel erhielt sich altgermanisches Recht. Das BGB. kennt nur bestellte Vormünder, hält aber an den hergebrachten Berufungsgründen fest.

Seiner rechtlichen Stellung nach hatte der geborene Vormund Gewalt an der Person und vormundschaftliche Gewere am Vermögen; er bezog die Nutzungen, hatte aber dafür den Mündel zu unterhalten und zu erziehen; bei der Beendigung hatte er das Stammvermögen unversehrt zurückzugeben und darüber Rechenschaft zu legen; zu Substanzveräußerungen war er nicht befugt. Dagegen hatte der gesetzte Vormund stets nur Vertretung und Verwaltung und mußte über die Einkünfte Rechnung legen. Im späteren Mittelalter wurde dies allgemein; nur die Bewilligung eines Honorars aus den Einkünften blieb zulässig. Nach der Rezeption wurde die römische Unterscheidung von tutela impuberum und cura minorum beseitigt und die Stellung des Vormunds einheitlich geregelt. Das BGB. gewährt dem Vormunde eine personenrechtliche Stellung, kraft deren er Recht und Pflicht der Sorge für die Person und das Vermögen des Mündels und in beiderlei Hinsicht Vertretungsmacht hat.

Die Obervormundschaft, die zeitweilig den Vormund jeder Selbständigkeit beraubte, äußert sich heute nur in einer ständigen Aufsicht über die Personensorge und die Vermögensverwaltung des Vormunds und in der Genehmigungsbedürftigkeit bestimmter Vertretungshandlungen. Zum Teil genügt an Stelle der obervormundschaftlichen Mitwirkung die Mitwirkung eines Gegenvormundes oder Mitvormundes. In gewissem Umfange kann durch väterliche oder mütterliche Anordnung der Vormund von den gesetzlichen Beschränkungen befreit werden. An die ehemaligen Funktionen der Sippe knüpft die französischrechtliche Einrichtung des Familienrats an; das BGB. ermöglicht die Bildung eines Familienrats, der als ein unter Vorsitz und Leitung des Vormundschaftsrichters beschließendes Kollegium zur Führung der Obervormundschaft berufen werden kann. Als ein besonderes Organ zur Unterstützung des Vormundschaftsgerichts (besonders hinsichtlich der Personenfrage) fungiert der Gemeindewaisenrat.

Die Beendigung der Vormundschaft tritt mit der Volljährigkeit des Mündels, dagegen nicht mehr, wie nach dem im französischen Recht und vielen deutschen Partikularrechten festgehaltenen älteren deutschen Recht, mit dessen Verheiratung ein („Heirat macht mündig"). Die Stellung als Vormund kann schon nach den mittelalterlichen Quellen durch den Richter wegen Untreue entzogen werden („balemunden", Sachsensp. I a. 41). Das BGB. kennt neben der Entlassung des Vormundes auf Antrag oder wegen Untauglichkeit auch die Entziehung einzelner Rechte.

Literatur: Kraut in dem oben zu § 97 angeführten Werk. Rive, Geschichte der deutschen Vormundschaft, 1862/75. Graf Chorinski, Das Vormundschaftsrecht Niederösterreichs vom 16. Jahrh. an, 1878. Hübner § 100—101.

§ 114. **Sonstige Vormundschaft.** Der Altersvormundschaft ist die schon im deutschen Mittelalter bekannte Vormundschaft über Entmündigte (Geisteskranke und Geistesschwache, Verschwender, Trunksüchtige) nachgebildet. Eine Vormundschaft mit Fruchtgenuß erhielt sich in der Vormundschaft über Abwesende, die namentlich das sächsische Recht mit der Einweisung des nächsten Erben in das Vermögen eines Verschollenen verknüpfte (oben § 20 II). Die Geschlechtsvormundschaft über unverheiratete mündige Frauen, die ihrem nächsten ebenbürtigen Schwertmagen zustand, über die Witwe aber, falls ihr Mann nicht unebenbürtig gewesen war, dem nächsten ebenbürtigen Schwertmagen des Mannes anfiel, bedeutete schon nach den Rechtsbüchern nur gerichtliche Beistandschaft. Auch konnte schon im Mittelalter die Frau regelmäßig ihren Vormund beliebig entlassen und wählen. Nach der Rezeption erhielt sich vielfach eine „cura sexus", die aber immer nur als Beistandschaft im Prozeß und oft auch bei einzelnen Rechtsgeschäften wirksam wurde und keinerlei Vertretungs- oder Verwaltungsmacht gab. Ihre letzten Reste waren schon vor dem BGB. beseitigt.

Der Vormundschaft für ihren Bereich gleichartig und somit gleich ihr ein personenrechtliches Verhältnis ist die Pflegschaft. Ein Pfleger wird neben einem Träger elterlicher Gewalt oder einem Vormunde im Bedürfnisfalle bestellt, um einzelne Angelegenheiten des Kindes oder Mündels zu besorgen. Nur eine Pflegschaft (hier auch von generellem Umfange) ist für gebrechliche Personen, die in ihrer Geschäftsfähigkeit nicht beschränkt sind, möglich. Dazu tritt die Pflegschaft für Abwesende, für eine Leibesfrucht (als mögliches künftiges Rechtssubjekt), für unbekannte Beteiligte, für ein der Verwaltung entbehrendes Sammelvermögen (d. h. die Sammlergemeinschaft).

Sechstes Buch. Erbrecht.

Kapitel I. Allgemeine Grundsätze.

§ 115. **Das Wesen der deutschen Erbfolge.** Die deutsche Erbfolge war ihrem Wesen nach das kraft der Rechtsordnung sich vollziehende Einrücken der nächstverbundenen Personen in die durch den Tod gerissenen Lücken. Nach der Aufnahme des römischen Rechts haben Gedanken, die im deutschen Erbrecht wurzeln, teils sich behauptet, teils sich neue Geltung verschafft.

I. Das deutsche Erbrecht fließt aus personenrechtlicher Gemeinschaft; in erster Linie als Familienrecht aus Verwandtschaft und Ehe, subsidiär aus genossenschaftlicher und herrschaftlicher Verbindung. Im Gegensatz zum römischen Erbrecht ist es menschlicher Willkür grundsätzlich entzogen.

Der Wille des Erblassers hatte ursprünglich keine Macht über die Erbfolge (solus Deus heredem facere potest, non homo). Einen Ersatz schufen Rechtsgeschäfte unter Lebenden (unten § 122), die aber ihre Schranke hinsichtlich der Liegenschaften am Erbenwartrecht (oben § 70), hinsichtlich der Fahrnis an der Unwirksamkeit der Verfügungen auf dem Siechbett (oben § 21 IV) fanden. Im späteren Mittelalter kamen Verfügungen von Todes wegen auf, aber nur zur Ergänzung der gesetzlichen Erbfolge (unten § 125). Mit der Rezeption drang das römische Testament ein und entwickelte sich daneben der Erbvertrag. Aber immer blieb für die deutsche Anschauung die gesetzliche Erbfolge die Regel („Wer will wohl und selig sterben, der lasse sein Gut den rechten Erben"), die gewillkürte Erbfolge deren Abwandlung für den Einzelfall. Unsere gesetzliche Erbfolge ist keine „Intestaterbfolge" und darf nicht auf den mutmaßlichen Willen des Erblassers gegründet werden.

Auch der Wille des Erben entbehrt der schöpferischen Kraft für den Erbgang; der Erbe rückt von Rechts wegen ein (unten § 116).

II. Die deutsche Erbfolge ist Nachfolge in die Hinterlassenschaft. Sie bewirkt den Anfall von Vermögen im Sinne einer objektiven Einheit. Der römische Gedanke der Universalsukzession als Eintritt in die subjektive Einheit, die das Vermögen im Erblasser hatte, war dem deutschen Recht fremd. Wir haben den römischen Gedanken uns zu eigen gemacht, aber nur mit wesentlichen Einschränkungen.

Die deutsche Erbfolge spaltete sich nach Sondervermögen, in die der Nachlaß zerfiel. Ungleich wurden vielfach Liegenschaften und Fahrnis vererbt. Unter den Liegenschaften gehen Eigen und Lehen oder hofrechtliches Erbe, Stammgüter und Kaufgüter ihre eigenen Wege. Aber auch aus der Fahrnis werden Sondervermögen ausgeschieden. Der Mann vererbt das Heergewäte (den Inbegriff der kriegerischen Ausrüstung) besonders an die nächsten Schwertmagen (mit Vorzugsrecht des ältesten am Schwert). Die Frau vererbt die Gerade (Gegenstände des weiblichen Gebrauchs und zum Teil auch die Hauseinrichtung) besonders an die nächste Niftel (weibliche und durch Weiber Verwandte). Doch wurde frühzeitig, was nicht ausgesondert wird, als „Erbe" zusammengefaßt (Sachsensp. I a. 24). Und in den Städten begann die Vereinheitlichung der Erbmasse. Mit der Rezeption drang sie grundsätzlich durch. Doch erhielt sich die Sondererbfolge in gebundene Güter (unten Kap. IV). Partikularrechtlich blieben Heergewäte und Gerade (noch im Preuß. LR. II 1 § 502 ff. geregelt) in Kraft, sind aber jetzt verschwunden.

Die deutsche Erbfolge war aber Nachfolge in einen Vermögensinbegriff als Ganzes, also nicht Sondernachfolge in einzelne Gegenstände, sondern Sondergesamtnachfolge. Daher gingen auch Forderung und Schulden, aber nur mit dem Sondervermögen, zu dem sie gehörten, und die Schulden ohne persönliche Haftung über. Auch in diesem Punkte konnte die römische Universalsukzession das deutsche Recht nicht völlig überwinden (unten § 116).

Literatur: Beseler, Erbverträge Bd. I, 1835. v. Sydow, Darstellung des Erbrechts nach dem Sachsensp., 1828. Siegel, Das deutsche Erbrecht, 1853. v. Freytagh-Loringhofen, Der Sukzessionsmodus des deutsch. Erbrechts, 1908. Klatt, Das Heergewäte (Beyerles Beitr. II 2), 1908. Hübner §§ 102 ff. v. Schwerin S. 96 ff.

§ 116. Erwerb der Erbschaft. Der berufene Erbe erwirbt mit dem Tode des Erblassers die Erbschaft von Rechts wegen: „Der Tote erbt den Lebendigen." Er erlangt zugleich die Gewere („le mort saisit le vif"); feierliche Besitzergreifung (anevang) und gerichtliche Besitzeinweisung dienten nur der Sichtbarmachung und eventuellen Durchsetzung der leiblichen Gewere. Dieser Satz des deutschen Rechts stammt aus der ursprünglichen Gestalt der Hausgemeinschaft, in der die Kinder bereits als Teilhaber erscheinen, deren anwartschaftliches Recht am Hausvermögen mit dem Wegfall des Familienhauptes in gegenwärtiges Recht übergeht; er wurde dann bei aller Erbfolge festgehalten. Eine Steigerung erfuhr er in doppelter Richtung. Einmal bei der Gemeinschaft zur gesamten Hand, bei der, soweit nicht Nachkommen einrücken, Anwachsung stattfindet und somit überhaupt das Erbrecht durch Anwachsungsrecht ersetzt wird. Sodann bei der Lehns- und Fideikommißfolge, bei der das Erbrecht als Ausfluß eines vom ersten Erwerber zugleich für alle seine Nachkommen begründeten anwartschaftlichen Rechts erscheint. Doch es ist unrichtig, alle germanische Erbfolge entweder auf ein ursprüngliches Gesamteigentum oder auf den Erwerb der Gewere für die Nachkommen zurückzuführen.

Der Satz „Der Tote erbt den Lebendigen" wurde im gemeinen Recht durch das röm. R. verdrängt, erhielt sich aber in Partikularrechten, ging in das Preuß. LR. und (hier nur für die gesetzliche Erbfolge) den Code civil über und liegt dem BGB. zugrunde. Somit vollzieht sich auch heute der Erwerb der Erbschaft durch den Erben von Rechts wegen ohne Wissen und Wollen im Augenblicke des Erbfalls. Gleichzeitig geht der Besitz über. Es gibt keine ruhende Erbschaft. Vielmehr ist stets eine Erbe vorhanden, wenn es auch ungewiß oder unentschieden sein kann, wer der Erbe ist. Soweit ein Bedürfnis vorliegt, wird ein Nachlaßpfleger zur Vertretung des Erben bestellt. Für den römischen Unterschied von Inkapazität und Indignität ist kein Raum; es gibt nur eine Erbunwürdigkeit, die den Anfall der Erbschaft ausschließt (vgl.

schon Sachsensp. III a. 84). Überlebt der Erbe den Erblasser nur um einen Augenblick, so vererbt er (ohne daß es der römischen Transmission bedarf) die Erbschaft auf seinen Erben. Der Erbe braucht jedoch nicht Erbe zu bleiben, kann sich vielmehr der Erbschaft mit der Wirkung entschlagen, daß sein Erwerb rückgängig wird und die Erbschaft als im Augenblicke des Erbfalles vom Nächstberufenen erworben gilt. Doch verliert er dieses Recht nicht nur durch Versäumnis der gesetzlichen Ausschlagungsfrist, sondern auch durch (ausdrückliche oder stillschweigende) „Annahme", die somit Verzicht auf Ausschlagung bedeutet. — Deutschen Ursprungs ist der vom Nachlaßgericht als Zeugnis über das Erbrecht erteilte Erbschein, der eine Vermutung für das Erbrecht begründet und kraft des ihm zugunsten Dritter beigelegten öffentlichen Glaubens Legitimationskraft im Verkehr besitzt.

Literatur: Cosack, Der Besitz des Erben, 1877. Behrend, Anevang und Erbengewere, 1885.

§ 117. Haftung für die Nachlaßverbindlichkeiten. Nach älterem deutschen Recht waren, weil die Schulden nur als Passivbestandteile des Vermögens übergingen, nur solche Schulden vererblich, für die ein Gegenwert in das Vermögen gekommen war; somit z. B. nicht Schulden aus Delikt, Spiel, Schenkungsversprechen, Veräußerungsversprechen. Heute ist die Vererblichkeit der Schulden die Regel.

Eine Sonderung der Schulden ergibt sich aus ihrer Zugehörigkeit zu einer besonderen Vermögensmasse. Für die gemeinen Schulden haftete nach dem Recht des deutschen Mittelalters der Erbe nur mit der fahrenden Habe (Sachsensp. I a. 6 § 2). In süddeutschen Rechten früh und allgemein in den Städten wurde die Haftung der Grundstücke für alle Nachlaßschulden durchgeführt. Bis heute erhielt sich die Nichthaftung der Lehen und Stammgüter für Allodialschulden und dafür die Anerkennung besonderer Lehns- und Fideikommißschulden.

Stets haftete nach deutschem Recht der Erbe nur mit dem Nachlaß; eine persönliche Haftung lud er nur auf sich, wenn er unvorsichtig die Massen vermischte oder sonst Pflichten gegen die Gläubiger verletzte. Im gemeinen Recht drang das römische Prinzip der persönlichen Schuldenhaftung des Erben, abgeschwächt durch das beneficium inventarii, durch. Dagegen erhielt sich in Partikularrechten die beschränkte Erbenhaftung des deutschen Rechts. Auch nach dem BGB. haftet der Erbe an sich nur mit dem Nachlaß, muß aber zur Vermeidung persönlicher Haftung bestimmte Maßnahmen behufs Durchführung der beschränkten Haftung ergreifen (der Regel nach Nachlaßverwaltung oder Nachlaßkonkurs; dazu unter Umständen Gläubigeraufgebot und Inventarerrichtung).

Literatur: Stobbe, Jahrb. des gem. deutsch. R. V 293 ff. Lewis, Die Sukzession des Erben in die Obligationen des Erblassers, 1865. v. Freytagh-Loringhofen, Z. f. R.G. XL 92 ff., XLI 69 ff. Gierke, Schuld und Haftung, S. 90 ff.

§ 118. Miterben. Mehrere Erben (Ganerben) bilden nach deutschem Recht eine Gemeinschaft zur gesamten Hand; die einzelnen Rechte und Pflichten gehen ungeteilt auf die Miterben insgesamt über, jedem Miterben aber steht ein Anteil an der Erbschaft als einem Ganzen zu. Im gemeinen Recht drang das römische Recht durch, demzufolge die Miterben an den einzelnen Sachen Miteigentum nach Bruchteilen erlangen, Forderungen und Schulden aber sich von selbst im Verhältnis der Erbanteile spalten. Dagegen erhielt sich in Partikularrechten (besonders im Preuß. LR.) das deutsche Recht. Auch nach BGB. ist die Erbengemeinschaft eine Gemeinschaft zur gesamten Hand; nur über seinen Anteil an der Erbschaft im ganzen kann jeder Miterbe für sich (vorbehaltlich des oben § 80 I 4 erwähnten dinglichen Vorkaufsrechtes der anderen Miterben) verfügen.

Der Miterbe kann Teilung der Gemeinschaft verlangen. Doch war im älteren Recht vertragsmäßiger Ausschluß des Teilungsanspruches möglich und bei bäuerlichen Gemeinderschaften und ritterlichen Ganerbschaften (oben § 34) üblich. Auch nach BGB. kann die Teilung vertragsmäßig (vorbehaltlich des Teilungsanspruches aus wichtigem Grunde) oder durch Anordnung des Erblassers (auf 30 Jahre) ausgeschlossen werden. Aufgeschoben wurde das Recht auf Auseinandersetzung durch das Rechtsinstitut des Dreißigsten, das bis zum dreißigsten Tage nach dem Tode den Fortbestand des bisherigen Besitzstandes im Sterbehause sicherte; das

BGB. hat den Dreißigsten in Gestalt einer gesetzlichen Vermächtnisauflage zugunsten im Hause lebender Familienangehöriger aufgenommen (§ 1969). Eine besondere Teilungsart entsprang dem sächsischen Kürrecht, kraft dessen der ältere Miterbe die Teile zu machen, der jüngere zu wählen hat. Bei unteilbaren Sachen begegnet das Recht eines Miterben, die Sache auf ein Geld zu setzen, d. h. einen Schätzungspreis zu bestimmen, für den er die Sache dann nehmen oder überlassen muß. Das BGB. kennt gesetzliche Übernahmerechte für den Ehegatten oder die Kinder (bei Landgütern nach dem Ertragswert). Unter Nachkommen galt nach deutschem wie römischem Recht eine Ausgleichungspflicht wegen des Vorausempfangenen; sie ist im BGB. unter Einwirkung des deutschen Rechts geregelt.

Literatur: Oben zu § 34. Homeyer, Der Dreißigste, 1864. Hübner § 105.

Kapitel II. Die gesetzliche Erbfolge.

§ 119. Verwandtenerbfolge. Grundlage der gesetzlichen Erbfolge ist vor allem die Blutsfreundschaft. Nach dem Recht des deutschen Mittelalters mußte sie durch rechte Ehe vermittelt sein. Doch erlangten uneheliche Kinder früh ein Erbrecht gegen die Mutter (anders noch Sachsensp. I a. 51 § 2) und nach der Rezeption auch gegen die Verwandten der Mutter (anders noch Preuß. LR.). Dagegen haben sie das vielfach errungene subsidiäre Erbrecht gegen den Vater wieder eingebüßt (auch Brautkinder). Das deutsche Recht forderte ferner Ebenbürtigkeit mit dem Erblasser, was sich nur im hohen Adel erhalten hat. Es berief schließlich Verwandte nur bis zu einem bestimmten (meist dem siebenten) Gliede; Partikularrechte hielten an einer Erbrechtsgrenze fest (das österreichische Recht beruft nur 6, das neue schweizerische Recht nur 3 Parentelen); das BGB. kennt gleich dem gemeinen Recht keine Grenze.

Die Reihenfolge, in der die Verwandten berufen werden, bestimmte sich im allgemeinen nach der Parentelenordnung, die freilich durch den Einfluß der Hausgemeinschaft und die damit zusammenhängende Unterscheidung eines engeren und eines weiteren Erbenkreises vielfach abgewandelt wurde, aber überall als Grundprinzip durchschimmert. Die Parentelenordnung, deren Geltung im älteren Recht freilich bis heute von angesehenen (unter sich wieder uneinigen) Germanisten bestritten wird, überwiegend aber anerkannt ist, erhielt sich gegenüber der im gemeinen Recht durchgedrungenen Justinianischen Erbfolgeordnung in einzelnen Partikularrechten, wirkte auf neuere Gesetze (auch auf das Preuß. LR.) ein und wurde zuerst vom Österr. GB. wiederhergestellt. Das BGB. hat sie zu gemeinem deutschen Recht erhoben. Die Parentelenordnung knüpft an die Gliederung der Sippe in Parentelen (oben § 98) an und beruht somit auf der Ausgestaltung aller Erbfolge als Nachkommenfolge; das Erbe fließt abwärts wie das Blut, es „klimmt nicht" oder klimmt doch nicht höher, als erforderlich ist, um wieder einen Erben zu finden. Darum sind, solange Verwandte einer näheren Parentel des Erblassers vorhanden sind, die Verwandten jeder ferneren Parentel ausgeschlossen; die Nachkommen gehen allen anderen Verwandten, die Eltern, Geschwister, Geschwisterkinder usw. den Großeltern und deren Nachkommen, diese den Urgroßeltern und deren Nachkommen vor und so fort. Innerhalb der nächsten Parentel ist der dem Erblasser nächststehende Verwandte berufen. Dabei war ursprünglich dem deutschen Recht ein Eintrittsrecht unbekannt; auch in der ersten Parentel wurden die Nachkommen verstorbener Kinder durch lebende Kinder ausgeschlossen und mehrere Enkel oder Urenkel nach Köpfen berufen. Allmählich aber wurde die (aus der Sitte der Abfindung heiratender Kinder erklärliche, in vielen Fällen jedoch als unbillig empfundene) Zurücksetzung der Enkel überwunden und das Eintrittsrecht, nachdem es unter Otto I. durch ein Gottesurteil zunächst für Sohnessöhne erkämpft war, unter Nachkommen allgemein durchgeführt. Später drang das Eintrittsrecht auch in die zweite Parentel ein, in der es jedoch oft nur beschränkt galt (so entschied ja auch für das gemeine Recht der Speierer RA. von 1529 § 31, wenn nur Geschwisterkinder erben, für Kopfteilung). Das Österr. GB. dehnt das Eintrittsrecht auf alle Parentelen aus. Nach BGB. gilt das Eintrittsrecht in den drei ersten Ordnungen; in allen drei wird nach Stämmen, in der zweiten und dritten auch nach Linien geteilt. Dagegen entscheidet von der vierten Ordnung an lediglich Gradesnähe.

Abwandlungen der Parentelenordnung ergaben sich: 1. aus dem Geschlechts-

vorzuge. Schon nach den Volksrechten waren die Weiber erbberechtigt, überall aber (außer bei den Westgoten) zurückgesetzt. Bei manchen Stämmen war das liegende Gut überhaupt (l. Sal. 59) oder doch zunächst (l. Angl. et Wer. 1) dem Mannesstamme vorbehalten; dies schränkte sich später auf Stammgüter ein und gilt noch heute bei Haus- und Stammgütern und regelmäßig bei Familienfideikommissen. Bei vielen Stämmen gingen überhaupt im engsten Erbenkreise unter gleich nahen Erben die Männer vor, so daß (abgesehen von der Gerade) Söhne vor Töchtern, der Vater vor der Mutter, Brüder vor Schwestern erben, dagegen das näher berufene Weib stets den entfernteren Mann ausschließt und im ferneren Kreise das Geschlecht unerheblich ist (Sachsensp. I a. 17). Zuerst in den Städten und seit dem 14. Jahrhundert allgemein drang die Gleichstellung der Töchter mit den Söhnen usw. im gemeinen Erbrecht durch; nur bei der Erbfolge in Bauergüter erhielt sich der Geschlechtsvorzug unter gleich nahen Erben. Nach manchen Rechten (z. B. fries. u. schweizer.) empfingen die Männer einen größeren Erbteil als die Weiber; so noch nach dem Zürch. GB. bis zur Revision von 1887. 2. Ein Altersvorzug unter gleich nahen Erben war dem deutschen Recht ursprünglich fremd und wurde nur langsam bei der Sondererbfolge im Adels- und Bauernrecht entwickelt; schon im frühen Mittelalter vererbte, wie es scheint, bei den Sachsen das als „Handgemal" bezeichnete Stammgut eines schöffenbar freien Geschlechts ungeteilt auf den Ältesten im Mannesstamme. 3. Aus der Parentelenordnung ergab sich der Schoßfall, d. h. der Vorrang der Eltern vor den Geschwistern („Das Kind fällt in der Mutter Schoß"); er erhielt sich vielfach nach der Rezeption (auch im Preuß. LR.); nach dem BGB. gilt er, wenn beide Eltern leben, während, wenn eines von ihnen verstorben ist, dessen Nachkommen kraft Eintrittsrechts miterben. Ebenso werden in den ferneren Parentelen zunächst die Stammhäupter, jedoch nach dem BGB. in der zweiten Ordnung Großeltern nur zusammen mit den Nachkommen weggefallener Großeltern und erst in der vierten Ordnung Urgroßeltern allein berufen. Vereinzelt ist aus der Ausdehnung des Schoßfalls ein der Parentelenordnung widersprechender Vorrang aller Aszendenten vor Seitenverwandten hervorgegangen. Bisweilen aber werden umgekehrt die Aszendenten von der Erbfolge ausgeschlossen oder hinter den Seitenverwandten zurückgesetzt. 4. In fränkischen Gegenden galt vielfach das Fallrecht, kraft dessen bei kinderlosen Ehen die Liegenschaften nach dem Tode des überlebenden Ehegatten an die Sippe, von der sie herstammten, zurückfielen. Dies wurde oft zu einem allgemeinen Rückfall der Güter an die Vater- oder Muttermagen erweitert (paterna paternis, materna maternis), in französ. Coutumes und im Code civ. aber in Hälftenteilung zwischen Vater- und Muttermagen verwandelt. Nach dem BGB. ergibt sich in der dritten Ordnung aus Linienteilung und Eintrittsrecht das gleiche. Im langob. und alemann. R. begegnet umgekehrt ein Vorzug der Vatermagen vor den Muttermagen, der sich in schweizer. Rechten erhielt. 5. Halbbürtige Verwandschaft steht nach manchen Quellen unter Geschwistern (Sachsensp. II a. 20 § 1), nach anderen unter Seitenverwandten überhaupt hinter vollbürtiger Verwandtschaft um einen Grad zurück. Nach dem BGB. bringt in der zweiten und dritten Ordnung das Eintrittsrecht eine ungleiche Behandlung vollbürtiger und halbbürtiger Verwandter mit sich. 6. Die wichtigsten Abwandlungen der Parentelenordnung bewirkt der Einfluß der Abschichtung aus der Hausgemeinschaft (oben § 109 u. 110).

Literatur: Majer, Germaniens Urverfassung (Entdeckung der Parantelenordnung), 1798; Teutsche Erbfolge, 1805. Homeyer, Die Stellung des Sachsensp. zur Parentelenordnung, 1860. Brunner, Das anglonormannische Erbfolgesystem, 1870. Kohler, Zur Lehre von der Parentelenordnung, 1875. Miller, Das langobard. Erbrecht, Z. f. R.G. XII 430 ff. Pappenheim, Forsch. zur deutsch. Gesch. XXIII 618 ff. Rosin, Z. f. d. P. u. ö. R. d. G. XXVIII 341 ff. Hübner §§ 106—107. — Wasserschleben, Das Prinzip der Sukzessionsordn., 1860; Die germanische Verwandtschaftsberechnung, 1864; Das Prinzip der Erbenfolge, 1870. Siegel, Die germanische Verwandtschaftsberechnung, 1853. v. Amira, Erbenfolge und Verwandtschaftsgliederung nach den niederdeutschen Rechten, 1874. Schanz, Die Erbfolgeordnung des Sachsensp. u. das Magd. R., 1883. G. Seelig, Die Erbfolgeordn. des Schwabensp., 1890. Ficker, Untersuchungen zur Erbenfolge der ostgerm. R., Bd. I—IV, V_1 u. VI, 1891/1904. v. Schwerin S. 98 ff. — Rosin, Commentatio ad tit. l. Sal. 59 de alode, 1875. O. Opet, Die erbrechtliche Stellung der Weiber zur Zeit der Volksrechte, 1888. Brunner, Z. f. R.G. XXXIV 1 ff. — H. Schulze, Das Recht der Erstgeburt, 1854. Homeyer, Über die Heimat nach altdeutsch. R., insbesondere über das Hantgemal, 1852. Sohm, Über das Handgemal, Z. f. R.G. XLIII 193 ff. Frommhold, Beiträge zur Geschichte der

Einzelerbfolge im deutsch. Privatr. (Unters. H. 33), 1883. — Gál, Die Ausschließung der Aszendenten von der Erbfolge und das Fallrecht (Unters. H. 72), 1904. — E. Heymann, Die Grundzüge der Verwandtenerbfolge nach dem Entw. des BGB., 1896.

§ 120. **Eheliche Erbfolge.** Das deutsche eheliche Güterrecht sorgte stets dafür, daß der überlebende Ehegatte mehr empfing, als seine Erben empfangen hätten, wenn er zuerst gestorben wäre. Manche eherechtlichen Vorteile wurden frühzeitig erbrechtlich aufgefaßt, andere nach der Rezeption in erbrechtliche Vorteile verwandelt. Seitdem das röm. R. mit seiner kümmerlichen Bedenkung des überlebenden Ehegatten (bonorum possessio unde vir et uxor und Quart der armen Witwe) als gemeines Recht galt, bezeichnete man das in allen Partikularrechten anerkannte stärkere Erbrecht des Ehegatten als successio conjugum statutaria oder statutarische Portion. Die neueren deutschen Gesetzbücher gewähren meist dem überlebenden Ehegatten ein vom ehelichen Güterrecht unabhängiges gesetzliches Erbrecht. Das BGB. erhebt es zu gemeinem Recht. Die eheliche Erbfolge, die nach dem bisherigen Recht bald Gesamtnachfolge in einen Anteil oder das Ganze, bald Sondernachfolge in einen Nießbrauch an einem Anteil oder am Ganzen war, ist nach BGB. stets Gesamtnachfolge. Der Ehegatte erbt neben Nachkommen (ohne Rücksicht auf die bisher meist erhebliche Kinderzahl) ein Viertel, neben Verwandten der zweiten Ordnung oder neben Großeltern die Hälfte nebst den kraft gesetzlichen Vorausvermächtnisses ihm gebührenden Haushaltungsgegenständen und Hochzeitsgeschenken, darüber hinaus das Ganze. Doch ist das eheliche Erbrecht nicht, wie regelmäßig die statutarische Portion, im ganzen Umfange unentziehbar; vielmehr hat der Ehegatte nur einen Pflichtteilsanspruch auf die Hälfte, der ihm aus den Ehescheidungsgründen entzogen werden kann. Durch Ehescheidung wird das Erbrecht auch für den schuldlosen Teil zerstört.

§ 121. **Heimfallsrechte.** In Ermangelung eines berufenen Erben galten im deutschen Recht Heimfallsrechte, aus denen zum Teil gesetzliche Erbrechte hervorgingen. An den Grundstücken im Markenverbande war ursprünglich nur ein Erbrecht der männlichen Nachkommen anerkannt, in deren Ermangelung der Heimfall an die Gemeinde (die vicini) eintrat; allmählich wurde das Erbrecht erweitert und das Heimfallsrecht der Gemeinde eingeschränkt und zuletzt beseitigt. An den Gütern im hofrechtlichen Verbande blieb das Erbrecht stets durch herrschaftliche Heimfallsrechte beim Fehlen naher Erben beschränkt; überdies hatte der Herr vielfach einen aus persönlichen Hörigkeitsverhältnissen herrührenden Anteil an der vererbten Fahrnis in Gestalt des Besthauptes oder eines Sterbefalls zu beanspruchen. Auch gesetzliche Erbrechte von Körperschaften am Vermögen ihrer Mitglieder entwickelten sich; heute noch haben einzelne juristische Personen ein Erbrecht am Nachlasse der von ihnen verpflegten oder unterstützten Personen (EG. a. 139). — Soweit ein näheres Anrecht nicht bestand, fiel erbloser Nachlaß an den König. Später kam das Recht auf den erblosen Nachlaß an die Gerichtsherren und wurde sehr zersplittert. Nach der Rezeption wurde es mehr und mehr mit der Landeshoheit verknüpft und steht heute dem einzelstaatlichen Fiskus zu. Doch haben einzelne Städte und Körperschaften es kraft Privilegs behauptet (vgl. EG. a. 140). Im BGB. ist das Heimfallsrecht als ein echtes gesetzliches Erbrecht ausgestaltet; nur kann der Fiskus nicht ausschlagen, gilt also stets, wenn andere Erben fehlen oder wegfallen, als endgültiger Erbe vom Augenblicke des Erbfalles an.

Literatur: Gierke, Erbrecht und Vicinenrecht im Edikt Chilperichs, Zeitschr. f. R.G. XII 430 ff. Brunner, Zur Geschichte der ältesten german. Erbschaftssteuer (in Festschr. f. v. Martitz), 1911. Tomaschek, Das Heimfallsrecht, 1882. Hübner § 109.

Kapitel III. Gewillkürte Erbfolge.

§ 122. **Vergabungen von Todes wegen.** Das älteste deutsche Recht kannte eine künstliche Erbenschaffung durch gerichtliche Ansippung unter gleichzeitiger Übertragung bedingter Gewere am Vermögen oder einem Vermögensteil. So die zu Händen eines Salmannes vollzogene fränkische Affatomie oder Anbusung (L. Sal. 16, Rib. 48, 49, Marculf II 13) und die langobardische thingatio (Ed. Rothar. 171, 173, 174). Hieraus entwickelte sich, indem die familienrechtliche Seite verschwand, die rein sachenrechtliche Vergabung von Todes wegen.

Sie wurde gleichfalls durch bedingte Investitur eines Grundstücks oder des ganzen Vermögens und oft unter Verwendung von Salmannen vollzogen. Die gesetzlichen Erben waren gegen Verletzung ihres Wartrechts durch ihr Beispruchsrecht geschützt. Die Vergabung von Todes wegen war ein Rechtsgeschäft unter Lebenden mit Wirkung für den Todesfall. Entweder wurde sofortige (oft durch einen kleinen Anerkennungszins betätigte) Eigengewere mit Vorbehalt der Leibzucht eingeräumt oder nur anwartschaftliche Eigengewere, die mit dem Tode des Vergabenden in Wirksamkeit treten sollte, übertragen. Die Vergabungen von Todes wegen, die namentlich auch als gegenseitige Vergabungen vorkommen, waren noch im 16. Jahrhundert allgemein üblich. Dann gingen sie entweder in Erbverträge oder (durch Vermittelung von Widerrufsvorbehalten) in Testamente über. Nur im Bauernrecht blieben sie in einzelnen Landschaften als Gutsabtretung mit Vorbehalt der lebenslänglichen Herrschaft gebräuchlich (Seuff. XXXVII Nr. 51, XLV Nr. 198, XLVI Nr. 34).

Literatur: Pappenheim, Launegild und Garethinx (Unters. H. 14), 1882. R. Schmidt, Die Affatomie der l. Salica, 1891. F. Schupfer, Thinx e Affatomia, 1892. R. Hübner, Die donationes post obitum und die Schenkungen mit Vorbehalt des Nießbrauchs (Unters. H. 26), 1888; Grundz. § 110.

§ 123. **Erbverträge.** Eine vertragsmäßige Begründung von Erbrecht wurde schon im Mittelalter durch Eheverträge und Einkindschaftsverträge mittelbar herbeigeführt. In Süddeutschland nahmen auch die Vergabungen von Todes wegen frühzeitig die Natur von erbrechtlichen Verträgen an. Allgemein wurden solche Vergabungen von der Jurisprudenz als Erbverträge aufgefaßt und anfangs bekämpft, schließlich aber anerkannt und demgemäß umgebildet. So wurden die Erbverträge ein gemeinrechtliches Institut. Auch die neueren Gesetzbücher lassen sie zu (der Code freilich nur bei Gelegenheit von Eheverträgen zum Vorteil der Ehegatten und ihrer Kinder, das Österr. GB. nur unter Ehegatten). So auch das BGB. und das Schweiz. ZGG.

Seinem rechtlichen Wesen nach ist der Erbvertrag eine vertragsmäßige Verfügung von Todes wegen; zum Unterschiede vom Testament ist er keine „letztwillige" Verfügung, sondern bindender Vertrag; zum Unterschiede von der Vergabung hat er nicht sachenrechtliche, sondern erbrechtliche Wirkungen.

Der Abschluß setzt auf seiten des Erbgebers die Fähigkeit, sich vertragsmäßig zu verpflichten, und die Fähigkeit, von Todes wegen zu verfügen, auf seiten des Erbnehmers Erwerbsfähigkeit voraus. Der Erbvertrag, der gemeinrechtlich formfrei war, bedarf nach BGB. gerichtlicher oder notarieller Testamentsform.

Inhaltlich kann der Erbvertrag als Erbeinsetzungsvertrag Erbrecht schaffen oder sichern; er kann einseitiges Erbrecht eines Vertragsteils oder gegenseitiges Erbrecht oder Erbrecht eines Dritten begründen; er kann bedingtes, befristetes oder beliebig beschwertes Erbrecht herstellen. Der Erbvertrag kann aber auch als Vermächtnisvertrag einen bloßen Vermächtnisanspruch begründen; der Vermächtnisvertrag hat die römische Schenkung von Todes wegen verdrängt. Der Vertragserbe kann eine Gegenleistung (z. B. lebenslängliche Verpflegung) zusagen. Im Erbvertrage können auch einseitige Verfügungen (z. B. Ernennung eines Vormundes oder Pflichtteilsentziehung) getroffen werden, die aber widerruflich bleiben.

Die Wirkung des Erbvertrages ist Schaffung eines vertragsmäßigen Erbrechtes, das der Erbgeber, soweit er sich dies nicht vorbehalten hat, einseitig nicht entziehen, belasten oder schmälern kann. In der Verfügung über sein Vermögen durch Rechtsgeschäfte unter Lebenden bleibt er unbeschränkt; doch gewährt das bisherige Recht dem Vertragserben ein Anfechtungsrecht gegenüber arglistigen Schenkungen, das BGB. einen Bereicherungsanspruch gegen den Beschenkten. Mit dem Tode des Erbgebers tritt das bedungene Erbrecht in gleicher Weise wie auf Grund letztwilliger Verfügung ein.

Die Aufhebung des Erbvertrages erfolgt durch Vertrag in gleicher Form (unter Ehegatten auch durch wechselseitiges Testament); durch einseitigen Rücktritt kraft Vorbehalts oder eines gesetzlichen Rücktrittsgrundes; durch Tod des Vertragserben vor dem Erbfalle, da das Erbrecht unvererblich ist; unter Verlobten auch durch Auflösung des Verlöbnisses, unter Ehegatten durch Nichtigkeitserklärung der Ehe und durch Ehescheidung.

Als Erbverträge wurden auch die Erbverbrüderungen zwischen hochadligen Häusern — ursprünglich durch ständige Verbrüderung mit gegenseitiger Vergabung begründete Gemeinschaften zur gesamten Hand, denen anwartschaftliche Anfallsrechte entsprangen — seit der Rezeption mehr und mehr aufgefaßt und eingekleidet. Ihre Besonderheit liegt darin, daß die Häuser als solche einander ein Erbrecht einräumen. Der Erbfall tritt also erst ein, wenn eines der Häuser im Mannesstamme erlischt. Das verbrüderte Haus sukzediert in dem nach Maßgabe seines eigenen Hausrechtes berufenen Haupte.

Literatur: G. Beseler, Die Lehre von den Erbverträgen, 1835/40.

§ 124. **Erbverzichte.** Der Erbverzicht, der im ältesten deutschen Recht nur als Bestandteil einer feierlichen Absippung begegnet (l. Sal. 60), war schon im Mittelalter zu einem selbständigen Rechtsgeschäft, dem gerichtlichen „Verloben" des Erbes, ausgebildet (Sachsensp. I a. 13). Nach der Rezeption wurde er zuerst angefochten, dann aber als eine Art des Erbvertrages gemeinrechtlich zugelassen. Alle deutschen Gesetzbücher und mit ihnen das BGB. erkennen ihn an. Dagegen schließt ihn der Code civ. (a. 791) schlechthin aus.

Der Abschluß des Erbverzichtes erfolgt durch Vertrag zwischen dem Erblasser und dem Erben. Nicht nur auf gesetzliches Erbrecht, sondern auch auf Erbrecht oder Vermächtnis aus Testament oder Erbvertrag (hier aber nur seitens eines bedachten Dritten) kann verzichtet werden. Nach gemeinem Recht und den meisten Partikularrechten formfrei, fordert der Erbverzicht nach BGB. gerichtliche oder notarielle Form. Wird der Verzicht gegen eine Abfindung erklärt, so wird die Abfindung nicht als Erbteil, sondern aus besonderem Titel unter Lebenden erworben.

Die Wirkung ist erbrechtlich: der Verzicht zerstört das Erbrecht. Doch kann diese Wirkung auf den Fall des Erbewerdens bestimmter anderer Personen beschränkt werden; der Verzicht eines Abkömmlings gilt im Zweifel stets nur als Verzicht zugunsten der anderen Abkömmlinge und des Ehegatten. Der Verzicht auf das gesetzliche Erbrecht schließt den auf das Pflichtteilsrecht ein; möglich ist auch Verzicht auf das Pflichtteilsrecht allein. Während nach gemeinem Recht der Verzicht nicht auf das Erbrecht der Nachkommen erstreckt werden konnte, ist nach BGB. wie nach den meisten Partikularrechten eine solche Erstreckung nicht nur zulässig, sondern in dem Verzicht eines Abkömmlings auf sein gesetzliches Erbrecht im Zweifel stets zu finden. Der Verzicht auf eine Zuwendung aus Verfügung von Todes wegen wirkt immer nur für die einzelne Verfügung.

Die Erbverzichte adliger Töchter nahmen bei dem hohen Adel und der Reichsritterschaft durch die Einwirkung der Familienautonomie Besonderheiten an. Seit dem 13. Jahrhundert als Mittel benutzt, um die vordringende Gleichstellung der Töchter abzuwehren, wurden sie nach der Durchsetzung der Erbfolge des Mannesstammes zu mehrerer Sicherheit beibehalten. Die Töchter wurden nun verpflichtet, bei der Verheiratung eine Verpflichtungsurkunde auszustellen. Dieser „notwendige" Verzicht ist an sich überflüssig (filia non renuncians pro renunciata habetur); mit ihm kann sich aber ein „freiwilliger" Verzicht (z. B. auf Muttergut) verbinden. Die Erbverzichte der adligen Töchter wirkten stets auch für die Nachkommen. Meist lauten sie aber nicht absolut, sondern nur zugunsten des Mannsstammes („bis auf den ledigen Anfall"). Tritt der Fall ein, in dem Spindelmagen berufen werden, so entsteht die vielerörterte Frage, die nicht nur zahlreiche Prozesse, sondern auch blutige Kriege entfacht hat, ob die Erbfolge auf den Regredienterben (den Nächstberufenen vom Stamme der verzichtenden Tochter) zurückspringt oder der Erbtochter (der Tochter oder dem sonstigen nächsten Verwandten des letzten Besitzers) gebührt. Die Entscheidung ist im allgemeinen zugunsten der Erbtochter gefallen. In der Tat können Vorbehalte bei notwendigen Verzichten den regelmäßigen Erbgang nicht hindern. Bei freiwilligen Verzichten kommt es auf Willensauslegung an; im Zweifel aber ist auch hier Regredienterbschaft nicht als gewollt anzusehen.

Literatur: Reyscher, Die Erbverzichte der adligen Töchter, Z. f. D. R. XV 1 ff. v. Neurath, Von der Regredienterbschaft, 1807. R. Friedrich, Die Sukzession der Regredienterbin und Erbtochter, 1884.

§ 125. **Testamente.** Letztwillige Verfügungen begegnen im deutschen Recht zuerst in Gestalt der Seelgeräte (Verfügungen pro anima, Gottesgaben), durch die der Erblasser einen

Teil der Fahrnis der Kirche oder einer milden Stiftung zuwandte. Sie wurzeln in dem alten Totenteil, der einst dem Toten selbst anfiel und für ihn verwandt oder mit ihm begraben oder verbrannt wurde, dann aber als Seelenteil die Bestimmung empfing, für sein Seelenheil zu dienen. Darum mußten die Erben die Verfügung über den Seelenteil anerkennen; vielfach erheilt sich die Anschauung, daß auch ohne Verfügung „der Seele ihr Teil" gebühre (Schwabensp. (L.) c. 165). In der zweiten Hälfte des Mittelalters wurden darüber hinaus einseitige und widerrufliche Verfügungen von Todes wegen in Gestalt vor Gericht oder Rat errichteter „Geschäfte" oder „Gemächte" als rechtsverbindlich anerkannt; doch ließen auch sie den gesetzlichen Erbgang unberührt und legten nur den Erben einzelne Vermächtnisse auf. Im weiteren Umfange als das weltliche Recht suchte das kirchliche Recht den Testamenten, für die es eine kanonische Form (coram parocho et duobus testibus) ausbildete, Anerkennung zu verschaffen. In das weltliche Recht fanden Testamente im römischen Sinne erst mit der Rezeption Eingang. Dem heutigen Recht liegt das römische Testamentsrecht zugrunde, das aber wesentliche Abwandlungen erfahren hat.

Gegenüber der gesetzlichen Erbfolge greift im Gegensatz zu dem römischen Satze „nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest" die Erbfolge aus Testament nur soweit Platz, als letztwillig verfügt ist; ein Anwachsungsrecht gilt nur unter den auf einen gemeinschaftlichen Erbteil eingesetzten Erben und bei ausdrücklicher Ausschließung der gesetzlichen Erbfolge.

Als Testamentsform wurde im gemeinen Recht das römische Privattestament rezipiert, im Leben aber fast verdrängt durch die deutsche gerichtliche Form (persönliche Erklärung des letzten Willens vor Gericht oder persönliche Übergabe eines offenen oder versiegelten Schriftstücks mit der Erklärung, daß dieses den letzten Willen enthalte). Die gerichtliche Form wurde in manchen Partikularrechten (z. B. im Preuß. LR.) zur alleinigen ordentlichen Testamentsform erhoben. Anderswo wurde ihr die notarielle Form gleichgestellt. Das BGB. hat die gerichtliche und die notarielle Form als gleichwertige öffentliche Testamentsformen ausgestaltet. Daneben aber hat es nach dem Vorgange des französischen und österreichischen Rechts die private Form des eigenhändigen (d. h. eigenhändig geschriebenen, unterschriebenen und datierten) Testaments eingeführt. Von den außerordentlichen Testamentsformen ist namentlich das bei Gefahr im Verzuge zulässige Testament vor dem Gemeindevorsteher und zwei Zeugen deutschen Ursprungs. Daneben ist das Testament an abgesperrten Orten (mündlich vor drei Zeugen), das Militärtestament und das Schiffstestament erleichtert.

Für den Inhalt des Testaments war nach gemeinem wie römischem Recht eine Erbeseinsetzung wesentlich. Während das Preuß. LR. und das Österr. GB. hieran noch festhielten, ohne freilich viel mehr als einen Namensunterschied zwischen „Testamenten" und „Kodizillen" zu machen, behandelt das BGB. nach dem Vorgange deutscher Partikularrechte und des französischen Rechts alle letztwilligen Verfügungen mit und ohne Erbeseinsetzung gleichmäßig als „Testamente". Die Erbeseinsetzung durch Testament wie Erbvertrag beruft zur Gesamtnachfolge in den Nachlaß oder einen Bruchteil desselben. Sie kann aber im Gegensatz zum römischen Recht nicht nur aufschiebend, sondern auch auflösend bedingt oder befristet sein, so daß anstatt der fideikommissarischen Substitution die Einsetzung eines „Nacherben" hinter dem „Vorerben" möglich ist und die gesetzlichen Erben, wenn die Erbeseinsetzung aufschiebend bedingt oder befristet ist, als Vorerben, wenn sie auflösend bedingt oder befristet ist, als Nacherben eintreten. Doch ist die Bindung des Nachlasses zwar nicht hinsichtlich der Zahl der Nachberufungen, wohl aber zeitlich (30 Jahre oder längere Lebensdauer der Beteiligten) beschränkt. Das Vermächtnis begründet nach dem BGB. immer nur eine Forderung gegen den Erben (kein Vindikationslegat). Aus der Auflage entspringt eine Klage auf Vollziehung, bei öffentlichem Interesse auch für die zuständige Behörde.

Mit dem römischen Recht wurde dessen Noterben- und Pflichtteilsrecht in das gemeine Recht aufgenommen. Die Gesetzbücher schafften das formelle Noterbenrecht ab und kennen nur ein materielles Pflichtteilsrecht. Nach BGB. steht ein solches den Nachkommen, Vorfahren und Ehegatten, nicht mehr, wie nach gemeinem Recht bei Bevorzugung einer persona turpis und nach Preuß. LR. unbedingt, Geschwistern zu. Der Pflichtteil wurde gegenüber dem gemeinen Recht vielfach erhöht; nach BGB. beträgt er stets die Hälfte des

gesetzlichen Erbteils. Der Pflichtteilsberechtigte hat nach BGB., wie dies auch für das Preuß. LR. angenommen wurde (RGer. XXI Nr. 50), lediglich eine reine Geldforderung in Höhe des Wertes der Erbteilsquote. Die Entziehung oder Schmälerung des Pflichtteils kann nur aus bestimmten Gründen durch letztwillige Verfügung erfolgen. — Näher an das germanische Recht schließen sich das französische Gesetzbuch (a. 713 sq.) und schweizerische Gesetze (jetzt ZGB. a. 470 ff.) an, indem sie dem Erblasser überhaupt nur die Verfügung über den nicht den nächsten Erben vorbehaltenen „verfügbaren Teil" gestatten, so daß der Pflichtteilsberechtigte, wenn er nicht aus einem gesetzlichen Grunde enterbt ist, immer Miterbe ist.

Literatur: Brunner, Der Totenteil in germanischen Rechten, Z. f. R.G. XXXII 107 ff.; Das rechtliche Fortleben der Toten bei den Germanen, 1907. Gál, Z. f. R.G. 225 ff. Bartsch, Seelgerätsstiftungen im 14. Jahrh. (in Festgabe f. v. Amira), 1908. Auffroy, Évolution du testament en France, 1899. v. Wyß, Z. f. schweiz. R. XIV 68 ff. K. Thomas, Das kanonische Testament, 1897. O. Loening, Das Testament im Gebiet des Magdeb. Stadtr. (Unters. H. 82), 1906.

§ 126. **Gemeinschaftliche Testamente.** Als ein Zwischengebilde zwischen Erbvertrag und Testament entwickelten sich die gemeinschaftlichen Testamente, die besonders unter Ehegatten üblich wurden und nach BGB. (wie nach Preuß. LR. und Österr. GB.) überhaupt nur unter Ehegatten zulässig sind. Das gemeinschaftliche Testament, das nur einfacher Testamentsform bedarf, ist wechselseitig, wenn die Erblasser einander zu Erben einsetzen oder sonst bedenken; gewöhnlich treffen sie dann zugleich Verfügungen über den Nachlaß für den zweiten Todesfall, wobei im Zweifel anzunehmen ist, daß der für diesen Fall eingesetzte Erbe hinsichtlich des Gesamtnachlasses Erbe des Letztlebenden sein und ebenso ein für diesen Fall ausgesetztes Vermächtnis erst mit dem Tode des Letztlebenden anfallen soll. Das gemeinschaftliche Testament ist korrespektiv, wenn die beiderseitigen Verfügungen voneinander abhängig sein sollen, wofür beim wechselseitigen Testament die Vermutung spricht. Dann wird mit der Nichtigkeit oder dem Widerruf der einen Verfügung auch die andere hinfällig. Der Widerruf seitens eines jeden Testators ist zulässig, solange beide Testatoren leben. Nach dem Tode des einen kann der andere widerrufen, wenn er ausschlägt. Sobald er aber auf Grund der Verfügung des Verstorbenen endgültig Erbe geworden ist oder einen anderen erbrechtlichen Vorteil erlangt hat, ist er auch an die eigenen Verfügungen (vorbehaltlich eines Entziehungsrechts aus den Pflichtteilsentziehungsgründen) gebunden.

Literatur: Hasse, Rheinisches Museum II u. III. E. Demuth, Die wechselseitigen Verfügungen von Todes wegen nach alemannisch-zürch. R. (Unters. H. 65), 1901.

§ 127. **Testamentsvollstrecker.** Die Salmannen oder Treuhänder, deren man sich bei den Vergabungen von Todes wegen bediente, wurden auch bei den Seelgeräten und Gemächten beibehalten und verwandelten sich hier in Testamentsvollstrecker (testamentarii, executores, viceheredes), die vom Erblasser die erforderliche Rechtsmacht empfingen, um seine Anordnungen den Erben gegenüber durchzuführen. Das kanonische Recht begünstigte ihre Ernennung, unterstellte sie aber bischöflicher Oberaufsicht. Das Institut der Testamentsvollstrecker blieb auch nach der Aufnahme des römischen Testaments mit seiner Erbeseinsetzung lebendig und wurde in alle neueren Gesetzbücher und so auch ins BGB. aufgenommen.

Über das rechtliche Wesen der Testamentsvollstreckung wird seit langer Zeit gestritten. Romanisierende Theorien, die vielfach auf die Gesetze einwirkten und zum Teil das Institut verkümmerten, stempelten die Testamentsvollstrecker zu Vertretern der Erben. Diese Stellung gründete man bald auf ein ausnahmsweise über den Tod hinaus wirkendes Mandat des Erblassers, bald auf eine gesetzliche Vertretungsmacht, die man mit der des Vormundes verglich („executores ultimarum voluntatum tutoribus aequiparantur") oder neuerdings im Sinne eines besonderen Amtes konstruierte. Demgegenüber machten zuerst Germanisten (bes. Beseler) geltend, daß der Testamentsvollstrecker vielmehr ein erbrechtlicher Vertreter des Erblassers auch gegenüber den Erben sei. Andere machten ihn zum Vertreter des Nachlasses. In der Tat ist der Testamentsvollstrecker ein vom Erblasser als Organ seines Willens bestellter Vertrauensmann mit eigenem und selbständigem Machtbereich. Er ist aber überhaupt kein Vertreter im technischen Sinne, sondern auch heute ein Treuhänder im Sinne des germanischen

Rechts. Als solcher übt er ein eigenes Recht in eigenem Namen, jedoch in fremdem Interesse aus (oben § 16). Die ihm zu diesem Behuf durch Verfügung von Todes wegen eingeräumte Rechtsmacht ist begrenzt und gebunden, gewährt aber innerhalb ihres Bereiches nach dem BGB. ein dingliches Recht am Nachlasse.

Die Berufung zum Testamentsvollstrecker erfolgt unmittelbar oder mittelbar durch letztwillige Verfügung des Erblassers, bedarf aber der Annahme. Mehrere sind im Zweifel zu gesamter Hand berufen.

Auch der Wirkungsbereich des Testamentsvollstreckers richtet sich in erster Linie nach dem Willen des Erblassers. Im Zweifel hat er nicht bloß für die Ausführung der Anordnungen des Erblassers zu sorgen und die Auseinandersetzung unter Miterben herbeizuführen, sondern auch bis zur Erledigung dieser Aufgaben den Nachlaß zu verwalten. Der Erblasser kann ihm aber einen engeren Wirkungskreis (z. B. nur die Ausführung eines Vermächtnisses oder einer Stiftung) anweisen oder einzelne Befugnisse entziehen oder umgekehrt seine Befugnisse erweitern (z. B. durch Einräumung schiedsrichterlicher Macht oder des Rechts zur Bestimmung von Vermächtnissen). Insbesondere kann ihm die dauernde Verwaltung (jedoch nicht über 30 Jahre oder bis zu des Erben oder dem eigenen Tode) auch nach Erledigung der anderen Aufgaben übertragen werden. Soweit ihm die Verwaltung zusteht, kann er den Nachlaß in Besitz nehmen, über Nachlaßgegenstände (nur nicht unentgeltlich) verfügen und die Nachlaßrechte gerichtlich geltend machen, während dem Erben diese Befugnisse fehlen. Auch kann er Nachlaßverbindlichkeiten eingehen und ist neben dem Erben als Beklagter aus Nachlaßverbindlichkeiten legitimiert. Seine Machtbefugnisse sind den Erben gegenüber selbständig; er kann gegen sie den Willen des Erblassers auch ohne nachweisliches Interesse einer lebenden Person durchsetzen (vgl. RGer. XXV Nr. 62); die Erben können durch Widerspruch seine Tätigkeit nicht lähmen. Allein er ist verpflichtet, seine Befugnisse ordnungsmäßig zu gebrauchen, den Nachlaß gehörig zu verwalten und zu verteilen und (bei längerer Verwaltung jährlich) Rechnung zu legen. Für die Erfüllung seiner Pflichten ist er sowohl den Erben wie den Vermächtnisnehmern verantwortlich. Er untersteht aber auch einer ständigen Aufsicht des Nachlaßgerichts. Im Zweifel hat er Anspruch auf angemessene Vergütung.

Beendigt wird die Stellung des Testamentsvollstreckers durch Tod, Kündigung gegenüber dem Nachlaßgericht und Entlassung aus einem wichtigen Grunde.

Literatur: Beseler, Die Lehre von den Testamentsvollstreckern, Z. f. d. R. IX 144 ff. A. Schultze, Die langobardische Treuhand u. ihre Umbildung zur Testamentsvollstreckung (Unters. H. 49), 1895. R. Caillemer, Origines et développement de l'exécution testamentaire. 1901.

Kapitel IV. Sondererbfolge.

§ 128. Lehnerbfolge. Die Lehnerbfolge ist, wie sich oben (§ 64) gezeigt hat, eine auf den Kreis der Lehnsfolger beschränkte, ihnen aber durch ein Wartrecht gesicherte Sondererbfolge in einen Vermögensinbegriff. Die Nachkommen des letzten Besitzers dürfen freilich nach gemeinem Recht, wenn sie das Lehen behalten wollen, die Allodialerbschaft nicht ausschlagen und sind also regelmäßig zugleich Gesamtnachfolger; doch tritt die Natur der Lehnsfolge als Sondererbfolge auch bei ihnen hervor, wenn ausnahmsweise die Allodialerbschaft nicht an sie gelangt (RGer. XIX Nr. 43). Mit dem Erbfalle geht das Lehen von Rechts wegen auf den im Verhältnis zum letzten Besitzer nächsten Lehnsfolger über. Sind folgefähige Nachkommen des letzten Besitzers vorhanden, so sind sie nach den Regeln der gewöhnlichen Deszendentenfolge (also mit Eintrittsrecht und nach Stämmen) zur Lehnerbfolge berufen. In Ermangelung von Nachkommen erben nach gemeinem Recht die dem Mannsstamme des ersten Erwerbers angehörigen Seitenverwandten des letzten Besitzers das Lehen in der Reihenfolge des Lineal-Gradualsystems (RGer. V Nr. 38): es entscheidet die Nähe der Parentel (II F. 50), in der Parentel die Nähe des Grades (II F. 37), jedoch mit der Abwandlung, daß Brudersöhne ein Eintrittsrecht neben Brüdern haben (II F. 11). Doch bestand hierüber eine berühmte Streitfrage; von manchen wurde vielmehr das reine Gradualsystem, von anderen das reine Linealsystem als gemeinrechtlich verfochten; letzteres ging in das Preuß. LR., das Bayr. Lehnsedikt und andere Partikularrechte über. Ist subsidiär der Weiberstamm berufen, so entscheidet

die gewöhnliche Erbfolge hinter dem letzten Besitzer mit der Abweichung, daß Weiber hinter Männern um einen Grad zurückstehen; die Übergehung bei einem früheren Erbfalle ist dem Berufenen unschädlich. — Die lex investiturae kann Abweichungen festsetzen, auch unter Miterben einen Altersvorzug einführen (RGer. XIV Nr. 56). Bei den „Erblehen" gelten kraft Gesetzes vielfach andere Regeln.

§ 129. Erbfolge in Stammgüter, Hausgüter und Familienfideikommisse.

I. Bei den Stammgütern (oben § 70) erhielt sich eine gesetzliche Sondererbfolge im Mannsstamm, die meist zur Einzelerbfolge mit Vorzug des höheren Alters wurde; das Folgerecht ist unentziehbares Wartrecht.

II. Bei den Hausgütern (oben § 71) drang schließlich überall Einzelerbfolge in Besitz und Genuß kraft Hausrechts durch; das Folgerecht ist unentziehbares Wartrecht. Die Folgeordnung wird durch das Hausgesetz bestimmt. Sie war stets eine solche mit Vorzug des höheren Alters: Majorat i. w. S. Es gibt aber drei Formen: 1. das Majorat i. e. S., bei dem die gewöhnliche Erbfolgeordnung (im hohen Adel stets Parentelenordnung) mit der Maßgabe gilt, daß unter gleich nahen Erben allein der älteste (also z. B. unter mehreren Neffen der ältere Sohn des jüngeren Bruders vor dem jüngeren Sohn des älteren Bruders) berufen ist; 2. das Seniorat, bei dem der älteste des ganzen Geschlechtes sukzediert; 3. die Primogenitur (Erstgeburtsordnung), bei der das Alter der Linie und erst an letzter Stelle das Lebensalter entscheidet. Heute ist die Erstgeburtsordnung in Ansehung der hochadligen Hausgüter allgemein durchgedrungen; das Majorat i. e. S. ist verschwunden, das Seniorat kommt noch in Ansehung des Direktoriums gemeinschaftlicher Besitzungen mehrerer Häuser vor. — Tritt subsidiäre Kognatenfolge ein, so sukzediert im Zweifel der auf Grund gleicher Folgeordnung nächstberufene Kognat des letzten vom Mannsstamme.

III. Die Erbfolge in Familienfideikommisse (oben § 72) ist Sondererbfolge kraft stifterischer Anordnung. Das Folgerecht ist unentziehbares Wartrecht, das für jeden Berufenen unmittelbar aus dem Willen des Stifters fließt. Darum ist die Ausschließung eines Familiengliedes wegen Mangels eines stiftungsmäßigen Erfordernisses (z. B. Ahnenzahl, Religionsbekenntnis) dem Nachkommen, der dieses Erfordernis erfüllt, unschädlich. Der Anfall des Fideikommißvermögens erfolgt von Rechts wegen. Die Folgeordnung richtet sich nach der Anordnung des Stifters. Hat er nichts verordnet, so gilt die gesetzliche Erbfolgeordnung hinter dem letzten Besitzer, kann daher der Anfall an mehrere Anwärter erfolgen. Fast immer aber ist Einzelerbfolge angeordnet. Der Stifter kann gemeinrechtlich die Folgeordnung beliebig einrichten. Manche Partikularrechte verbieten gewisse Folgeordnungen (wie das Preuß. LR. bei Landgütern das Seniorat) oder lassen bei Neuerrichtungen überhaupt nur die Erstgeburtsordnung zu (so Bayr., Hannov., Braunschw. R.). Es finden sich neben den Majoratsordnungen hier auch Minoratsordnungen mit Vorzug des jüngeren Alters oder der jüngeren Linie (Minorat i. e. S., Juniorat, Ultimogenitur) und gemischte Ordnungen (z. B. Berufung des jüngsten der ältesten Linie). Sind subsidiär Kognaten berufen, so sukzedieren sie im Zweifel nach der für den Mannsstamm geltenden Folgeordnung (anders Preuß. LR.); auch hier aber muß, wenn nichts anderes bestimmt ist, die Nähe zum letzten Besitzer entscheiden. — Vielfach finden sich verbundene Fideikommißstiftungen, indem neben einem Hauptfideikommiß eine Sekundogenitur für eine zweite Linie, eine Tertiogenitur für eine dritte Linie usw. gestiftet ist; dann bleibt der Besitz nach Linien getrennt; rückt die zweite Linie durch Erlöschen der ersten Linie in das Hauptfideikommiß ein, so muß sie ihr bisheriges Fideikommiß an die dritte Linie abgeben.

§ 130. Erbfolge in Bauergüter. Eine besondere Erbfolge in Bauergüter (oben § 73) entwickelte sich in Deutschland überall, wo an dem System der geschlossenen Höfe festgehalten wurde. Sie erfuhr eine besondere Befestigung und Ausgestaltung im Bereiche der hofrechtlichen Vererbungsregeln (oben § 68), wurde dann aber durch Gesetz oder Gewohnheitsrecht im größten Teil Deutschlands allgemeines Recht. Die bäuerliche Erbfolge zielte auf die Erhaltung des wirtschaftlichen Bestandes der Höfe durch Berufung eines einzigen Hofeserben („Anerben") unter billiger Abfindung der Miterben. Sie verbreitete sich namentlich in Ber-

dbinung mit der gesetzlichen Unteilbarkeit der Höfe, wenn auch beide Rechtsinstitute einander keineswegs notwendig bedingen. In einzelnen Landschaften bestand das alte Anerbenrecht bis heute ununterbrochen fort. Meist aber wurde es aufgehoben und fristete nur in der bäuerlichen Erbsitte ein durch das gesetzlich geltende gemeine Erbrecht stark bedrohtes Dasein. In neuerer Zeit wurden verschiedene Wege eingeschlagen, um dem mittleren ländlichen Grundbesitz wieder ein seine Erhaltung sicherndes Erbrecht zu bieten. Geringen Erfolg hatten die in Bayern (1855) und Hessen (1858) erlassenen Gesetze, nach denen „landwirtschaftliche Erbgüter" als eine Art von Bauernfideikommissen gestiftet werden können. Mit besserem, obschon örtlich verschiedenem Erfolge knüpften in Preußen die Höferechtsgesetze für Hannover (zuerst 1874, neueste Fassung 1909) und Lauenburg und die Landgüterordnungen für andere Provinzen an das alte Anerbenrecht an, indem sie ihm entsprechende besondere erbrechtliche Regeln für die in eine gerichtliche „Höferolle" oder „Landgüterrolle" eingetragenen Güter aufstellten, jedem Eigentümer aber eines Bauergutes und mehr und mehr auch eines anderen wirtschaftlich selbständigen Landgutes anheimgaben, sein Gut diesem Sonderrecht durch Eintragung zu unterwerfen und durch Löschung wieder zu entziehen. Ähnliche Systeme wurden in Bremen (1876 und 1890) und Oldenburg (1873) eingeführt. In mehreren Staaten endlich wurde das Anerbenrecht als gesetzliches Sonderrecht für bestimmte Güter beibehalten oder wiederhergestellt und nur neu geregelt; so in Baden für die geschlossenen Hofgüter im Schwarzwalde (Ed. v. 1808, Ges. v. 1888 und 1898); in Braunschweig (1858 und 1874); in Schaumburg-Lippe (1870 und 1880); in Mecklenburg; in Preußen regelmäßig auf Grund eines von Amts wegen einzutragenden Grundbuchvermerks für Renten- und Ansiedlungsgüter (G. v. 8. Juli 1896), sowie in Westfalen (G. v. 2. Juli 1898). Das BGB. behält die Materie dem Landesrecht vor (EG. a. 64).

Das Anerbenrecht ist seinem Wesen nach Sondererbfolge in den Hof mit allem Zubehör. Diese Sondererbfolge ist aber nicht, wie nach älterem Recht, vom Erwerbe der Allodialerbschaft unabhängig, sondern nur einem Miterben zugänglich und notwendig mit Gesamtnachfolge verknüpft. (Vereinzelt ist sogar das Anerbenrecht zu einem persönlichen Anspruch nach Art eines gesetzlichen Vorausvermächtnisses abgeschwächt.) Das Anerbenrecht ist kein Wartrecht (anders bei Erbgütern); es gewährt kein Widerspruchsrecht gegen Verfügungen über das Gut. Die (früher bisweilen vorkommende) Beschränkung des Erblassers in der Verfügung von Todes wegen ist reichsgesetzlich ausgeschlossen.

Anerbe ist stets nur einer unter mehreren gesetzlichen Erben. Nach manchen neueren Gesetzen gilt das Anerbenrecht überhaupt nur unter Nachkommen oder doch nur unter ihnen und unter Geschwistern und deren Nachkommen. Die Person des Anerben hat zunächst der Erblasser (früher oft auch der Gutsherr) zu bestimmen. Im übrigen gilt Vorzug der leiblichen Verwandtschaft, der ehelichen Geburt (auch gegenüber der Mutter), des männlichen Geschlechts und des Mannsstammes. Unter gleich nahe Berufenen entscheidet regelmäßig Erstgeburt, in manchen Gegenden aber Jüngstgeburt. Bei Kolonatgütern mußte der Anerbe zur Wirtschaft tüchtig sein, die Anerbin einen tüchtigen Wirt aufheiraten. Ehrlose und Entmündigte werden auch heute zurückgesetzt. — Mancherlei Abwandlungen bewirkt das eheliche Güterrecht; dem überlebenden Ehegatten steht bisweilen das Anerbenrecht, besonders häufig aber lebenslängliche Leibzucht am Hofe zu. — Mehrere Höfe fallen der Reihe nach an mehrere Anerben.

Die Miterben haben einen Anspruch auf Abfindung, die früher im Einzelfalle mit Rücksicht auf die Kräfte des Hofes und die Größe des Allods festgesetzt wurde (so noch in Braunschweig und Oldenburg), heute meist vom Werte des Hofes, jedoch entweder nach niedriger Schätzung („Bruder- und Schwestertaxe") oder mit offenem Voraus für den Anerben (ein Drittel) und neuerdings nach dem Ertragswerte, berechnet wird. Soweit die Abfindung nicht ausgezahlt wird, kann ihre Eintragung als verzinsliche Kapitalschuld verlangt werden. Das neueste Recht gewährt jedoch den Miterben nur Anspruch auf eine für sie unkündbare, mangels anderer Vereinbarung durch jährlichen Zuschlag von 1½ v. H. als Tilgungsrente auszugestaltende „Erbabfindungsrente". Nach alter Sitte werden die Miterben bis zur Selbständigkeit auf dem Hofe gegen Leistung von Mitarbeit unterhalten und erzogen, während inzwischen die Abfindung nicht fällig und nicht verzinst wird; die neueren Gesetze ermöglichen meist eine dieses Verhältnis herstellende Anordnung des Erblassers.

Im Falle der Minderjährigkeit des Anerben trat nach deutschem Bauernrecht in vielen Gegenden die Interimswirtschaft (Setzwirtschaft) ein. Der Interimswirt ist ein obrigkeitlich (mit Anspruch der Mutter auf Berücksichtigung eines zweiten Ehemanns) bestellter Vertreter, der kraft eigenen Rechtes den Hof besitzt, verwaltet und nutzt, jedoch über die Substanz nicht verfügen kann, zu ordnungsmäßiger Wirtschaft verpflichtet ist und die Hofeslasten tragen, insbesondere auch den Anerben und dessen Geschwister auf dem Hofe unterhalten und erziehen und Ausstattungen und Abfindungen besorgen muß. Sein Recht endet mit Ablauf der „Maljahre" oder mit früherer Entsetzung. Die neueren Gesetze haben das Institut nicht aufgenommen, gewähren aber dem Erblasser die Befugnis, ohne Rücksicht auf Pflichtteilsansprüche dem leiblichen Vater oder der leiblichen Mutter des minderjährigen Anerben eine ähnliche Stellung einzuräumen.

Anstatt durch Erbgang wird überaus häufig die Nachfolge in Bauergüter durch Gutsabtretung gegen Altenteil bewirkt. Nach uralter Sitte, die sich in ganz Deutschland erhalten und nach Aufhebung des Anerbenrechts noch ausgebreitet hat, tritt der altgewordene Bauer den Hof an den Anerben oder einen erwählten Erben ab und bedingt sich dafür einen anständigen Lebensunterhalt als Altenteil (Altvaterrecht, Auszug, Leibgedinge, Leibzucht) aus. Meist wird genau festgesetzt, was als Altenteil zu leisten ist: Wohnung, etwas Landnutzung, wiederkehrende Naturalleistungen mancher Art, Taschengeld. Nähere Bestimmungen über das daraus entspringende Schuldverhältnis finden sich in allen Ausführungsgesetzen zum BGB. (auf Grund EG. a. 96). Der junge Bauer übernimmt gewöhnlich mit dem Hofe zugleich die Hofesschulden und die Verpflichtung, als nunmehriges Haupt der Familie für Erziehung und Unterhalt und später für Ausstattung und Abfindung der Geschwister zu sorgen. Meist werden die Abfindungen gleich im Gutsabtretungsvertrage festgesetzt. Die Gutsabtretung erscheint so als „erfrühte Erbfolge" und wird namentlich benutzt, um den Erfolg, den das Anerbenrecht sichern soll, unter Lebenden zu erreichen. Ihrem rechtlichen Wesen nach bleibt sie aber Rechtsgeschäft unter Lebenden. Daher bedarf es der Übereignung des Hofes durch Auflassung und Eintragung. Auch das Altenteilsrecht, das nach bisherigem Recht ohne weiteres dinglich war, wird erst durch Eintragung zum dinglichen Recht (teils beschränkte persönliche Dienstbarkeit, teils Reallast). Die Eintragung kann aber jederzeit verlangt werden.

Literatur: v. Miaskowski, Das Erbrecht u. die Grundeigentumsverteilung im Deutschen Reich, 1882/84. Baernreither, Das Stammgütersystem u. das Anerbenrecht, 1882. G. Frommhold, Die rechtliche Natur des Anerbenrechts, 1886; Deutsches Anerbenrecht (Sammlung), 1896. v. Dultzig, Das deutsche Grunderbrecht in Vergangenheit, Gegenwart und Zukunft, 1899. M. Sering, Die Vererbung des ländlichen Grundbesitzes in Preußen, 1897 ff. (insbesondere Serings Einleitung zu Bd. V). Hermes, Art. „Anerbenrecht" im Handwörterbuch d. Staatsw.[3] I 470 ff. — Runde, Die Lehre von der Interimswirtschaft, 2. Ausg. 1832. — Runde, Die Rechtslehre von der Leibzucht oder dem Altenteil auf deutschen Bauerngütern, 1805. Hänsel, Die Lehre von dem Auszuge oder der Leibzucht, 1834. W. H. Puchta, Über die rechtliche Natur der bäuerlichen Gutsabtretung, 1837.

3.

Geschichte und Quellen des römischen Rechts

von

C. G. Bruns

unter Benutzung der Bearbeitung von A. Pernice

neu bearbeitet

von

Professor Otto Lenel
in Freiburg i. B.

Inhaltsübersicht.

Seite

Einleitung §§ 1—3 305

Erste Periode. Die Königszeit §§ 4—11 310

Zweite Periode. Die Republik 319

I. Das römische Reich und seine Verfassung §§ 12—14 319
II. Die zwölf Tafeln § 15 324
III. Das ius civile und das ius gentium §§ 16—18 327
IV. Volk und Rat §§ 19—22 332
V. Gesetzgebung § 23—25 336
VI. Die Prätur, die Beamtenedikte und die Gerichtspraxis §§ 26, 27 339
VII. Rechtswissenschaft und Rechtsunterricht §§ 28—30 343

Dritte Periode. Das republikanische Kaisertum 345

I. Entwicklung und Ausdehnung des Reichs §§ 31, 32 345
II. Reichsverfassung §§ 33—36 347
III. Gesetzgebung und Edikt §§ 37, 38 350
IV. Kaiserliche Gesetzgebung §§ 39—43 352
V. Die Jurisprudenz §§ 44—52 356
VI. Das Urkundenwesen §§ 53, 54 368

Vierte Periode. Das absolute Kaisertum 370

I. Verfassung 370
II. Christentum und Kirche §§ 61—63 374
III. Gesetzgebung § 64 375
IV. Wissenschaft § 65 376
V. Sammlungen des Rechts 378
a) Vor Justinian § 66 378
b) Justinian §§ 67—69 380

Fünfte Periode. Das byzantinische Kaisertum § 70 387

Sechste Periode. Das römische Recht im Mittelalter 389

I. Das römische Recht bei den Germanen §§ 71, 72 389
II. Die Wissenschaft §§ 73—75 392

Die vorliegende neue Bearbeitung, wenn sie sich auch auf das von Bruns abgegrenzte Stoffgebiet beschränkt, greift doch viel tiefer ein als die früheren. Manche Paragraphen (§§ 1, 4, 6, 7, 13—15, 18, 26, 44, 45, 48, 73—75) rühren ganz oder großenteils von mir her, andere wurden wesentlich umgestaltet; mehr oder weniger geändert wurde fast auf jeder Seite. Unter diesen Umständen war es nicht mehr möglich, die Anteile, die Bruns, Pernice und ich an der Textgestaltung haben, äußerlich kenntlich zu machen, und ich muß nunmehr die Verantwortung für das Ganze übernehmen.

O. L.

Einleitung.

§ 1. Die Macht des römischen Reichs war längst in Trümmer gesunken, als das römische Recht wiederauferstand und die Herrschaft über einen großen Teil Europas eroberte. Diese Herrschaft hat es dann durch Jahrhunderte behauptet, und auch heute noch wirkt sie durch Vermittlung der von ihm beeinflußten modernen Gesetzgebungen bedeutsam nach. Wie erklärt sich diese erstaunliche Tatsache? In erster Linie gewiß aus bestimmten geschichtlichen Konstellationen, die dem eindringenden römischen Recht die Bahn ebneten, ihm den Sieg über die alteinheimischen Rechte erleichterten. Aber es hätte diesen Sieg doch nimmermehr erringen können, wenn es nicht eine eigentümliche innere Lebenskraft besessen hätte, die es befähigte, auch den Bedürfnissen der modernen Welt in weitem Maße genugzutun, und die Natur dieser Lebenskraft gilt es zu erkennen.

Es gab eine Zeit, da man, Hegel[1]) folgend, glaubte, die Eigenart der welthistorischen Reiche und so auch ihrer Rechte nach Prinzipien konstruieren zu können. Diesen Weg wird heute niemand mehr gehen wollen. Die historische Schule sodann sah in dem Recht ein Produkt des Volksgeistes, einen Teil des Nationallebens der Völker, und so postulierte sie denn bei jedem Volk, seiner besonderen Nationalität entsprechend, auch eigenartige Rechtsanschauungen, einen besonderen nationalen Charakter des Rechts. Gewiß nun liegt darin ein gut Stück Wahrheit; es wäre seltsam, wenn die besonderen nationalen Anlagen eines Volkes sich nicht auch in seinem Rechte widerspiegelten. So dürfte z. B. die relative Armut des altrömischen Rechts an Symbolen und symbolischen Handlungen gegenüber der reichen Symbolik des altdeutschen auf eine gewisse verständige Nüchternheit zurückgehen, die im römischen Nationalcharakter lag. Aber die historische Schule hat die Bedeutung dieser nationalen Elemente im Recht außerordentlich überschätzt. Weit bedeutsamer als sie sind für die Gestaltung und Entwicklung des Rechts bei den verschiedenen Völkern — dies darf als ein gesichertes Ergebnis der neueren rechtsvergleichenden Forschung gelten — deren allgemeine Kulturverhältnisse. Auch in dem Werden dieser spielt freilich Rassenanlage und Volkscharakter eine gewisse Rolle, eine unendlich viel größere aber die allgemeine Menschennatur, die geographischen Verhältnisse, in die ein Volk gesetzt ist, und die Berührung mit anderen Völkern, von denen es Kulturelemente entlehnt. Ähnliche Kulturverhältnisse führen zu ähnlichen Rechtsbildungen. Nur so erklärt sich die überraschende Übereinstimmung in den Rechten so vieler auf primitiver Kulturstufe stehender Völker und Stämme, nur so die enge Verwandtschaft, die sich neuerdings in den Grundzügen so mancher Rechtsinstitute herausgestellt hat, nicht nur zwischen griechischem und germanischem, sondern selbst zwischen assyrisch-babylonischem, ägyptischem und griechisch-römischem Recht; nur so endlich die immer fortschreitende Uniformierung des Rechts der modernen Kulturvölker. Einem ähnlichen Uniformierungsprozeß sind schon in der römischen Kaiserzeit allmählich fast alle nationalen Elemente des römischen Rechts zum Opfer gefallen; was im modernen Europa zur Aufnahme gelangte, das war nicht ein nationales Recht im Sinne der historischen Schule, sondern das Universalrecht der antiken Kulturwelt, ein Produkt der das römische Reich beherrschenden römisch-griechischen Kultur. Sicherlich hat das römische Recht nur vermöge dieser Universalität in die nationalen Rechtskreise eindringen können; durch seine Rezeption wurden vielfach Entwicklungen vorausgenommen, die sich auch ohne sie autonom in diesen Rechtskreisen selbst hätten vollziehen müssen. Einem stärker national gefärbten Rechte

[1] Grundlinien der Philosophie des Rechts § 354 f.

würde ein ganz anderer Widerstand erwachsen sein. Was aber im letzten Grunde die Überlegenheit des römischen Rechts gegenüber den Nationalrechten, die es vorfand, ausmachte, und was ihm auch heute noch seine Bedeutung sichert, das ist auch nicht jene Universalität, die doch auf einem in vieler Beziehung anderen Kulturboden gewachsen war und darum für die moderne Welt immer noch sehr viel Fremdartiges in sich fassen mußte, das ist überhaupt nicht der Inhalt der römischen Ordnung, nicht der Stoff, den die Rezeption uns übermittelt hat, sondern die Form, die diesem Stoff durch die römische Jurisprudenz gegeben worden war. Das römische Recht war unter allen Kulturrechten das erste und lange das einzige, das Gegenstand der Bearbeitung durch eine hochentwickelte juristische Kunst gewesen ist; seine historische Rolle beruht auf der Eigenart dieser formal-technischen Ausgestaltung.

Und hier stoßen wir nun allerdings auf etwas spezifisch Römisches: die juristische Anlage, die die Römer vor allen anderen Völkern auszeichnete, kraft deren sie die juristischen Lehrmeister der Welt geworden sind. Dieses Vorzugs waren die Römer selbst sich sehr wohl bewußt [1]. Woher er stammt, wird der Forschung wohl immer verborgen bleiben. Jene Anlage war kein indogermanisches Erbteil; denn sie fehlt den anderen indogermanischen Völkern. Ob sie nur den Latinern eigen oder ihnen mit den verwandten italischen Stämmen gemein war, ob fremde Einflüsse, z. B. etruskische, ob und welche bestimmte vor aller Geschichte liegende historische Schicksale bei ihrer Entfaltung mitwirkten, — all das entzieht sich unserer Kenntnis. Wir müssen sie als Tatsache hinnehmen; diese Tatsache aber gibt dem römischen Recht seine Signatur. Gewiß steht sie in engem Zusammenhang mit der überlegenen politischen Befähigung des römischen Volks. Dasselbe Volk, in dessen Mitte sich der Staatsgedanke machtvoller als bei irgendeinem anderen antiken Volk entwickelte, das zu herrschen und gleichwohl in seiner guten Zeit im Innern und nach außen überall den politischen Notwendigkeiten Rechnung zu tragen verstand, ist auch am ehesten dahin gelangt, das Recht kunstmäßig zu behandeln und ihm so die Festigkeit zugleich und die Geschmeidigkeit zu verleihen, die durch das Bedürfnis des Lebens gefordert wird.

§ 2. Die Geschichte des römischen Rechts ist eines der merkwürdigsten historischen Phänomene. Wir sehen das Recht einer latinischen Landstadt, berechnet auf das Bedürfnis einer kleinen ackerbauenden Bevölkerung, sich im Lauf der Jahrhunderte entwickeln zum Recht eines Weltreichs mit Weltverkehr. Diese Entwicklung aber vollzieht sich, abgesehen von den Umwälzungen der Verfassung, ohne schroffe Übergänge, nur wenig unterstützt von der Gesetzgebung, wesentlich nur durch die Praxis und Jurisprudenz. Man hält konservativ am ererbten Rechte fest, weiß es aber für die neuen Bedürfnisse umzubiegen und so brauchbar zu erhalten. Daneben treten neue Rechtsbildungen auf, zum Teil fremden Rechten entlehnt, zum Teil auf römischem Boden gewachsen; aber all das wird von der römischen Jurisprudenz in ihrem Geiste bearbeitet und gewinnt so formal ein entschieden römisches Gepräge. Das so entstandene Ganze ist keineswegs, wie man in früheren Jahrhunderten glaubte, ein ewiges absolutes Recht für alle Völker und Zeiten; aber sein Inhalt ist in einer Weise und Vollendung durchgebildet, daß insofern für alle Zeiten und Völker ein theoretisch und praktisch verwendbares Vorbild gegeben ist.

Die Darstellung der römischen Rechtsgeschichte muß sich an die allgemeine politische Geschichte der Römer anschließen. Namentlich sind die politischen Entwicklungsperioden, Königtum, Republik und Kaiserzeit mit ihren verschiedenen Phasen, auch für die Rechtsgeschichte als maßgebend festzuhalten. Eine genauere Periodisierung hat für die Rechtsgeschichte keinen Wert, die nicht einzelne Tatsachen, sondern die Entwicklung der Rechtsideen und -institute, ihr Steigen und Sinken beschreiben soll. Selbst so sind die Grenzen fast nirgends scharf zu ziehen.

Man pflegt bei der Rechtsgeschichte eine äußere und eine innere oder Geschichte der Rechtsquellen und der Rechtssätze zu unterscheiden. Für Detaildarstellungen ist dies auch zweckmäßig. An sich stehen aber natürlich beide in enger Verbindung und Wechselwirkung

[1] Cic. de orat. I 44, 197: incredibile est..., quam sit omne ius civile praeter hoc nostrum inconditum ac paene ridiculum: de quo multa soleo in sermonibus cotidianis dicere, cum hominum nostrorum prudentiam ceteris omnibus et maxime Graecis antepono.

und können daher bei einer allgemeinen Darstellung der Rechtsentwicklung nicht eigentlich getrennt werden, wenngleich die Schilderung der rechtsbildenden Organe und ihrer Tätigkeit die Hauptsache ausmachen muß.

§ 3. Quellen und Literatur. Der historischen Forschung auf dem Gebiete des älteren römischen Rechts stehen besondere Schwierigkeiten im Wege. Urkundliches Material beginnt erst seit dem letzten Jahrhundert der Republik reicher zu fließen. Was die Schriftsteller über die Verfassungs- und Rechtszustände der Königs- und der frührepublikanischen Zeit berichten, beruht sehr großenteils auf Legende, Kombination, Übertragung späterer Zustände in die Frühzeit, oft auch auf reiner Erfindung. Selbst die überlieferten Magistratslisten, denen noch ein Mommsen besonderes Vertrauen schenkte, weisen für die ältere Zeit so zahlreiche Fälschungen auf, daß es unter den Historikern streitig geworden ist, ob sie als ein irgendwie zuverlässiges Hilfsmittel für die Rekonstruktion der älteren Geschichte angesehen werden dürfen. Festen Boden unter den Füßen gewinnen wir freilich mit den zwölf Tafeln, deren Entstehungszeit aber keineswegs unbestritten feststeht. Und über den nächstfolgenden entwicklungsreichen Jahrhunderten liegt wiederum in vielen Richtungen tiefes Dunkel, derart, daß man z. B. bei manchen Instituten des Privatrechts im Zweifel darüber ist, ob ihre Entstehung noch in das fünfte oder vielleicht erst in das zweite oder letzte Jahrhundert v. Chr. zu setzen sei.

Eine eigentliche Rechtsgeschichte findet sich in der römischen Literatur nicht. Der Jurist Sex. Pomponius hat seinem zur Zeit Hadrians verfaßten enchiridion, d. h. Handbüchlein des Rechts, eine Art historischer Einleitung vorausgeschickt [1], worin er in drei Abschnitten ziemlich tumultuarisch von den Rechtsquellen, den Ämtern und der Rechtswissenschaft handelt [2]. Einen wirklichen Wert hat nur der letzte Abschnitt; er bildet für uns fast die einzige Quelle für die Kenntnis der Juristen bis Pomponius. Die beiden ersten Abschnitte enthalten neben richtiger Überlieferung eine Reihe grober Verstöße; darum darf man auch den Angaben des dritten, die wir nicht kontrollieren können, nicht ohne weiteres trauen. Dies aber ist das einzige Juristenbruchstück, worin wir auch nur den Versuch einer Darstellung der historischen Entwicklung finden [3].

Man muß das Material für die römische Rechtsgeschichte aus den gesamten Überbleibseln des römischen Altertums zusammensuchen [4]. Dabei kann man die juristischen und die nichtjuristischen Quellen unterscheiden. Die ersteren sind: a) die Gesetze (mit Einschluß der gesetzartigen Verfügungen des Senats, der Beamten usw.), soweit sie ihrem Wortlaute nach auf uns gekommen sind, was aus der älteren Zeit sehr dürftig, aus der späteren Kaiserzeit ziemlich umfassend der Fall ist. Die Art der Überlieferung ist verschieden, teils selbständig durch Inschriften, Handschriften, teils mittelbar durch Zitate in Büchern. Das Nähere darüber siehe unten bei der Geschichte der Gesetzgebung selber [5]. b) Urkunden über einzelne Rechtsgeschäfte, Verträge, Testamente, Urteile u. a. Davon sind einzelne wenige in den ursprünglichen Wachs- oder Erztafeln erhalten, andere durch In-

---

[1] Sie ist im Auszug in die Pandekten (1, 2, 2) aufgenommen, aber mit starken Interpolationen. Besondere Ausgaben: Pomponii de origine iuris fragmentum rec. F. Osannus, 1848 (mit Erläuterungen). Schulin, Ad pandectarum tit. de orig. iuris commentatio, 1876 (mit bedenklichen Hypothesen). Vermutungen über die Quellen bei Sanio, Varroniana in den Schriften der römischen Juristen, 1867.

[2] § 1—12 geben eine Skizze der Entstehung und Fortbildung des römischen Rechts durch Gesetz, wissenschaftliche Erörterung und Gewohnheit; § 13—34 schildern die Ämter in ihrem Aufkommen mit besonderer Rücksicht auf die Rechtsprechung; § 35—53 enthalten einen Überblick über die Entwicklung der Rechtswissenschaft von den Anfängen bis auf Hadrian.

[3] Auch die Institutionen des Gaius (s. § 52), soviel historisches Material sie enthalten, sind weit entfernt davon, eine eigentliche Rechtsgeschichte geben zu wollen.

[4] Vgl. P. Krüger, Gesch. der Quellen u. Literatur des röm. Rechts, 1888. Kipp, Quellenkunde des röm. Rechts. 3. Aufl. 1909.

[5] Eine Sammlung aller auf uns gekommenen Gesetze u. dgl. bis ins 4. Jahrhundert n. Chr. ist in den Fontes iuris Romani antiqui ed. Bruns (ed. VII cur. O. Gradenwitz, 1909) I p. 1—281 enthalten. Die durch Inschriften überlieferten Gesetze darin sind aus dem Corpus inscriptionum latinarum entnommen. Vgl. ferner P. F. Girard, Textes de droit Rom. 4. éd. (1912) p. 3—210. Riccobono, Baviera, Ferrini, Fontes iur. Rom. anteiust. 1909. I.

schriften und Schriftsteller; dazu tritt die sich noch stets vergrößernde Zahl der in Ägypten aufgefundenen Papyrusurkunden, aus späterer Zeit auch noch einige Papyrus- und Pergamenturkunden sonstiger Herkunft [1]. c) Bücher der römischen Juristen; darüber siehe unten § 52 das Nähere [2].

Die nichtjuristischen Quellen sind die Inschriften auf Denkmälern [3], Münzen usw. und die gesamte römische Literatur [4], sowie die spätere griechische, namentlich die griechischen Schriftsteller über römische Geschichte, wie Polybius, Plutarch, Dionys usw.

Die moderne Wissenschaft der römischen Rechtsgeschichte hat ihren Anfang erst im 16. Jahrhundert genommen [5]. Bei der ersten Wiederbelebung des römischen Rechts in Italien im 12. und 13. Jahrhundert war die Wissenschaft rein dogmatisch, in den folgenden Jahrhunderten von spezifisch praktischer Tendenz. Die humanistische Renaissance des 15. Jahrhunderts in Italien hat sich nur wenig mit den Rechtsquellen befaßt: Laurentius Valla hat grammatische Bemerkungen zu den Pandekten gemacht, Angelus Politianus (1454/80) die Florentiner Digestenhandschrift sorgfältig verglichen und den Plan einer Ausgabe entworfen. Erst seit der Reformation durchbrach auch auf dem Gebiete der Rechtswissenschaft der freie kritische Geist die scholastischen Dogmen; man kam durch das Studium des klassischen Altertums zu der Einsicht, daß auch das römische Recht nur einen Teil des römischen Lebens bilde, und daß daher die philologisch-historische Methode bei ihm gerade ebenso wie bei dem übrigen römischen Altertum angewendet werden müsse. In Deutschland fand diese Richtung nur kurze Zeit Vertreter in Ulrich Zasius [6] (Zäsy 1461/1535), seinem Schüler J. Sichardt (1499/1552) und Gregorius Haloander (Meltzer 1501/31); von Italienern gehören A. Alciatus (1492/1550) und C. Sigonius (1524/1584) hierher; von Spaniern A. Augustinus (1517/86). Aber der Hauptsitz der neuen Schule wurde Frankreich, wo sie anfangs namentlich von dem ritterlichen Beschützer der Wissenschaften, Franz I., persönlich gehegt und gefördert wurde. Aufsuchung, Herausgabe, Kritik der alten Quellen, Benutzung der nichtjuristischen Klassiker, geschichtliche Behandlung des Rechts selber schufen hier eine ganz neue historische Wissenschaft und gaben damit zugleich der praktisch dogmatischen eine neue Grundlage. Der berühmteste Name ist Cujas [7] (Cujacius 1522/90), außer ihm mögen nur Budé (Budaeus), Du Tillet (Tilius), Brisson, P. und F. Pithou, Fabrot, D. und J. Godefroy [8] (Gothofredus) genannt werden. Mit dem Siege des Jesuitismus wurde dieser ganzen Wissenschaft für Frankreich der Lebens-

[1] Die durch Inschriften usw. überlieferten, zur Zeit des Erscheinens bekannten, wichtigeren Urkunden bis zum 4. Jahrhundert sind in Bruns, Fontes I p. 283—421, Girard, textes p. 797—912, gesammelt. Die späteren finden sich in: Iur. Rom. tabulae negot. soll. ed. Spangenberg, 1822. Über die Papyrussammlungen s. unten § 53.

[2] Alle Überreste von juristischen Schriften der Römer außer Justinians Institutionen und Pandekten sind gesammelt in: Iurisprudentiae anteiustinianae reliquias edd. Seckel et Kuebler I. 1908, II¹. 1911 (6. Aufl. von Huschke, iurispr. anteiust.). Collectio librorum iuris anteiustiani edd. Krüger, Mommsen, Studemund. I (ed. V). 1905. II. 1878. III. 1890. Girard, textes p. 213—631. Riccobono, Baviera, Ferrini, Fontes II. Vgl. auch Bremer, iurisprud. antehadrianae q. supers. 2 Bde. 1896. 1898. 1901.

[3] Die vollständige Sammlung wird das von der Berliner Akademie der Wissenschaften veranstaltete Corpus inscriptionum latinarum enthalten, von dem seit 1863 Bd. 1—15 b mit Suppl. (mehrere Bände noch unvollständig) erschienen sind. Eine Auswahl enthalten: Orelli, Inscr. lat. collectio, II voll. 1828. Vol. III. ed. Henzen. 1856. Wilmanns, Exempla inscr. lat., II voll. 1873. Dessau, Inscr. lat. selectae I. 1892, II. 1902. 1906.

[4] Darüber s. Teuffel, Gesch. der röm. Literatur (6. Aufl. von Kroll, Skutsch u. and. 3 Bde. 1910 ff.). M. Schanz, Gesch. der röm. Literatur bis zum Gesetzgebungswerk Justinians (J. v. Müller, Handbuch VIII) I—II¹ (3. Aufl. 1907—11), II². III (2. Aufl. 1901. 1905), IV¹ (1904). Von einigen weniger verbreiteten Schriftstellern, wie Festus, Varro, den Scholiasten u. a., sind Auszüge des juristischen Inhalts zusammengestellt in Bruns, Fontes II.

[5] Das einzige vollständige, aber ungenügende Werk über die moderne Geschichte des römischen Rechts ist: Hugo, Gesch. des röm. Rechts seit Justinian, 3. Aufl. 1830. Stintzing, Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft. I. 1880. II. III von Landsberg. 1884. 1898. 1910.

[6] Stintzing, U. Zasius, 1857, und in der Gesch. d. DRW. I 155 ff.

[7] Spangenberg, J. Cujas und seine Zeitgenossen. 1822 (nach Berriat-Saint-Prix, Histoire du droit Romain suivie de l'histoire de Cujas. 1821).

[8] Biographien s. in Jugler, Jurist. Biographie. I 381. II 114. VI 240. 265.

nerv abgeschnitten. Sie wandte sich daher im 17. Jahrhunderte mehr nach Holland, wo namentlich Noodt, Schulting und Bynkershoek[1] hervorragen. In Deutschland, wo im 16. Jahrhundert eine gewisse Verbindung mit der französischen Wissenschaft bestanden hatte, trat im 17. eine überwiegend praktische Richtung ein, der im 18. eine philosophisch-dogmatische folgte. Historische Studien zwar wurden daneben betrieben, aber auf romanistischem Gebiet ohne wirkliches Leben, mehr als eleganter Zierat. Nur ein Mann ist zu nennen, Heineccius († 1741), der namentlich durch seine Historia iuris und seine Antiquitates iuris die von 1719 bis 1841 nicht weniger als 20 Auflagen erlebten[2], für ein ganzes Jahrhundert und ganz Europa maßgebend für äußere und innere Rechtsgeschichte wurde.

Ein Umschwung trat erst im 19. Jahrhundert ein durch eine Art Reaktion gegen den naturrechtlichen Dogmatismus des 18. Jahrhunderts. Savigny[3] namentlich legte der Rechtsgeschichte zuerst die tiefere Idee zugrunde, daß sie das Recht als Ausfluß des nationalen Lebens wesentlich in seinem organischen Zusammenhange mit diesem aufzufassen und danach bei jedem Volke in der besonderen historischen Entwicklung und nationalen Eigentümlichkeit seiner Ideen zu erkennen habe. Auch hier standen, wie früher in Frankreich, die neuen rechtshistorischen Studien in enger Verbindung mit dem Aufschwunge der philologischen und allgemein historischen Studien, namentlich waren Niebuhrs Untersuchungen von maßgebendem Einflusse. Eine ganz besondere Bedeutung gewann die Auffindung der Institutionen des Gaius im Jahre 1816[4]. Die reichen Enthüllungen, die sie für alle Teile des Rechts, namentlich den Prozeß, brachten, gaben der Rechtsgeschichte vielfach geradezu neue Grundlagen. Sie riefen dadurch zunächst eine unendliche Masse von Einzeluntersuchungen hervor[5]. Für die Gegenwart erwächst allmählich die zwiefache Aufgabe, einmal: die Eigentümlichkeit des römischen Rechtsgeistes nach seinen allgemeinen Grundideen aus der Fülle der Einzeltatsachen zu entwickeln[6], und sodann: das römisch-italische Rechtsleben in seinem Zusammenhange mit dem indogermanischen zu erfassen und den Versuch einer Vergleichung der latinischen Staats- und Rechtsbildung in ihren Grundlagen mit der griechischen, germanischen und indischen zu unternehmen. Bisher steht diese Forschung noch in den schwachen, zum Teil unerfreulichen Anfängen[7].

---

[1] Biographien s. Jugler I 24. II 365.

[2] Heineccius, Historia iuris civilis, 1733 (herausg. v. Ritter, v. Silberrad, v. Bauer 1765); Antiquitatum Romanorum syntagma, 1719 (ed. Haubold 1822; ed. Mühlenbruch 1841). Eine gerechte, von Übertreibung freie Würdigung der Verdienste des Heineccius gibt Landsberg in der Gesch. d. dtsch. Rechtswiss. (s. S. 308 N. 5) III[1] S. 179 ff.

[3] Zuerst in der Schrift: Vom Beruf unserer Zeit zur Gesetzgebung und Rechtswissenschaft. 1814. Dann in der Einleitung zu der von ihm mit Eichhorn und Göschen herausg. Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft. I 1. 1815.

[4] Näheres darüber unten § 52.

[5] Ein besonderes Organ dafür war von 1815—1850 die von Savigny, Eichhorn und Göschen gegründete Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft, 15 Bde.; seit 1861 ist es die von Rudorff, Bruns, Roth, Merkel und Böhlau gegründete Zeitschrift für Rechtsgeschichte — im folgenden ZRG. zitiert —, 13 Bde.; Fortsetzung: Zeitschrift (der Savignystiftung) für Rechtsgeschichte von (Bruns, Roth), Bekker (Böhlau, Pernice), Schröder, Brunner, Mitteis, Stutz, bisher 32 Bde. Von ausländischen Zeitschriften sind zu nennen: Nouv. revue histor. de droit français et étranger seit 1877 (NRH.) und das Bullettino dell' Istituto di dir. Rom. seit 1889 (bull.).

[6] Epochemachend: Jhering, Geist des röm. Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung. Seit 1852; Bd. 1—3 a (unvollendet); 4. Aufl. 1881—83. Vgl. Arnold, Kultur und Rechtsleben. 1855; Kultur und Recht der Römer. 1868.

[7] Hierher gehören: Schmidt, Der prinzipielle Unterschied zwischen dem röm. und germ. Rechte. 1853. Hahn, Die materielle Übereinstimmung der röm. und germ. Rechtsprinzipien. 1856. In anderem Sinne (Konstruktion urrechtlicher Anschauungen auf rechtsvergleichender Grundlage): B. W. Leist, Gräko-italische Rechtsgeschichte. 1884; Altarisches ius gentium. 1889; Altarisches jus civile. 1892. Bücheler und Zitelmann, Das Recht von Gortyn. 1885. Jhering, Vorgeschichte der Indoeuropäer. 1894. Kohler und Ziebarth, Das Stadtrecht von Gortyn. 1912. Freeman, Comparative politics. 1873. In diesem Kreise hält sich auch noch: Fustel de Coulanges, La cité antique. 14. Aufl. 1895. Weiter geht: H. Sumner Maine, Ancient law, 1861. 7. Aufl. 1878; The early history of institutions, 1875; Early law and custom, 1883. Noch mehr ausholend: Laveleye, Ureigentum, übersetzt von Bücher, 1879. Lambert, études de droit etc. I[1] 1903. Den rechtsvergleichenden Studien dient die Ztschr. f. vergleichende Rechtswissenschaft seit 1878.

Bei den Gesamtdarstellungen der römischen Rechtsgeschichte ist die Scheidung der äußeren und inneren Geschichte allgemein beibehalten. Hugo[1] hatte zwar einen Versuch gemacht, beide zu verbinden und nach Perioden synchronistisch darzustellen. Indessen hat die Schwierigkeit und Unbequemlichkeit dieser an sich allerdings richtigen Methode wieder zur Trennung geführt, jedoch in der Weise, daß die Quellengeschichte in Verbindung mit der Staatsverfassung nach Perioden dargestellt, die innere Geschichte der Rechtsinstitute selber aber nach den Teilen des Systems geordnet und für jedes selbständig gegeben wird. Häufig wird die Geschichte des Privatrechts daher mit einer institutionenmäßigen Darstellung des Systems selber verbunden[2], doch gibt es auch rein historische Darstellungen[3]. Für das öffentliche Recht muß man die besonderen Werke über Staatsrecht[4], Strafrecht[5], Zivilprozeß[6] und Kriminalprozeß[7] zu Hilfe nehmen[8].

Erste Periode. Die Königszeit.

§ 4. Die Anfänge Roms. Das Geburtsjahr der Stadt Rom liegt im Dunkel. Mit Sicherheit aber dürfen wir sagen, daß es weit tiefer herabzurücken ist, als die römische Tradition will. Die Gräberentdeckungen des letzten Jahrzehnts deuten darauf, daß es in der Zeit, in die die Legende die Gründung Roms versetzt, nur erst einzelne selbständige Ansiedlungen auf den Hügeln am Tiber gab, deren Bewohner ihre Toten an den Abhängen dieser Hügel, ja auch auf dem späteren Forum selbst begruben. Die urbs Roma entstand erst durch die Zusammenfassung dieser Ansiedlungen — insbesondere der auf dem Palatin und dem

[1] Lehrb. d. Geschichte des röm. Rechts bis Justinian. 11 Auflagen. 1790—1832.

[2] So: Puchta, Kursus der Institutionen. 1. Bd. äußere Gesch., 2. und 3. innere. Zuerst 1841; 10. Aufl. v. Krüger, 2 Bde. 1893. Burchardi, Lehrb. des röm. Rechts. 3 Bde. 1841—46. Rein, Das Privatrecht u. d. Civilprozeß d. Römer v. d. ältesten Zeit bis auf Justinian. 1836. 2. Aufl. 1858. Kuntze, Institutionen u. Geschichte d. röm. Rechts. 2 Bde. 1869. 2. Aufl. 1879. 1880. Baron, Geschichte des röm. Rechts. I. 1884. Girard, Manuel élém. de dr. rom. (5. éd.) 1911. Cuq, Les institutions juridiques des Romains, I. 2. Aufl. 1904, II 1902. Mitteis, Röm. Privatrecht. I. 1908.

[3] Walter, Gesch. des röm. Rechts. 1840. 3. Aufl. 1860. 2 Bde. Schulin, Lehrbuch der Gesch. des RR. 1889. M. Voigt, Röm. Rechtsgeschichte. 3 Bde. 1892. 1899. 1902. Unvollendet sind: Zimmern, Geschichte d. röm. Privatrechts. 1. u. 3. Bd. 1826. 29. Karlowa, Röm. Rechtsgeschichte. 1. Bd. (Staatsrecht und Rechtsquellen) 1885. IIa (Privatrecht) 1901. Ein Grundriß mit Übersichten und Ausführungen: Danz, Lehrbuch d. Gesch. d. röm. Rechts. 2 Bde. 2. Aufl. 1871. 73. Esmarch, Röm. Rechtsgeschichte. 1856. 3. Aufl. 1888. Einen eigentümlichen Plan hat Rudorff, Röm. Rechtsgeschichte. 1. Bd. Rechtsbildung. 1857. 2. Bd. Rechtspflege. 1859. Von ausländischen Werken: Padelletti, Storia del diritto R. 1877 (übers. v. Holtzendorff. 1879). 2. Aufl. v. Cogliolo. 1887. Landucci, Storia del diritto R. (2. ediz.). I 1895. Costa, Corso di storia del dir. R. I. 1901. II. 1903. Muirhead, Historical introduction to the private law of Rome. 1886. Roby, Roman private law. 1902.

[4] Mommsen, Röm. Staatsrecht. 3 Bde. (I. II. in 3. Aufl.) 1887. 88. Abriß des röm. Staatsrechts 1893. Marquardt, Röm. Staatsverwaltung. 3 Bde. 1873—78. 2. u. 3. Aufl. von Marquardt, Dessau, Domaszewski u. Wissowa. 1884—85. Lange, Röm. Altertümer. 3 Bde. 1856 f., 3. Aufl. 1876 f. Madvig, Die Verfassung und Verwaltung d. röm. Staates. 1881. 82. Herzog, Geschichte und System der röm. Staatsverfassung. 2 Bde. 1884. 87 (unvollendet). Willems, Le droit public Romain. 6. Aufl. 1889. Kurzes Handbüchlein von Costa, Storia del dir. Rom. pubblico. 1906.

[5] Rein, Kriminalrecht der Römer. 1844. A. W. Zumpt, Das Kriminalrecht d. röm. Republik. 2 Bde. 1865. 68. Mommsen, Röm. Strafrecht. 1899. Ferrini, Diritto penale Rom. 1899.

[6] Keller, Der röm. Civilprozeß u. d. Aktionen. 1852. 6. Aufl. v. Wach. 1883. Bethmann-Hollweg, Der röm. Civilprozeß. 3 Bde. 1864—66. Vgl. auch Girard, Hist. de l'organisation judiciaire des Romains I. 1901. Wlassak, Röm. Prozeßgesetze. 1888. 91.

[7] Geib, Geschichte des röm. Kriminalprozesses. 1842. A. W. Zumpt, Der Kriminalprozeß d. röm. Republik. 1871. Vgl. ferner das in N. 5 angeführte Werk Mommsens.

[8] Verfassungs- und Quellengeschichte gibt: Bonfante, Storia del diritto Romano. 1909.

Quirinal — zu einem Gemeinwesen. Wann und unter welchen Einflüssen sie sich vollzog, darüber fehlt uns jede als historisch zu betrachtende Kunde. Höchste Wahrscheinlichkeit aber spricht dafür, daß diese Verbindung nicht durch freie Vereinbarung zustande kam, sondern durch den harten Zwang eines städtegründenden Eroberers auferlegt wurde, der sich an dieser von der Natur dafür vorbestimmten Stelle ein festes Bollwerk errichten wollte. Eroberer, etruskische Eroberer haben geraume Zeit über Rom geherrscht, darüber kann kein Zweifel sein. Die römische Tradition selber, so sehr sie den wahren Charakter dieser Fremdherrschaft zu verdecken bestrebt ist, verschweigt uns ja nicht, daß die letzten Könige Etrusker waren. Nur so erklärt sich der starke etruskische Einschlag in römischen Einrichtungen und Gebräuchen einschließlich des Ritus der Städtegründung selbst[1]; nur so die zahlreichen Namen etruskischer Abstammung innerhalb des römischen Patriziats[2]. Damit steht nicht in Widerspruch, daß Rom bei seinem Eintritt in die Geschichte als rein latinische Stadt erscheint. Was in Latium an fremden Volksbestandteilen vorhanden war, das haben die Latiner sich assimiliert. Daß dies Schicksal auch die etruskischen Herren traf, ist nicht wunderbarer, als die im Licht der Geschichte vollzogene Anglisierung der normannischen Eroberer Englands durch die breite angelsächsische Unterschicht.

Wer aber waren die Latiner? Ihre Sprache gehört dem italischen Zweige des indogermanischen Sprachstamms an, und auch in Sitte und Recht weisen zahlreiche Spuren darauf hin, daß sie jenem Volke der Indogermanen entstammen[3], dessen Ursitze auch heute noch nicht vollkommen feststehen, aber doch wohl im mittleren Europa zu suchen sind. Von Norden her sind die Latiner und die ihnen stammverwandten Sabeller und Umbrer in Italien eingewandert. Man hat geraume Zeit angenommen, daß zwischen diesen Italikern und den Griechen eine besonders enge Verwandtschaft bestanden habe, daß beide zusammen in der Vorzeit einmal eine Einheit gebildet hätten; man hat daraufhin selbst den Versuch einer gräko-italischen Rechtsgeschichte gewagt. Diese Annahme scheitert nicht nur daran, daß Italiker und Griechen tiefgreifende Unterschiede in Anlagen, Charakter, Religion, Lebenssitte, Recht und der ganzen Richtung des geistigen Lebens aufweisen; sie steht auch in Widerspruch mit den neueren Ergebnissen der Sprachvergleichung: der italische Sprachzweig ist danach näher mit dem keltischen als mit dem griechischen verwandt. Allgemein indogermanisches Erbteil aber läßt sich allerdings im römischen Rechte nachweisen.

§ 5. Die ältesten Rechtszustände in Rom muß man sich sehr einfach denken. Stadt und Gebiet umfaßten wenige Quadratmeilen; die Einwohner waren entsprechend gering an Zahl, eine Bauernbevölkerung. Die Viehwirtschaft hat große Bedeutung; aber die Kraft des Landes liegt im Ackerbau. Die Weide war Gemeinland (ager compascuus), worauf jeder Bürger sein Vieh nach Belieben treiben konnte. Die Ackerwirtschaft dagegen ruht, soweit wir historisch zurückblicken können, auf dem privaten Grundeigentum. Daß es bei den Latinern in vorgeschichtlicher Zeit eine Periode der Ackergemeinschaft gegeben habe, ist möglich, aber unerweislich[4]. Allerdings weiß die römische Überlieferung zu berichten, daß Romulus jedem Bürger ein kleines Privatgut (heredium) von zwei iugera (das iugerum etwas mehr als ein Viertel Hektar) zugeteilt habe. Wäre dieser Bericht zuverlässig, so würde er Ackergemeinschaft in irgendeiner Form voraussetzen[5]; das heredium hätte für den Unterhalt einer Familie bei weitem nicht ausgereicht. Allein die Erzählung von den zwei iugera überträgt allem Anschein nach in die Gründungsgeschichte Roms einen Vorgang, der uns späterhin für die unter ganz anderen Verhältnissen stattfindende Gründung von Bürgerkolonien bezeugt

[1] Varro de L. L. V 143: oppida condebant in Latio Etrusco ritu.

[2] Über diese Tatsache lassen die epochemachenden Untersuchungen W. Schulzes (Zur Geschichte latein. Eigennamen, 1904) keinen Zweifel, mag auch manche Einzelheit unsicher sein.

[3] Über die Rasse der Latiner ist hiermit nichts ausgesagt. Spracheinheit und Volkseinheit bedeutet nicht notwendig Rasseneinheit. Welcher Rasse das Volk der Indogermanen angehörte oder welche Rassenmischung ihm zugrunde lag, wissen wir nicht. Man darf daher nicht von indogermanischer „Rasse" der Latiner reden, wie es Bruns in den früheren Auflagen der Enzyklopädie tat.

[4] Vgl. Pöhlmann, Geschichte des antiken Kommunismus (2. Aufl. 1912) II S. 415 f.

[5] So Bruns in den früheren Auflagen (nach Mommsen).

ist [1]. Schon die ältesten Verfassungszustände Roms sind ohne die Annahme ungleicher Verteilung des Grundbesitzes kaum zu denken. Eine andere Frage ist, ob der private Grundbesitz von jeher frei veräußerlich war. Ungleichheit des Grundbesitzes konnte auch ohne freie Veräußerlichkeit entstehen [2]. Gegen freie Veräußerlichkeit in alter Zeit spricht die Tatsache, daß die alte Veräußerungsform der Manzipation ursprünglich anscheinend nur der Veräußerung beweglicher Sachen diente und auf die Übertragung von Grundstücken erst nachträglich künstlich adaptiert worden ist [3].

Gewerbe und Industrie konnten in dem Rom der Königszeit noch keine große Rolle spielen. Zwar sollen die nötigsten Handwerke schon von Numa in Zünfte geordnet worden sein [4], nämlich Zimmerleute, Schmiede, Gerber und Riemer, Töpfer, Färber und sogar auch Goldarbeiter. Auch ein gewisser Grad von Handel wird sich schon in jener alten Zeit entwickelt haben, und zwar schwerlich bloßer Binnenhandel, wobei doch in der Hauptsache nur an den Export landwirtschaftlicher Produkte in das benachbarte Latium und Etrurien im Austausch etwa gegen Metalle gedacht werden könnte [5], — an einen dafür verwendbaren erheblichen Produktionsüberschuß im römischen Gebiet ist ebenso schwer zu glauben [6] wie an ein entsprechendes Importbedürfnis der anderen Gebiete. Wohl aber Transithandel von der See her; Rom war nach der See zu durch seine Lage zum Emporium Latiums und des südlichen Etruriens bestimmt und mußte notwendig Anziehungskraft für die seefahrenden Griechen und Karthager gewinnen [7].

Der innere Verkehr war sicher nur gering. Die Bewegung des Eigentums kann noch nicht lebhaft gewesen sein. Darum besteht auch noch kein eigentliches Vertragssystem; Barzahlung oder Treu und Glaube (fides) beherrschen den Verkehr. In vorhistorischer Zeit diente das Vieh als Wertmesser und Zahlungsmittel (pecunia von pecus). An dessen Stelle tritt dann der Barren aus Kupfer (rodus, rauduscolum, aes rude), der von Privaten gegossen wird und deshalb im Handel gewogen werden muß (pendere, dependere). Die Zuwägung erfolgte vor Zeugen durch einen Vertrauensmann der Parteien, den sog. libripens (negotium per aes et libram). Die Eigentumsübertragung an den Sachen, die das stehende Kapital des Bauern bilden (res mancipi), forderte Empfang des zugewogenen Kupferpreises, und dieser Empfang verpflichtete zugleich den Verkäufer zur Gewährschaft (auctoritas, sog. actio auctoritatis auf doppelten Ersatz des Preises der entzogenen Sache). Aus dieser Wurzel entwickelte sich die spätere Eigentumsübertragungsform der mancipatio, bei der das Abwägen nur noch der Form halber zum Schein erfolgte. Auch Darlehen wurden in alter Zeit sicher stets per aes et libram gegeben, wirkten aber schwerlich schon als solche verpflichtend. Als obligatorischen Vertrag der Urzeit haben wir uns vielmehr, wie bei sehr vielen Völkern, eine Selbstverpfändung des Schuldners zu denken, die den Gläubiger berechtigte, sich bei Ausbleiben der Zahlung seiner Person zu bemächtigen und ihn bis zur Befriedigung in Fesseln (als nexus) zu halten. Diese Selbstverpfändung konnte sich an ein Darlehen anschließen [8], wird aber auch auf anderer Grundlage haben stattfinden können, z. B. zur Sicherung einer zur Sühne eines

---

[1] Pöhlmann a. a. O. S. 424 f.; E. Meyer, Gesch. d. Altert. II S. 519. Vgl. über die bina iugera noch die Vermutungen bei Max Weber, Conrads Handwörterbuch der Staatswiss. 3. Aufl. I S. 144 f.; Soltau, Neue Jahrbb. XXV S. 732.

[2] Für freie Veräußerlichkeit Bruns in den früheren Auflagen.

[3] Das manu capere, das dem Akt seinen Namen gab, war bei Grundstücken sinnlos und wurde darum auch späterhin bei ihnen nicht gefordert, noch auch symbolisiert. Gai. I 121, Ulp. XIX 6. Abweichend Voigt, 12 Taf. II S. 342.

[4] Sehr alt sind diese Zünfte gewiß, vgl. Waltzing, Et. hist. sur les corpor. profess. chez les Romains. I (1895), p. 61 s.

[5] So Bruns in den früheren Auflagen.

[6] Vgl. de Sanctis, Storia dei Romani II p. 170 s.

[7] Das bleibt richtig, ob man nun den bekannten Handelsvertrag mit Karthago Polybius folgend schon in das Jahr 508 oder mit Diodor wohl richtiger erst in das Jahr 348 setzt.

[8] Die herrschende Meinung läßt, wie aus dem Barkauf die Manzipation, so aus dem ernstlichen Darlehen der Urzeit ein als bloße Obligationsform dienendes Scheindarlehen per aes et libram sich entwickeln, das sogenannte nexum, über dessen Gestalt und Rechtsfolgen die Ansichten weit auseinandergehen. Zweifel über diese Meinung bei Lenel, ZRG. 36 S. 84 f. Die Literatur der Frage s. bei Girard, Manuel, 5. éd. p. 478, dazu noch Mitteis, Röm. Privatrecht I S. 136, Eisele, Studien z. röm. Rechtsgeschichte (1912) S. 1 f.

Delikts versprochenen Buße. Keine rechtliche, nur religiöse Bedeutung hatte der zur Bestärkung eines Versprechens geleistete Eid.

Staatliches Geld kannten weder die Königszeit noch die ersten anderthalb Jahrhunderte der Republik. Das älteste, mit staatlicher Marke versehene, aus Kupfer gegossene Geld erscheint, wie an den erhaltenen Stücken mit technisch-archäologischer und historischer Begründung nachgewiesen werden konnte, erst um die Mitte des 4. Jahrhunderts v. Chr.[1] unter kampanischem Einfluß.

§ 6. Patrizier und Plebejer. In der Bevölkerung werden zwei Bestandteile unterschieden, Patrizier und Plebejer. Die Bedeutung und der Ursprung dieser Zweiteilung ist außerordentlich bestritten. Niebuhr zuerst stellte die Behauptung auf, die Patrizier seien die eigentliche, politisch allein berechtigte Bürgerschaft der alten Zeit gewesen, die Plebejer hätten ihnen gegenüber eine politisch rechtlose Masse gebildet, die namentlich von der Teilnahme an der Volksversammlung — den comitia curiata — ausgeschlossen gewesen wäre, und diese auch von Mommsen geteilte Ansicht ist auch heute noch weit verbreitet. Im übrigen besteht unter ihren Vertretern eine weitgehende Meinungsverschiedenheit. Die einen (so Mommsen) identifizieren die Plebs mit den Klienten der Patrizier (von denen unten noch zu handeln sein wird), andere (wie Niebuhr selbst) setzen sie in ausdrücklichen Gegensatz zu ihnen. Die einen lassen die Plebs hervorgehen aus der unterworfenen Ureinwohnerschaft Latiums, andere (so Niebuhr) hauptsächlich aus besiegten Latinern, die man im Landbezirk außerhalb der Stadt angesiedelt habe[2], wieder andere aus freigelassenen Sklaven und Landfremden, die sich den Aufenthalt in Rom dadurch ermöglichten, daß sie sich in den Schutz eines patrizischen Patrons begaben usw. Es hat aber diese ganze von Niebuhr ausgehende Hypothese von dem rein patrizischen Urstaat keine Berechtigung. Sie stimmt weder zu der antiken Überlieferung noch zu den Schlußfolgerungen, zu denen analoge Erscheinungen in anderen antiken Städten zwingen. Die Plebejer gehörten in historischer Zeit, und zwar als stimmberechtigte Mitglieder, zu den Kurien (s. § 7)[3], und es ist wenig wahrscheinlich, daß dies in der Königszeit anders gewesen[4]; die Aufnahme in die Kurien zu ambitionieren, hatten die Plebejer in einer Zeit, wo jene alle reale Bedeutung verloren hatten, keinerlei Veranlassung. Ebenso waren die Plebejer, soweit wir geschichtlich zurückblicken können, wehrpflichtig, und auch dies verträgt sich nicht mit politischer Rechtlosigkeit. Am allerwenigsten können sie, wie dies die an Widersprüchen reiche Überlieferung bei römischen Schriftstellern will[5], als Klienten der Patrizier angesehen werden. Denn den Klienten verband mit seinem Patron ein religiöses Treuverhältnis. Die Plebejer konnten de iure selbst Klienten haben[6]. Die Macht der Patrizier aber in ihrem Kampfe mit der Plebs beruht nach der gerade hier durchaus glaublichen Tradition ganz wesentlich auf der Masse der von ihnen abhängigen Klienten. Der ganze Ständekampf wird unverständlich, wenn man in ihm einen Kampf der Patrone mit ihren Klienten erblickt, deren Schädigung[7] ihnen noch nach den zwölf Tafeln bei Strafe des reli-

---

[1] Vgl. Samwers-Bahrfeld, Gesch. des älteren röm. Münzwesens, 1883; Willers, Gesch. der röm. Kupferprägung, 1909, S. 25 f. Früher nahm man meist an, das älteste Staatsgeld datiere von den Dezemvirn. Das Fehlen staatlichen Geldes ist aber keineswegs Beweis für andauernden Tiefstand des Verkehrs. Auch Karthago ging erst sehr spät zur Münzprägung über, und das hochentwickelte alte Ägypten hat überhaupt nicht gemünzt. Auch darf nicht übersehen werden, daß der Handel mit den Etruskern und Griechen deren Gold- und Silbermünzen auch in den römischen Verkehr gebracht haben muß. Zur Geschichte des älteren römischen Münzwesens vgl. noch Reling, Klio VI S. 489 f., wo insbesondere über die wichtigen Forschungsergebnisse Häberlins berichtet ist.

[2] Neuerdings läßt Binder, Die Plebs (1909), Rom aus der Zusammenfassung einer sabinischen Stadt auf dem Quirinal und einer latinischen auf dem Palatin zu einem Gemeinwesen entstehen und sieht in den Bewohnern der ersten die herrschenden Patrizier, in denen der letzteren die Plebejer. Eine Kritik dieser Auffassung ist an dieser Stelle nicht möglich.

[3] Mommsen, Röm. Forschungen I S. 140 f.

[4] Vgl. auch Soltau, Altröm. Volksversamml. S. 88 f. A. Rosenberg, Untersuchungen zur röm. Zenturienverfassung (1911) S. 51 f.

[5] Vgl. Mommsen, Staatsrecht III S. 63 n. 4.

[6] Plutarch, Ti. Gracch. 13, Marius 5.

[7] Wohin z. B. auch die Abführung in die Schuldknechtschaft gehört haben würde. Vgl. auch Max Weber, Conrads Handwörterbuch der Staatswissensch., 3. Aufl., I S. 142.

giösen Bannes verboten war. Endlich spricht gar nichts dafür, in den Plebejern ein nachträglich zu der ursprünglich rein patrizischen Bürgerschaft gewissermaßen von außen her hinzugetretenes Element zu erblicken. In allen antiken Stadtstaaten sehen wir, daß sich aus der Ungleichheit des Grundbesitzes allmählich ein gegenüber der Masse des Volkes bevorrechteter Adel entwickelt. Ein solcher Adel wird auch der römische Patriziat gewesen sein. Er wohnt in der Stadt; den draußen liegenden Grundbesitz läßt er durch Sklaven, Schuldknechte, vielleicht auch Klienten[1], bebauen. Sein relativer Reichtum gewährt ihm die Macht und auch die Muße zur politischen Betätigung; so kommt es, daß der ständige Beirat des Königs, der Senat, nur mit Patriziern besetzt ist[2]. Ein erheblicher Teil der ärmeren Bevölkerung gerät in Abhängigkeit von diesen Herrengeschlechtern und begibt sich in deren Klientel. Aber niemals war dies die ganze nichtpatrizische Bevölkerung. Immer gab es Kleinbauern, die sich ihre wirtschaftliche Selbständigkeit zu bewahren gewußt hatten[3], gab es selbst plebejische Zweige patrizischer Geschlechter, gab es Handwerker und Händler in der Stadt: diese waren es, die die Plebs ausmachten. Und als der Adel sich abschloß, die emporsteigenden Familien nicht mehr in sich aufnahm, da begann auch die Plebs Familien von Macht und Einfluß zu umfassen, die ihr Gewicht bei dem entbrennenden Ständekampf in die Wagschale legten.

§ 7. Gentes, Kurien, Tribus. Der Patriziat zerfällt in Geschlechter (gentes)[4]. Ihre Zahl, nach der sehr unglaubwürdigen Tradition ursprünglich 300, war in der Königszeit wohl noch nicht geschlossen — auf den Hinzutritt neuer Geschlechter deutet die Unterscheidung zwischen gentes maiores und minores —, ist es aber späterhin geworden. Unter den Angehörigen der gens (gentiles) ist die Idee einer näheren, freilich nicht mehr nachweisbaren Verwandtschaft lebendig, eine Idee, die insbesondere in der Zurückführung der gens auf einen heros eponymus hervortritt. Dennoch ist es schwerlich richtig, wenn man, wie es meist geschieht, die gentes aus allmählich sich erweiternden Familien entstanden glaubt; jene Verwandtschaftsidee lebt auch in ganzen Stämmen und Völkern. Vielmehr dürfte die urzeitliche gens, ebenso wie die keltischen Clans, eine politische Organisation innerhalb des Stammes[5] gewesen sein, entstanden, wie dergleichen Organisationen überhaupt entstehen, durch gemeinsame kriegerische Unternehmungen, gemeinsame Ansiedlung usw. Der ursprünglich politische Charakter der gens tritt noch in historischer Zeit darin hervor, daß sie für ihre Mitglieder bindende Beschlüsse (decreta)[6] faßt (wodurch sie ihnen z. B. die Führung bestimmter Vornamen untersagt). Daß jede gens ursprünglich auf dem gleichen engen Territorium — vielleicht in Ackergemeinschaft — angesiedelt war, zeigt sich noch in den gentilizischen Namen der römischen Landbezirke (tribus rusticae), die doch nur so verstanden werden können, daß dort die betreffende gens als solche ihre Niederlassung hatte[7]. Beim Beginn unserer geschichtlichen Kenntnis ist

[1] Die Ausnutzung der Klientel für diesen Zweck steht keineswegs fest. Vgl. Max Weber a. a. O. I S. 147.

[2] Die obige Auffassung des Patriziates wird u. a. von Eduard Meyer, Niese, de Sanctis vertreten. Vgl. namentlich den Artikel „Plebs" in Conrads Handwörterbuch der Staatswissensch. von Eduard Meyer.

[3] Gegen K. J. Neumanns Hypothese, wonach die gesamte Plebs bis zum Jahre 457 v. Chr. eine Art Erbuntertanen der Patrizier gewesen, in jenem Jahre aber „befreit" worden wären, vgl. unten S. 322 n. 1, auch Max Weber. a. a. O. S. 141 f. Soltau. Neue Jahrbb. XXIX S. 489 f.

[4] Gentes i. w. S. hat es auch unter den Plebejern gegeben; ob von jeher oder erst seit der Zeit des sozialen Emporsteigens plebejischer Familien, ist streitig. Jedenfalls aber gab es einen engeren Begriff der rein patrizischen gens (Liv. X 8, 9: vos solos gentem habere). Unrichtig ist, daß man die plebejischen gentes technisch als stirpes bezeichnet habe. Vgl. Kübler, bei Pauly-Wissowa, s. v. gens.

[5] Nicht etwa eine der Entwicklung des Stammes zeitlich vorhergehende Organisation. Vgl. E. Meyer, Sitzungsber. der Berliner Akad. 1907 S. 508 ff.

[6] Daß diese Beschlüsse rechtlich unverbindlich gewesen seien (Mommsen, Staatsrecht III S. 18), ist schwer zu glauben (dagegen auch Kübler, a. a. O.). Dann kann es der gens aber auch an einem Exekutivorgan nicht gefehlt haben, wenn auch die Existenz eines pater gentis (Bonfante, Storia p. 82 n. 1) oder magister gentis (Voigt, 12 Tafeln II S. 777) nicht erweislich ist.

[7] Freilich sicher nicht so, als ob die ganze tribus dieser gens gehört hätte. Die Zahl der tribus rusticae beträgt ja nur einen Bruchteil von der der gentes, die doch alle am Bodeneigentum partizipiert haben müssen.

die politische Bedeutung des Geschlechtsverbandes bereits gebrochen. Die Zusammengehörigkeit der gentiles aber macht sich noch durch Jahrhunderte geltend in der Gleichheit des Namens, der gemeinsamen Gottesverehrung (sacra), den gemeinsamen Festen, Begräbnisstätten, Gebräuchen (mores), auf privatrechtlichem Gebiet in dem der gens zustehenden Erb- und Bevormundungsrecht. Den Senat aber, den Beirat des Königs, bilden nicht etwa, wie das ursprünglich der Fall gewesen sein wird, die Häupter der sämtlichen gentes; er wird vielmehr vom König nach freier Wahl aus dem Patriziat zusammengesetzt.

Das gesamte Volk, nicht etwa bloß der Patriziat, ist in 30 Kurien eingeteilt. Es ist das eine politische Organisation der Samtgemeinde, die sich gebildet haben wird, als die gentes ihre politische Rolle ausgespielt hatten. Die Angehörigen einer gens gehören auch zu der gleichen Kurie; unbeglaubigt und unmöglich ist dagegen die Annahme, daß jede Kurie zehn Geschlechter umfaßt habe. Nach Kurien findet die Abstimmung in der ältesten uns bekannten Form der Volksversammlung statt; ebenso in alter Zeit die Aushebung zum Kriegsdienst und die Steuererhebung. Sie bilden zugleich sakrale Genossenschaften, aber ohne korporativen Charakter, mit einem Vorstand (curio, sacerdos curio sacris faciundis), der zum Gehilfen einen flamen curialis hat. Das zur Bestreitung der Opfer erforderliche Geld (aes curionium) erhalten sie aus der Staatskasse. An der Spitze der Kurionen steht der ursprünglich wohl vom König bestellte, später gewählte curio maximus.

Die Kurien verteilen sich unter die drei Tribus der Titienses, Ramnes und Luceres. Nach der Überlieferung (Cic. de rep. II 8, 14) soll diese Dreiteilung, ebenso wie die Kurien selbst, auf Romulus zurückgehen. Sie hatte Bedeutung für die Heeresorganisation. Ob die drei Tribus aber nichts sind als die politisch-militärische Zusammenfassung einer Anzahl von Kurien, die durch die Idee gemeinsamer Abstammung vermittelt wurde, oder ob es sich dabei um drei ursprünglich selbständige, dann zu einem Staat vereinigte Stämme handelt, ist ungemein streitig [1]. Für die Entwicklung des römischen Rechts ist die Unterscheidung jedenfalls bedeutungslos.

§ 8. Die Familie. Innerhalb der Gemeinde und des Geschlechts nimmt die einzelne Familie eine selbständige Stellung mit starkem inneren Leben ein. Sie bildet eine Wirtschaftsgemeinschaft, die von dem Familienhaupt — dem pater familias — regiert wird. Er hat in seinem Hause über Frau und Kinder die absolute Gewalt des Urzustandes. Gesetz und Staat engen sie noch nicht ein, die natürliche Sittlichkeit des Familienlebens und die Religion sind ihre einzigen, aber genügenden Schranken. Der Hausherr ist Herr über Leben und Tod der Hausgenossen, er kann sie verkaufen, ihr gesamter Erwerb gehört von selber ihm, und sein Recht, über das Vermögen zu verfügen, wird durch ihr zukünftiges Erbrecht nicht beschränkt. Nur bei sittenwidriger Verschwendung kann die gens eingreifen und ihm die Verwaltung und Verfügung über das Erbgut (bona paterna avitaque) nehmen (re commercioque interdicere). Die Söhne bleiben im Hause und in der Gewalt, auch wenn sie erwachsen sind und heiraten und Kinder bekommen. Die Töchter treten dagegen mit der Heirat in die Familie und Gewalt ihres Mannes; ihre Kinder gehören in dessen Familie. So scheiden sich von selbst agnatische und kognatische Verwandtschaft. Mit dem Tode des Hausvaters werden seine Kinder oder Enkel von verstorbenen Söhnen (sui) von selbst frei und Herren des Vermögens. Sind keine Deszendenten da, so fällt das Vermögen ursprünglich wohl immer an die gens [2]. Doch kann, wer keine Kinder hat, um das Aussterben der Familien und Gentes zu verhindern, unter Zustimmung des Volkes nach Voruntersuchung durch die Pontifices einen selbständigen Bürger an Sohnes Statt annehmen (adrogare). Auch das vor den Komitien zu errichtende Testament war schon der Zeit vor den 12 Tafeln bekannt. Über seine Bedeutung aber — insbesondere, ob es nur in Ermangelung von sui oder, wie später, auch

[1] Letzteres die früher allgemein herrschende Meinung. Dagegen insbesondere Ed. Meyer, Gesch. d. Altert. II § 58, 326; Holzapfel, Beitr. z. alten Geschichte I S. 228 ff.; Binder, Plebs S. 144. Wieder anders de Sanctis, Storia dei Rom. I p. 252. Sollte W. Schulze, Zur Gesch. lat. Eigennamen (1904) S. 218, mit der Annahme Recht behalten, daß die drei Tribusnamen etruskischen Ursprungs seien, so wäre damit die ältere Ansicht endgültig widerlegt.

[2] Wenn im Recht der 12 Tafeln dieser der nächste Agnat vorgeht, so dürfen wir darin doch wohl schon eine vorgeschrittenere Entwicklung des Intestaterbrechts erblicken.

unter Enterbung vorhandener sui errichtet werden konnte, ob ferner der heres testamentarius nur in das Vermögen und die darauf lastende Opferpflicht oder zugleich, anders als der Testamentserbe der späteren Zeit, in die Stellung als Familienhaupt sukzedierte —, über all dies sind nur sehr unsichere Hypothesen möglich[1]. Die Ehe ist monogamisch und wird von den Patriziern in religiöser Form vor Zeugen mit Auspizien und Opfern, namentlich des panis farreus, geschlossen (confarreatio), während bei der Plebs der in der Urzeit so vieler Völker herrschende Frauenkauf (coemptio) üblich blieb. Confarreatio wie coemptio bringen die Frau in die volle Familiengewalt (manus) des Mannes. So war die verheiratete Frau rechtlich von ihrem Ehemann abhängig; tatsächlich aber hat sie als materfamilias, als Herrin im Hause eine ebenbürtige und geachtete Stellung neben ihm. Scheidung der Ehe war möglich — wiewohl eine unglaubwürdige Nachricht das Gegenteil behauptet —, aber selten. Sie konnte in alter Zeit wohl nur durch den paterfamilias erfolgen und setzte der Sitte nach einen Spruch des Familiengerichts voraus; vollzogen wurde sie bei der konfarreierten Ehe durch einen religiösen Lösungsakt (diffarreatio), bei der Kaufehe durch Rückverkauf der Frau (remancipatio). Unverheiratete Frauen stehen, wenn sie keinen Vater oder väterlichen Aszendenten haben, unter der Vormundschaft ihrer Agnaten und Gentilen.

§ 9. Die Klienten. Seit Urzeiten stehen in einem erblichen Abhängigkeits- und Treuverhältnisse (obsequium und fides) zu den einzelnen Patrizierhäusern[2] deren Klienten. Sie sind frei (D. 49, 15, 7, 1) und stimmberechtigt in der Volksversammlung. Sakral gehören sie zum Geschlechte und führen dessen Namen; jede Gegnerschaft zwischen Patronen und Klienten, namentlich jeder Prozeß (in ius vocatio) und Zeugnisabgabe (Plutarch. Mar. 5, 4), ist ausgeschlossen; der Patron, der den Klienten schädigt (fraudem facit), verfällt sakraler Ahndung und umgekehrt. Der Patronat erscheint als gemindertes Herrenrecht: der Klient ist dem Patrone zu steuerartigen Leistungen (bei Ausstattung der Tochter, Loskauf aus der Gefangenschaft), namentlich zur Alimentation, wahrscheinlich auch zu Frondiensten (operae), vielleicht sogar zur Heerfolge verpflichtet; der Patron hat Erb- und Vormundschaftsrecht. Dafür muß er den Klienten vor Gericht vertreten und ihm Unterhalt gewähren. Der Ursprung der Klientel, die in Latium überall nachweislich ist, liegt vor aller Geschichte. Man hat in den Klienten unterworfene Ureinwohner sehen wollen; dagegen spricht entscheidend der religiöse Schutz und die Geschlechtszugehörigkeit. Vielmehr liegt die einfache Erklärung des Instituts darin, daß mit der wachsenden Ungleichheit des Besitzes der ärmere Teil der Bevölkerung leicht in wirtschaftliche und dann auch rechtliche Abhängigkeit von dem reicheren Teile gerät, auch in Zeiten herrschender Selbsthilfe wirksamen Schutzes gegen Übergriffe Mächtiger bedarf. Er erlangt diesen Schutz wahrscheinlich dadurch, daß er dem Mächtigen seinen Grundbesitz überläßt und ihn zwar zur Nutzung zurückempfängt, aber nur precario, d. h. auf beliebigen Widerruf. Erweitert mag sich dann die Zahl der Klienten noch haben durch den Hinzutritt Landfremder, die, um in Rom zu leben, sich einem Patrizier untergaben (ius applicationis: Cic. de orat. I 187). Daß hingegen auch durch die Freilassung von Sklaven, die in alter Zeit nur tatsächliche, nicht rechtliche Wirkung hatte, ein Klientelverhältnis entstanden sei, ist eine unhaltbare Behauptung.

§ 10. Die Staatsverfassung dieser ältesten Zeit zu rekonstruieren ist unmöglich. Nur die Vorstellungen lassen sich zu einem Bilde zusammenfügen, welche die römischen Staatsrechtsgelehrten der Republik sich davon machten. Diese beruhen aber viel weniger auf sicherer Überlieferung als auf Rückschlüssen aus den Rechtsverhältnissen, die sie selbst vor Augen hatten; dabei werden sie von der Neigung beherrscht, die Anfänge der einzelnen Institute schon in der Königszeit zu finden. Danach ist die Verfassung der eigentlichen Bürgerschaft eine eigentümliche Mischung von monarchischen, theokratischen, aristokratischen und demokratischen Elementen.

---

[1] Sehr weitgehend: Lambert, La tradition romaine sur la succession des formes du testament devant l'hist. comparative (1901).

[2] Daß es auch plebejische Patrone gab, erweist Plut., Ti. Gracch. 13 und Marius 5. Ein rechtliches Hindernis dürfte dem plebejischen Patronat niemals entgegengestanden haben, seine Verbreitung aber wohl erst der Zeit des Aufsteigens der Plebs angehören.

Ein König mit vollem imperium, d. h. unbeschränkter Banngewalt, der zwar tatsächlich nach der Überlieferung vom Volke auf Lebenszeit gewählt oder doch bestätigt wird, der aber sein Amt aus eigenem Rechte und als Recht übt und verantwortlich ist. Daneben ein Senat, der zwar nur selbstgewählter Rat des Königs ist, aber stets die mächtigsten und einflußreichsten Männer der patrizischen gentes in sich schließt. Volksversammlungen, die zwar nur vom Könige berufen werden können, in denen dann aber einfach nach den Kurien abgestimmt wird (comitia curiata), jeder mündige Bürger also gleiches Recht hat. Endlich priesterliche Sachverständigenkollegien, die das fas, das geistliche Recht, zu wahren haben: sie sind zwar vom König abhängig, nicht zu Rechtsprüchen und Anordnungen (edicta) befugt, sondern nur zu Gutachten (responsa); aber diese sind tatsächlich maßgebend und bilden so eine selbständige Macht. So ist das Fetialenkollegium bedeutend für den völkerrechtlichen Verkehr (Kriegserklärung und Friedensschluß), die Augurn für die Erforschung des Willens der Götter in staatlichen Angelegenheiten (Auspizien), vor allem der pontifex maximus mit seinem Kollegium als iudex atque arbiter rerum divinarum humanarumque (Festus p. 185). Eine genauere Bestimmung des Verhältnisses der drei weltlichen Gewalten: König, Volk, Rat, zueinander hat man bei uns vielfach versucht; indessen muß man sich hüten, die scharfen rechtlichen Grenzen der späteren und heutigen Zeit in diese Urzeit hineinzuverlegen. Die Macht der faktischen Umstände und namentlich der Persönlichkeit der einzelnen Könige mögen wohl vor allem entscheidend gewesen sein. Immerhin wird man doch annehmen dürfen, daß schon damals die Grundzüge der späteren Verfassung vorhanden waren; denn die Republik tritt nicht als Neuschöpfung, sondern als Abwandlung und Abschwächung des Bestehenden auf. Danach erscheint der König (rex) als ausschließlicher Inhaber aller geistlichen und weltlichen Gewalt. Aber diese gilt als ihm anvertraut. Er selbst beantragt bei der Volksversammlung die l. curiata (de imperio), d. h. das Treugelöbnis der Bürger, das ihm nicht verweigert werden darf. Er muß auch seinerseits nach dem späteren Ausdrucke die Gewalt zum Besten des Gemeinwesens in Treue üben. Dabei steht ihm der Senat zur Seite, aber lediglich mit beratender Stimme (consilium). Eine feste, der Königsgewalt gegenüber verfassungsmäßig geordnete Kompetenz der Volksversammlung wird man kaum annehmen dürfen: der König wird die Volksversammlung befragt haben, wenn die tatsächlichen Verhältnisse, insbesondere die Wichtigkeit eines zu fassenden Entschlusses (z. B. über eine Kriegserklärung, einen Friedensschluß, einen Waffenstillstand) es ihm ratsam erscheinen ließen, sich zuvor der Zustimmung des gesamten Volkes zu vergewissern. Die Abstimmung fand dabei nach Kurien statt (comitia curiata). Die auch später unverrückten Grundlagen des Staatswesens sind die allgemeine Wehr-, Steuer- und Fronpflicht der Bürger, einerlei ob Patrizier oder Plebejer. Die letzte (munera) ist, wie wir sie kennen, im Verschwinden, aber sicher bezeugt und praktisch (Cicero Verr. 5, 48; Liv. I 56, 1; lex Urson. 98). Jeder Bürger ist dienstpflichtig, und nur er hat das Wehrrecht: das Heer (legio) besteht nur aus Bürgern; jeder Bürger muß steuern, die nicht Wehrfähigen (viduae, pupillae, orbi) in besonderer Weise. Der König kürt (dilectus) das Kriegsheer, er schreibt die Kriegssteuer (für den Sold) aus (tributus), beides wohl unter Mitwirkung des Rates, wenn und soweit ein Bedürfnis ist; er befehligt das Heer und verfügt über Beute und erobertes Land (ager publicus). — Der König ist endlich Gerichtsherr in Strafsachen und Zivilsachen. Die Straftaten zerfallen in Sakral- und weltliche Vergehen. Über beide richtet der König. Doch wurde bei reinen Sakralvergehen (Meineid, unabsichtlicher Tötung) keine Strafe verhängt; die Ahndung stand der Gottheit zu (diis sacer esto). Die Verbrechen der weltlichen Rechtsordnung richten sich entweder gegen den Staat (perduellio) oder gegen Privatpersonen und ihr Vermögen (Mord, Entwendung, iniuria, Sachbeschädigung). Die letzteren überläßt der Staat der Privatverfolgung (Blutrache, Tötung des abgefaßten Diebes oder Ehebrechers) oder der Klage auf Talion oder Ersatz. Bei ersteren wird von Amts wegen eingeschritten, ohne bestimmte Formen verhandelt, regelmäßig, im Sinn eines Opfers, die Todesstrafe erkannt und vollstreckt. Daß es, wie die römische Überlieferung will, von dem Königsurteil eine Berufung (provocatio) an die Volksversammlung gegeben habe, die dann als eine Art Begnadigungsinstanz hätte freisprechen dürfen, ist nicht glaublich, da das Rechtsinstitut der Provokation noch im Jahr 300 v. Chr. gesetzlicher Einschärfung bedurfte (Liv. X 9) oder vielmehr wahrscheinlich damals überhaupt erst eingeführt wurde. Dasselbe gilt von der Nachricht, daß der König die Aburteilung an seiner

Statt zwei Vertrauensmännern, den duoviri perduellionis, hätte überlassen können: schon die Zweizahl, die an die der Konsuln erinnert, spricht dafür, daß die Zweimänner erst republikanischer Zeit angehören.— Die Zivilrechtspflege hat sich in Rom aller Wahrscheinlichkeit nach aus ursprünglichen Schiedsgerichten entwickelt, die späterhin dadurch, daß die Obrigkeit an ihrer Einsetzung und Instruktion beteiligt wurde, sich in staatlich anerkannte Geschworenengerichte verwandelten. Diese Entwicklung dürfte sich schon in der Königszeit vollzogen haben, so daß wir berechtigt sind, gewisse Grundzüge von Verfahrensarten, die uns in den zwölf Tafeln bezeugt sind, schon jener älteren Zeit zuzuschreiben [1]. Als älteste Verfahrensformen werden wir wohl die exekutiven zu betrachten haben, die die Entwicklung aus der ursprünglichen Selbsthilfe noch deutlich erkennen lassen: die manus iniectio, die sich gegen die Person, und die pignoris capio, die sich gegen Sachen des Schuldners richtet, letztere in alter Zeit gewiß nicht auf das enge Anwendungsgebiet beschränkt, das uns von Gai. IV 26f. bezeugt wird. Dort bringt der Gläubiger den Schuldner vor den König (in ius), wie anzunehmen sein wird, unter Assistenz von Gewährsmännern, die die Schuldnereigenschaft des Belangten bezeugen; zu einem Prozeß kommt es nur, wenn ein Dritter als Helfer des Schuldners (vindex) gleichwohl die Rechtmäßigkeit des Verfahrens bestreitet; sonst wird er dem Gläubiger als Schuldknecht überantwortet, dessen Lage wir uns durchaus der des Sklaven ähnlich zu denken haben. Die pignoris capio besteht in einer außergerichtlichen Pfändung von Sachen des Schuldners, der dieser mit einem gerichtlichen Freigabebegehren wird haben begegnen können. Außer manus iniectio und pignoris capio wird wohl auch die höchst altertümlich anmutende actio sacramento in rem noch der Königszeit angehören, die Form des Prozesses um Eigen. Hier behaupten beide Teile ihr Recht vor dem König und weihen jeder für den Fall seines Unrechts eine für Opferzwecke zu verwendende, in Kupfer bestehende Buße den Göttern (sacramentum). Wessen Wette recht gewesen (utrius sacramentum iustum sit) [2], wurde sodann von einem Geschworenen entschieden. Eine Zwangsvollstreckung in unserem Sinne gab es dabei nicht; die streitige Sache wird für die Dauer des Prozesses einer Partei überwiesen, die (dem Könige?) praedes (Bürgen) zu stellen hat; an sie hält sich der siegreiche Gegner.

§ 11. Königsgesetze und ius Papirianum. Daß dieser ganze Urzustand des römischen Rechts nicht durch reflektierte Gesetzgebung künstlich geschaffen, sondern der Ausdruck eines ursprünglichen Volkslebens ist und seine Entstehung der Sitte und Gewohnheit des Volkes von seinen Urzuständen her verdankt, bedarf keines Beweises. Die Darstellung der römischen Geschichtschreiber, als ob Romulus und Numa alles Recht durch Gesetze neu geschaffen hätten, sogar auch solche Institute, wie Ehe, väterliche Gewalt, Gentilität, beruht auf der vulgären Vorstellung, daß ohne Gesetz kein Recht sei. Man schrieb danach einfach jede uralte Einrichtung in Rom dem einen oder dem anderen Könige zu, je nachdem sie rein rechtlich oder mehr religiös war. Zeiten, wie die römische Königszeit, pflegen aber das Recht überhaupt noch nicht als etwas anzusehen, was von Menschen willkürlich gemacht werden kann; ihnen ist es ein Geschenk der Götter, ein heiliges Vermächtnis der Vorfahren. Alles, was wir über primitive Rechtsentwicklung wissen, drängt entschieden zu der Annahme, daß der Königszeit die Gesetzgebung noch fremd gewesen sei, das Recht sich damals ausschließlich durch Gewohnheit, die Sprüche des Königsgerichts und die Gutachten der Priesterkollegien fortgebildet habe. Freilich, hiermit steht die römische Überlieferung in Widerspruch; sie weiß, auch abgesehen von jenen Fabeln über die Gesetzgebung des Romulus und Numa, gar mancherlei

---

[1] Nach einer verbreiteten Meinung soll der König in Zivilsachen persönlich entschieden haben, das Geschworeneninstitut erst durch Servius Tullius oder gar erst in republikanischer Zeit eingeführt worden sein. Die Zeugnisse, auf die man sich hierfür beruft (Cic. de rep. V 2, 3; Dionys. IV 25), sind ohne historischen Wert; sie enthalten Geschichtskonstruktionen einer späten Zeit, und ihr Sinn ist überdies keineswegs unzweifelhaft. Vgl. Hartmann-Ubbelohde, Ordo iudiciorum S. 112.

[2] Cic. pro Caec. 33, 97, pro domo 29, 78, pro Mil. 27, 74, de orat. 10. 42. Die in den beiden ersten Stellen bezeugte ausdrückliche Entscheidung über den Ausfall der Wette war m. E. nicht zu entbehren. Ob neben und vor dieser nur mittelbaren auch eine unmittelbare Entscheidung über das streitige Recht selbst erfolgte (dafür gegen die herrschende Meinung Jobbé-Duval, Wlassak, Mitteis), muß hier dahingestellt bleiben.

auffallende Details über die Königsgesetzgebung zu berichten. So erzählt Dionys, daß Servius etwa fünfzig Gesetze über Verträge und Delikte gegeben habe, und die römischen Altertumsforscher und Juristen (D. 11, 8, 2) führen sogar eine Reihe von Vorschriften teils im Wortlaute, teils dem Inhalte nach an, die sie besonders nachdrücklich als leges regiae bezeichnen und fast ausschließlich den drei ersten Königen zuschreiben. Aber jener Bericht des Dionys (IV 13, 25, 43; V 2) ist mehr als fragwürdig: Servius soll jene Gesetze bei seinem Regierungsantritte gegeben und auf Holz haben schreiben lassen, als „Schranke und Vorschrift" für die angeblich von ihm neu eingesetzten Privatrichter. Tarquinius Superbus soll sie wieder aufgehoben und ihre Tafeln zerstört, die ersten Konsuln aber sie wieder eingeführt haben, ohne daß doch diese Gesetze in den späteren Kämpfen um die Kodifikation des Rechts irgendeine Rolle spielen. Wer mag auf dergleichen bauen? Was sodann die angeblichen leges regiae angeht, so beziehen sich die als solche überlieferten Vorschriften alle auf ius sacrum; sie bestimmen über Opfer und Begräbnis (Wein von unbeschnittenen Reben, Fische ohne Schuppen sollen nicht dargebracht werden; das Kebsweib ist von der Opfergemeinschaft ausgeschlossen; Verbot der Trauer um den vom Blitz Erschlagenen), über Ahndung und Sühne von Sakralvergehen (paricidium, unabsichtliche Tötung, Beleidigung der Eltern, Grenzverletzung). Das sind Dinge, die als Gegenstand einer primitiven Gesetzgebung am allerwenigsten gedacht werden können; wohl aber gehören sie in den Bereich des Pontifikalkollegiums. Als Quelle dieser „Gesetze" nun wird das ius Papirianum genannt, eine Sammlung wohl mit der Überschrift de ritu sacrorum. Sicher bezeugt ist das Dasein dieses Buches erst durch die Erläuterungsschrift des Granius Flaccus (D. 50, 16, 144), die wahrscheinlich in die Zeit Cäsars zu setzen ist; Varro und Cicero erwähnen es nicht. Ein „Gesetz" wird auf Romulus und T. Tatius zurückgeführt (Festus p. 230), und die Sage von diesem ist erst verhältnismäßig jung. Der Verfasser soll ein Pontifex Papirius aus dem Beginne der Republik sein; er führt verschiedene Vornamen (S., M'., P., C.); die Legende bringt das papirische Geschlecht gern bei geistlichen Angelegenheiten an. Nach alledem handelt es sich um eine relativ spät entstandene Sammlung von Regeln des Sakralrechts [1], die die pontifices formuliert und ihren Aufzeichnungen (commentarii) einverleibt haben werden; diese Aufzeichnungen bilden wahrscheinlich die letzte Quelle der Sammlung. Ein großer Teil jener Satzungen ist gewiß uralt; durch die Bezeichnung als Königsgesetze wollte man ihnen eine höhere Weihe geben [2].

Zweite Periode. Die Republik.

I. Das römische Reich und seine Verfassung.

§ 12. Das römische Reich auf dem Höhepunkte seiner Entwicklung nach dem zweiten punischen Kriege stellt sich dar als eine unterworfene Staaten beherrschende Stadtbürgergemeinde. In der Tat aber bildet das Reich, staatsrechtlich angesehen, keine Einheit, keinen Bundesstaat, aber auch keinen Staatenbund. Nach Auflösung des alten Latinerbundes (338), der wirklich ein völkerrechtlicher Verein war, hat die Stadt Rom nur noch Bündnisverträge mit den einzelnen Städten, und daneben hat sie die Herrschaft über außeritalische Länder (Provinzen). Jede Stadt hat also mit Rom einen Vertrag, nicht die Städte unter sich; er läßt ihr Rom gegenüber mehr oder minder Freiheit (foedus aequum oder iniquum);

[1] Über das ius Papirianum und insbesondere sein Verhältnis zu den „monumenta" des Manilius (Cic. de rep. II 14, 26) vgl. jetzt Hirschfeld, Sitzungsber. der Berl. Akad. phil.-histor. Klass. 1903 S. 4 f., Baviera, Arch. giur. 71 S. 255 f., Kalb, Jahresber. üb. Altertumswiss. Bd. 134 S. 15 f.

[2] Eine Zusammenstellung aller Bestimmungen, die die Römer als leges regiae bezeichnen, s. in Bruns, Fontes I p. 1—14. M. Voigt, Über die leges regiae. 2 Abhandl. 1876. 77 (Abhandlungen der philol.-hist. Klasse d. K. Sächs. Gesellschaft der Wissenschaften. Bd. 7 Nr. VI u. VII).

aber immer gilt die Bundesstadt als souverän. Sie hat Gebietshoheit, d. h. ihre Bürger haben ihre Landgüter im Eigentume, und Exilrecht (d. h. ihr Bürgerrecht ist mit dem römischen unvereinbar); sie hat Münzrecht, Steuern und Zölle, eigene Verwaltung, Recht und Gericht; sie stellt Kriegsschiffe oder Mannschaften zum Heere; eigene auswärtige Politik aber ist ihr nicht gestattet. Zu diesen civitates foederatae gehören auch die alten Latinerstädte und die latinischen Kolonien; die socii Latini nominis aber haben commercium, leichten Zugang zum Bürgerrechte, stimmen in einer ausgelosten Tribus, wenn sie in Rom sind, und es ist ihnen zum Teil sogar das conubium gewährt. — Die Provinzen stehen zu Rom im Untertänigkeitsverhältnis. Dies hat ursprünglich nur politische und namentlich finanzwirtschaftliche Bedeutung, dadurch daß Rom das Recht der Besteuerung für sich in Anspruch nimmt; in der gracchischen Zeit aber tritt, wohl unter dem Einfluß rechtlicher Anschauungen, die sich in den hellenistischen Reichen gebildet hatten, ein Wandel ein, der auch gesetzlichen Ausdruck findet[1]. Die Provinzen gelten jetzt als praedia populi Romani. Der Grund und Boden gehört dem Volke; die Einwohner haben nur Nutznießung. Das Land wird von einem römischen Statthalter mit unbeschränkter Militär- und Gerichtshoheit verwaltet: der Kriegszustand erscheint hier dauernd. Die städtischen Gemeinwesen bleiben als Verwaltungs-, namentlich als Steuerbezirke bestehen.

Die herrschende Gemeinde ist als souveränes städtisches Gemeinwesen gedacht. Das bleibt sie trotz der ihr einverleibten anderen Gemeinden, die keine selbständige Verwaltung haben (municipia civium Romanorum, conciliabula, praefecturae). Ihre Verfassung schildert Polybius (VI 11—18) für die Zeit nach dem zweiten punischen Kriege als eine wohlabgewogene Verteilung der politischen Macht und der staatsrechtlichen Funktionen zwischen Volk, Rat und Beamten, so daß das demokratische, aristokratische und monarchische Element gleichmäßig zu seinem Rechte kommt. Es hat einer Entwicklung in verschiedenen Richtungen bedurft, ehe die römische Republik dahin gelangte, und sie ist nur kurze Zeit auf diesem Standpunkte geblieben.

§ 13. Die Anfänge der Republik und die sog. Servianische Verfassung. Die Anfänge der Republik liegen für uns in tiefem Dunkel. Was römische Quellen über die Verfassungsgeschichte des 5. Jahrhunderts v. Chr. berichten, das beruht nicht auf zuverlässiger Überlieferung, sondern, soweit es sich nicht um bewußte Fälschungen handelt, auf Legenden fragwürdigen Ursprungs oder auf Rekonstruktionen, die die Auffassung weit späterer Zeiten widerspiegeln. Als wahrscheinlich wird man etwa folgendes ansehen dürfen. Die Vertreibung des etruskischen Königshauses wird das Ergebnis einer zugleich nationalen und aristokratischen Erhebung gewesen sein, die durch den Niedergang der etruskischen Macht um die Wende des 6. auf das 5. Jahrhundert begünstigt wurde. Die alte Königsgewalt wird aber nicht abgeschafft; sie geht über auf die beiden vom Volk gewählten Prätoren, die späteren Konsuln, allerdings in wesentlicher Beschränkung: beschränkt durch die kurze Amtsdauer eines Jahres, beschränkt durch die Kollegialität, die zwar jedem der beiden das Recht beließ, auch allein mit voller Wirkung zu handeln, zugleich aber auch jedem das Recht gab, den andern durch Widerspruch am Handeln zu verhindern (Interzessionsrecht), beschränkt durch die Lostrennung des Oberpontifikats, das zum selbständigen lebenslänglichen Amte wurde, beschränkt vielleicht auch schon durch das Amt des Quästors, der, zunächst vom Prätor selbst ernannt (erst später gewählt), doch unter eigener Verantwortung den Staatsschatz verwaltet. Ausnahmsweise kann die alte Königsgewalt unbeschränkt in der Diktatur wiederaufleben. Diese Veränderungen mußten notwendig zu einer gewaltigen Steigerung der Macht des Senates führen. Zwar bleibt dieser formal das bloße consilium consulum; aber den wechselnden und technisch ungeschulten Beamten gegenüber verkörpert sich im Senat die Tradition der staatsmännischen Erfahrung sowohl in den inneren wie in den auswärtigen Angelegenheiten der Gemeinde, so daß die eigentliche Regierung wenn auch nicht rechtlich, so doch tatsächlich in seine Hand hinübergleiten mußte.

Überaus zweifelhaft ist die Frage, in welchen Formen das Volk (der populus Romanus Quirites) in jenen Anfangszeiten die ihm nunmehr zustehende Souveränität ausübte. Die alte Kurienversammlung hat den Sturz der Königsgewalt überlebt, das ist gewiß; aber sie

[1] Mommsen, Staatsrecht III S. 730 f.

begegnet uns in historischer Zeit nur mehr, wo es sich um Angelegenheiten ohne politische Bedeutung handelt (Testament, Arrogation, die formale Bestätigung der Magistrate durch die lex de imperio, s. unten § 20). War dem von Anfang an so? Hatten die Kurienkomitien ihre politische Rolle schon bei Einsetzung der Republik ausgespielt? So will es in der Tat die einstimmige römische Überlieferung, die schon dem vorletzten Könige, Servius Tullius, eine tiefgreifende Veränderung im Staatsleben, eine vollständige, tiefdurchdachte, alle Seiten des Staatswesens, die finanzielle, militärische, administrative und politische, organisch zusammenschließende neue Staatsverfassung zuschreibt.

Die Stadt Rom, so lautet diese Überlieferung, wurde von König Servius in vier Quartiere (tribus) eingeteilt. Dazu traten 17 Landbezirke (tribus rusticae). 16 davon sind nach dort begüterten Geschlechtern mit römischen Gentilnamen bezeichnet und gewiß sehr alt. So gehörte jedes Grundstück, das im römischen Eigentume stand, res mancipi war, einer Tribus an (Cic. p. Flacco 80). Diese örtlichen Tribus bildeten nunmehr an Stelle der Kurien die Bezirke für die Aushebung und die Steuereinziehung (Varro, de lingua Lat. V 181; Dionys. IV 14). So wird die Gebietseinteilung zugleich eine Personeneinteilung; jeder wehr- und steuerpflichtige Bürger muß einer Tribus angehören. Aber diese Personaltribus können ursprünglich nur die Grundbesitzer (adsidui) umfaßt haben; sie werden der Tribus zugeschrieben, in welcher ihre Grundstücke liegen, wobei eigene Wahl und Belieben der Beamten mitwirkten. Die Tribus sind sonach politische Abteilungen des Volks unter einem tribunus aerarius; als solche nicht sakrale Genossenschaften, zu Rechtsgeschäften und selbständigen Beschlüssen unfähig.

Neben dieser Einteilung des Volkes in Tribus geht eine zweite einher: die in Zenturien. Die Bürger werden nach dem Vermögen (nicht etwa nach dem bloßen Grundbesitze) in fünf Klassen geschieden, jedoch so, daß die selber vermögenslosen Haussöhne in der Klasse ihrer Gewalthaber stehen; jede Klasse zerfällt in eine bestimmte Zahl von Zenturien, die erste (classici) in achtzig, die drei folgenden in je zwanzig, die fünfte in dreißig; in allen Klassen besteht die eine Hälfte der Zenturien aus iuniores (bis zu 46 Jahren), die andere aus seniores (bis zu 60 Jahren). Dazu kommen noch: 1. achtzehn Zenturien Reiter (equites), von denen sechs (die sex suffragia) ursprünglich rein patrizisch waren; 2. vier Zenturien Kriegshandwerker und Musikanten; 3. eine Zenturie Proletarier. Im ganzen sind es 193 Zenturien. Der Versammlung des so nach Zenturien gegliederten Volkes (comitia centuriata) soll Servius die politische Rolle der alten comitia curiata übertragen haben. Die Abstimmung darin findet nach Zenturien statt. Die equites stimmen zuerst, dann die erste Klasse; sind diese 98 Zenturien einig, so ist damit bereits die Mehrheit erreicht.

Diese Zenturienverfassung steht zweifellos in einem gewissen Zusammenhang mit der Wehrpflicht und der Heeresorganisation. Die 18 Reiterzenturien bildeten, wie wir wissen, eine stehende Reitertruppe; es werden uns gewisse Unterschiede in der militärischen Ausrüstung zwischen den Klassen überliefert (Liv. I 43, Dionys IV 16 f.) und berichtet, daß die iuniores für den Felddienst, die seniores als eine Art Landwehr zur Verteidigung der Stadt bestimmt gewesen seien, u. a. m. Durchaus verfehlt ist jedoch der Versuch Mommsens[1], die ganze Zenturienverfassung bis ins einzelne im Sinn einer ursprünglichen Heeresorganisation deuten zu wollen. Bei diesem Versuch stößt man auf Unmöglichkeiten. Um von anderen Bedenken abzusehen: das militärische Bedürfnis fordert geschlossene Abteilungen bestimmter Mannschaftszahl, läßt also den Verschiebungen keinen Raum, die das Wachstum der Bevölkerung, der Wechsel der Besitzverhältnisse in dem Bestand der Zenturien notwendig mit sich bringen mußten. Man mag sich ferner die sozialen Zustände des alten Roms noch so günstig vorstellen, so bleibt doch eine Besitzverteilung undenkbar, bei der die wohlhabendste Klasse etwa die Hälfte der ganzen Bevölkerung ausgemacht hätte. Die taktische Einheit der römischen Reiterei war weiter niemals die centuria, sondern die turma von 30 Mann. Und soll man sich gar vorstellen, daß im römischen Heere die Kriegshandwerker und Musikanten, statt den einzelnen Truppenkörpern zugeteilt zu werden, Zenturien für sich gebildet hätten? Vielmehr ist klar: die Zenturienverfassung ist zwar in gewissen Einzelheiten durch militärische Gesichtspunkte bestimmt gewesen; insbesondere das Stimmrecht in den fünf Klassen durch die Wehrpflicht. In ihrem

[1] Staatsrecht III S. 240 f.

Wesen aber war sie von allem Anfang an nichts anderes als eine auf timokratischer Grundlage ruhende politische Verfassung.

Die Pflicht zur Steuer (tributum) ruht auf dem Vermögen, ist aber keineswegs, wie das Stimmrecht, nach Klassen abgestuft. Auch die Proletarier sind steuerpflichtig (aerarii). Die orbi, d. h. die vaterlosen Unmündigen, die nicht dienstpflichtig sind, haben das aes equestre (das Geld für die Anschaffung der Ritterpferde) aufzubringen, die viduae, die selbständigen Frauen, das aes hordearium (das Geld für das Futter der Pferde). Wahrscheinlich waren den einzelnen Rittern einzelne Steuerpflichtige zugewiesen (attributio), von denen sie ihre Forderungen mit Zwangsmitteln (legis actio per pignoris capionem) einzogen.

Dies die Grundzüge der sog. Servianischen Verfassung, die im ganzen unverändert bis in die Kaiserzeit hinein bestanden hat. Von Servius Tullius rührt sie ebensowenig her wie die sog. Servianische Mauer. Dem fabelhaften Verfassungskönig schrieben die Römer die Staatseinrichtungen zu, über deren Ursprung sie nichts wußten. Jene Verfassung ist aber sicher überhaupt nicht mit einem Schlage eingeführt worden, sondern im Laufe längerer Zeit allmählich stückweise entstanden.

Über das Alter der Bodentribus sind nicht einmal Vermutungen möglich[1]. Sie spielen bei dem Ständekampf (s. § 14) eine Rolle, insofern sich die Plebs auf ihrer Grundlage organisiert; daraus folgt aber nicht, daß sie nicht als Aushebungs- und Steuerbezirke längst zuvor bestanden haben können. Die Zenturienverfassung stellt sich dar als Konzession einer immer noch starken patrizischen Regierung an die aufstrebende Masse der Plebejer, darauf berechnet, deren höhere und führende Schichten in das patrizische Interesse zu ziehen. Schwerlich ist diese Konzession schon im 5. Jahrhundert gemacht worden: die hohe Zahl von 1800 Reitern — die römische Legion zählt deren nur 300 — deutet auf eine Mannschaftsstärke des römischen Heeres, die dieses etwa zu Anfang des 4. Jahrhunderts, in der Zeit der vejentischen und Gallierkämpfe, erreicht haben mag. Der römische populus würde danach noch im ganzen 5. Jahrhundert nicht nach Zenturien, sondern nach den alten Kurien abgestimmt haben, in denen die Patrizier vermöge ihrer Klientel weit größeren Einfluß hatten als in den Zenturien, und auf die Kuriat-, nicht, wie Cicero[2] meint, auf die Zenturiatkomitien wäre der in den zwölf Tafeln erwähnte comitiatus maximus zu deuten[3].

§ 14. Der Ständekampf. Die Plebejer waren Bürger und trugen die bürgerlichen Lasten. Aber von der Verwaltung waren sie ausgeschlossen; Ämter und Priesterkollegien blieben patrizisch, und daß sie schon seit Beginn der Republik mit Sitz und Stimme, wenn auch nicht mit Redebefugnis in den Senat aufgenommen worden seien (patres [et] conscripti: Fest. p. 254), ist zwar überliefert, aber wenig glaublich. Es ist erklärlich, daß die Plebejer, und vor allem ihre oberen, sozial aufsteigenden Schichten, nach voller Gleichberechtigung mit den Patriziern strebten. Für diesen Kampf um die Gleichberechtigung bedurfte die Plebs der Organisation, und sie gab sie sich dadurch, daß sie sich Vorstände (tribuni plebis) wählte. Die Geschichte der Einsetzung des Tribunats liegt ebenso im Dunkel wie die der allmählichen Entwicklung seiner Macht. Eine Fabel, eine bloße Antezipation der Ereignisse des Jahres 287, ist die angebliche Sezession des Jahres 494. Nach Liv. II 58, 1 wäre im Jahre 471 — durch eine lex Publilia — die Wahl der Tribunen den comitia tributa überwiesen

[1] Insbesondere vermag ich den Vermutungen K. J. Neumanns (Die Grundherrschaft der röm. Republik 1900, auch Ullsteins Weltgeschichte I S. 373 f.) nicht beizutreten. Er sieht in den altrömischen Patriziern Grundherren, die ihre Ländereien durch Hörige bewirtschaften. Die Aufhebung dieser Hörigkeit, die römische „Bauernbefreiung", setzt er aus Gründen, die hier beiseite bleiben müssen, in das Jahr 457 und bringt mit dieser eine Aufteilung des Grundbesitzes in Verbindung, die ihren Ausdruck in der Entstehung der Bodentribus fand. Die angeblich darauf beruhende Zenturienordnung, freilich eine andere als die überlieferte von 193 Zenturien, setzt er in das Jahr 456 v. Chr. Zu einer Kritik im einzelnen ist hier nicht der Raum. Mir scheint Neumanns Hypothese schon an der Erwägung zu scheitern, daß sie eine siegreiche soziale Revolution und damit ein Übergewicht der Plebs voraussetzt, das diese im 5. Jahrhundert sicher noch nicht gewonnen hatte.

[2] de re publ. II 36, 61; de leg. III 4, 11; 19, 44; pro Sestio 30, 65; 34. 37.

[3] Vgl. zu der ganzen obigen Darstellung A. Rosenberg, Unters. z. röm. Zenturienverfassung (1911).

worden, worunter hier jedenfalls nur nach Tribus gegliederte Versammlungen der Plebs (concilia plebis) verstanden werden könnten: damit wäre vereinbar, daß die Wahl vorher in anderer Weise, z. B. in Kurienversammlungen, stattgefunden hätte. Diodor (XI 68) läßt im Jahr 471 erstmals vier Tribunen eingesetzt werden [1], womit nicht gesagt ist, daß es vorher überhaupt noch keine Tribunen gab. Nur das wird man wohl mit einiger Bestimmtheit annehmen dürfen, daß der Tribunat schon der ersten Hälfte des 5. Jahrhunderts angehört. Daß die Tribunen von allem Anfang an die Machtvollkommenheit besessen haben sollten, alle Maßregeln der Beamten, des Senats und der Volksversammlung durch persönliches Einschreiten (intercessio) zu hemmen, ist durchaus unglaublich; diese Macht können sie erst im Lauf einer langen Entwicklung erlangt haben. Wohl aber wird es von jeher ihres Amtes gewesen sein, den einzelnen Plebejer gegen Willkürakte der Magistrate zu schützen. Sie klagen Patrizier, die sich gegen das Volk vergangen haben, an, und die Plebs verpflichtet sich, ihr eigenes Urteil am Schuldigen zu vollstrecken. Vielleicht war das in den zwölf Tafeln enthaltene Verbot „de capite civis rogari nisi maximo comitiatu" in seinem ursprünglichen Sinne gegen diese Notwehrgerichtsbarkeit der Plebs gerichtet, während die römische Überlieferung darin die Provokation gegen die Kapitalurteile der Konsuln zugelassen glaubt. Diese Provokation dürfte aber erst durch eine lex Valeria von 300 eingeführt worden sein, von der Liv. X 9 berichtet, sie habe verboten „eum qui provocassit virgis caedi securique necari" [2].

Der Kampf der Plebs um die Gleichberechtigung hat bekanntlich schließlich zu vollem Erfolge geführt. Die Etappen aber, in denen dieser Sieg errungen wurde, können nur zum Teil mit einiger Sicherheit festgestellt werden. Historisch ist gewiß die Kodifikation des Landrechts in den zwölf Tafeln (§ 15), wie auch, daß dadurch ein Begehren der Plebs erfüllt wurde, die in der gesetzlichen Fixierung des Rechtes eine Sicherung gegen Willkür der Magistrate und Geschworenen erblicken mußte. Wenn dagegen die leges Valeriae Horatiae von 449 bestimmt haben sollen (Liv. III 55), „ut quod tributim plebes iussisset, populum teneret" und „ne quis ullum magistratum sine provocatione crearet", so nimmt die erste Bestimmung den 287 erfolgten Abschluß des ganzen Klassenkampfes voraus, und die zweite antezipiert den Inhalt der Vorschrift der eben erwähnten lex Valeria von 300. Weiter wird man wohl annehmen dürfen, daß die Plebejer das conubium schon bald nach den zwölf Tafeln erlangten: ob dies aber durch ein Plebiszit geschah, wie es die lex Canuleia von 445 gewesen wäre (Cic. de rep. II 37, 63, Liv. IV 1 sq.), erscheint recht problematisch. Einen entschiedenen Fortschritt bedeutete für die Plebs, daß seit 438 (nach der Überlieferung schon seit 444) das Bedürfnis der Kriegführung (?) die Ersetzung der beiden Konsuln durch eine größere Zahl tribuni militum consulari potestate veranlaßte, welches Amt den Plebejern zugänglich war und seit dem Anfang des 4. Jahrhunderts auch tatsächlich öfter von ihnen bekleidet worden ist; die etwa gleichzeitig [3] (443? 435?) vom Oberamt losgelöste Zensur blieb freilich noch lange den Plebejern verschlossen (die Zensoren haben die Schatzung, die Reiteraushebung, die Senatsergänzung, das Bauwesen und später eine sittenrichterliche Befugnis). In die Periode des Konsulartribunats wird auch die bereits besprochene Einführung der sog. Servianischen Verfassung fallen. Der Konsulat muß den Plebejern gegen die Mitte des 4. Jahrhunderts zugänglich geworden sein; wenn aber einer lex Licinia Sextia von 367 die Bestimmung zugeschrieben wird, daß immer mindestens einer der Konsuln Plebejer sein müsse, so widerspricht dem die Tatsache, daß in den folgenden Jahrzehnten noch für eine ganze Anzahl von Jahren zwei patrizische Konsuln bezeugt sind. Mit der Zulassung der Plebejer zum Konsulat bringt die römische Tradition wohl mit Grund die Schöpfung gewisser neuer, zunächst den Patriziern vorbehaltener Ämter in Verbindung: der Urbanprätur

[1] Der Bericht Diodors ist als die relativ beste Überlieferung anzusehen. Vgl. Niese, De ann. rom. obs. (I). Marb. 1886, Ed. Meyer, Hermes XXX S. 1 f. Gegen die von Niese gezogenen Folgerungen auf das Alter des Tribunats s. aber Binder, Die Plebs (1909) S. 236 n. 130, Soltau, Philologus 1912 S. 267 f.

[2] Erst daraus entwickelte sich dann ein Strafverfahren vor den Komitien. Der Quästor (statt des Konsuls) rechtfertigt das von ihm erlassene (Vor-)Urteil vor dem Volke: der Sache nach also tritt er als Ankläger auf. Damit ist zugleich die Tötung und Stäupung römischer Bürger als Polizeistrafe beseitigt.

[3] Vgl. über die verschiedenen Ansichten: Leuze, Zur Gesch. der röm. Zensur (1912) S. 95 ff.

(367) — der Prätor erhält als collega consulum die Zivilgerichtsbarkeit in der Stadt — und der kurulischen Ädilen (366?), denen die bis dahin den Konsuln zustehende städtische Polizei übertragen wurde. Alle diese Ämter aber und zuletzt auch der Pontifikat (lex Ogulnia von 300) sind schließlich den Plebejern eröffnet worden. Den Abschluß des ganzen Ständekampfes bildet die Hortensische Gesetzgebung (287), die den Plebisziten Gesetzeskraft für alle Quiriten verlieh (die lex Publilia Philonis von 339, der die gleiche Bestimmung zugeschrieben wird, dürfte ebenso apokryph sein wie die schon erwähnte lex Valeria Horatia von 449)[1].

Was nach alledem von Sonderrechten der Patrizier übrigblieb (Zulassung zu gewissen Priesterwürden), entbehrt aller politischen Bedeutung; umgekehrt sind die Plebejer durch alleinige Zulassung zum Tribunat bevorzugt. Tatsächlich aber wächst der alte Adel mit den plebejischen Familien, die einen Konsul[2] unter ihren Ahnen zählen, zu einem neuen, aber nicht geschlossenen Erbadel (Nobilität) zusammen.

II. Die zwölf Tafeln.

§ 15. Die bei der Rechtspflege beteiligten Magistrate und Geschworenen waren in den Anfangszeiten der Republik ausschließlich Patrizier. Ebenso geschah die Überlieferung des geltenden Rechts ausschließlich durch Patrizier: die Pontifices nämlich, die die wichtigeren Rechtssprüche aufgezeichnet und in ihrem Archiv aufbewahrt zu haben scheinen; sie erwarben so eine Art Monopol der Rechtskenntnis, und auf ihre Gutachten war der Rechtsuchende angewiesen. Das war ein Zustand, der die Parteilichkeit begünstigte und das Mißtrauen der Plebs herausforderte. So ist es durchaus begreiflich, daß die Plebejer mit dem Verlangen einer Aufzeichnung des Landrechtes, einer Kodifikation, hervortraten, die das von Natur biegsame, unbestimmte, ja oft ungewisse, jedenfalls der subjektiven Auffassung und der Willkür sehr weiten Raum lassende Gewohnheitsrecht ersetzen sollte. Nach der römischen Überlieferung wäre der Verlauf dieser Bewegung in großen Zügen der folgende gewesen. Schon im Jahre 462 stellt der Tribun C. Terentilius Arsa den Antrag auf Abfassung von geschriebenen Gesetzen, an welche die Konsuln gebunden sein sollten (Liv. III 9)[3]. Die Patrizier leisten den heftigsten Widerstand. Acht Jahre lang wissen sie den Beschluß über den Antrag zu hintertreiben. Endlich vereinigt man sich, das gesamte Recht in feste Gesetze zu bringen. Neuer Aufschub wird durch eine Gesandtschaft nach Athen zur Herbeischaffung der griechischen Gesetze erlangt. Dann geht man ans Werk (451). Aber es wird nicht eine Gesetzgebungskommission eingesetzt, vielmehr wird die ganze Verfassung aufgehoben; statt der Konsuln und Tribunen werden zehn Männer auf ein Jahr ernannt, die den Staat regieren und zugleich die Gesetze machen sollen. Die Gesetze waren auffallend schnell fertig. Noch in demselben Jahre wurden sie den Komitien vorgelegt, von ihnen bestätigt und in zehn Erztafeln gegraben auf dem Forum aufgestellt. Dennoch wurden für das nächste Jahr neue Dezemvirn ernannt, weil Nachträge nötig seien. Sie liefern zwei neue Tafeln; Cicero (de rep. II 63) nennt sie tabulae iniquarum legum; weshalb, sind wir außer stande zu sagen: die in den XII Tafeln doch nur festgehaltene Unebenbürtigkeit der Plebejer (11, 1) rechtfertigt die Bezeichnung nicht. Unter dem Vorwande noch weiterer Nachträge verlängern sie eigenmächtig ihr Amt auch ins folgende Jahr, werden dann aber auf Veranlassung des berühmten Prozesses der Virginia gestürzt, und die alte Verfassung wird wiederhergestellt. Die gegebenen Gesetze bleiben: die beiden letzten Tafeln werden auf den Antrag der neuen Konsuln von den Zenturiatkomitien genehmigt (lex duodecim tabularum).

Diese Geschichtserzählung, in deren Einzelheiten übrigens unsere Quellen nicht durchaus übereinstimmen[4], stößt auf schwere Bedenken, und zwar nicht bloß deshalb, weil sie an

[1] Man wird auf den oft gemachten Versuch zu verzichten haben, jene dreifache Tradition über die gleiche Bestimmung durch problematische Unterscheidungen zwischen dem Inhalt der drei Gesetze zu erklären.

[2] Nicht etwa einen beliebigen kurulischen Beamten. Vgl. M. Gelzer, Die Nobilität der röm. Rep. (1912), S. 22 f.

[3] Leges de imperio consulari scribendae nennt sie Livius, eine freilich keineswegs klare Wendung.

[4] Vgl. die Übersicht bei Kübler, bei Pauly-Wissowa, s. v. decemviri unter 2.

Unwahrscheinlichkeiten und inneren Widersprüchen leidet, sondern vor allem deshalb, weil es überhaupt als ausgeschlossen gelten muß, daß man in der Zeit, aus der unsere Berichte stammen, eine derart ins einzelne gehende zuverlässige Kunde über den Gang einer gesetzgeberischen Aktion des 5. Jahrhunderts besaß. Die Geschichte der Virginia, die Gesandtschaft nach Athen [1] u. a. ist schon lange in Zweifel gezogen worden. Neuerdings aber haben der italienische Historiker Pais und der französische Jurist Lambert auf Grund eindringender Kritik der Quellen nicht nur Einzelheiten, sondern die Tradition im ganzen verworfen [2]. Diese Schriftsteller beschränken ihre Skepsis nicht auf die traditionelle Entstehungsgeschichte der zwölf Tafeln; sie erstrecken sie auf das Datum, ja auf die Authentizität der ganzen Gesetzgebung. Pais bestreitet zwar nicht, daß die zwölf Tafeln Bestandteile enthalten, die noch dem 5. Jahrhundert angehören, auch nicht ihren Gesetzescharakter; aber er unterscheidet in ihnen ältere und jüngere Schichten, hält es für wahrscheinlich, daß der endgültigen Redaktion der Gesetzgebung frühere Redaktionen vorausgingen, und setzt jene Schlußredaktion etwa anderhalb Jahrhunderte später, als die Überlieferung will, in die Zeit des Appius Claudius (Zensor 312), in dem er das Urbild des Dezemvirs erblickt. Noch weiter geht Lambert: er sieht in den zwölf Tafeln überhaupt keine Gesetzgebung, sondern eine in der ersten Hälfte des zweiten Jahrhunderts v. Chr. entstandene private Sammlung alter Rechtsregeln und Rechtssprichwörter und bezeichnet als deren wahrscheinlichen Urheber den Sex. Aelius Paetus Catus (Konsul 198), den Verfasser eines Werks über die zwölf Tafeln, dem alle Späteren ihre Kenntnis davon entnommen hätten. Diese Aufstellungen können nicht gebilligt werden [3]. Zuzugeben ist die Möglichkeit, ja Wahrscheinlichkeit, daß — eine Erscheinung, die sich auch bei anderen alten Gesetzgebungen beobachten läßt — in den ursprünglichen Zwölftafeltext nachträglich einzelne Rechtssätze späterer Entstehung eingeschoben worden sind. Davon abgesehen, besteht kein ausreichender Grund, weder an dem Gesetzescharakter der zwölf Tafeln noch auch daran zu zweifeln, daß dies Gesetz mit im großen und ganzen dem Inhalt, der uns überliefert ist, bereits um die Mitte des 5. Jahrhunderts erlassen worden ist. Dieser Inhalt postuliert zum Teil gerade die Zustände, die wir um 450 v. Chr. im römischen Gebiet vorauszusetzen haben. Wenn jene Schriftsteller demgegenüber einzelne Bestimmungen hervorgehoben haben, die auf eine weiter vorgeschrittene Kultur hindeuten sollen, so handelt es sich dabei, soweit nicht an Einschiebungen der eben erwähnten Art zu denken ist, teils um Mißverständnisse, teils um unbewiesene und unbeweisbare Behauptungen. Auch der Einfluß griechischen Rechts, der in gewissen Zwölftafelsätzen unverkennbar hervortritt und schon den Alten auffiel, ist durchaus nicht geeignet, Zweifel an dem hohen Alter des Gesetzes zu erregen; er erklärt sich leicht aus den Verkehrsbeziehungen, die auch schon im 5. Jahrhundert zwischen dem Emporium Latiums und Großgriechenland wie auch dem von griechischer Kultur durchtränkten Etrurien bestanden haben. Wenn endlich Lambert eine Gesetzgebung überhaupt für unvereinbar erklärt mit der religiösen Auffassung vom Wesen des Rechts, die im 5. Jahrhundert und noch lange darüber hinaus herrschend gewesen sein müsse, so muß dem entgegnet werden, daß sich ein einigermaßen sicherer Beweis dafür, daß man um 450 der ganzen Rechtsordnung noch religiösen Charakter zugeschrieben habe, nicht erbringen läßt; die Umwälzungen der vorausgegangenen Zeit müssen vielmehr die Volksanschauung hier auf das stärkste in entgegengesetzter Richtung beeinflußt haben. Umgekehrt sind die Ergebnisse, zu denen Pais und Lambert gelangen, überaus unwahrscheinlich. Es wäre nicht zu verstehen, wie eine etwa um 300 redigierte Gesetzgebung Bestimmungen aufnehmen konnte, die auf längst vergangene Zustände zugeschnitten waren; und ganz undenkbar scheint uns, daß gar ein Schriftsteller des 2. Jahrhunderts, wo Rom bereits im hellen Lichte der Geschichte stand, den Römern ihr Grundgesetz erfunden und damit allgemeinen

[1] Vgl. über sie Boesch, de XII Tab. lege a Graecis petita, Gött. 1893.

[2] Pais, Storia di Roma I¹ (1898) p. 572 ff., I² (1899) p. 632 ff. Lambert, Nouv. rev. hist. de droit XXVI p. 149 ff., Le problème de l'origine des XII tables (extr. aus der rev. gén. de droit 1902), l'histoire tradit. des XII tables (mél. Appleton 1903). Übersicht der durch diese Schriften hervorgerufenen Literatur bei Kalb, Jahresber. klass. Altertumswiss. 134, S. 17 f., auch bei Bonfante, storia del dir. Rom. p. 569. Dazu neuerdings wieder Pais, Studi storici II (1909) p. 1 ff., Binder, Die Plebs (1909) S. 488 ff.

[3] Vgl. insbesondere gegen Lambert: Lenel, ZRG. XXXIX S. 498 ff.

Glauben gefunden haben sollte. Wir halten demnach an der Entstehung der zwölf Tafeln im 5. Jahrhundert fest, und auch ihre Abfassung durch eine Zehnmännerkommission ist innerlich nicht unwahrscheinlich und äußerlich hinreichend beglaubigt.

Über den Inhalt der zwölf Tafeln ist nicht mit voller Sicherheit zu urteilen, weil wir nicht übersehen können, wieviel davon uns verloren gegangen ist. Indessen ist es gewiß rhetorische Übertreibung, wenn Livius (III 37) sie fons omnis publici privatique iuris nennt. Ihrem Zweck entsprechend enthalten sie vor allen Dingen Normen für das Zivilverfahren [1]. Über das Strafverfahren wissen wir wenigstens, daß die quaestores paricidii erwähnt wurden, und kennen die beiden weittragenden Sätze: es soll nicht in Form eines Sondergesetzes gegen eine Einzelperson vorgegangen werden (privilegia ne inroganto), und ausschließlich der comitiatus maximus (s. oben § 13 a. E.) soll über Leben und Tod des römischen Bürgers richten (9, 1 u. 2). Die wesentlichen Sätze des Privat- und Strafrechts waren natürlich in den Tafeln aufgestellt. Indessen finden sich sehr alte Sätze, die nicht auf die XII Tafeln zurückgeführt werden. So die Formen des negotium per aes et libram (sie verdanken ihre verbindliche Kraft ohne Zweifel dem Gewohnheitsrecht), so die pignoris capio wegen des aes equestre und hordearium, die moribus rei militaris aufgekommen ist (Gaius IV 27). Schwerlich ist das Verfassungs- und Verwaltungsrecht durch die XII Tafeln festgelegt; sonst hätte sich nach dem Sturze der Dezemvirn die alte Ordnung der Dinge nicht so leicht wiederherstellen lassen. Außer einer Reihe von polizeilichen und sakralen Satzungen, welch letztere vielleicht erst nachträglich dem Gesetz eingefügt worden sein mögen, ist uns denn auch nichts von Staatsrecht aus den XII Tafeln überliefert.

Die Quelle für den Inhalt war überwiegend das längst in der römischen Gewohnheit lebende Recht. Nur wurde es in allen Punkten genauer formuliert und gestaltet, und dazu kamen mannigfache Änderungen und Zusätze aus Zweckmäßigkeitsgründen und politischen Rücksichten. Es war eigentliche Kodifikation, nicht bloße Inkorporation. Daß einzelnes auf griechisches Recht zurückgeht, darf man, wie schon bemerkt, nicht bezweifeln. Aber aus den auf uns gekommenen Bruchstücken kann man einen weitgehenden Einfluß nicht erweisen; nur Weniges und Unbedeutendes läßt sich auf attische Vorbilder zurückführen, und auch das nicht überall mit Sicherheit (7, 2; 8, 27; die Regelung des Begräbnisaufwandes 10, 2 f.). Wenn also die Römer mitunter die solonischen Gesetze als Hauptquelle bezeichnen (Aurel. Vict. 21), so ist dies entschieden falsch. Recht und Prozeß sind wesentlich römisch. Änderungen am bisherigen Rechte sind überhaupt wohl im Privatrechte nur wenig und mehr nur im Prozesse und Strafrechte vorgekommen.

Die Form ist eigentümlich. Eine Reihe absoluter Gebote oder Verbote oder kategorischer Rechtssätze, alles im einfachen Imperativ, mit lapidarischer und eindrucksvoller Kürze; die Detaillierung merkwürdig verschieden: einzelnes, was die politischen und sozialen Interessen der Zeit unmittelbar berührte, wie Prozeß, Exekution und Schuldhaft, mit peinlicher Genauigkeit, anderes, auf die Dauer nicht minder Wichtiges, wie Verträge und Testamente, nur in allgemeinen Sätzen. Charakteristisch ist einmal die ängstliche Vorsicht in der Wortfassung, namentlich um bei den Imperativen das Müssen und Dürfen zu trennen [2]; auf der anderen Seite der häufige unbefangene Wechsel des Subjektes im selben Satze [3].

Wert und Bedeutung des ganzen Gesetzwerkes sind sehr hoch zu stellen, sowohl wegen des echt juristischen und praktischen Charakters seiner Bestimmungen als wegen der Schärfe und Klarheit der Gedanken und des Ausdrucks. Das juristische Talent der Römer tritt schon hier sehr scharf hervor; keine Gesetzgebung ähnlicher Kulturstufe kann sich in dieser Beziehung mit den XII Tafeln messen.

---

[1] Einschließlich des Kalenders? So, Mommsen folgend, die herrschende Meinung. Dagegen Lenel, a. a. O. S. 504 ff. An der dort verteidigten Auffassung der Tradition glaube ich trotz Pais' Gegenbemerkungen (Studi storici II p. 34 ff.) festhalten zu müssen.

[2] Z. B. — vincito compedibus XV pondo, ne maiore, aut si volet minore vincito. — libras farris endo dies dato, aut si volet plus dato. Am merkwürdigsten ist das berühmte: partis secanto, si plus minusve secuerint, se fraude esto.

[3] si in ius vocat, ito; ni it, antestamino; ni iudicatum facit, secum ducito; ni sam (viam) delapidassint, qua volet iumento agito.

Auf uns gekommen sind die XII Tafeln leider nur sehr fragmentarisch. Die ursprünglichen Tafeln sind, angeblich bei dem gallischen Brande, zugrunde gegangen, und allem Anschein nach hat niemals eine Erneuerung stattgefunden. Eine literarische Überlieferung des Textes fand aber jedenfalls statt; denn bis ins letzte vorchristliche Jahrhundert wurden sie in den Schulen auswendig gelernt (Cicero, de leg. II 4, 9). Dabei wird der Wortlaut allmählich der neueren Sprache angenähert worden sein. So bildeten sie in der Tripertita des S. Aelius Catus den ersten Teil (§ 29). Unter Augustus schrieb Labeo, noch unter Antoninus Pius Gaius einen Kommentar dazu [1] (in sechs Büchern). Allein der heutigen Zeit ist von allem dem weiter nichts überliefert als eine Reihe von einzelnen Anführungen, Inhaltsangaben und Anspielungen bei juristischen und nicht-juristischen Schriftstellern, aus denen sich immer nur ein sehr unvollkommenes Bild des Ganzen wieder zusammensetzen läßt [2].

Völlig aussichtslos ist es, die Anordnung oder das „System" der XII Tafeln wiederherzustellen. Man darf nach einer Äußerung Ciceros (de leg. II 4, 9) annehmen, daß die ersten Worte des Gesetzes sich auf die Einleitung des Zivilverfahrens bezogen („si in ius vocat ito"), und daraus schließen, daß am Anfange der Zivilprozeß geregelt wurde. Dazu würde es passen, wenn vom morbus sonticus als Grund für das Nichterscheinen vor Gericht auf der zweiten Tafel die Rede war (Festus v. reus p. 273) [3]. Außerdem kennen wir noch von einigen einzelnen Sätzen den Platz. Wir wissen weiter, daß das testamentarische Erbrecht dem gesetzlichen vorging (D. 38, 6, 1 pr.). Aus alledem aber läßt sich nicht viel ableiten. Die durch Gothofred aufgekommene, seit Dirksen übliche Ordnung der Bruchstücke ist diese: 1. und 2. Zivilverfahren; 3. Verfahren gegen den zahlungsunfähigen Schuldner; 4. väterliche Gewalt; 5. und 6. Vormundschaft, Erbrecht, Eigentum; 7. und 8. obligatorische Rechtsverhältnisse; 9. und 10. ius publicum und sacrum; 11. und 12. Nachträge. Diese Ordnung beruht auf dem Gedanken, daß des Gaius Kommentar zu den XII Tafeln in 6 Büchern in je einem Buche den Inhalt zweier Tafeln abgehandelt habe. Damit ist 1. stillschweigend vorausgesetzt, daß jede Tafel einen sachlichen Abschnitt bildete. Dies widerspricht dem Gebrauche der römischen Gesetze späterer Zeit durchaus: man schrieb über die Tafeln ohne Unterbrechung weg. Warum man die Gesetze nicht trotzdem nach der Tafel hätte anführen und auffinden können, ist nicht abzusehen. Aber 2. die Gleichung von einem Buche Kommentar mit zwei Tafeln führt zu unlöslichen Schwierigkeiten: Gaius bespricht im 1. Buch den Begriff von telum, das entweder zum Diebstahle (8, 13) oder zum Totschlag (8, 24) gehört; er erörtert neben den prozessualischen auch andere, mit dem Diebstahle im Zusammenhange stehende Fragen (D. 50, 16, 233; 47, 7, 2 und 4) [4]. Ebenso Labeo im 2. Buch seines Kommentars (Gellius VI 15 § 1). Man sucht das auf eine gelegentliche Erwähnung zu beziehen. Gaius spricht ferner über Ehescheidung im 3. Buche (D. 48, 5, 44); davon müßte also auf Tafel 5 zu lesen sein (4, 3). Damit wäre aber die enge Verbindung von Vormundschaft und Erbrecht gestört, die ohnehin höchst zweifelhafter Natur ist. Man wird gut tun, sich überhaupt von dem Gedanken freizumachen, daß die Dezemvirn bei der Anordnung ihrer Vorschriften von systematischen Gesichtspunkten ausgegangen seien, die uns Modernen naheliegen. Die Analogie anderer alter Gesetzgebungen ähnlicher Kulturstufe führt eher zu der entgegengesetzten Vermutung [5].

III. Das ius civile und das ius gentium.

§ 16. Die weitere Rechtsbildung im Verlaufe der Republik nimmt bei der allmählichen Entwicklung des ganzen römischen Lebens eine mannigfach-bunte Gestalt an. Es ist nicht eine einförmige Fortbildung durch neue Gesetze, sondern jedes treibende

[1] Die Annahme eines historisch-philologischen Kommentars von M. Messalla (cos. 53 v. Chr.) beruht lediglich auf völlig unsicherer Ergänzung der Festusglossen p. 253. 321. Über einen Kommentar des L. Aelius Stilo s. Schoell, Legis XII tabularum reliquiae. 1866. p. 26 sq.

[2] Dirksen, Übersicht der Versuche zur Herstellung der XII Tafel-Fragmente. 1824. Schoell, Leg. XII tabul. reliq. 1866. Bruns, Fontes I p. 15—40. M. Voigt, Die XII Tafeln. 2 Bde. 1883. Nikolsky, System u. Text des Zwölftafelgesetzes (russisch). 1897.

[3] Vgl. aber hierzu Schoell, l. c. p. 68.

[4] Vgl. hierzu Lenel, Palingen. I col. 243 n. 4.

[5] Vgl. Lenel, in der Straßb. Festgabe f. Ihering (1892) S. 4 ff.

Element tritt in eigener neuer Form neben oder nach dem anderen auf, das nationale in der priesterlichen Interpretation der XII Tafeln, das universale in der Entwicklung des ius gentium, das politische in der eigentlichen Volksgesetzgebung, das rein juristische Utilitäts- und Äquitätselement in den prätorischen Edikten und in der aufkeimenden Wissenschaft.

Zunächst von der Interpretation der XII Tafeln. Die XII Tafeln blieben in den nächsten Jahrhunderten die Quelle des Rechtes. Formal sind sie in ihrer Gesamtheit nie aufgehoben worden. Manche von ihren polizeilichen Bestimmungen, wie die über den „Umgang" (ambitus) bei Wohnhäusern (7, 1), sind bald in Vergessenheit geraten. Im öffentlichen Rechte scheute man sich nicht, einzelne ihrer Sätze aufzuheben, wie die Unebenbürtigkeit der Plebejer, angeblich durch die lex Canuleia (445). Dagegen im Privat- und Prozeßrechte ist das Recht der XII Tafeln durch neuere Gesetze, Auslegung und prätorisches Edikt wohl ergänzt und tatsächlich beiseite geschoben, aber nur in seltenen Fällen — lex Aquilia: D. 9, 2, 1 pr.; durch Gewohnheit (tacitus consensus) nach dem freilich problematischen Zeugnis des Gellius XX 10 — abgeändert worden. Dieses Festhalten an den XII Tafeln kann nicht bloß, wie manche meinen, darin seinen Grund haben, daß sie aufgezeichnetes Stammesrecht enthalten; denn tatsächlich wird auch das Privatrecht weitergebildet. Vielmehr erklärt sich die Zähigkeit doch wohl aus der Entstehung des Rechtsbuches: es war aus einer Einigung beider Stände hervorgegangen; so erschien es als eine Art Grundgesetz, und auch das Wort wurde wichtig, weil es ein geschriebenes Wort war. Darauf beruht auch mit die strikte Wort- und Buchstabenauslegung der XII Tafel-Gesetze, die uns bei den Römern der folgenden Jahrhunderte oft in befremdlicher Weise entgegentritt. Man hatte Sicherheit und Festigkeit des Rechts durch das geschriebene Gesetz erlangen wollen. Kein Wunder, daß man sich jetzt streng auf das geschriebene Wort steifte und nichts gelten ließ, was daraus nicht abgeleitet werden konnte. Die XII Tafeln legten selber geradezu den Grund dazu, teils durch die ängstlich-sorgsame Fassung ihrer Vorschriften, teils durch das Prinzip, das sie für das negotium per aes et libram und für Legate aufstellten: uti lingua nuncupassit, ita ius esto, und uti legassit, ita ius esto. Damit war auf den fraglichen Gebieten die Souveränität der Privatwillenserklärung im Rechtsverkehr anerkannt, zugleich aber auch der Grundsatz des gesprochenen Wortes (das Gesagte gilt, und nur das Gesagte gilt) und damit der Wortauslegung für die Rechtsgeschäfte scharf hingestellt. Natürlich hatte man auch schon vor den XII Tafeln auf das Wort ein großes Gewicht gelegt, eine Erscheinung, die in den Anfängen der Rechtsentwicklung bei vielen Völkern wiederkehrt; aber die Kodifikation mußte die Neigung zum Formalismus wesentlich verstärken.

Die Fortbildung des Rechts hat hiernach in der nächstfolgenden Zeit einen gewissen formalistischen und scheinbar engherzigen Charakter. Das Wort der Gesetze, der Prozesse, der Verträge, der Testamente scheint alles zu beherrschen. Man würde aber irren, wollte man darin nur kleinliche Buchstabenklauberei sehen. Das eigentlich Treibende sind stets die praktischen Bedürfnisse — man sucht diesen nur durch den Anschluß an das feste Wort eine sichere gesetzliche Grundlage zu geben. Von diesem Standpunkte aus hat man die drei Hauptrichtungen dieser Rechtsbildung zu beurteilen.

1. Zunächst die Interpretation der XII Tafeln selber. Darunter ist nicht bloß die Erklärung der einzelnen Worte und Sätze zu verstehen, sondern auch die Feststellung von Rechtsregeln nach ihnen und die Schöpfung neuer Rechtssätze aus ihnen. So bildete man z. B. das Intestaterbrecht durch Interpretation der Worte suus heres und proximus agnatus aus, die Usukapion aus den Worten usus auctoritas, die Emanzipation und Adoption aus der Bestimmung über den Verkauf der Kinder; dabei wurde der Satz der XII Tafeln, der nur vom Haussohne sprach (4, 2), mit Bewußtsein unrichtig auf diesen beschränkt: Tochter und Enkel sollten durch einmaligen Verkauf frei werden.

2. Die Bildung von Formeln für die verschiedenen Rechtsgeschäfte. Es sind Formeln, die einerseits scharf und bestimmt den allgemeinen Hauptinhalt jedes Geschäfts feststellten und andrerseits doch biegsam genug waren, um Zusätze nach den besonderen Intentionen der einzelnen Fälle zuzulassen, so beim negotium per aes et libram, bei Stipulation, Erbeinsetzung, Legat usw. Daß dabei im ganzen das Prinzip der Festigkeit überwiegend war gegen das der Biegsamkeit, kann nach dem Obigen nicht auffallen.

3. Die Bildung der Klageformeln für den Prozeß, der sog. legis actiones. Die Formstrenge herrschte im Prozeß gewiß schon vor den XII Tafeln; aber nach deren Inkrafttreten suchte man sehr natürlich die auf Grund des Gesetzes gebildeten neuen Klagformeln dessen Worten, soweit irgend möglich, anzupassen. Nur das Wort des Gesetzes und seine weitere Interpretation konnte und sollte ein Recht geben, somit mußte auch jeder Klageanspruch sich direkt auf einen bestimmten Ausspruch des Gesetzes gründen und daher auch den Worten des Gesetzes entsprechend formuliert werden. Die XII Tafeln setzen z. B. eine Strafe auf arbores succisae. Waren nun Weinreben heimlich abgeschnitten, so durfte man die Klage nicht auf vites succisae formulieren, da davon nichts im Gesetze stand, sondern auf arbores succisae, und man mußte dann dartun, daß vites zu den arbores gehören. Eine solche peinliche Formulierung ist natürlich schwierig und für den Laien gefährlich; auch hätte die Zulassung der beliebigen freien Formulierung kaptiös und für die Richter verwirrend werden können; deshalb wurden die Formeln allgemein und abstrakt für alle möglichen nach den Gesetzen zustehenden Rechte aufgestellt und so, daß man dann im einzelnen notwendig eine von ihnen nehmen mußte, nichtapprobierte Formeln gar nicht zugelassen wurden.

Die Gesamtheit der so gewonnenen neuen Rechtssätze bezeichnet die Folgezeit als ius civile[1] oder nach der Methode, durch die man dazu gelangte, als interpretatio.

§ 17. Die Pontifices und Cn. Flavius. Die Rechtskunde ist in dieser Zeit keine eigene Wissenschaft. Während der ganzen republikanischen Periode ist sie immer als notwendiger Bestandteil der allgemein staatsmännischen Bildung angesehen worden. Aber die Überlieferung schreibt für die ältere Zeit (4. u. 5. Jahrh. d. St.) dem Pontifikalkollegium den weitestgehenden, ja ausschließlichen Einfluß auf die Rechtsentwicklung zu (et interpretandi scienta et actiones apud collegium pontificum erant: D. 1, 2, 2, 6). Die pontifices haben an sich mit dem weltlichen Rechte nichts zu schaffen. Indes, in der Urzeit war alles Recht von religiösen Elementen durchtränkt, waren daher die Wächter der Religion zugleich auch die natürlichen Wächter des Rechts, und es begreift sich, daß die Pontifices, auch nachdem das weltliche Recht sich verselbständigt hatte, diese Funktion in bezug auf es noch geraume Zeit behielten, um so mehr, als ihr eigentlicher Berufskreis, das ius sacrum, mannigfache Berührungspunkte mit dem Prozesse und dem Privatrechte bot; man denke an den Kalender mit seinen dies fasti, Arrogation und Testament, Vererbung der sacra privata, loca sacra und religiosa. So kommt es, daß auch Kenntnis des weltlichen Rechtes hier gefordert und ausgebildet wurde, und daß noch lange nach der Veröffentlichung der XII Tafeln die Pontifices als die alleinigen Träger der Rechtskunde galten: noch unter den bedeutenderen Rechtsgelehrten der späteren Zeit haben viele (Cicero, de or. III 134), vor allem die Mucier, dem Kollegium angehört. Daraus, daß in alter Zeit ein solcher ständiger Mittelpunkt bestand, erklärt sich auch die Art der Rechtsfortbildung. Sie ging nicht langsam, gewohnheitsmäßig vor sich, sondern sie trägt durchaus den Charakter zielbewußter Einwirkung. Ein solches Vorgehen entspricht gerade dem Wesen eines stetigen aristokratischen Kollegiums mit uralter Tradition (commentarii pontificum). Die pontifices sind eine gutachtende Behörde: nach einer dunklen Äußerung des Pomponius scheinen sie in älterer Zeit auch auf Privatanfragen amtliche Antwort erteilt zu haben (ex quibus constituebatur quis quoque anno praeesset privatis: D 1, 2, 2, 6). Damit stimmt die Art ihrer Tätigkeit zur Fortbildung des Rechtes zusammen: sie äußerte sich nicht in literarischer Form, sondern rein praktisch im Leben, bei den einzelnen Rechtsverhältnissen selber. Ihr Einfluß war ohne Zweifel sehr bedeutend. Und da Bücher nicht geschrieben und Edikte nicht aufgestellt wurden, so erschien die Kenntnis der Formeln für Rechtsgeschäfte und Prozesse als Geheimwissenschaft der pontifices; auch der für den Prozeß so wichtige Kalender war nur ihnen genau bekannt (ius civile repositum in penetralibus pontificum: Liv. IX 46, 5). Dies pontifizische Monopol dauerte bis ungefähr 300 v. Chr. Die römische Legende führt seine Beseitigung auf einen gewissen Cn. Flavius zurück, den Sohn eines Freigelassenen und Sekretär des Ap. Claudius Caecus (Zensor 312). Nach Pomponius (§ 7) soll Claudius eine Sammlung von „Aktionen", d. h.

[1] Über den Begriff des ius civile und seinen Gegensatz zum eigentlich gesetzlichen Recht vgl. besonders Ehrlich, Beiträge zur Theorie der Rechtsquellen I (1902) S. 1—64.

Prozeßformeln veranstaltet, Flavius sie ihm gestohlen und in Form eines Buches veröffentlicht haben, das man später ius (civile) Flavianum nannte. Nach Livius (IX 46, 5) soll er gar das ganze „civile ius repositum in penetralibus pontificum" veröffentlicht haben. Desgleichen wird ihm die öffentliche Bekanntgabe des Prozeßkalenders zugeschrieben. Zum Dank für diese willkommenen Veröffentlichungen habe das Volk ihn zum Ädilen gewählt. Man hat sich diese nicht vor dem letzten Jahrhundert v. Chr. nachweisbare Legende [1] geschichtlich zurechtzulegen versucht, indem man als den eigentlichen Urheber der Publikation den genialen Appius Claudius selbst hinstellte, der den Cn. Flavius nur als Werkzeug gebraucht habe. Sehr viel wahrscheinlicher aber als diese ganze Überlieferung ist die Annahme, daß die Durchbrechung des pontifizischen Monopols und die allmähliche Verbreitung der Rechtskunde zusammenhängt mit der Eröffnung des Pontifikalkollegiums an die Plebejer, die um etwa 300 erfolgt ist. Darauf deutet es auch, wenn von Tib. Coruncanius (cos. 280), dem ersten plebejischen pontifex maximus, berichtet wird, daß er primus profiteri cœpit, und daß vor ihm publice professum neminem traditur (Pomponius § 38. 35). Die wie gewöhnlich dunklen Worte wollen anscheinend besagen, daß Coruncanius zuerst bei Erteilung von Gutachten jedem den Zutritt gestattete; jeder konnte also die praktische Handhabung der Rechtssätze kennen lernen. Das war eine Art öffentlichen Unterrichtes in der „Geheimwissenschaft". Von da ab mag sich dann das entwickelt haben, was Pomponius die „disputatio fori" nennt: in Gutachten und Gerichtsreden werden widersprechende Anschauungen geltend gemacht (wie etwa bei der von Cicero, de orat. II 39; p. Caec. 18, 53 erwähnten causa Curiana in betreff der substitutio tacita), eine Entwicklung, die für die Weiterbildung des Rechts von größter Bedeutung sein mußte.

§ 18. Das Fremdenrecht und ius gentium [2]. Die Römer haben stets an dem Grundsatze festgehalten, daß das römische Landrecht (ius civile) nur auf den römischen Bürger Anwendung finden könne. Grundsätzlich erscheint ihnen der Fremde in Rom als rechtlos (D. 49, 15, 5). Der Fremde scheint Gerichtsschutz ursprünglich nur dadurch erlangt zu haben, daß er sich in die fides eines Bürgers ergab (§ 9) oder begab; dieser trat dann für ihn, später neben ihm vor dem Gerichte auf. Aber diese Beschränkung ließ sich nicht aufrechterhalten. Vor allem nicht den Latinern gegenüber. Diese hatten als Stammgenossen dasselbe Recht und auf Grund des alten Bundesvertrages das commercium, d. h. die Fähigkeit, sich an Manzipationen, die ja nicht bloß die römische, sondern die gemeinlatinische Form der dinglichen Rechtsübertragung waren, wirksam als Subjekt oder Zeuge zu beteiligen [3], also insbesondere Eigentum (zu ihrem ius civile) von einem Römer zu erwerben und (zu seinem ius civile) an ihn zu veräußern. Gewiß genossen sie ferner von jeher Rechtsschutz vor dem römischen Gerichte, wenn ihnen auch der römische Bürgerprozeß — die legis actio und späterhin das iudicium legitimum — nicht zugänglich war [4]. Anders war die Rechtslage sonstiger Rom gegenüber selbständiger Staaten und Gemeinden, wie Karthago, Massilia, die unteritalischen und griechischen Städte. Hier mußten besondere Verträge abgeschlossen werden (Polyb. III 22 teilt die Verträge mit Karthago mit), die die Formen der Rechtshilfe, mitunter wohl auch des rechtsgeschäftlichen Verkehrs, geregelt, insbesondere die zuständigen Gerichte bezeichnet haben werden [5]. In Rom war der Gerichtsstand vor dem praetor urbanus, später (seit ca. 241) vor dem praetor peregrinus. Als Geschworene fungierten höchstwahrscheinlich Rekuperatoren (Liv. XLIII 2). Über das Verfahren in diesen Rechtssachen ist uns nichts überliefert; vielleicht liegt hier die Wurzel des später in den Bürgerprozeß übernommenen Formularverfahrens. Welches materielle Recht aber wurde den Urteilen zugrunde gelegt? Man darf sich nicht vorstellen, daß auch darüber jene Verträge Bestimmungen enthalten, noch weniger, daß die römischen Gerichte auf

[1] Vgl. über sie Seeck, Die Kalendertafel der Pontifices (1885) S. 1 f.

[2] M. Voigt, Das ius naturale, aequum et bonum u. ius gentium der Römer. 4 Bde. 1856—1875. Mommsen, Staatsrecht III 601 ff.; Krüger, Gesch. der Quellen § 6.

[3] Nur hierin bestand die Vorzugsstellung der Latiner anderen Fremden gegenüber. Vgl. Wlassak, ZRG. 41 S. 116.

[4] Gegen Girard, Organ. judic. I p. 206 n. 2, 213 ss. vgl. Wlassak, ZRG. 41 S. 114 f.

[5] Ein Bild davon, wie wir uns derartige Verträge zu denken haben, gewähren uns die in ziemlicher Zahl erhaltenen Rechtshilfeverträge zwischen griechischen Gemeinden. Vgl. Hitzig, Altgriech. Staatsverträge über Rechtshilfe. 1907.

den Verkehr mit Fremden ihr ius civile angewendet hätten, das für Fremde nicht galt und nicht gelten wollte und Griechen oder Karthagern unbekannt und unverständlich war. Vielmehr galt im ganzen Altertum primär das Prinzip der Personalität der Rechte [1]. Der Bürger einer jeden Gemeinde, eines jeden Staates steht unter dem Recht dieser Gemeinde, dieses Staates, insbesondere beurteilt sich danach die Frage, ob und wie weit er durch Verträge verpflichtet wird [2]. Freilich ist nicht zu bezweifeln, daß dieser Grundsatz unter Umständen zu Schwierigkeiten und Kollisionen führen mußte. Hier waren die römischen Gerichte darauf angewiesen, das maßgebende Recht in ihrer eigenen Praxis zu entwickeln und festzustellen, und diese Praxis, die der Prätoren und Provinzialstatthalter wie auch der Geschworenen, kommt daher als zweite Quelle des Fremdenrechtes in Betracht, eine Quelle, deren Bedeutung um so mehr steigen mußte, je größer die Menge von Peregrinen wurde, die als Bundesgenossen oder Untertanen dem römischen Reichsverbande angehörten. Durch diese Praxis ist z. B. die spezifisch römisch-latinische Vertragsform der Stipulation in das Fremdenrecht herübergenommen und sind die zivilen Deliktsklagen auf Peregrinen übertragen worden (Gai. III 92, IV 37).

Mit dem Fremdenrecht darf auf keine Weise verwechselt werden, wie es leider häufig geschieht, das von den Römern so genannte ius gentium [3]. Das ius gentium ist vielmehr ein Teil des römischen Rechtes selber, die Gesamtheit derjenigen römischen Rechtsinstitute, die sie in dem Recht der anderen antiken Völker (der gentes, griechisch ἔθνη) übereinstimmend wiederfanden. In diesem Sinne unterscheidet Gai. I 1 zwischen dem ius civile, das ist dem national eigentümlichen ius proprium populi Romani, und dem bei allen Völkern und darum auch bei den Römern geltenden ius gentium, das ist dem commune omnium hominum ius. Wurzel dieses letzteren aber ist nicht etwa das Fremdenrecht — nirgends tritt ein derartiger Gedanke in einer antiken Quelle hervor —, sondern die naturalis ratio, das δίκαιον φυσικόν der griechischen Philosophie [4]. Genau wie Gaius unterscheidet zwischen dem ius quod quisque populus ipse sibi constituit und dem quod naturalis ratio apud omnes homines constituit, genau ebenso unterscheidet Aristoteles (Eth. Nicom. 5, 10, Ed. Berol. II p. 1134): τοῦ δὲ πολιτικοῦ δικαίου τὸ μέν φυσικόν ἐστι, τὸ δὲ νομικόν, φυσικὸν μὲν τὸ πανταχοῦ τὴν αὐτὴν ἔχον δύναμιν [5], und an einer anderen Stelle (Rhet. 1, 13, Ed. Berol. II p. 1373): λέγω δὲ νόμον τὸν μὲν ἴδιον, τὸν δὲ κοινόν, ἴδιον μὲν τὸν ἑκάστοις ὡρισμένον πρὸς αὐτούς [6], καὶ τοῦτον τὸν μὲν ἄγραφον τὸν δέ γεγραμμένον, κοινὸν δὲ τὸν κατὰ φύσιν. Eben diesen Begriff finden wir bei Cicero, Sallust, Seneca, Quintilian [7], und Gaius selbst führt dieselben Rechtsinstitute abwechselnd auf die naturalis ratio und auf das ius gentium zurück [8], offenbar beides vollkommen identifizierend. Nicht um Fremdenrecht handelt es sich also hierbei, sondern um eine theoretische Konzeption, mittels deren sich die Römer die Geltung gewisser Bestandteile ihres Rechtes zurechtlegten, derjenigen nämlich, die sie gleichermaßen bei den anderen gentes des antiken Kulturkreises vorfanden [9]; es gehört dahin sehr natürlich insbesondere das ganze Gebiet, auf dem Formfreiheit und Billigkeit herrschte.

Als eine Erweiterung des ursprünglichen Begriffs wird es anzusehen sein, daß man — als man inneward, daß auch im ius quod apud omnes populos custoditur positive, nicht naturale Be-

---

[1] Vgl. hierzu die überzeugenden Ausführungen Barons, Peregrinenrecht und ius gentium (1892).

[2] Vgl. Gai III 120, 134.

[3] Vgl. hiegegen Baron in der angeführten Schrift, Perozzi, Istituzioni I p. 67 ff.

[4] Diesen Hinweis (anders Voigt a. a. O. I § 13 f.) verdanke ich meinem Kollegen Partsch.

[5] Der naheliegende Gedanke, einem Rechtssatz dadurch besonderes Gewicht zu geben, daß man sich auf seine übereinstimmende Geltung bei allen Hellenen oder auch bei allen Völkern überhaupt beruft, kommt schon vor Aristoteles vor. Vgl. Isocrat. Aeginet. (or. XIX) § 50: νόμον . . . . . ὃς δοκεῖ τοῖς Ἕλλησι ἅπασι κεῖσθαι; Isaeus, περὶ τοῦ Μενεκλέους κλήρου (or. II) § 24: καὶ τοῖς μὲν ἄλλοις ἀνθρώποις καὶ Ἕλλησι καὶ βαρβάροις δοκεῖ καλῶς οὗτος ὁ νόμος κεῖσθαι . . . . καὶ διὰ τοῦτο χρῶνται πάντες αὐτῷ. Auch den Hinweis auf diese Stellen verdanke ich Herrn Prof. Partsch.

[6] Man achte auf die Übereinstimmung mit Gaius: quod quisque populus ipse sibi ius constituit; zu dem κοινόν: communi omnium hominum iure.

[7] Cic. de har. resp. 14, 32; de off. III 5, 23 (wenn hier kein Glossem vorliegt); III 17, 69; Sall. Iug. 22, 4; Quintil. VII 1, 44; Seneca de benef. I 9, 4; III 14, 3.

[8] Vgl. Gai. II 65, 66, 69, 70, 73, 79 mit Gai. 2 rer. cott. D. 41, 1, 1 pr., 3 pr., 5 § 7, 7 § 1, 9 § 3.

[9] Darum heißt es bei Cic. de off. III 17, 69: quod (ius) civile, non idem continuo gentium, quod autem gentium, idem civile esse debet.

standteile enthalten seien — auch diese dem ius gentium zurechnete, wie z. B. die Sklaverei (Ulpian: D. 1, 1, 4; Florentinus: 1, 5, 4, 1; Tryphoninus: 12, 6, 64)[1], die Stipulation, abgesehen von der sponsio (Gaius III 93), die Akzeptilation (Ulpian: D 46, 4, 8, 4). Immer aber bleibt es dabei, daß ius gentium ein ebenso für Bürger wie für Fremde geltendes Recht ist, nicht etwa ein besonderes Recht des internationalen Verkehrs. Zum ius gentium zählen u. a. die auf die naturalis ratio zurückgeführten Eigentumserwerbsarten (Gai. II 65—79; vgl. Gai.: D. 41, 1, 1 pr.), die Rechtsverbindlichkeit der formlosen obligatorischen Verträge (Gai. III 132; Ulp. fr. Vindob. 1, 2; Paul.: D. 12, 1, 1, 2), die condictio sine causa (Marcian.: D 25, 2, 25)[2], das Verbot der Ehe zwischen Aszendenten und Deszendenten (Paul.: D. 23, 2, 68), der Rechtssatz, daß das Kind solcher, inter quos non est conubium, und ebenso das Kind einer Sklavin der Mutter folgt (Gai. I 78, 82), usw. Auch, wo zwischen den verschiedenen Völkern Differenzen in der Einzelausgestaltung eines Rechtsinstituts bestehen, hindert dies nicht die Einbeziehung in das ius gentium; z. B. ist dies bei der manumissio (Ulp.: D. 1, 1, 4) und der tutela impuberum (Gai. I 189) der Fall — doch finden sich hier begreiflicherweise Schwankungen (vgl. hinsichtlich der Tutel: Isidor. orig. V 9, 1). Schon diese Übersicht zeigt, daß manche Institute und Sätze des ius gentium uralte Bestandteile des römischen Rechtes sind, wie z. B. die Anerkennung von Okkupation und auch Tradition oder das erwähnte Eheverbot. Anderes ist gewiß weit jünger und hat sich in der Praxis vielleicht erst der letzten republikanischen Jahrhunderte allmählich entwickelt und befestigt, so z. B. die Klagbarkeit der Konsensualverträge. Daß hierbei die Praxis des Fremdenprozesses in manchem vorangegangen ist, ist wahrscheinlich, aber nicht überliefert, und nur so viel kann man sagen, daß, was man einmal als ius gentium erkannt zu haben glaubte, notwendig auch Anwendung im Fremdenrecht finden mußte.

IV. Volk und Rat.

§ 19. Die eigentliche souveräne Gewalt ist in Rom während der ganzen Zeit der Republik stets beim Volke gewesen und von ihm unmittelbar in Volksversammlungen, comitia, ausgeübt worden. Von einer Repräsentativverfassung, ja nur einer Hinneigung dazu findet sich nicht die geringste Spur. Selbst Cicero bei seinen philosophischen Betrachtungen über Staatsverfassung und Gesetzgebung kommt nie auf diesen Gedanken. Doch hätte er bei der Ausdehnung des Bürgerrechts auf ganz Italien nahe genug gelegen. Ein Stimmrecht, zu dessen Ausübung ganze Städte hunderte von Meilen reisen mußten, war doch in der Tat eine vollständige Ironie des Stimmrechts, eine reine Fiktion. Der nächste Grund der auffallenden Erscheinung lag offenbar in der altrömischen Identität von Stadt und Staat. Die Stadt war es, die die Welt erobert hatte, die Stadt sollte ihre Herrin bleiben. Nur durch die Fiktion des städtischen Bürgerrechts konnten andere Städte an ihrer Herrschaft teilnehmen, und wenn dabei ihr Einfluß faktisch um so geringer wurde, je weiter sie entfernt lagen, so war das den Machthabern in Rom nur um so lieber. Eine Repräsentation hätte die anderen Städte Rom gleichgestellt und damit die ganze Nationaltradition gebrochen. Indessen hätte dieser Umstand gerade ein Streben nach Repräsentation bei den anderen Städten hervorrufen müssen; aber auch davon finden wir nichts. Der tiefere Grund ist daher wohl in der ganzen antiken Anschauung zu suchen, daß der Staat nicht ein idealer Organismus ist, sondern direkt in der Gesamtheit der freien Bürger besteht, daß daher eine freie Verfassung die oberste Entscheidung in allen Staatsangelegenheiten notwendig unmittelbar in die Hand des souveränen Volkes selber legen muß. Die Regierung zu führen war natürlich die Volksversammlung außerstande; sie lag verfassungsmäßig in den Händen der Beamten, tatsächlich des Senates. Aber ihn kann man nicht als eine Volksvertretung ansehen; er ist nur der Ausschuß des herrschenden Amtsadels und der hauptstädtischen Gesellschaft. Denn nach der späteren Übung (§ 22) ermöglicht tatsächlich nur die Bekleidung eines städtischen Ehrenamtes den Eintritt, wenn auch eine große Menge der Senatoren aus den Landstädten stammt: quotus enim quisque nostrum (e municipiis) non est, fragt Cicero (Phil. 3, 6, 15).

[1] Diese Stellen für interpoliert anzusehen — Perozzi, l. c. p. 73 n. 3 —, sehe ich keinen ausreichenden Grund.

[2] Auch die Echtheit dieser Stelle wird von Perozzi p. 71 angezweifelt.

§ 20. Volksversammlungen. Es bestehen zur Zeit der Republik mehrere Formen der Volksversammlung nebeneinander. 1. Die Kuriatkomitien. Sie sind als Versammlung des gesamten Volks anzusehen [1]; die Plebejer also haben darin Stimmrecht (suffragium). Freilich wird das immer noch von manchen bestritten. Indes, wenn überliefert wird, daß Romulus die Plebejer mit in die Kurien einteilt, daß die Plebs ihre Tribunen ursprünglich in Kurien wählte, so können die Annalisten nicht nur patrizische Kurien vor sich gehabt haben. Dazu kommt, daß 30 Liktoren, also Plebejer, in späterer Zeit die Kurien vertreten, und daß der curio maximus seit 209 ein Plebejer sein kann; honor aber setzt immer suffragium voraus. Die Kuriatkomitien haben in historischer Zeit nur noch die lex de imperio zu genehmigen, wodurch das Volk dem neu eintretenden Magistrat Treue gelobt, und bei Arrogation und Testament mitzuwirken. So sind sie bedeutungslos geworden, und als eigentliche Träger der Volkshoheit erscheinen 2. die Zenturiatkomitien, das wehrfähige Volk. Sie können nur von den Konsuln nach gehöriger Auspikation abgehalten werden; sie haben die Wahlen der höheren Beamten (Konsuln, Prätoren), die Blutgerichtsbarkeit und das Gesetzgebungsrecht. Ihre Beschlüsse (leges) umfassen auch die „formellen Gesetze" und die Souveränitätsakte (Begnadigung, Ehrenauszeichnungen, Verleihung außerordentlicher Gewalt). Daneben stehen 3. die comitia tributa als sog. comitia leviora (Cic. p. Planc. 7) —, seit wann, ist schwer zu sagen. Das sind Versammlungen des ganzen Volks, also auch des Adels, nach Bezirken unter Vorsitz eines patrizischen Beamten (Prätors, Ädilen) nach Auspikationen. Sie haben die kleineren Straffälle, die Wahl der niederen Beamten (Ädilen, Quästoren) und auch Gesetzgebung (lex Quinctia bei Bruns, Fontes I p. 113). Diesen Versammlungen gegenüber galten ursprünglich 4. die Versammlungen der Plebs nach Tribus lediglich als concilia plebis. Sie haben, unsicher seit wann — die herrschende Meinung nimmt an: seit der lex Publilia von 471 —, die Wahl der Volkstribunen; sie maßten sich eine Blutgerichtsbarkeit auch über die Patrizier an, die ihnen durch die XII Tafeln entzogen wurde; sie konnten für die Plebs bindende Beschlüsse fassen, die nicht maßgebend für die Gemeinde waren. Sie tagten ohne Auspizien unter dem Vorsitze der Tribunen. Im Ständekampfe wurden diese Versammlungen allmählich zu einem allgemeinen Organe der demokratischen Richtung im Staate ausgebildet. Die Plebejer erreichten es durch die lex Hortensia von 287 (s. oben § 14), daß die plebei scita den leges gleichgestellt wurden: ut quod tributim plebs iussisset populum teneret [2]. Indessen vermochte die Tributversammlung doch nicht die Alleinherrschaft zu gewinnen und die Zenturiatkomitien ganz zu verdrängen. Vielmehr entstand die sonderbare Erscheinung, daß jahrhundertelang dieselbe Bürgerschaft für ihre Gesetzgebung zwei Arten von Versammlungen hatte, die sich durch ihre mehr aristokratische oder demokratische Ordnung unterschieden. Ihre Kompetenz war für die Gesetzgebung völlig gleich [3]; es hing nur vom Zufall und von den Beamten ab, an welche Komitien ein Gesetz gebracht wurde; die Konsuln brachten sie an die Zenturiatkomitien, die Tribunen an die Tribus, die Prätoren an die Tributkomitien. Daß faktisch die Mehrzahl der gegebenen Gesetze Plebeszite sind, beruht nur darauf, daß die Tribunen bei ihrer agitatorischen Tätigkeit natürlich mehr Veranlassung zu Gesetzesanträgen hatten als die meistens im Kriege beschäftigten Konsuln. Die Tribunen benutzten ihre Herrschaft über die Plebs noch nach einer anderen Richtung in demokratischem Sinne gegen die Beamten und die höheren Stände. Sie haben die Befugnis, Geldstrafen anzudrohen (multae dictio). Solche Bußen werden gegen gewesene Beamte und hochgestellte Private (publicani: Liv. XXV 3, 10) verhängt wegen verschiedenartiger einzelner Ver-

---

[1] Vgl. oben § 6. 7.

[2] Die Auffassung Costas (Mem. acc. d. scienze dell' ist. di Bologna S. I t. 6 p. 77 ff.), wonach die lex Hortensia nicht die Beschlüsse der plebs denen des populus, sondern die Beschlüsse des in den Tributkomitien versammelten populus denen der Zenturiatkomitien gleichgestellt hätte, vermag ich auf keine Weise zu teilen. Sie widerspricht der gesamten antiken Überlieferung. Sollte Ateius Capito (Gell. X 20, 6), zu dessen Lebzeiten nicht wenige Plebiszite zustande kamen, nicht gewußt haben, was ein Plebiszit war?

[3] Bestritten von Baviera, il valore dell' „exaequatio legibus" dei „plebiscita" 1910 (in den studi in on. di B. Brugi): die Plebiszite hätten nur die Rechtsverhältnisse der cives unter sich — ius civile — mit Gesetzeskraft ändern können, die leges centuriatae dagegen die Rechtsverhältnisse des populus als solchen. Die Schrift läßt den Nachweis der Richtigkeit dieser Unterscheidung an den historisch bezeugten Plebisziten und Zenturiatgesetzen vermissen.

gehungen (Rechtsbeugung, Feigheit vorm Feinde, Kriegserklärung ohne Vollmacht). Von dieser Strafe wird regelmäßig Berufung an die Tribus eingelegt, und das Verfahren gestaltet sich nunmehr ganz von selbst als Ablegung der Rechenschaft in betreff der Amtsverwaltung.

§ 21. Umgestaltung der Tribus und Zenturien. Beide Komitien sind nichts weniger als demokratische Versammlungen. Ursprünglich umfassen beide nur die Ansässigen; die letzte Zenturie der capite censi kommt tatsächlich nicht in Betracht. Allerdings aber sind die Zenturien äußerlich aristokratischer, weil die großen Grundbesitzer unverhältnismäßig mehr Stimmen haben als die kleinen. Dafür stimmen in den Tribus die Nachbarn zusammen. Das Prinzip der absoluten Demokratie, daß schlechthin die Mehrzahl aller Bürger entscheidet, wie in Athen und heutzutage in der Schweiz und bei den modern französischen sog. Plebisziten, galt in den Tributkomitien und bei den römischen Plebisziten nicht. Die Abstimmung nach Tribus konnte, wie jede Abstimmung nach Abteilungen, leicht dahin führen, daß die Mehrheit der Tribusstimmen keineswegs der Mehrzahl sämtlicher Einzelstimmen entsprach.

Mit der Ausdehnung des Bürgergebietes (ager Romanus) wird die Zahl der Tribus allmählich vermehrt in der Weise, daß das Gebiet der neuen Gemeinde das Stück einer Tribus bildete. Das scheint aber auch auf die persönliche Zugehörigkeit der Neubürger zu den Tribus eingewirkt zu haben: sie wurden alle in die Tribus ihrer Heimatsgemeinde eingeschrieben, z. B. sämtliche ansässige Arpinaten in die Cornelia, auch wenn ihr Grundbesitz in einem anderen Bezirke lag. Für möglichst gleichmäßige Verteilung der Bürger in die Tribus hatten die Zensoren zu sorgen. So wuchs die Zahl der Tribus bis zum Jahre 241 allmählich auf 35, die vier alten städtischen und 31 Landtribus. Später wurden keine neuen Tribus mehr gebildet, sondern die neuen Bürger in die alten verteilt, vielleicht aus der Erwägung heraus, daß sonst die entfernten Tribus leicht durch wenig anwesende Bürger hätten vertreten werden und möglicherweise ein Übergewicht hätten erlangen können. Selbst als nach dem Bundesgenossenkriege durch die leges Iulia (90) und Plautia (89)) die ganze Fülle der Italiker zum Bürgerrechte gelangte, hat sich dies Verhältnis nicht geändert. Vielleicht wollte die lex Iulia neue Tribus bilden; nach der lex Plautia sind die Neubürger in acht Landtribus eingeschrieben. Aber dabei ist es nicht geblieben, wie manche annehmen; sondern durch Cinna und Sulpicius sind die Italiker auf alle Landtribus verteilt und die Grundstücke allen zugeschrieben worden; nunmehr gilt ager Romanus und solum Italicum gleich. Indes, die so geschaffenen Neubürgergemeinden gehen nicht mehr, wie die alten conciliabula (§ 12 a. E.), verwaltungsmäßig in der Stadt Rom auf. In der Tat hatten sie als Bundesstädte volle Selbstverwaltung gehabt; sie wurde ihnen nicht genommen, sondern umgekehrt sogar, wie es scheint, den bisherigen Präfekturen städtische Verfassung gewährt (lex Iul. mun. v. 84 p. 106 Br.). Andrerseits aber wird immer noch an dem Gedanken festgehalten, daß das römische Bürgerrecht stadtrömische Gemeindeangehörigkeit sei. So ergibt sich, daß jeder Bürger einer Landstadt als solcher auch Stadtbürger von Rom ist; er hat demnach eine zwiefache Heimat, die origo in Rom, der communis patria, und die domus in seiner Ortsgemeinde (D. 50, 1, 33; 48, 22, 18).

Weit früher war schon eine Umgestaltung der Tribus eingetreten. Ap. Claudius nahm in seiner Zensur (312) auch auf Grund beweglichen Vermögens die Bürger in die Tribus und damit in die wehrpflichtigen Zenturien auf; das Gesamtvermögen soll also für die Steuer maßgebend sein; möglich, daß Claudius nur die Folgerung aus diesem schon anerkannten Satze zog. Der Erfolg dieser Maßregel war: humilibus per omnes tribus divisis et forum et campum corrupit (Liv. IX 46), die Demokratisierung der Tribus, namentlich durch das Eindringen der Freigelassenen, und damit auch der Zenturien. Der Schritt wird durch Q. Fabius Maximus Rullianus halb zurückgetan (304): er schrieb die sämtlichen nicht ansässigen Bürger in die städtischen Tribus ein. Immerhin ist es bei der Willkür der Zensoren möglich, daß auch einzelne Nichtgrundbesitzer in die ländlichen Tribus übernommen wurden. Dagegen ist das Stimmrecht der Freigelassenen später noch mehr beschränkt: trotz mancher Schwankungen ist es schließlich dabei geblieben, daß alle, auch die ansässigen Libertinen, in den städtischen Tribus standen. Grundsätzlich aber ist hiernach spätestens seit Claudius anerkannt, daß jeder freigeborene Bürger einer Tribus angehört; das wird auch auf die capite censi ausgedehnt. So ist die Tribus Bestandteil des Namens (S. Sulpicius Lem[onia] Rufus) und, von besonderen Fällen abgesehen,

im Mannesstamme erblich. Die Neubürger haben die Tribus ihres Heimatsortes: allem Anscheine nach auch die Nichtansässigen [1].

Auch die Zenturiatkomitien wurden reformiert (Dionys. IV 21). Die Nachrichten über diese Verfassungsveränderung sind so dürftig (Liv. I 43, 12; Cic. de rep. II 39) [2], daß man auf Vermutungen über ihr Wesen und ihre Tragweite angewiesen ist. Die Gesamtzahl der Zenturien — 193 — scheint die alte geblieben zu sein (Cic. de rep. II 39). Sicher bezeugt ist: 1. daß die 18 Ritterzenturien davon unberührt blieben; 2. daß die alten Klassen und die Zenturien der seniores und iuniores auch nach der Reform weiterbestanden; 3. daß eine Verbindung der Tribus und der Zenturien stattfand. Die Frage ist aber, in welcher Weise diese letztere vor sich ging. Am wahrscheinlichsten scheint folgende Lösung [3]. Die Zenturien der ersten Klasse wurden auf 70 reduziert, von denen immer je zwei (eine iuniorum, eine seniorum) aus einer Tribus zusammengesetzt wurden; diese Berücksichtigung der Tribusangehörigkeit war ein Schlag gegen die städtische Bevölkerung, die nur an den vier tribus urbanae beteiligt war. Die freigewordenen zehn Zenturien wurden einer oder auch mehreren der unteren Klassen zugeschlagen; in welcher Weise, wissen wir nicht, aber ohne daß etwa auch hier die Tribus eine Rolle spielten. In dieser Verstärkung der unteren Klassen lag das von Dion. IV 21 hervorgehobene demokratische Element der Reform. Die Zeit der ganzen Reform ist streitig; wahrscheinlich fällt sie zwischen 241 und 218 v. Chr. [4].

§ 22. Der Senat [5] setzt sich aus Patriziern und Plebejern zusammen. Ursprünglich wählten sich die Konsuln ihre Vertrauensmänner nach Belieben; später, nach einer l. Ovinia [6], werden die Zensoren mit „Lesung des Rates" (lectio senatus) betraut; sie dürfen keinen Senator willkürlich ausschließen. Es wird üblich, alle gewesenen patrizischen Beamten, zuletzt auch Quästoren und Tribunen in den Senat zu nehmen. Mit der Vermehrung der Amtsstellen bleibt kein Raum mehr für andere. So wird der Senat von den Konsuln unabhängig und als ständige Körperschaft ihnen überlegen. Die Senatoren, obwohl sie keinen Zensus haben, sind als Großgrundbesitzer gedacht; Gewerbe und Handel zu treiben (große Lastschiffe zu halten), sich an Staatspachtungen zu beteiligen, sogar Geld auf Zinsen auszuleihen, ist ihnen gesetzlich untersagt oder erscheint für sie als unanständig. Damit treten sie in Gegensatz zu den Rittern, den höchstbesteuerten Freigeborenen, die gerade als Publikanen und Kaufleute lebten. Der Unterschied wird auch äußerlich fühlbar, als (durch C. Gracchus?) der Satz sich feststellte, daß das Ritterpferd beim Eintritte in den Senat abgegeben werden mußte.

Die beiden Funktionen des Senats sind Wahrung des Landrechts und Beratung der Konsuln. Die erstere hat jetzt nur der Patriziersenat (patres); ihm liegt auch die Bestellung des interrex ob [7]. Diese wird bedeutungslos, als die Beamten vorher gewählt (designare) werden. Das Recht der Bestätigung der Volksschlüsse und Wahlen (patrum auctoritas) bezieht sich nicht auf Plebiszite. Vielleicht schon seit der lex Publilia (339), wahrscheinlicher erst seit der lex Maenia (287) muß sie vor dem entscheidenden Akte erteilt werden [8]. — Der Gesamtsenat ist formell consilium consulum; er tritt nur auf ihre Aufforderung zusammen, und seine Beschlüsse erscheinen als Gutachten (senatus consulta). Sie erstrecken sich über die sakralen, auswärtigen und finanziellen Angelegenheiten, die Vorberatung der Gesetze und die Einrichtung der Provinzen (lex provinciae). Eine eigentlich gesetzgebende Gewalt hat der Senat nicht; nur das Recht, für den Einzelfall vom Gesetze zu entbinden (Dispensationsrecht), hat er all-

[1] Grotefend, Imperium Romanorum tributim descriptum. 1863. Kubitschek, De Romanarum tribuum origine ac propagatione. 1882 (Abhandlungen d. archäol. epigr. Seminars in Wien. III) und Imperium R. tributim descriptum. 1889.

[2] Nicht hierher gehört Appian, b. c. I 59, vgl. Ed. Meyer, Hermes XXXIII S. 652 ff.

[3] Hierzu Rosenberg, Untersuch. z. röm. Zenturienverfassung (1911) S. 62 ff.

[4] Mommsen, Staatsrecht III S. 270 N. 2.

[5] Willems, Le sénat de la république Romaine. 2 Bde. 1878. 83 (u. Nachtrag).

[6] c. 312 v. Chr.? So Mommsen, Röm. Staatsrecht II S. 413. Dagegen Pais, Storia di Roma I² p. 551 n. 3.

[7] Vgl. Binder, Die Plebs S. 385 f.

[8] Cic., Brut. 14, 55; dazu Binder, a. a. O. S. 484 f.

mählich erlangt. Die Senatsschlüsse werden nicht von Amts wegen aufgeschrieben. Der Antragsteller sorgte für die Aufzeichnung unter Zuziehung anderer Senatoren (qui scribendo adfuerunt). Der Beschluß ist aber nur gültig, wenn er dem Ärar übergeben (deferre) und dort nach Prüfung seiner Echtheit durch den Quästor (Plutarch. Cato min. 17) in das dazu bestimmte Buch eingetragen (abgeschrieben?) worden ist (in tabulas publicas referre).

V. Gesetzgebung.

§ 23. Die äußeren Formen der Gesetzgebung waren folgende. Die Initiative zu den Gesetzen war rechtlich ausschließlich bei den Beamten; tatsächlich konnte allerdings auch der Senat die Beamten, wenigstens die Konsuln und die Prätoren, dazu veranlassen. Den Gesetzentwurf mußte stets der Beamte selbst abfassen oder durch andere abfassen lassen. Faktische Regel war dann, daß der Entwurf im Senate zur Vorberatung eingebracht wurde; rechtlich nötig war es nicht, und keinesfalls konnte die Mißbilligung des Senats die Volksabstimmung hindern oder ungültig machen. Der fertige Entwurf wird durch Edikt bekannt gemacht und zugleich der Tag für die Abstimmung festgesetzt (promulgare, proponere); dieser Tag muß mindestens ein trinundinum (drei Wochen, 24 Tage) hinausgeschoben sein (l. Caecilia Didia 98). Der Entwurf hängt öffentlich aus; er kann zwar zurückgenommen (Ascon. in Corn. p. 58), aber nicht abgeändert werden. In dieser Zeit wird der Entwurf in formlosen Vorversammlungen des Volkes (contio) beraten (suadere und dissuadere). Hier führt der antragstellende Beamte den Vorsitz: er spricht; es durfte aber auch jedermann, dem der vorsitzende Beamte das Wort verstattete (z. B. Liv. XLII 37), Reden für oder wider das Gesetz halten. In der eigentlichen Komitialversammlung war dann bei der Abstimmung nur einfache Annahme (uti rogas) oder Verwerfung (antiquo) des ganzen Gesetzes möglich, Abänderungsvorschläge waren nicht zulässig. Beide Versammlungen können sich unmittelbar aneinanderschließen. Mit der Verkündung des Abstimmungsergebnisses trat das Gesetz sofort in Kraft, wo es nicht selbst einen späteren Zeitpunkt bestimmte (vacatio legis); einer öffentlichen Bekanntmachung bedurfte es nicht. Doch wurde das Gesetz meist auf Erztafeln (die beziffert wurden) geschrieben und eine Zeitlang öffentlich ausgestellt. Eine Abschrift wurde im aerarium aufbewahrt. Das Gesetz wird nach dem Geschlechtsnamen des einen Antragstellers oder der mehreren benannt. Denn die lex beginnt stets mit einer über alle Tafeln weggeschriebenen Einleitung (praescriptio, index); sie gibt an: die Namen der Rogatoren, Ort und Monatstag der entscheidenden Volksversammlung, den Namen der zuerst stimmenden Zenturie oder Tribus und des zuerst in der Abteilung Stimmenden. Dann folgen die einzelnen Satzungen im befehlenden Imperativ oder Konjunktiv, bei längeren Gesetzen in einzelne Kapitel (wohl auch mit Überschriften) gesondert. Am Schlusse die sog. sanctio legis (D. 48, 19, 14), Anordnungen gegen Zuwiderhandlungen: Strafen, Ungültigerklärung gegen das Gesetz verstoßender Rechtsakte. Dazu können noch Bestimmungen zum Schutze gegen Aufhebung treten, z. B. alle Beamten sollen die lex beschwören [1]. Die Sprache war in der früheren Zeit kurz und gedrängt, später pedantisch vorsichtig, langstielig und schwerfällig.

§ 24. Die Gesetzgebung. Die gesetzgeberische Tätigkeit der Komitien war sehr lebendig, doch hatte sie wesentlich politischen Charakter: der größte Teil der Gesetze betrifft das öffentliche Recht. Das Privatrecht und seine Weiterbildung überließ man im allgemeinen den Prätoren und der Gewohnheit. Doch läßt sich das Privatrecht von den öffentlichen Verhältnissen nicht loslösen. Es sind auch Privatrechtsgesetze in republikanischer Zeit gegeben, bei denen mindestens teilweise selbst für uns noch die politischen oder sozialen Beweggründe erkennbar sind. Abgesehen von den verfassungsrechtlichen Gesetzen gehören hierher I. die das Straf- und Zivilverfahren betreffenden. Unmittelbar mit den politischen Kämpfen der Demokratie gegen die Nobilität hängen die zahlreichen leges iudiciariae zusammen. Es handelt sich um die Besetzung der Geschworenenstellen in beiden Prozessen. Für das Zivilverfahren ist diese von geringerer Bedeutung, denn hier wird der Richter meist durch Vereinbarung der

[1] Maschke, Zur Theorie u. Geschichte der röm. Agrargesetzgebung (1906) S. 44 f.

Parteien gewählt, und für die Zentum- und Dezemvirn (s. § 26) gelten besondere Bestimmungen. Der Kampf dreht sich um die Geschworenen in den neuen quaestiones perpetuae. Ursprünglich sollte nur der Senator Geschworener sein. C. Gracchus gab die Gerichte an die Ritter. Seitdem ist das ausschließende Recht des ersten Standes beseitigt und der Kampf dauernd: „bicipitem civitatem fecit" sagt Varro (Non. p. 454). Die Umgestaltung der Volksgerichte hatte schon vor der Gracchenzeit begonnen; aber erst durch Sulla, Pompejus, Cäsar und Augustus wird die Komitialjustiz in Kapitalsachen allmählich ganz aufgehoben und durch ständige Schwurgerichte (sog. quaestiones perpetuae) ersetzt. Die mit zahlreichen Geschworenen (100, 80, 75, 70) besetzten Bänke entschieden unter dem Vorsitze von Prätoren, die zu diesem Zwecke jährlich gewählt wurden (pr. repetundis, inter sicarios, maiestatis usw.). Das Verfahren ist wohl dem griechischen Fremdengerichte[1] nachgebildet und Akkusationsprozeß mit Privatankläger. Der Prätor instruiert die Sache nicht bloß, sondern führt sie bis zu Ende; die Geschworenen erscheinen als sein consilium, an dessen Mehrheitsbeschluß er rechtlich gebunden ist. Die Umwandlung vollzog sich nicht durch eine allgemeine Prozeßordnung, sondern durch einzelne Gesetze, die zugleich den Tatbestand der Verbrechen feststellten und das bei ihrer Aburteilung einzuhaltende Verfahren vorschrieben. In den Zivilprozeß haben neue Gesetze tief eingegriffen. Zunächst führen 1. die leges Silia und Calpurnia (aus ungewisser Zeit und aus nicht festzustellenden Gründen) die legis actio per condictionem ein. Sie bezog sich auf Forderungen von certa (credita) pecunia und certa res. Dann folgt 2. die vielbestrittene lex Aebutia, wahrscheinlich aus dem letzten Jahrhundert der Republik. Das Richtige dürfte die Annahme treffen, daß sie das zuerst wohl im Fremdenprozeß aufgekommene Verfahren per formulam zur Auswahl neben die Legisaktionen stellte: das Gesetz bezog sich nur auf die in Rom vor dem unus iudex von römischen Bürgern verhandelten Sachen (iudicia legitima). Der Kläger konnte sich nach formloser Verhandlung vor dem Prätor eine schriftliche Anweisung für den Richter erbitten[2]. Dadurch wurden die Legisaktionen allmählich unbeliebt, und die leges Iuliae iudiciariae des Augustus konnten sie aufheben (Gaius IV 30; Gellius XVI 10). II. Volkswirtschaftliche Gesetze der verschiedensten Art durchziehen die ganze republikanische Periode. Hierher gehören die zahlreichen leges agrariae, „formelle Gesetze", die unentgeltliche Ackeranweisungen an Bürger verfügen, um neue Bauernstellen zu schaffen (vor allem lex Flaminia 232). Übermäßigen Okkupationen von Gemeinland durch die Reichen trat die Gracchische lex Sempronia entgegen; gleiche Tendenz mögen auch schon ältere Gesetze verfolgt haben, schwerlich aber schon, wie Livius will, die problematische lex Licinia Sextia von 367[3]. Der Ausbeutung der Notlage der unteren Klassen sollte durch die Wuchergesetze gesteuert werden (XII Tafeln; l. Duilia Maenia 357, l. Genucia 342). Auch die Strenge des Schuldrechts und der Zwangsvollstreckung wurde gemildert, angeblich schon durch eine l. Poetelia von 326. III. In anderer Beziehung zeigt sich eine gewisse wohlwollende, zum Teil altväterische Fürsorge für die einzelnen Bürger: die hierhergehörigen Gesetze sind sämtlich aus der Zeit nach dem zweiten Punischen Kriege. 1. Die Aufwandgesetze (lex Oppia 215, lex Orchia 181, lex Fannia 161) gegen Schmuck- und Tafelluxus sind unwirksam geblieben; sie sind nur insofern von Bedeutung, als sie zeigen, wie die Römer versuchten, den üblen Folgen des zunehmenden Reichtums und der Verfeinerung entgegenzutreten. Nachhaltiger sind die Verbote des Glückspiels gewesen: der Spielverlust kann noch im klassischen Rechte zurückgefordert werden (lex Titia, Publilia, Cornelia, nach 200 erlassen, wie Plaut. mil. 164 sq. (2, 2, 9) ergibt; D. 11, 5, 3). 2. Die lex Cincia (205), Furia (c. 174?) und Voconia (169) schränken Schenkungen und Vermächtnisse ein; der Cincia lag wohl weniger die altrömische Abneigung gegen Verschwendung (Polyb. XXXII 12,9) zugrunde,

[1] Vgl. Hitzig, D. Herkunft d. Schwurg. i. röm. Strafproz. 1909.

[2] Wlassak, Röm. Prozeßgesetze. 1. Bd. 1888. Eisele, Abhandlungen (1889) II.

[3] Die von Livius auf Licinius und Sextius zurückgeführte Ackergesetzgebung wird von Niese, Hermes XXIII S. 410 ff., aus guten Gründen in sehr viel spätere Zeit gesetzt. In dem Kleinstaat von 367 v. Chr., dessen Gebiet auf etwa 56 Quadratmeilen geschätzt wird (Beloch, Der ital. Bund S. 70), kann es Gemeinland, das der Okkupation freistand, kaum gegeben haben. A. M. Soltau, Hermes XXX S. 624 ff., Neue Jahrbb. XXV Abt. I S. 711 ff., der die Licinische Ackergesetzgebung für historisch hält, indem er ihr eine ganz andere Tendenz zuschreibt, als die Überlieferung will.

als die Absicht, der Ausbeutung durch Erpressung von Schenkungen entgegenzuwirken (Tacit. ann. 11, 5; 13, 42; 14, 20); die lex Voconia verkürzt zugleich den mehr und mehr Selbständigkeit und Einfluß gewinnenden Frauen die Geldmittel, indem sie ihnen das testamentarische Erbrecht entzieht. Die lex Falcidia (40) schützt den Erben vor Überlastung mit Legaten. Die leges Publilia, Appuleia, Furia, Cicereia (Gaius III 121 ff.) erleichtern in verschiedener Weise die Verpflichtung aus der Bürgschaft, während dabei die schärfste Rückgriffsklage (a. depensi) des zahlenden Bürgen gegen den Hauptschuldner beibehalten wird (Gaius IV 22). Die Gesetze gehören, abgesehen von der lex Publilia, sicher in die letzten Jahrhunderte der Republik, denn schon die l. Appuleia setzt Provinzen voraus (Gaius III 122). 3. In das eigentliche Familienrecht hat die Gesetzgebung bis auf Augusts Ehe- und Kindergesetz (lex Iulia et Papia Poppaea) nicht eingegriffen; denn eine lex Maenia de dote [1] hat es nie gegeben. Aber das Vormundschaftswesen wird stark von der Familie abgelöst: der Prätor erhält das Recht, dem Unmündigen einen tutor zu bestellen und ihn zu überwachen (l. Atilia, l. Iulia et Titia: unbestimmbar). Die Fürsorge ist durch die l. Plaetoria (c. 200) auch auf die Minderjährigen ausgedehnt. 4. Andere Privatrechtsgesetze haben, soweit man erkennen kann, keinen solchen Hintergrund: die l. Aquilia (287??) wegen Sachbeschädigung, die l. Scribonia, die die Servitutenersitzung aufhebt, die l. Atinia, die l. Iulia et Plautia, die die Ersitzung der res furtivae und vi possessae untersagen. Bei damnum iniuria datum hätte der Prätor so gut helfen können wie bei iniuria und Raub; die Gesetze fallen wohl vor seine Reformtätigkeit durch das Edikt. Faßt man alle diese leges zusammen, so darf man nicht sagen, daß die Gesetzgebung für das Privatrecht untätig gewesen sei, besonders wenn man die gewaltige Triebkraft der XII Tafeln hinzunimmt. Allerdings aber bleibt die sozusagen juristische Ausgestaltung des Landrechtes der Gewohnheit und dem Prätor vorbehalten.

§ 25. Überbleibsel. Auf uns gekommen sind von den Gesetzen der Republik meistens nur der Name und längere oder kürzere Angaben des Inhalts bei den Schriftstellern, juristischen und nichtjuristischen. Den Wortlaut haben wir ganz vollständig nur von einem einzigen Gesetze [2]; häufiger sind Zitate einzelner Sätze oder Worte. Aber nur von wenigen Gesetzen des 7. und 8. Jahrhunderts der Stadt sind einzelne alte Tafeln oder Bruchstücke von Tafeln der allgemeinen Zerstörung entgangen und wieder aufgefunden. Die wichtigsten sind 1. elf Stücke von einer Tafel, auf deren einer Seite eine lex repetundarum (wahrscheinlich die Acilia 123) [3], auf der anderen eine lex agraria stand (beide aus gracchischer Zeit); 2. die 8. Tafel der lex Cornelia de viginti quaestoribus (etwa 81); 3. die 4. Tafel der lex Rubria [4] de Gallia Cisalpina (zwischen 49 und 42); 4. das 1880 gefundene Fragmentum Atestinum, ein Bruchstück, wahrscheinlich nicht, wie manche annehmen, der lex Rubria, sondern eines etwas älteren, ebenfalls für Gallia Cisalpina bestimmten Gesetzes; 5. die tabula Heracleensis, ein Bruchstück eines Julischen Gesetzes, das u. a. auch Bestimmungen über die Verfassung der Bürgergemeinden enthält, daher das Gesetz — ob mit Recht, steht sehr dahin — gewöhnlich als l. Iulia municipalis bezeichnet wird [5]; 6. ein Bruchstück der bald nach dem Bundesgenossenkrieg erlassenen l. municipalis Tarentina; 7. vier Tafeln des Stadtrechts von Urso (Osuna in Spanien), wohin 44 auf Cäsars Befehl eine Bürgerkolonie geführt wurde, daher lex Coloniae Iuliae Genetivae [6].

[1] Wie sie M. Voigt, die l. Maenia de dote (1866), annimmt.

[2] Lex Quinctia de aquaeductibus vom Jahre 9 v. Chr. Bruns, Fontes I p. 113.

[3] Über ein neues zugehöriges kleines Fragment berichtet Bormann, Festschr. f. Hirschfeld (1903) S. 432 ff.

[4] Gegen Mommsen, Wiener Studien XXIV S. 238 ff. (Jur. Schr. I S. 192) vgl. Kipp, Gesch. d. Quellen des RR. S. 42 N. 10.

[5] Literatur bei Kipp, a. a. O. S. 44, dazu Hackel, Wiener Studien XXIV p. 552, Zocco-Rosa, Di alc. nuovi studii sulla tav. d'Eraclea (1907).

[6] Eine vollständige Zusammenstellung aller dem Wortlaute nach auf uns gekommenen Bruchstücke von Gesetzen und wichtigeren Senatsschlüssen aus der Zeit der Republik s. bei Bruns, Fontes I p. 45 sq., 164 sq.

VI. Die Prätur, die Beamtenedikte und die Gerichtspraxis.

§ 26. Rechtsstellung des Prätors. Es ist schon oben bemerkt, daß die Volksgesetzgebung sich mit dem Privatrechte wenig befaßt habe, dessen Weiterbildung vielmehr der Gewohnheit und der Fürsorge der Beamten, namentlich der Prätoren, überlassen blieb. Diese prätorische Rechtsbildung ist etwas höchst Eigentümliches, ohne alles Seitenstück bei uns, aber einer der Grundpfeiler der Größe des römischen Rechts. Zu ihrem Verständnisse muß man von der allgemeinen Einrichtung der damaligen römischen Rechtspflege und der Stellung des Prätors in ihr ausgehen.

Die Rechtspflege im römischen Bürgerstaate war von der heutigen wesentlich verschieden. Es gab nicht mehrere Gerichte nebeneinander mit abgegrenztem Sprengel (die praefecti iure dicundo sind Vertreter des Prätors in weiter entfernten Ortschaften), und es bestand kein geordneter Instanzenzug. Man hatte, abgesehen von der beschränkten Marktgerichtsbarkeit der kurulischen Ädilen, überhaupt nur einen Justizbeamten, den Prätor (späterhin die beiden Prätoren), mit seinen Gehilfen, den Geschworenen. Dieser Prätor hatte aber eine Stellung, wie sie in unserer Gerichtsverfassung gar keine Analogie findet. Er hatte einerseits eine Macht, wie bei uns kein Justizminister, denn er war collega consulum und hatte wie diese das volle imperium. Andererseits hatte er weniger Gewalt als ein heutiger Amtsrichter; denn er konnte zwar die Annahme einer Sache ablehnen (denegatio actionis), selbst aber keine rechtskräftige Entscheidung geben; diese stand ausschließlich, sei es ad hoc zu ernennenden Geschworenen, sei es ein für allemal bestellten Richterkollegien zu. So zerfiel der römische Zivilprozeß immer in zwei Stadien: das einleitende Verfahren vor dem Magistrat (in iure) und der eigentliche Prozeß (iudicium) vor Geschworenen oder Richterkolleg.

Als Geschworene finden wir bald den iudex i. e. S., diesen immer in der Einzahl, bald einen oder mehrere arbitri, bald recuperatores, diese immer in Mehrzahl. Als ständige Richterkollegien: die centumviri, die durch Auswahl von je drei aus den 35 Tribus gebildet (Fest. epit. p. 54), und die decemviri stlitibus iudicandis, die in Tributkomitien aus beiden Ständen gewählt werden, also magistratus minores sind [1]. Wann diese verschiedenen Richterarten aufkamen und wie sich ihre Zuständigkeit gegeneinander abgrenzte, ist höchst bestritten. Das Geschworeneninstitut ist sicher uralt und darf keineswegs als eine zur Einschränkung der Beamtenwillkür eingeführte republikanische Neuerung aufgefaßt werden. Es hat sich wahrscheinlich (s. oben § 10 g. E.) aus Schiedsgerichten entwickelt, deren Einsetzung ursprünglich durch reinen Privatakt, später, aber immer noch in sehr früher Zeit, unter Beteiligung der Obrigkeit, des Königs und dann der Prätoren, erfolgte. Der Ursprung der recuperatio liegt vielleicht in den internationalen Schiedsgerichten (Fest. p. 274). Das Zentumviralgericht ist wohl erst nach dem Jahre 241, wo die Zahl der 35 Tribus voll wurde, entstanden. Die Dezemvirn, von denen viele ohne Grund (s. N. 1) annehmen, daß sie mit den Tribunen zusammengehören und zum Schutze der Plebejer eingeführt seien, setzt Pomponius erst ins 6. Jahrhundert der Stadt. Sie waren, wie wir wissen, für Freiheitsprozesse zuständig, die centumviri für das ganze Gebiet der Vindikationen [2]. Rekuperatoren werden anscheinend in schleunigen Sachen gegeben, z. B. bei Besitzstreitigkeiten, Deliktsklagen, Freiheitsprozessen, aber nirgends ausschließlich, sondern überall in Konkurrenz mit dem unus iudex, dessen Zuständigkeit offenbar ganz allgemein war und auch das Gebiet der Vindikationen mit umfaßte [3]. In allen diesen Fällen ist die Scheidung zwischen Magistrat und Richtern in der Weise geordnet, daß jener die Einleitung und Konstituierung des Streites zu besorgen hatte, die weitere Untersuchung und das Urteil aber Sache des oder der Richter war, und erst die Exekution wieder in die Zuständigkeit des Beamten fiel.

---

[1] Sie dürfen mit den plebejischen decemviri bei Liv. III 55, 7 nicht identifiziert werden. Vgl. über sie Wlassak, Röm. Prozeßgesetze I (1888) S. 139 ff., Girard, Org. judic. I p. 159., Kübler, bei Pauly-Wissowa s. v. decemviri unter 3.

[2] Über sie vgl. Wlassak, bei Pauly-Wissowa s. v. centumviri, Martin, Le trib. des centumvirs (1904). Nicht überzeugend Jobbé-Duval, NRH. 1904 p. 357 ss., 1905 p. 1 ss. Über die Frage, ob die Kompetenz der centumviri an einen gewissen Streitwert gebunden war, s. Lenel, Ed. perp. 2. Aufl. S. 504 ff.

[3] Vgl. Wlassak, Röm. Prozeßgesetze II S. 298 ff.

Bei jener vorbereitenden Tätigkeit nun aber genossen die römischen Magistrate eine Freiheit des Ermessens, die weit über das hinausging, was wir unseren Gerichten einzuräumen gewohnt sind. Diese souveräne Stellung ist nicht etwa, wie manche [1] annehmen, das Ergebnis einer spätrepublikanischen Entwicklung. Man muß sich klar machen, daß die jurisdiktionellen Funktionen der Magistratur in Rom älter sind als alle Gesetzgebung. In der Zeit der Herrschaft eines vielfach unsicheren und höchst unvollständigen Gewohnheitsrechtes mußte den von den Gutachten der pontifices unterstützten Magistraten bei der Handhabung des Rechts notwendig eine bedeutsame selbständige Rolle zufallen. Und auch als in Rom die Zeit der Gesetzgebung angebrochen war, blieb der Charakter dieser Gesetzgebung doch weit entfernt von dem unserer heutigen Gesetzbücher. Sie beschränkte sich, dem Bedürfnis folgend, auf die höchst positive Ordnung gewisser Rechtsmaterien; eine erschöpfende Regelung des gesamten Rechtsverkehrs hat sie sich niemals zum Ziel gesetzt, und ganz entzogen blieb ihr, wie wir sahen (§ 18), das Gebiet des Fremdenrechts. So blieb ein unterstützendes, ergänzendes, korrigierendes Eingreifen der Magistrate auch in der Periode der Gesetzgebung unentbehrlich: sie waren, mochten sie auch auf die Einhaltung und Ausführung der Gesetze verpflichtet und beeidigt werden, doch niemals die bloßen Vollstrecker der Gesetze, sind vielmehr nach der römischen Auffassung ganz allgemein dazu berufen, dem einzelnen Fall das Recht zu weisen, auf dessen Grundlage er Erledigung finden soll (iurisdictio). Die Mittel dazu gewährt ihnen ihr imperium, kraft dessen sie imstande waren, jede Maßregel und Verfügung anzuordnen und durchzusetzen, die ihnen passend erschien, sofern sie nur nicht durch Interzession eines anderen gleich oder höher stehenden Beamten oder eines Tribunen daran verhindert wurden. Eine Anklage beim Volke war zwar möglich, aber doch immer erst nach Beendigung ihres Amtes.

Auf dieser Grundlage erwuchs das honorarische, insbesondere das prätorische Recht. Man hat geglaubt, seine Entwicklung in Zusammenhang bringen zu sollen mit der gesetzlichen Anerkennung des Formularprozesses, der lex Aebutia, deren Zeitalter wir freilich nicht bestimmen können [2]; sie ermächtigte den Prätor, auf Antrag der Parteien auch in Bürgerprozessen statt der legis actio eine mit den Prozeßführenden vereinbarte schriftliche Anweisung (formula) zu erteilen, worin der Geschworene ernannt und ihm vorgeschrieben wird, unter welchen Bedingungen er zu verurteilen oder abzuweisen hat (si paret condemnato; s. n. p. absolvito). Richtig ist, daß diese formulae, biegsames Wachs in der Hand des Prätors, ihm für die Durchsetzung seiner Absichten eine bequemere Handhabe boten als die starren legis actiones. Allein nicht nur ist der Formularprozeß höchst wahrscheinlich weit älter als seine gesetzliche Anerkennung [3] — die Anfänge des ius honorarium sind ohne Zweifel so alt wie die iurisdictio der römischen Magistrate selbst. Daß wir über diese ganze Entwicklung so wenig wissen, kann bei dem späten Datum der römischen Überlieferung nicht wundernehmen. Aber so weit wie diese zurückreicht, reichen doch auch die Zeugnisse für den Bestand eines prätorischen Rechtes. Deutliche Spuren davon (die sponsio praeiudicialis) finden sich schon in den Lustspielen des Plautus, so sehr diese auch im ganzen mehr griechische als römische Zustände widerspiegeln; und aus dem 2. Jahrhundert v. Chr. besitzen wir inschriftlich Senatsbeschlüsse (der älteste datiert wohl schon bald nach 190), worin für die Entscheidung völkerrechtlicher Streitfälle Anweisungen erteilt werden, die sich unverkennbar an prätorische Prozeßformeln (Interdikte und actio iniuriarum) anlehnen, also die Existenz eines prätorischen Rechtes voraussetzen [4]. Das freilich wird zuzugeben sein, daß ein großer Teil des ius honorarium erst in der Zeit des Weltverkehrs entstanden sein wird, der sich seit den Punischen Kriegen machtvoll entwickelte und in der Rechtspflege Bedürfnisse schuf, die der schwerfällige Gesetzgebungsapparat nicht zu befriedigen vermochte. Wo das praktische Bedürfnis des Lebens, die veränderten Verhältnisse, die freieren Rechtsanschauungen es fordern oder es als passend und volkstümlich erscheinen lassen, schreiten die Magistrate mit neuen Anordnungen und Verfügungen ein. Sie stellen neue Klagerechte auf, lassen Einreden zu, erteilen Restitutionen, ordnen den Erbschaftsbesitz usw. Gar manches haben sie dabei dem griechischen

[1] Insbesondere Girard, zuletzt in der ZRG. XLII S. 127 ff.
[2] Girard, ZRG. XXVII S. 11 ff., XLII S. 113 ff., setzt sie — aus m. E. unzureichenden Gründen — in die Zeit zwischen 149 und 126 v. Chr.
[3] Vgl. Wlassak, Röm. Prozeßgesetze I S. 63 ff., 75, 159 ff., II S. 301 ff.
[4] Vgl. Partsch, Die Schriftformel im röm. Provinzialprozeß (1905) S. 1—52.

Rechte entlehnt. Gegen Willkür und Mißbrauch hatte man in dem ganzen öffentlichen Leben, den Geschworenen, der Interzession, der kurzen Amtsdauer und der Anklage nach dem Amtsjahre ausreichenden Schutz.

Die formale Rechtsgrundlage für diese ganze Tätigkeit der Prätoren bildet, wie gesagt, ihr Imperium. Zugleich ist ihr aber dadurch die Schranke gezogen. Die Prätoren hatten keine Gesetzgebungs-, sondern nur Amtsgewalt. Sie konnten daher keinen Satz der Gesetze und darum auch kein einzelnes gesetzliches Recht eigentlich und direkt aufheben und ebensowenig eine neue Bestimmung mit formell gesetzlicher Kraft einführen; beides konnte nur das Volk. Wohl aber konnten sie gesetzlichen Rechten, wenn sie unbillig erschienen, indirekt durch denegatio actionis, Gewährung von Exzeptionen, Restitutionen u. dergl. den rechtlichen Schutz entziehen und umgekehrt gesetzlich nicht berechtigte Verhältnisse faktisch so behandeln und schützen, wie wenn sie gesetzlich wären. So z. B. konnten sie niemanden zum heres oder dominus machen, der es dem Gesetze nach nicht war, wohl aber konnten sie einem solchen den Besitz der Erbschaft oder Sache zusprechen und ihn wie einen heres oder dominus darin schützen, und ebenso umgekehrt. Erscheint uns dieser Unterschied auch rein formal, so knüpften sich daran doch auch materielle praktische Verschiedenheiten, z. B. im Erwerbe, in den Wirkungen, der Verjährung u. a. So entstand ein höchst eigenartiger Gegensatz von zivilem und prätorischem Rechte, der sich durch das ganze Rechtssystem hindurchzog und eine Menge von eigentümlichen Verwicklungen und Schwierigkeiten mit sich führte. Man unterschied ziviles und prätorisches Eigentum, Obligation, actio, Erbrecht usw. Im allgemeinen vertritt dabei das Zivilrecht das Prinzip des formellen und strengen Rechts (ius strictum), das prätorische das der Billigkeit (ius aequum) und steht darin dem ius gentium näher. Die Träger der Weiterbildung sind auch hier am letzten Ende die Juristen. Abgesehen davon, daß namhafte Juristen selbst Prätoren waren, hat der Prätor immer ein consilium, das ihn bei der Abfassung seiner Edikte (§ 27) berät. So ist auch dafür gesorgt, daß die Gegensätze zwischen den beiden Rechtssystemen praktisch ausgeglichen werden. Die Prätoren mildern den formellen Rigorismus des Zivilrechts, indem sie Exzeptionen gegen unbillige Klagen, Restitutionen gegen unbillige Verluste einführen, durch Fiktion der zivilen Erfordernisse die zivilen Aktionen in angemessener Weise ausdehnen und auf verwandte Verhältnisse übertragen usw. Indessen stehen ihre Bestimmungen keineswegs immer in einem eigentlichen Gegensatze zu den zivilen, sondern dienen vielfach nur dazu, sie zu sichern und zu fördern, oder zu ergänzen und weiterzuführen. Die Römer sagen daher, das prätorische Recht sei iuris civilis adiuvandi vel supplendi vel corrigendi gratia eingeführt, es sei aber selber eine viva vox iuris civilis (D. 1, 1, 7, 1; 8). Vielfach hat der Unterschied der zivilen und prätorischen Form in den Verhältnissen selbst keinen inneren materiellen Grund, sondern beruht eben nur auf der Zufälligkeit der prätorischen Entstehung. Daher sind auch eine ganze Anzahl zunächst vom Prätor ausgesprochener Rechtsgedanken später von der Gesetzgebung aufgenommen und weitergeführt und dadurch völlig in das Zivilrecht übergegangen, so namentlich im Erbrechte und Freigelassenenrechte. Dem Rechtsbewußtsein des Deutschen erscheint die ganze Duplizität des Rechtes sehr natürlich fremdartig; nicht so dem des Engländers, da sich in England aus der Machtvollkommenheit des Lordkanzlers ein ganz ähnlicher Gegensatz (zwischen common law und equity) entwickelt hat, wie in Rom aus der des Prätors.

§ 27. Die Edikte. Ein Edikt ist, wie der Name sagt, eine mündliche Mitteilung in der contio. Später wurden sie schriftlich verkündigt; aber die Form blieb immer, daß am Anfange der Name des Edizenten mit dicit steht (C. 3, 3, 2; 7, 62, 6). Die Edikte umfassen alle öffentlichen Bekanntmachungen zur Nachachtung, ohne Unterschied, ob sie befehlend oder empfehlend oder als Verheißung gefaßt sind, ob sie sich auf Verwaltung oder Rechtsprechung beziehen, ob sie allgemeine Verordnungen enthalten oder Verfügungen für den einzelnen Fall. Wie andere Beamte[1] erließen auch die Prätoren solche Edikte. Ursprünglich wohl nur Befehle oder Bekanntmachungen für den einzelnen Fall (prout res incidit, sog. edicta repentina) späterhin aber, unbekannt seit wann (Gai. IV 11), auch allgemeine Anordnungen, die sofor, beim Amtsantritte des Prätors als Amtsprogramm veröffentlicht werden; es sind die Normen,

[1] Beispiele von nichtprätorischen Edikten s. Bruns, Fontes I p. 239 sq.

nach denen er sein Amt zu führen verspricht. Der Prätor ediziert über sein officium iurisdictionis. Deshalb haben die Edikte jedenfalls für sein Amtsjahr maßgebende Bedeutung und heißen danach edicta perpetua. Sie werden auf weißen Holztafeln (daher album) mit schwarzen Buchstaben und roten Überschriften (rubricae) aufgezeichnet und auf dem Markte zu allgemeiner Kenntnisnahme ausgestellt (proponuntur apud forum palam, unde de plano recte legi possit).

Dem Inhalte nach sind sie Rechtssätze, allgemeine Anordnungen; aber ihrer Form nach erscheinen sie als Verheißungen. Der Prätor hat keine gesetzgebende Gewalt; deshalb kann er durch seine Bestimmungen nicht ohne weiteres Rechtsfolgen eintreten lassen, wie das Gesetz durch seine sanctio. Er hat aber Befehls- und Banngewalt: er konnte also gebieten und verbieten und für Zuwiderhandlung Nachteile androhen. Aber von den Zwangsmitteln seines Imperiums macht er auf dem Gebiete der Zivilgerichtsbarkeit grundsätzlich keinen Gebrauch. Dem Wesen des Privatrechtes und des Amtsprogrammes entspricht es, wenn er nur erklärt, was er während seines Amtes tun werde. Er konnte nicht sagen: familiam habeto (Gaius III 32), dupli poena esto; darum zieht er vor, den Imperativ ganz zu vermeiden[1] und zu sagen: bonorum possessionem, in duplum iudicium dabo. Schon aus dieser Ausdrucksweise folgt, daß der Nachfolger im Amte nie an die Edikte seines Vorgängers gebunden war. Er konnte sie nach Belieben verwerfen oder ändern oder auch annehmen. Indessen versteht es sich von selbst, daß, wenn ein Edikt sich bewährt hatte, der Nachfolger es beibehielt, und daß die zweckmäßigen Edikte daher allmählich ganz fest immer von einem Prätor auf den andern übergingen (edictum vetus, tralaticium). Auf diese Weise vereinigte die Ediktsform die Vorteile der Gesetzgebung und des Gewohnheitsrechts, die Festigkeit und die Beweglichkeit, in einer ganz merkwürdigen Weise in sich. Einerseits traten die Rechtssätze gleich in der bestimmten Form der allgemeinen Vorschrift hervor; andererseits hing ihre Dauer ganz davon ab, ob sie dem Bewußtsein und den Bedürfnissen des Volkes entsprachen. Sie waren der beständigen Prüfung des Lebens und der Kritik durch die Rechtsprechung und Rechtswissenschaft unterworfen und konnten jederzeit ohne die geringste Weitläufigkeit verbessert oder beseitigt werden. Cicero nennt die Edikte daher zwar einmal leges annuae, während er sie an anderer Stelle zutreffender zu dem consuetudinis ius rechnet. Mißbrauch des Rechts zum Edizieren war natürlich auch möglich und muß in der Zeit der sinkenden Republik nicht ganz selten gewesen sein. Man sieht das aus der Schilderung in Ciceros Verrinen, wonach der Kollege des praetor urbanus Verres diesem wiederholt interzediert, weil er aliter atque ut edixerat decrevit, und daraus, daß im Jahre 67 eine Lex Cornelia bestimmte, „ut praetores ex edictis suis perpetuis ius dicerent" (qui varie ius dicere assueverant).

Im einzelnen wissen wir über die Entstehung der Ediktssatzungen nicht viel, und Vermutungen über das Alter der einzelnen Schichten[2] sind unsicher. Das Album des Prätors enthielt zwei Bestandteile[3]. Einmal die eigentlichen Edikte: die Ankündigung des Prätors, daß er im Einzelfalle helfen wolle; sie sind allgemein gehalten (pacta conventa servabo; uti quaeque res erit animadvertam) oder verheißen ein besonderes Rechtsmittel (iudicium dabo; actionem non dabo; in integrum restituam). Dann aber bringt das Album die Formeln für die Rechtsmittel, Aktionen, Einreden, Stipulationen. Nicht zwar die Legisaktionsformeln, die in Buchform verbreitet waren, wohl aber die Schriftformeln, die den zivilen Klagen ohne Einleitung durch besonderes Edikt, die der vom Prätor neugeschaffenen Aktionen i. d. R. im Anschluß an ein sie verheißendes Edikt. — Allmählich sammelte sich eine gewisse Masse von Edikten an, die einen festen Grundstock bildete, der unverändert von einem Prätor auf den anderen überging, und an den sich dann im Laufe der Zeit die neuen Edikte anschlossen. Am Ende der Republik ist das Edikt zu einem umfangreichen, festen und einheitlichen Ganzen geworden. Es wird als selbständiges System neben das ius civile gestellt, und die Juristen fangen an, es wissenschaftlich zu erläutern. Das darin niedergelegte Recht heißt ius praetorium oder, mit Rücksicht auf die anderen edizierenden Beamten, ius honorarium.

[1] Ganz vermieden wird die befehlende Ausdrucksweise doch nicht, vgl. Cic. pro Quinctio 27, 84.

[2] Dernburg, Über das Alter der einzelnen Satzungen des prät. Edikts. 1873.

[3] Blassak, Edikt und Klagform. 1882.

Ähnlich wie der Bürgerprätor, der praetor urbanus, konnten auch die übrigen Justizbeamten in ihrem Kreise Edikte erlassen, so der praetor peregrinus, die Ädilen und die Provinzialbeamten. Die Edikte der letzteren, die edicta provincialia, erstreckten sich jedoch bei der vollen Verbindung von Justiz und Administration in den Provinzen in der Regel über die ganze Provinzialverwaltung, namentlich auch das Finanzwesen[1]. Im Rechte nahmen sie die Edikte der beiden Prätoren in Rom möglichst zum Muster und wurden auf diese Weise ein Mittel zur teilweisen Romanisierung des Rechts der Provinzialvölker.

Die Edikte bilden den Niederschlag der magistratischen Praxis. Daneben darf aber die Bedeutung der Praxis der Richterkollegien und der Geschworenen nicht übersehen werden. Geleitet wurde diese Praxis durch die Jurisprudenz, der ein bestimmender Einfluß sowohl durch die gutachtliche Betätigung als auch durch die Beteiligung von Juristen an den Konsilien der Geschworenen selbst gesichert war; nur so konnte bei dem steten Wechsel der mit der Richtergewalt betrauten Personen doch die Gleichmäßigkeit der Entscheidungen gewahrt bleiben. Schon Cicero zählt die res iudicatae unter den Rechtsquellen mit auf. Die Praxis des Zentumviralgerichtes hat insbesondere das Pflichtteilsrecht geschaffen. Die der Geschworenen macht sich vor allem geltend in der Ausweitung des sog. officium iudicis. Der Richter erhielt gewohnheitsmäßig immer mehr Freiheit, die besonderen Umstände des Einzelfalls auch dann bei seiner Entscheidung zu berücksichtigen, wenn ihn der Prätor dazu nicht ausdrücklich anwies. Dies führte zur genaueren Bestimmung der wichtigsten juristischen Begriffe und Verhältnisse, die veniunt in iudicium, d. h. die für die Beurteilung und Entscheidung eines Falles maßgebend sind: mora, culpa, Irrtum, omnis causa, bona fides usw. Überall arbeitete hier die Wissenschaft dem Richter vor: ihre Ergebnisse aber wurden gerade durch die rerum iudicatarum auctoritas bindende Rechtsnormen.

VII. Rechtswissenschaft und Rechtsunterricht[2].

§ 28. Seit dem Eintritt der Plebejer in das Pontifikalkollegium ist die Privatrechtskunde nicht mehr eine „Geheimwissenschaft" und löst sich allmählich vom Pontifikalkollegium ab; seit dem 7. Jahrh. d. St. fängt sie an, eine selbständige Wissenschaft zu werden. Ihr Ausgangspunkt ist es gewesen, daß Coruncanius öffentlich Rat und Belehrung in Rechtssachen erteilte (§ 17). Von da an wurde dieses bald allgemein. Wer Neigung und Fähigkeit fühlte, beschäftigte sich damit; es war ein Mittel, Ansehen und Beliebtheit beim Volke zu erlangen. Von Scipio Nasica (191 Konsul) wird erzählt, daß er vom Senate ein Haus an der via sacra bekommen habe, „quo facilius consuli posset"; von C. Marcius Figulus, daß er sich dadurch für das Konsulat habe empfehlen wollen und daher, als er es nicht erlangte, die Ratsuchenden mit den Worten abgewiesen habe: „omnes consulere scitis, consulem facere nescitis". Die Tätigkeit war anfangs überwiegend praktisch, die „urbana militia respondendi cavendi scribendi", wie Cicero sagt (p. Mur. 19, vgl. de or. I 212): Erteilung von Gutachten in Rechtsstreitigkeiten (respondere), Ratschläge für vorsichtige Abfassung von Rechtsgeschäften (cavere), Sachwaltung in Prozessen (agere, postulare). Die eigentliche Führung des Prozesses wurde wohl auch von Juristen als Anwälten übernommen, aber gewöhnlich wurde sie geschulten Rednern übertragen; und die glänzten nicht immer durch Rechtskenntnis (Cicero, de or. I 166, 168). So tritt das agere hinter der anderen Tätigkeit zurück und beschränkt sich auf die Abfassung von Anträgen (scribere). Mit dieser praktischen Tätigkeit der Juristen hing der Rechtsunterricht eng zusammen. Wie es keinen eigentlichen Juristenstand gab, so gab es auch keine geordnete Einführung in die Wissenschaft, etwa durch Lehrvorträge. Vielmehr schlossen sich die Lernbegierigen als Schüler (auditores) einem Rechtsgelehrten an und waren bei der Erteilung von Rat und Gutachten zu Hause und auf dem Markte anwesend (Cic. or. 142). Die responsa werden schriftlich oder mündlich abgegeben (D. 1, 2, 2, 49), doch wohl nach Verhandlung des Rechtspunktes. Die Kenntnis der XII Tafeln brachten die jungen Leute aus der Schule mit (§ 15). Den Inhalt des Edikts werden sie sich selbständig angeeignet haben, um den Er-

[1] Ein Beispiel ist Ciceros Provinzialedikt für Cilicien. Cic. ad fam. 3, 8; ad Att. 6, 1, 15.
[2] P. Jörs, Römische Rechtswissenschaft zur Zeit der Republik. 1. Bd. 1888.

örterungen folgen zu können. Dabei mag denn auch mündliche Lehre und Anweisung für besonders vertraute Anhänger vorgekommen sein, Schulung und Prüfung des Verständnisses durch Unterredungen. Das nannte man wohl instituere oder docere (Cic. or. 141 sqq., Brut. 306). Für die letzten Jahrzehnte der Republik scheint aber das, was Pomponius D. 1, 2, 2, 43 von Servius Sulpicius erzählt (institutus a Balbo Lucilio, instructus autem maxime a Gallo Aquilio), doch schon auf einen eigentlichen Rechtsunterricht hinzuweisen.

§ 29. Die Schriften. Die Bearbeitung des Sakralrechtes verblieb im wesentlichen den priesterlichen Sachverständigen (ius pontificium, ius augurium). Die Kenntnis des Staatsrechts ist in republikanischer Zeit eng mit der politischen Tätigkeit verflochten, also nicht eine selbständige Wissenschaft. Die Anfänge einer eigenen Schriftstellerei auf diesen Gebieten sind wohl die Anweisungen zur Verwaltung der einzelnen Ämter; dabei ist eine starke Neigung zu antiquarischer Forschung vorhanden, die daraus hervorgegangenen Schriften können kaum mehr als juristische gelten. Dagegen knüpft die Schriftstellerei auf dem Gebiete des Privatrechts an die praktische Tätigkeit der Juristen an. Wir sind durch Pomponius (§§ 35 sqq.) über die hauptsächlichen Männer und ihre Werke wenigstens notdürftig unterrichtet. Einmal werden die Rechtsgutachten aufgezeichnet (schon von Coruncanius waren solche bekannt) und bilden einen wichtigen Bestandteil der juristischen Schriften, wie wir von M. Brutus und Cato wissen (Cicero, de or. II 32, 142). Dann wurden auch Formulare für Rechtsgeschäfte veröffentlicht. Dahin gehören die venalium vendendorum leges des M.'Manilius (cos. 149), den Pomponius als Mitbegründer des ius civile bezeichnet (Varro, de R. R. II 5, 11). Diese „Kautelarjurisprudenz" bestand auch noch weiter, als die Wissenschaft schon zu anderen Formen übergegangen war. C. Aquilius Gallus (Prätor 66), der Hauptschüler des Q. Mucius, gehört hierher mit seinen Erfindungen: stipulatio Aquiliana, Erbeinsetzung der postumi, formulae de dolo malo. — Das älteste Werk der Privatrechtswissenschaft, cunabula iuris, ist nach Pomponius (§ 36) des S. Aelius Paetus (gen. Catus, cos. 198) tripertita (commentatio?). Er steht anscheinend noch völlig auf dem Boden des Zivilrechts und der disputatio fori. Was die „Dreiteilung" bedeutete, ist nicht sicher zu sagen: am wahrscheinlichsten ist doch wohl, daß Sex. Aelius bei jeder einzelnen Bestimmung den Text der XII Tafeln vorausschickte, daran die interpretatio knüpfte und endlich die legis actio nebst Erläuterung folgen ließ — das gleiche Verfahren, das späterhin die Ediktskommentatoren beobachteten. Streitig ist das Verhältnis dieses Buches zu dem von Pomponius an anderer Stelle (§ 7) erwähnten ius Aelianum[1]: dies umfaßte nur Legisaktionen im Anschlusse an das ius Flavianum (vielleicht nur Ergänzungen). Bald macht sich der Einfluß der griechischen Bildung bemerkbar: man fängt an, das ius civile darzustellen; das setzt eine gewisse systematische Anordnung und ein Zurückgehen auf allgemeine Gesichtspunkte voraus. Davon berührt waren sicher schon die beiden Juristen, von denen Pomponius sagt, daß sie mit Manilius „fundavere ius civile," d. h. doch wohl, daß sie zuerst Rechtsfragen abstrakt schriftstellerisch behandelten. M. Brutus, der es nur bis zum Prätor brachte, schrieb in drei Büchern de civili iure; die Schrift hat die Form eines Gespräches mit seinem Sohne (Cicero, de or. II 223 sq.), also ganz nach griechischem Vorbilde. Sie enthielt Erörterungen sehr mannigfaltiger Fragen, unzweifelhaft nicht bloß unmittelbar praktischer Fälle (D. 7, 1, 68 pr.; 41, 2, 3, 3; 49, 15, 4); wie Anlage und Überschrift zeigen, sollte eine Art von Überblick gegeben werden. P. Mucius Scaevola (pontifex, cos. 133) hinterließ zehn libelli, über deren Inhalt nichts Näheres bekannt ist (D. 24, 3, 66 pr.). Ein wirkliches System des Zivilrechtes versuchte erst Q. Mucius Scaevola (pontifex, cos. 95) in 18 Büchern. Pomponius, der das Werk selbst bearbeitet hat, sagt davon: ius civile primus constituit generatim in libros redigendo. Das kann nur heißen, daß Q. Mucius eine übersichtliche Darstellung angestrebt habe durch Zurückführung des Gleichartigen auf allgemeine Kategorien und Scheidung des Ungleichartigen (Gaius I 188; D. 41, 2, 3, 23). Das „System" wiederherzustellen ist nicht möglich[2]; sicher ist, daß die Darstellung mit dem testamentarischen Erbrechte begann. — Die Begründung der eigentlichen juristischen „Dialektik" schreibt Cicero erst seinem Freunde Serv. Sulpicius (cos. 51) zu (Brut. 42). Er hat

[1] Huschke, Z. f. gesch. RW. XV 177.
[2] Vgl. Lenel, Straßburger Festg. für Ihering (1892) S. 10 ff.

kein systematisches Werk geschrieben, aber in mehrfachem Gegensatze zu Scaevola (reprehensa Q. Mucii capita) durch eine Menge von Einzelschriften und Gutachten die volle griechisch-römische Bildung für die Rechtswissenschaft verwertet; er zuerst hat das Edikt selbständig behandelt (duo libri perquam brevissimi). Zahlreiche Schüler verbinden ihn unmittelbar mit den Juristen der kaiserlichen Zeit. Sie haben zum Teil nur die Responsen des Servius zusammengestellt und bearbeitet. So vor allem P. Alfenus Varus (cos. 39) in seinen Digesten, die in den Pandekten benutzt sind. Weniger abhängig ist A. Ofilius, der Cäsar bei seinen gesetzgeberischen Plänen unterstützte. Die Arbeiten der Schüler des Servius (auditores Servii) sammelte Aufidius Namusa. Nicht zu den Schülern des Servius gehören A. Cascellius[1] (vielleicht Prätor zur Zeit des Triumvirats: Val. Max. 6, 2, 12), ein Mann der republikanischen Opposition; C. Trebatius Testa, der liebenswürdige, viel jüngere Freund Ciceros, Lehrer Labeos, von großer Bedeutung als juristischer Beirat des Augustus; Q. Aelius Tubero, der Ankläger des Ligarius, halb Jurist, halb Geschichtschreiber, von altertümelnder Schreibweise.

§ 30. Regulae iuris[2]. Die meisten von diesen älteren Schriftstellern[3] sind der klassischen Zeit (unter den Antoninen) nur aus zweiter Hand bekannt[4]. Sie werden daher vielfach unter der Gesamtbezeichnung veteres zusammengefaßt. Die sich bildende Wissenschaft hat eine erklärliche Neigung, allgemeine Sätze aufzustellen, deren Anwendung auf den Einzelfall die praktische Tätigkeit erleichtert. In diesem Sinne schrieb Scaevola ein Buch ὅροι (regulae, definitiones). Einzelne von diesen Regeln sind an bestimmte alte Juristen angeknüpft: regula Catoniana (M. Porcius Cato d. J. † 152), constitutio Rutiliana (doch wohl P. Rutilius Rufus cos. 105), die sog. praesumptio Muciana (D. 24, 1, 51). Den späteren sind diese Sätze vielfach zu Dogmen geworden; man verwendete sie als Begründung, fragte aber ihrer eigenen Begründung nicht mehr nach. Das geschah, weil man ihren Ursprung und ihre Motive nicht mehr feststellen konnte. Zum Teile sind sie den Juristen der Kaiserzeit für ihre freiere und feinere Rechtsgestaltung geradezu unbequem geworden; man umging sie dann wohl, aber man leugnete ihren Rechtsbestand nicht. Dahin gehören solche Sätze wie nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest; nemo sibi causam possessionis mutare potest; servitus servitutis esse non potest (D. 33, 2, 1), und selbst bis de eadem re ne sit actio könnte man hierher rechnen.

Dritte Periode. Das republikanische Kaisertum.

I. Entwicklung und Ausdehnung des Rechts.

§ 31. Die Rechtsbildung der Kaiserzeit hat einen wesentlich anderen Charakter als die der Republik. Der Grund dazu liegt nicht nur in der umgestalteten Verfassung und Einrichtung des ganzen Staates, sondern hauptsächlich in der einschneidenden Veränderung der Aufgabe, die der weiteren Rechtsentwicklung jetzt durch die Verhältnisse selber gestellt wurde. Bis zum Ende der Republik waren die Hauptgrundlagen des gesamten Rechts, namentlich des Privatrechts, im ius civile, gentium und praetorium ziemlich vollständig gelegt. Es handelte sich jetzt weniger mehr darum, neue Rechtsbegriffe und -verhältnisse und eigentlich neue Prinzipien aufzustellen, als die vorhandenen in der entsprechenden Weise auszubilden und weiterzugestalten, und zwar in zwei Hauptrichtungen:

1. Zunächst mußten die allgemeinen Prinzipien, die in den Gesetzen, Edikten und Gewohnheiten meistens nur kurz, abstrakt und allgemein enthalten waren, für ihre Anwendung

[1] Über ihn Ferrini, Rendic. Ist. Lomb. S. 2 vol. 18.
[2] Jörs, Röm. Rechtswiss. I S. 283 ff.
[3] Eine Zusammenstellung s. bei: Huschke-Seckel-Kübler, Iurisprudentiae anteiustinianae reliquiae p. 1—55.
[4] Sanio, Zur Geschichte der römischen Rechtswissenschaft. 1858.

auf die einzelnen, konkreten und verwickelteren Fälle des Lebens mehr ins einzelne und feinere Detail entwickelt und zu ihren tieferen Konsequenzen weitergeführt werden. Dazu mußten die Prinzipien selbst schärfer bestimmt und abgegrenzt, in ihrer Beziehung und ihrem Gegensatze zu anderen festgestellt und in ihrer organischen Verbindung zu einem Ganzen abgerundet werden. Dies auszuführen war natürlich nicht Sache der Gesetzgebung, sondern eine Aufgabe, die nur in stetem Kampfe der Meinungen und unter den Erfahrungen des täglichen Lebens von der Wissenschaft und Praxis in entsprechender Weise gelöst werden konnte. Demgemäß nimmt in der Kaiserzeit im Anfange zunächst die Rechtswissenschaft die Hauptstelle in der ganzen Rechtsbildung ein, daneben die von ihr beeinflußte Praxis, namentlich in den Entscheidungen der kaiserlichen Justiz.

2. Zugleich erhält das Recht einen universaleren Charakter. Im römischen Weltreiche sind die verschiedensten Nationen verbunden. Allmählich werden auch die Provinzen aus beherrschten Gebieten selbständige Glieder des Staates, und der Unterschied der Bürger und Peregrinen gleicht sich aus: auf dem Kaiserthrone folgten den Altrömern (Julier, Claudier) erst Italiker (Flavier), dann Provinzialen (Ällier). In den Senat traten auch Provinzialen immer zahlreicher ein. Der Einfluß der Provinzen wächst, obgleich Italien immer noch rechtlich das herrschende Land bleibt. Die Rechtsordnung streift unter dieser Einrichtung mehr und mehr die nationalen Besonderheiten ab und wird bis zu einem gewissen Grade fähig, sich einheitlich auf das ganze Weltreich auszudehnen und so ein starkes Bindemittel für die auseinanderstrebenden Reichsteile zu werden [1].

§ 32. Die Untertanen. Seit dem Beginne der Kaiserherrschaft vollzieht sich die Ausbreitung des Bürgerrechts oder doch der Latinität auf die Provinzen langsam, aber sicher; seit Cäsar wird die Zivität bald an Einzelne, bald an Gemeinden verliehen, so daß am Ende des zweiten Jahrhunderts mindestens die westliche Hälfte des Reiches (Sizilien, Gallien, Spanien) ein Gemenge von Bürgern, Latinern und Peregrinen erfüllt. Erklärlicherweise erneuern sich immer wieder die abfälligen Äußerungen der Altbürger über diese ungehörige Verschleuderung der Zivität, von Cicero an, der klagt: der tote Cäsar (d. h. Antonius nach Cäsars hinterlassenen Verfügungen) gewähre ganzen Ländern und Völkern das Bürgerrecht. Aber diese Klagen konnten die Entwicklung nicht aufhalten. Einen entscheidenden Schritt tat Caracalla: er verlieh allen freien Reichsangehörigen, mit einziger Ausnahme der dediticii, das römische Bürgerrecht [2]. Die Ausnahme umfaßte allerdings noch viele Millionen von Untertanen: die kopfsteuerpflichtigen Einwohner der durch deditio an Rom gelangten Provinzen, die innerhalb des Reiches von den Kaisern angesiedelten Barbaren, die den dediticii gleichgestellte schlechteste Klasse von Freigelassenen, und da ferner durch Freilassung unter gewissen Voraussetzungen immer noch libertas sine civitate erworben wurde [3], so verschwanden durch die constitutio Antoniniana weder Latinität noch Peregrinität. Immerhin aber war dadurch in sehr weitem Umfange die Rechtsgleichheit unter den Untertanen hergestellt. Die ständischen Abstufungen: ordo senatorius, Ritter und Plebs, bedingen keine Rechtsungleichheit von irgendwelcher Bedeutung.

So gewiß nun die Konstitution Caracallas in der Konsequenz der allgemeinen Entwicklung lag, so gewiß stellte die Maßregel, wie sie getroffen wurde, einen überaus schweren und harten Eingriff in die bestehenden Rechtszustände dar [4]. Bis dahin hatten im römischen Reich,

[1] Degenkolb, Rechtseinheit und Rechtsnationalität im altrömischen Reich. 1884.

[2] So der in der Hauptsache richtig ergänzte Wortlaut der in einem Gießener Papyrus (I² 29) leider nur fragmentarisch erhaltenen Konstitution. Daß diese, wie Dio Cass. 77, 10 es in seinem Hasse gegen den Kaiser darstellt, nur aus steuerlichen Rücksichten („um seine Einkünfte zu vermehren") erlassen worden sei, ist höchst unwahrscheinlich. Problematisch ist die Ergänzung des Passus „(μ)ένοντος . . . . . (πολιτευμ)ά̄τω(ν)", wodurch aber die hinsichtlich der dediticii gemachte Ausnahme doch wohl nicht in Frage gestellt wird.

[3] Über die zur Zeit ihrer Erlassung vorhandenen Latini dieser Art sagt der erhaltene Text der constitutio Antoniniana nichts. Sollten diese das römische Bürgerrecht erhalten haben? Das ist doch sehr unwahrscheinlich.

[4] Vgl. Mitteis, Reichsrecht und Volksrecht in den östlichen Provinzen des röm. Kaiserreichs (1891) S. 159 ff.

zumal in dessen griechisch redendem Teile, diese mit dem römischen Bürgerrecht beschenkten Peregrinen nach ihren alteinheimischen Rechten gelebt. Nun wurde plötzlich das Prinzip der Rechtseinheit für das ganze Reich aufgestellt; die neuen Bürger wurden mit dem römischen Recht, römischen Rechtsinstituten und Geschäftsformen beglückt, denen sie innerlich fremd gegenüberstanden, und dies, wie es scheint, ohne jede Anleitung, wie der Übergang in die neuen Rechtszustände sich vollziehen sollte. Die neuen Bürger mußten wohl oder übel eine Ehre darin sehen, als Bürger der Stadt Rom, der „communis patria", nach deren Recht beurteilt zu werden, die Beamten ließen sich jedenfalls nicht leicht mehr auf etwas anderes als die römischen Gesetze, Edikte und juristischen Bücher ein, und die Kaiser machten vollends keine Unterschiede mehr. Die Lage der griechischen Provinzialstädte muß unter diesen Umständen geraume Zeit hindurch keineswegs beneidenswert gewesen sein, und man begreift, daß in der hellenistischen Zeit des Reichs zwischen dem offiziell angeordneten Recht und der tatsächlichen Rechtsanwendung eine breite Kluft sich auftat, daß vielfach das altererbte „Volksrecht" sich entgegen dem Reichsrecht seine tatsächliche Herrschaft zu wahren wußte und, als nun der Schwerpunkt des Reichs sich mehr und mehr nach dem Osten verlegte, einen immer stärkeren Einfluß auf die Reichsgesetzgebung selbst gewann. Nur um diesen Preis konnte allmählich die wirkliche Rechtseinheit des Reiches angebahnt werden [1]. Unterstützend wirkte die Einführung des Christentums, durch welches in den religiösen Beziehungen, namentlich der Ehe und Familie, von selbst alle Verschiedenheiten aufgehoben wurden. Alles dies machte, daß man im Laufe des 4. und 5. Jahrhunderts der Durchführung der Rechtseinheit durch alle Provinzen des Reiches immer näher kam, ohne das Ziel indes vollständig zu erreichen.

Sofort mit der Begründung der Kaiserherrschaft machten sich die ersten Anfänge der Bewegung bemerkbar, die schließlich zur Teilung des Reiches führte. Rom blieb freilich die Hauptstadt, obschon der Plan aufgetaucht zu sein scheint, den Schwerpunkt nach Osten zu verlegen, und Italien stand außerhalb der Provinzialverwaltung. Die Trennung in der Verwaltung zwischen dem lateinischen Westen und dem griechischen Osten beginnt auf dem Gebiete des Heerwesens [2]. Die allgemeine Wehrpflicht war tatsächlich beseitigt; das in Grenzbesatzungen verteilte stehende Heer wird aus Freiwilligen und Ausgehobenen gebildet. In den Legionen dürfen nur Bürger dienen. Aber man nimmt auch freigeborene Provinzialen städtischer Herkunft, denen das Bürgerrecht verliehen wird. Das wesentliche ist, daß seit August die westlichen Grenzbesatzungen sich aus dem Westen, die östlichen aus dem Osten des Reiches ergänzen. Seit Hadrian erhalten die Legionen ihren Ersatz aus den kaiserlichen Provinzen, in denen sie stehen. Damit ist hier die administrative Scheidung und der nationale Gegensatz der beiden Reichshälften festgestellt. Sie finden ihren Abschluß in Diokletians Verfassung, die den Gegensatz durch die Trennung der Verwaltung bei festgehaltener Reichseinheit zu überwinden versuchte.

II. Reichsverfassung.

§ 33. Kaiser und Senat. Der Übergang der republikanischen Verfassung in eine monarchische war durch wiederholte Erschütterungen der bestehenden Ordnung und durch mißlungene Restaurationsversuche seit langer Zeit vorbereitet. Cäsar unternahm, auf Grund der lebenslänglichen Diktatur, die Königsherrschaft tatsächlich zu erneuern; er brach mit den aristokratischen Überlieferungen vollständig und stützte sich auf Volk und Heer. Augustus ist ihm darin nicht gefolgt. Er legte seine außerordentliche Gewalt im Jahre 27 nieder und stellte, wie die amtliche Wendung lautet, die Republik wieder her. Rechtlich ist die Augusteische Verfassung eine Teilung der obersten Regierungsgewalt zwischen dem Princeps, als dem ersten lebenslänglichen Beamten des Volkes, und dem Senate unter der Leitung der Konsuln (Dyarchie). Aber die kaiserliche Gewalt ist rechtlich und noch viel mehr tatsächlich die weitaus stärkere [3]. Der Kaiser hat den ausschließlichen Befehl über das Heer, die Ernennung der Offiziere und die

[1] Den Nachweis zu der im Text gegebenen Darstellung liefert das in der vorigen Note angeführte Buch von Mitteis.
[2] Mommsen, Hermes XIX S. 1—79. 210—234.
[3] Mommsen, Röm. Staatsrecht II S. 793—1171.

Leitung der auswärtigen Angelegenheiten mit dem Rechte der Kriegserklärung, des Friedens- und Bündnisschlusses. Dagegen wird die Verwaltung der Provinzen geteilt; es gibt kaiserliche und senatorische; demgemäß zerfällt auch die Staatskasse, die wesentlich durch Abgaben der Provinzen genährt wird, in das aerarium, das unter senatorischer Verwaltung steht, und den fiscus, d. h. die kaiserliche Privatkasse, in welche aber auch die Einkünfte aus den Provinzen des Kaisers fließen; Senat und Kaiser sind gleichmäßig Berufungsinstanz in Strafsachen, und beide haben nebeneinander das Münzprägerecht geübt; der Senat freilich war sehr bald auf die Kupferprägung beschränkt. Dem materiellen Übergewichte des Kaisers vermochte der im Senate vertretene alte Amtsadel nicht genügenden Widerstand entgegenzusetzen. Nach den dyarchischen Versuchen der Kaiser des ersten Hauses sind zunächst tatsächlich, dann rechtlich der Senat und das Volk zugunsten der kaiserlichen Alleinherrschaft immer mehr in den Hintergrund geschoben, und die republikanischen Formen sogar werden mehr und mehr beseitigt, schon von Hadrian, dann vor allem von Septimius Severus. Vollendet wird die Umgestaltung erst durch Diocletian und Constantin I.

Die beiden Grundlagen des kaiserlichen Imperiums sind die prokonsularische und die tribunizische Gewalt (potestas); die erste übernimmt der Kaiser rechtlich auf Aufforderung des Senates, tatsächlich freilich oft genug auf die des Heeres; die zweite wurde ihm noch im zweiten Jahrhundert v. Chr. formell durch einen Volksschluß übertragen [1]. Damit ist in der Theorie das Prinzip der Volkssouveränität gewahrt, und noch unter Hadrian sprechen die Juristen das Dogma aus, daß die Gesetze nur gelten, weil sie durch den Willen des Volkes angenommen seien; ja noch unter Severus gründet Ulpian in einer freilich von Interpolationsverdacht nicht freien Stelle die Kraft der kaiserlichen Konstitutionen darauf, daß das Volk sein Imperium auf den Kaiser übertragen habe.

§ 34. Die Bürgerschaft. Neben dem Kaiser und dem Senate tritt die Volksversammlung von vornherein zurück, wenn auch die Volkssouveränität rechtlich anerkannt bleibt. Die Blutgerichtsbarkeit ist dem Volke schon zur Zeit der Republik fast vollständig entzogen; jetzt gelten die quaestiones perpetuae als ordentliches Gericht in Strafsachen, Kaiser und Senat als außerordentliche Gerichtsstände. An sie geht auch die Provokation aus der Provinz (Apostel Paulus). Das Gesetzgebungsrecht ist den Komitien nie ausdrücklich genommen, aber tatsächlich bald verloren gegangen (§ 37). Die Wahl der Jahresbeamten haben sie unter Augustus noch gehabt; die Wahlversammlungen waren nicht eigentlich mehr gefährlich, konnten aber, wie Augustus erfahren mußte, unbequem werden. Von Tiberius heißt es gleich im Beginne seiner Regierung: tum primum e campo comitia ad patres translata sunt (Tacit. ann. I 15), d. h. die Wahl der Jahresbeamten wird vom Volke auf den Senat übertragen. Das geschah auf letztwillige Anordnung des Augustus (Velleius II 124) und vollendet das dyarchische System: der Senat als Mitherrscher wählt sich seine Beamten wie der Kaiser seine Gehilfen. Der Kaiser hat durch seine Empfehlungsbefugnis (commendatio) rechtlichen Einfluß auf die Wahl; nur bezüglich der Konsuln beschränkten sich die ersten Kaiser anscheinend auf tatsächliche Einwirkung.

§ 35. Die Beamten. Die altstädtischen Beamten: Konsuln, Prätoren, Tribunen, Ädilen und Quästoren, wurden nach wie vor gewählt; Konsuln und Prätoren gehen nach verwaltetem Amte als Prokonsuln in die Senatsprovinzen. Die Magistrate haben der Idee nach ihre alte Stellung; nur geht ihnen überall der Princeps vor, und sie sind zu rein bürgerlichen Beamten geworden; selbst die Statthalter haben keine militärische Eigenschaft mehr; denn in den Senatsprovinzen stehen (außer in Afrika) keine Truppen. Die Tribunen sind durch des Kaisers tribunizische Gewalt lahmgelegt; die Ädilen geben ihre verschiedenen polizeilichen Obliegenheiten sehr bald an kaiserliche Diener ab; die Quästoren verlieren die Verwaltung des Ärars, sind also nur noch in der Provinz und als Gehilfen des Kaisers als Prokonsuls tätig. Die Konsuln haben als Leiter des Senats und wegen der Jahresbenennung immer noch hohes An-

[1] Gai. I 5. Wie sich zu diesem Volksschluß das inschriftlich überlieferte Sc. de imperio Vespasiani (Bruns I p. 202) verhält, das sich selbst als lex bezeichnet, ist nicht ganz sicher. Vgl. einerseits Mommsen, Staatsrecht II S. 877 ff., andererseits Hirschfeld, Die kaiserl. Verwaltungsbeamten, 2. Aufl., S. 475 N. 1.

sehen. Es werden ihnen richterliche Verwaltungsgeschäfte vom Kaiser zugewiesen (§ 41). Sie behalten das Amt regelmäßig nicht über ein halbes Jahr (suffectio). Die Prätoren haben außer der Zivilgerichtsbarkeit und dem Vorsitze im Zentumviralgerichtshofe und in den quaestiones auch noch „außerordentliche" Gerichtsgeschäfte (§ 41) und reine Verwaltungssachen (praetores aerarii!) übertragen erhalten.

Neben und vor diesen republikanischen Magistraten steht der Kaiser mit lebenslänglicher außerordentlicher Amtsgewalt. Darin liegt, daß er persönlich sein Amt führen muß. Aber das war bei der Verwaltung der Provinzen von vornherein unausführbar. Dorthin gehen als Vertreter legati (Augusti) pro praetore, also Männer senatorischen Standes. Im übrigen nimmt der Kaiser zur Unterstützung bei halbstaatlichen und Staatsgeschäften die Vertrauenspersonen seines Hofhaltes, namentlich Freigelassene. So (wie unter Claudius) für die Finanzen (procurator a rationibus), für Bittschriften (a libellis), als Sekretäre (ab epistulis). Die wichtigsten Stellen der kaiserlichen Staatsverwaltung werden aber gleich anfangs mit Rittern besetzt: der praefectus praetorio, der Anführer der Garde, der später zum „Vizekaiser" wurde; der praefectus vigilum, der die kaiserliche Feuerwehr in Rom befehligte; der praefectus annonae, der für die Getreidezufuhr zu sorgen hatte; die beiden letzteren verdrängten die unfähigen Ädilen aus wichtigen Teilen ihres Amtes. Später — seit Hadrian — wurden auch die anderen „Prokuratoren" aus dem Ritterstande genommen. Eine ganz eigene Stellung hat seit Tiberius der praefectus urbi, der Polizeimeister von Rom und den umliegenden Landschaften (regiones suburbicariae): er ist stets Senator des höchsten Ranges und Zivilbeamter, obwohl er cohortes urbanae befehligt. Alle diese kaiserlichen Diener werden allein vom Kaiser berufen, sie sind beliebig absetzbar, und ihr Mandat erlischt mit des Kaisers Tode; alle beziehen Gehalt, und gerade mit Rücksicht darauf bildet sich eine Rangordnung: non sunt magistratus, sagt Pomponius, sed extra ordinem utilitatis causa constituti sunt.

§ 36. Kaiserliche Verwaltung[1]. Die Schwäche der Senatsregierung lag auf dem Gebiete der inneren Verwaltung, namentlich im Finanz- und Steuerwesen und in den Provinzialverhältnissen. Der Grund war ein doppelter. Das Senatsregiment konnte wegen des Mangels an genügenden und geeigneten Beamten sich nicht um die technischen Einzelheiten kümmern; man wurde zu einem weitreichenden Systeme von Verpachtungen und Verdingungen gedrängt. Damit wirtschaftete man weit kostspieliger, und der Druck der nur auf den Erwerb bedachten Publikanengenossenschaften lastete schwer auf den Provinzen. Dann aber bleibt die Fürsorge für den Nichtbürger und Provinzialen gänzlich außerhalb des Gesichtskreises des Senats. Für die wirtschaftliche Wohlfahrt der Bürger hat die republikanische Gesetzgebung manches getan oder zu tun versucht (§ 24); die Bundesgenossen sind souverän und müssen für sich selbst einstehen; die Provinzen sind praedia populi Romani. Die Stärke der Kaiserregierung, wie jeder Monarchie, ist gerade die innere Verwaltung. Sie übernahm Rom in voller Auflösung, das nunmehrige Bürgerland Italien zerrüttet, die Provinzen verarmt und ausgesogen. Zunächst wird schon von August und Tiberius in der Hauptstadt gesorgt: für Ruhe und Ordnung (durch die Freilassungsgesetze und den praefectus urbi), für Zufuhr billigen Getreides (durch den praefectus annonae und die Largitionen), für Feuerlöschwesen und nächtliche Sicherheit der Straßen (durch den praefectus vigilum). In Italien (und in den Provinzen) werden die verrotteten städtischen Finanzen seit Nerva und Trajan geregelt: durch Einsetzung von curatores rerum publicarum (logistae), welche die Aufsicht über die Vermögensverwaltung und namentlich das Bauwesen führen. Damit gleichzeitig ist Trajans große Alimentenstiftung, die einen völlig neuen Gedanken für Italien umfassend verwirklicht. Es wurden vom Kaiser ausgeworfene Kapitalien an Grundbesitzer ausgetan und auf die Grundstücke eine ewige Rente zugunsten der Städte gelegt; die jährlichen Zahlungen werden an Kinder dürftiger Eltern verteilt. Der Zins ist so niedrig bemessen, daß auch die Grundbesitzer einen Vorteil haben. Die Aufsicht führen seit Hadrian praefecti alimentorum, die Einzelgeschäfte wahrscheinlich die Gemeindebeamten[2]. Von Privaten werden diese Stiftungen nachgeahmt (Plin. ep. 7, 18;

[1] O. Hirschfeld, Die kaiserl. Verwaltungsbeamten bis auf Diocletian, 2. Aufl. 1905.

[2] Bekannt ist diese Einrichtung wesentlich durch Inschriften, namentlich die tabula Veleias und die tab. Baebianorum (Bruns, Fontes I p. 346 sq.). Sie geben indes keine Auskunft über das mit den Grundbesitzern abgeschlossene Rechtsgeschäft; daher ist das Rechtsverhältnis bestritten.

Bruns, Fontes I p. 349 sq.). In den Provinzen hört die Steuerverpachtung auf, die der Zölle wird anscheinend eingeschränkt; die Gefälle werden von kaiserlichen und Senatsbeamten erhoben. Die Domänenverwaltung wird (unter Hadrian) reorganisiert. Die Kehrseite dieser unzweifelhaften Verbesserungen ist das starke Anwachsen des besoldeten Beamtentums; die Ausgaben des Staates wurden dadurch beträchtlich vermehrt und allmählich wieder eine Last.

III. Gesetzgebung und Edikt.

§ 37. Lex und senatus consultum. Im Beginne der Kaiserzeit haben die Komitien ihr republikanisches Gesetzgebungsrecht weitergeübt. Augustus selbst hat, wohl kraft seiner tribunizischen Gewalt, Gesetze beim Volke beantragt: die leges Iuliae de maritandis ordinibus (18), iudiciorum publicorum und privatorum (17?), de adulteriis, de ambitu, auch wohl de vi publica und privata. Unter seiner Regierung wie unter der des Tiberius sind Gesetze von den Konsuln mit dem Volke vereinbart: so die leges Fufia Caninia (2 v. Chr.), Aelia Sentia (4 p. C.), Papia Poppaea (9 p. C.), Iunia Norbana (19?)[3], Iunia Petronia (19: D. 40, 1, 24), Visellia (24), Iunia Vellaea (27?); vereinzelt sind von Claudius (lex Claudia de tutela mulierum und über Darlehen an Haussöhne) und von Nerva noch die Komitien befragt (D. 47, 21, 3, 1).

Indessen kam die Gesetzgebung durch die Volksgemeinde allmählich ab; sie zieht sich vom Volke in den Senat zurück. Möglich ist es, daß man sich diesen Übergang durch die Annahme vermittelte, die altübliche Vorbereitung und Empfehlung des Senats genüge, er drücke den Volkswillen aus, der formellen Zustimmung bedürfe es nicht mehr (so Inst. 1, 2, 5); der Volksbeschluß wurde jedenfalls nicht etwa fingiert, sondern einfach weggelassen. Das Senatuskonsult wird danach von der zweiten Hälfte der Regierung des Tiberius an bis zu den Severen die feste Form der Gesetzgebung. Eigentümlich dabei ist, daß die alte Form, daß der Senat nicht befiehlt, sondern nur meint, rät und empfiehlt (censet, videtur, placet), stets festgehalten wurde.

Der Gedanke ist dem Verhältnisse zwischen Senat und Beamten in dieser Zeit entsprechend: dem Konsul oder Prätor wird eine Anweisung erteilt, der er nachzukommen hat. Das kann unmittelbar und abstrakt geschehen: usuras non esse exigendas (Sc. Iuvent.); permittendum nundinas habere; quae iudicata sunt rata maneant. Aber es kann dem Beamten auch überlassen bleiben, wie er das vom Senate vorgezeichnete Ziel erreichen will; dann bedarf es regelmäßig noch einer Ausführungsverordnung (§ 38). In beiden Fällen pflegt der Senat gewissermaßen als Anleitung für die Beamten seinen Beschluß zu begründen. Die Senatsbeschlüsse werden jetzt in der juristischen Sprache ähnlich wie die Gesetze nach dem Namen oder Zunamen des Antragstellers genannt; nur das Sc. Macedonianum macht eine Ausnahme. Auch der Kaiser kann auf Grund seines ius referendi ad senatum Anträge stellen. Er begründet dann wie jeder andere Beamte seinen Vorschlag mit einem Vortrage (oratio principis). Häufig stellt er den Antrag schriftlich und läßt ihn durch einen Vertreter (einen Quästor) verlesen. Begreiflich wird der Antrag regelmäßig zum Beschlusse erhoben (Sc. auctore principe factum). Formell geschieht das anscheinend in der Weise, daß die oratio in den Senatsschluß aufgenommen wird. So ist es erklärlich, daß die Juristen die oratio, die ja für die Auslegung Gesichtspunkte enthielt (D. 5, 3, 22; c. Tanta § 18), häufig statt des Senatsschlusses anführen. Ferner aber mußte die oratio, je nach dem Charakter des Kaisers, einen höflichen oder befehlenden Ton annehmen (Severus D. 27, 9, 1, 1). Daß die Kaiser seit Hadrian die ausschließende Befugnis zu Anträgen im Senate hatten, wird sich nicht behaupten lassen; sie haben das ius quintae relationis, d. h. sie dürfen in jeder Sitzung bis zu fünf Anträgen einbringen; aber auch andere brachten welche ein (V. Marci 10; V. Pertinacis 9).

Dem Inhalte nach beschränkte sich die Gesetzgebung dieser Zeit durch leges, senatusconsulta, orationes auf wenige Gebiete des Privatrechts. Der Schwerpunkt der Rechtsbildung lag eben in der Wissenschaft und Praxis. Jene Gebiete sind zunächst die, welche Augustus bei seiner Überführung der Republik in die Monarchie neu geordnet hatte, nämlich Strafrecht und Straf- und Zivilprozeß; das Recht der Freilassungen und der Freigelassenen (dadurch sollte

[1] Schneider und Hölder, ZRG. XIX 186 ff., XX 31 ff.

der Vermehrung des schwer zu bändigenden freien Proletariats in Rom entgegengetreten werden); und namentlich das Eherecht, bei dem Augustus in den beiden leges Iulia und Papia Poppaea der eingerissenen Sitten-, Ehe- und Kinderlosigkeit einen Damm entgegenzusetzen versuchte. Außerdem sind über Intestaterbrecht und Vermächtnisse mehrere wichtige Senatskonsulte gegeben: Sc. Tertullianum (unter Hadrian) und Orfitianum (178), die ein Erbrecht zwischen Mutter und Kindern einführen; Sc. Trebellianum und Pegasianum über Universalfideikommisse. Sonst aber finden sich nur mehr vereinzelte Bestimmungen, wie z. B. das Sc. Vellaeanum über die Bürgschaften der Weiber, das Macedonianum über die Darlehen der Haussöhne, die oratio Severi über die Veräußerung der Mündelgüter u. a.

Auf uns gekommen sind alle diese Gesetze fast nur durch Zitate und Relationen in den Pandekten und anderen Schriften, nur weniges auf den alten Erztafeln [1]. Dahin gehört namentlich ein Stück eines Sc. de imperio für den Kaiser Vespasian (gewöhnlich als lex de imperio Vespasiani bezeichnet), das schon im 14. Jahrhundert gefunden wurde [2].

§ 38. Das Edikt. Die Gerichtsbarkeit der Prätoren in Zivilsachen bestand in der alten Weise fort und im Zusammenhange damit auch das Recht, zu edizieren. Die Annahme, es hätte der Prätor seit dem Beginne der Kaiserzeit sich begnügt, das alte Edikt beim Amtsantritte zu veröffentlichen, ohne neue Zusätze zu machen oder Änderungen vorzunehmen, ist nicht haltbar. Sicher ist ihm die Befugnis dazu nicht durch einen Rechtssatz entzogen. Aber in der Hauptsache stand „das Edikt" allerdings bereits am Ende der Republik als etwas inhaltlich Abgeschlossenes neben dem Zivilrechte; das beweisen die Kommentare des Servius und Labeo. Dann wurde durch die neue Verfassung die unabhängige Stellung des Prätors beeinträchtigt. Insbesondere war der Senat rechtlich den Beamten übergeordnet und mit selbständiger Initiative ausgestattet. Nicht selten waren es Anregungen des Senats, die den Prätor zum Eingreifen veranlaßten. Die Senatskonsulte stellen öfters nur einen rechtlichen Grundsatz auf und überlassen es dem Prätor, ihn durch Anordnungen und Edikte nach seinem freien Ermessen praktisch zu verwirklichen. So erzählt Plinius (ep. 5, 9, 4; 14), der Senat habe durch einen Beschluß auf die fortdauernde Geltung des Cincischen Gesetzes hingewiesen, und die Prätoren hätten diesem Beschlusse durch ein Edikt (breve edictum) sofort Folge gegeben. So verfuhr der Senat namentlich beim Sc. Vellaeanum. Hier werden die Prätoren geradezu aufgefordert, darauf zu sehen, „ut ea in re senatus voluntas servetur", d. h. sie sollen mit ihren Mitteln dahin wirken, daß die Interzession der Frauen überall da ungültig sei, wo eine Verpflichtung der Frauen mit den Absichten des Senates unvereinbar sein würde. Und sie ergänzen die Anweisung durch Aufstellung besonderer Aktionen (der restitutoria und institutoria). — Daß solche Anregungen auch vom Kaiser ausgehen konnten, ist zweifellos; aber bis jetzt ist kein Ediktssatz nachgewiesen, der auf solche Einwirkung zurückginge (D. 43, 4, 3, 3?). Diener des Kaisers im Rechtssinne sind die Prätoren niemals geworden, mochten sie sich auch seinem Willen tatsächlich nicht widersetzen. Die kaiserliche Gerichtsbarkeit ging neben der prätorischen her (§ 41), hatte es nicht auf deren Verdrängung, sondern nur auf ihre Ergänzung abgesehen. Ob auch nur eine Berufung vom Geschworenenspruch an den Kaiser zulässig war, ist zweifelhaft. So blieb das Formularverfahren vor dem Stadtprätor unberührt, wie aus den darauf bezüglichen Erörterungen der klassischen Juristen klar hervorgeht, und die prätorische Rechtsbildung konnte sich noch geraume Zeit hindurch lebendig erhalten. Rechtsinstitute wie die bonorum possessio unde liberi und contra tabulas, die Pfandklage u. a. m. scheinen erst in der Kaiserzeit begründet worden zu sein. Auf die Dauer freilich war das freie ius edicendi mit der Allgewalt des Kaisers nicht vereinbar, und die Hauptaufgabe des Prätors, die freieren Rechtselemente neben dem Zivilrechte zur Geltung zu bringen, war ja auch gelöst.

So war die Möglichkeit eines formalen Abschlusses des Ediktes gegeben. Vollzogen wurde er durch Hadrian (c. Tanta § 18). Dieser ließ durch Salvius Julianus, einen der bedeutendsten aller römischen Juristen, eine Revision, Sichtung und Ordnung der gesamten bisher aufgesammelten Edikte vornehmen. Die Arbeit fällt wohl zwischen die Jahre 130 und

[1] Eine Zusammenstellung der Senatuskonsulte, deren Wortlaut wir haben, s. Bruns, Fontes I p. 191—211.

[2] Bruns, Fontes I p. 202; vgl. S. 348 n. 1.

138[1]. Zunächst wurden die beiden städtischen Edikte und das der Ädilen festgestellt. Ob sie in eins zusammengefaßt wurden, ist zweifelhaft. Die Kommentare der Juristen aber behandelten sie gemeinsam. Hierdurch ist auch das Provinzialedikt im wesentlichen festgelegt; denn es ist ja, von den provinziellen Besonderheiten abgesehen, ohnehin nur eine Wiederholung des städtischen[2]. Das edictum perpetuum wird nicht als Reichsgesetz verkündigt, sondern es wird nur auf Antrag des Kaisers durch einen Senatsschluß für unabänderlich erklärt; Zusätze und Ergänzungen zu machen behielt sich der Kaiser in seiner oratio selbst vor. Daher stellten die Prätoren nach wie vor das Edikt in Rom und die Statthalter es ebenso in den Provinzen auf, aber in der endgültigen Julianischen Bearbeitung. So bleibt der Unterschied zwischen ius civile und honorarium auch für spätere Zeit bestehen.

Die Julianische Ediktsredaktion[3] ist es, die allen späteren Arbeiten und Kommentaren der Römer über das prätorische Recht zugrunde liegt, und aus der auch unsere Kunde davon fast allein stammt. Nur wenig vorjulianische Spuren haben sich bei nichtjuristischen Schriftstellern erhalten. Doch scheint Julian danach keine sehr bedeutenden Änderungen des Textes und der Anordnung vorgenommen zu haben. Das Julianische Edikt ist uns nicht überliefert; aber mit Hilfe der dazu erwachsenen Literatur, namentlich der großen Kommentare von Gaius (ad ed. provinciale), von Ulpian und Paulus ist nicht bloß ein vollständiger Überblick zu gewinnen, sondern es läßt sich sogar teilweise der Wortlaut der Ediktssätze und der Formeln wiederherstellen. Versuche von Rekonstruktionen sind in älterer und neuerer Zeit mehrfach gemacht worden[4]. Ein ausgebildetes System darf man dabei nicht erwarten; praktische Gesichtspunkte und geschichtliche Zufälligkeiten sind bei der allmählichen Feststellung wirksam gewesen. Das Edikt zerfällt nur in Titel mit Überschriften (de iudiciis, de rebus creditis), nicht in größere Abschnitte. Dennoch lassen sich umfassendere Massen unterscheiden. Der Prätor ediziert über sein officium, die Prozeßleitung; darum folgt er dem Gange des Prozesses. Den Anfang bilden die Satzungen, durch welche das Verfahren (in iure) bis zur Niedersetzung des Gerichtes geregelt und gesichert werden soll. Am Schlusse stehen die Regeln der Zwangsvollstreckung (ductio, missio in possessionem u. actio iudicati). Sie leiten zu einem Anhange über: interdicta, exceptiones und stipulationes praetoriae, ohne Zusammenhang unter sich. Das Mittel- und Hauptstück gibt die Aktionen und sonstigen prätorischen Rechtsmittel. Es zerfällt in zwei Abschnitte, deren erster anscheinend die der ordentlichen, der zweite die der schleunigen Rechtshilfe angehörigen Rechtsmittel enthält, daher wir in letzterem z. B. die Edikte über die bonorum possessio, über mancherlei Kautionen und Missionen und die iudicia recuperatoria finden[5].

IV. Kaiserliche Gesetzgebung.

§ 39. Gesetzgebende Gewalt des Kaisers. Neben den absterbenden republikanischen Formen der Gesetzgebung erwächst allmählich eine selbständige Gesetzgebung der Kaiser. Ein eigentliches Gesetzgebungsrecht steht dem Kaiser zwar nur in sehr engen Grenzen zu. Allgemein verbindliche Gesetze kann er nicht geben. Selbst das Recht, von dem Gesetze im Einzelfalle zu entbinden, verbleibt im ersten Jahrhunderte der Kaiser-

[1] So mit guten Gründen Appleton, NRH. XXXIV p. 791, gegen Girard, daselbst p. 5 ss., der die Ediktsredaktion in die Zeit zwischen 125 und 128 (127? p. 39) setzt. Die Schlüsse, die Girard aus § 18 der c. Δέδωκεν zieht, gehen m. E. viel zu weit: trotz des Byzantinischen Berichts bleibt es durchaus möglich, daß Hadrian seine oratio im Senat nicht persönlich gehalten, sondern durch einen Quästor hat verlesen lassen; die Annahme, daß er damals in Rom anwesend gewesen sein müsse, und die daraus gezogenen Folgerungen sind also hinfällig.

[2] Die Behauptung v. Velsens (ZRG. XXXIV S. 73 ff.), daß es ein Provinzialedikt überhaupt nicht gegeben habe, stützt sich nicht auf wirklich durchschlagende Beweise. Vgl. indes auch Kniep, Gaius (1910) S. 124 ff.

[3] Rudorff, Die Julianische Ediktsredaktion, in der ZRG. III S. 1. Lenel, Beiträge zur Kunde des prätorischen Edikts. 1878; ZRG. XV S. 14—83. XVI S. 104 f. 177 f. XVII S. 112 f. XXV S. 1 ff. XXXIII S. 1 f.

[4] Rudorff, Edicti perpetui quae reliqua sunt. 1869. Auf breiterer Grundlage: Lenel, Edictum perpetuum. 1883. 2. Aufl. 1907. Eine Zusammenstellung der erhaltenen Edikte gibt Lenel bei Bruns, Fontes I p. 211—238.

[5] Vgl. Lenel, Ed. perp.[2] S. 29 ff.

herrschaft, wie zu republikanischer Zeit, dem Senate. Später übt es indes der Kaiser: er verleiht z. B. das ius trium liberorum, d. h. er entbindet von den erbrechtlichen und sonstigen Beschränkungen, welche die lex Papia Poppaea für die Kinderlosen eingeführt hatte. Wahrscheinlich beruht diese Verdrängung des Senates einfach auf kaiserlichem Übergriffe. Dagegen hat der Princeps von vornherein die Befugnis, eine Stadt zur Bürger- oder Latinergemeinde zu erheben und für sie ein Stadtrecht (lex coloniae) zu erlassen. So haben wir zwei Tafeln des (gleichlautenden?) Stadtrechts der latinischen Gemeinden von Malaca und Salpensa in Spanien, das ihnen Domitian (um 82) gab, nachdem allen spanischen Städten von Vespasian die Latinität verliehen war [1]. Das sind eigentlich gesetzgeberische Akte, welche nach republikanischer Verfassung von den Komitien ausgehen mußten. Dem Kaiser ist also (wahrscheinlich durch ein besonderes Gesetz) das Recht eingeräumt, solche Akte statt des Volkes vorzunehmen; es sind leges datae. Anderen Charakters sind die „leges", die die Rechtsverhältnisse des (kaiserlichen und privaten) Großgrundbesitzes und die der Bergwerke und ihrer Bezirke regelten: die lex Manciana, Hadriana, die leges metallis dictae, von denen wir durch afrikanische und lusitanische Inschriften Kunde haben [2]. Eigentliche Gesetze waren diese tief einschneidenden Regulative sicherlich nicht. Sie knüpfen allem Anschein nach an hellenistische Vorbilder an; auf welcher staatsrechtlichen Grundlage sie beruhen, ist zweifelhaft; erlassen wurden sie, soweit sie sich nicht auf den Kaiser selbst zurückführen, vermutlich durch dazu delegierte kaiserliche Beamte [3]. Als ein Stück auf den Kaiser übergegangener formeller Gesetzgebungskompetenz muß dagegen wieder die Verleihung des Bürgerrechts angesehen werden. Der Kaiser macht davon — kraft einer Klausel der lex de imperio? — nicht bloß kraft feldherrlicher Befugnis Gebrauch, die in republikanischer Zeit durch besonderen Volksschluß übertragen wurde, sondern schon im ersten Jahrhundert n. Chr. weit darüber hinausgehend. In die erste Kategorie gehören die sog. tabulae honestae missionis (privilegia veteranorum). Durch sie wird ausgedienten Soldaten bei ihrer Entlassung die Zivität und, wenn sie schon Bürger sind, das conubium mit ihren peregrinischen Ehefrauen gewährt. Es ist eine große Anzahl solcher in Diptychenform (§ 53) auf Erztafeln geschriebener Urkunden erhalten [4]; sie sind Abschriften der kaiserlichen Erlasse, die auf dem Kapitole angeheftet waren; durch sie wird regelmäßig einer größeren Anzahl ausgedienter Soldaten das Privileg verliehen.

§ 40. Form der kaiserlichen Erlasse [5]. Viel umfassender und eingreifender ist die gesetzgeberische Tätigkeit der Kaiser durch Verordnungen. Ihre Form ist sehr verschieden. 1. Der Kaiser kann als höchster Staatsbeamter Edikte erlassen; sie werden wie die republikanischen öffentlich ausgestellt und binden natürlich auch die anderen Beamten. Sie enthalten bald allgemeine Anordnungen, bald regeln sie spezielle Verhältnisse, z. B. die Benutzung einer bestimmten Wasserleitung. Der Kaiser kann 2. allen seinen Dienern Anweisung für die Führung ihres Amtes erteilen; denn sie stehen zu ihm wie Beauftragte; er hat als allgemeiner Prokonsul diese Befugnis gegenüber allen Statthaltern, auch den senatorischen. Diese Mandate werden wie das Edikt ständig („caput ex mandatis" wird mehrfach angeführt: D. 29, 1, 1 pr.; 48, 3, 6, 1), waren aber nicht für alle Provinzen gleich (D. 23, 2, 65 pr.). Auch Private können sich darauf berufen. 3. In streitigen Sachen entscheidet der Kaiser regelmäßig mit seinem consilium (decreta). Das gilt für Verwaltungssachen so gut wie für die privaten Rechtshändel, die an ihn gelangen (D. 1, 22, 2). Endlich 4. erteilt der Kaiser Antwort (rescriptum) auf An-

[1] Bruns, Fontes I p. 142 sq. Ein neues Fragment eines spanischen Stadtrechts, vielleicht der L. Malacitana, bei Dessau, Wiener Studien XXIV S. 246 f. Mit L. Malac. c. XXV fast wörtlich übereinstimmend das fragmentum legis Lauriacensis (zwischen 210 und 213) bei Bruns I p. 159.

[2] Vgl. Bruns, Fontes I p. 289—304. Die beiden unter Nr. 112 und 113 daselbst wiedergegebenen Bruchstücke sind aber keinesfalls, wie der Herausgeber annimmt, Fragmente derselben lex metalli Vipascensis und gehören überhaupt nicht zusammen.

[3] Vgl. über sie besonders Rostowzew, Studien zur Gesch. des röm. Kolonates (1910) S. 321 ff. 353 ff.

[4] CIL. III 2. 843—919. Ephem. epigr. II 452 sq.; IV 181 sq.; 495 sq. Bruns, Fontes I p. 275. 423 sq.

[5] Wlassak, Kritische Studien zur Theorie der Rechtsquellen im Zeitalter der klassischen Juristen (1884) II.

fragen von Beamten (relatio, consultatio) oder von Privaten (preces) durch besonderes Schreiben (epistula) oder Randverfügungen (subscriptio, adnotatio?). Der Ausgangspunkt dieses Reskriptenwesens war wohl, daß Beamte und Private, namentlich in der Provinz, sich an den Kaiser um Auskunft wendeten, wie man sich sonst ein Gutachten von einem Juristen erbat. Daher betrifft die Anfrage immer nur den Rechtspunkt. Die Partei richtet sie vor dem Beginne des Prozesses an den Kaiser. Dieser entscheidet also auf einseitigen Vortrag des Tatbestandes, daher unter der ausdrücklichen oder stillschweigenden Bedingung: si preces veritate nituntur (C. 1, 23, 7). Diese Voraussetzung hat der Richter zu prüfen. Die Untersuchung der Sache gehört vor den ordentlichen Richter. Dieser ist an die Rechtsauffassung des Kaisers gebunden. Dies Verfahren wird seit Hadrian immer üblicher; der Kaiser ist ja seit Feststellung des Ediktes die viva vox iuris civilis geworden.

§ 41. Kaiserliche Gerichtsbarkeit. Der Umfang und die Art des Einflusses der kaiserlichen Verordnungen auf die Rechtsentwicklung läßt sich nur im Zusammenhange mit der kaiserlichen Richterstellung bestimmen. Quästionen- und Formularverfahren blieben vorläufig als das ordentliche Verfahren bestehen. Aber 1. neben die Quästionen traten als außerordentliche Gerichtsstände in Strafsachen Senat und Kaiser [1]. Zwischen ihnen entschied im allgemeinen wohl der Vorgriff (praeventio). Die Form des Verfahrens vor dem Kaiser und den Konsuln und ihren Konsilien ist die cognitio, d. h. das obrigkeitliche Vorgehen von Amts wegen, wenn es auch mehr und mehr an den Quästionenprozeß angeglichen wird. Der Kaiser überträgt seine Strafgewalt an seine Gehilfen, namentlich die Legaten in den Provinzen und den praefectus urbi, zum Teil auch auf andere Präfekten und Prokuratoren. So tritt der Stadtpräfekt neben die Quästionen; unter Teilnahme des Volkes, das der schnellen und wirksamen Strafjustiz nachgeht, werden sie beiseite geschoben und endlich verdrängt. Zugleich finden die Präfekten es angemessen, Vergehen, die bis dahin überhaupt nicht strafbar waren, wie Diebstahl, Betrug u. dergl., nach Kognition zu ahnden (Stellionat, Abigeat usw.): sog. crimina extraordinaria. Auf diesem Gebiete ist der Kaiser überall höchste Instanz; seine Weisungen also sind unbedingt maßgebend. Für die Zivilsachen [2] ist 2. Grundsatz, daß der Kaiser jede noch nicht in das Stadium des iudicium (s. § 26) gelangte Sache an sich ziehen und selbst darüber entscheiden darf. Das geschieht mittels Dekrets nach gehöriger cognitio. Daß der Kaiser Geschworene bestellt hätte, ist wenig wahrscheinlich, ein Beispiel jedenfalls nicht überliefert. Von dieser bedeutenden Befugnis haben die Kaiser, soviel wir wissen, nur sparsamen Gebrauch gemacht (D. 5, 2, 28; 28, 5, 93); vielleicht nur da, wo das imperium mixtum (D. 2, 1, 3) des Prätors in Frage kam (Restitution, Mission, bonorum possessio). In ganz ähnlicher Weise greifen die kaiserlichen Diener mit polizeilicher Hilfe ein, wenn der prätorische Rechtsschutz versagt. So werden die Sachen an sie gebracht, die mit der öffentlichen Sicherheit und dem Kornhandel zusammenhängen (D. 1, 12, 2), z. B. Mietsstreitigkeiten an den praefectus vigilum (D. 19, 2, 56; 20, 2, 9), Schiffsdarlehen an den praefectus annonae (D. 14, 5, 8; 14, 1, 1, 18), Straßenverbauungen an den curator viae (Paul. sent. 5, 6, 2). Viel wichtiger ist eine andere Art des kaiserlichen Eingreifens in die Rechtspflege. Manche neu aufkommenden Ansprüche bedürfen der Klage und neue Verhältnisse der rechtlichen Regelung, während man sie bisher der Sitte überlassen hatte. In republikanischer Zeit griff hier der Prätor ein, und auch in der Kaiserzeit hat ja seine produktive Tätigkeit nicht sofort aufgehört (§ 38). Aber neben ihm macht sich jetzt die Macht des Kaisers geltend. Dieser hilft auf Grund seiner höchsten Vertrauensstellung und sorgt für die Verwirklichung solcher schutzwürdiger Ansprüche. Regelmäßig handelt er indes nicht selbst. Er überweist die Fälle vielmehr an Konsuln und Prätoren zur weiteren Veranlassung, d. h. zur Untersuchung, Entscheidung und Vollstreckung. Diese Staatsbeamten sind seine Delegaten; daher ist das Kognitionsverfahren durchgängig üblich, also ohne Geschworene und Formel; denn es ist kein Gerichtsverfahren [3]. Allmählich aber erfolgt ein geregelter Ausbau nach dem Vorbilde des ordentlichen Prozesses. Hierher gehören: Fidei-

[1] Vgl. hierzu Mommsen, Strafrecht S. 251 ff., 260 ff.
[2] Pernice, Volksrechtl. und amtsrechtl. Verfahren, in der Festgabe für Beseler S. 51.
[3] Hierüber und hiergegen neuestens Samter, Nichtförml. Gerichtsverfahren (1911), dem ich nicht zu folgen vermag.

kommisse (Konsuln und praetor fideicommissarius), gesetzliche Alimenten- und Dotalansprüche (Konsuln), Ansprüche auf Freilassung und Emanzipation (praetor de liberalibus causis), Honorar- und Salarforderungen (praetor urbanus?). Andere Sachen werden als dem öffentlichen Rechte angehörig überhaupt nicht im Zivilprozesse verhandelt, wie Ärarial- und Fiskalforderungen und -schulden (praetor aerarii, praetor fiscalis) und Pollizitationen (Konsuln). In allen diesen Fällen war der Kaiser oberste Instanz; seine Entscheidungen und Verfügungen an den Unterrichter mußten also bindend sein.

§ 42. Auf allen obigen Gebieten ist der Einfluß der Kaiser auf die Rechtsbildung ein sehr bedeutender, wenn nicht ausschließender[1]. Die Dekrete und Reskripte sollen freilich zunächst nur Anwendung des bestehenden Rechtes auf die einzelnen Fälle enthalten. Aber hier war ja eine Ordnung überhaupt erst durch die Praxis zu schaffen. Und dabei versteht es sich, daß die Kaiser in freierer Weise verfahren und Rücksichten der Billigkeit und Zweckmäßigkeit in größerem Maße einfließen lassen konnten, als dies dem gewöhnlichen Richter möglich gewesen wäre. Doch muß man anerkennen, daß sie es mit einem so echt juristischen Takte und Sinne getan haben, daß diese ganze Rechtsbildung mit zu den glänzendsten Seiten des römischen Rechtslebens gehört. Der Grund dafür liegt darin, daß die Kaiser sich der Fachjuristen als Berater bedienten und sie in ihr consilium zogen. Diese Behörde (auditorium), aus Senatoren und Rittern gebildet, für die Zwecke der Rechtsprechung und Rechtweisung[2] bestimmt, wird seit Hadrian fest organisiert. Von ihm ist namentlich sicher überliefert, daß er Juristen in seinem consilium hatte. Und mit ihm beginnt nach der Kodifikation des Ediktes die unmittelbare Einwirkung der Kaisererlasse auf die Rechtsbildung überhaupt, auch außerhalb der in § 41 bezeichneten Sondergebiete. Schwierig ist es zu bestimmen, inwieweit dieser kaiserliche Einfluß durch Dekrete und Reskripte auch auf den ordentlichen Prozeß mit Geschworenen übergriff. Gegen die Verfügung des Prätors durfte sicherlich an den Kaiser, wie früher an die Tribunen, Berufung eingelegt werden[3]. Er mag dann allmählich nicht bloß vernichtet und zurückverwiesen, sondern selbst entschieden haben. Das machte sich dann auch im Formularverfahren geltend. Dagegen ist zweifelhaft und bestritten, ob auch der Geschworenenspruch im Wege der Berufung durch den Kaiser abgeändert werden konnte[4]. In den kaiserlichen Provinzen aber wurde wohl überhaupt nicht mit Geschworenen verhandelt; in den senatorischen geriet das Institut der Schwurgerichte mehr und mehr in Verfall: der iudex privatus wird zum Unterrichter (iudex datus, pedaneus). Damit dehnt sich das Gebiet der kaiserlichen Gerichtsbarkeit immer weiter aus. Zweifelhaft ist es, ob die Kaiser auch auf Parteianfragen im Formularverfahren Reskripte erließen. Die Einholung eines kaiserlichen Gutachtens wäre an sich nicht ausgeschlossen. Aber in dem eigentlichen Reskriptsverfahren vertritt der kaiserliche Bescheid so vollständig die Formel, daß für beide kaum Platz ist. Sicher aber haben die Prätoren ihnen bekannte Reskripte analog verwertet (Inst. 4, 6, 30). — Nach allem dem erweckt es eine unrichtige Vorstellung, wenn man die richtende und gutachtende Tätigkeit der Kaiser als Kabinettsjustiz bezeichnet. Jedenfalls ist sie im ganzen nicht gemißbraucht worden. Nach dem Untergange der großen Jurisprudenz treten die Reskripte gewissermaßen an die Stelle der responsa der Juristen. Ihre Zahl stieg nunmehr ins Ungeheure; von Diokletian allein kennen wir gegen 1300. Auf uns gekommen sind sie hauptsächlich durch die späteren Sammlungen[5].

§ 43. Rechtskraft. Die Erlasse der Kaiser wurden mit dem allgemeinen Worte constitutio bezeichnet, mit Ausnahme, wie es scheint, allein der Mandate (D, 1, 4, 1). Im

[1] Manche moderne Schriftsteller haben die Ergebnisse dieser kaiserlichen Rechtsschöpfung als „ius extraordinarium" dem ius civile und honorarium gegenüberstellen zu dürfen geglaubt. Gegen diese auf Mißverständnis der Quellen beruhende Terminologie vgl. Wlassak, Krit. Studien S. 51 ff.

[2] Haubold, De consistorio principum (opusc. I 186—314); ebendarüber und über vielerlei anderes Cuq, Le conseil des empereurs. 1884.

[3] Merkel, Abhandlungen II (1883).

[4] Vgl. Perrot, L'appel dans la procéd. de l'ordo iudic. (1907).

[5] Die außerdem erwähnten oder überlieferten Konstitutionen von Augustus bis Konstantin hat gesammelt Haenel, Corpus legum ab imperatoribus romanis latarum (1857) p. 1—182, ein Werk, das heute selbstverständlich der Ergänzung bedarf. Die inschriftlich erhaltenen Erlasse bei Bruns, Fontes I p. 249 sq.

übrigen umfaßt der Begriff gleichmäßig die allgemeinen Verordnungen, wie die speziellen Reskripte und Dekrete, und ohne Unterschied zwischen Verwaltungs- und Justizsachen. Die rechtliche Kraft aller dieser Verfügungen war ursprünglich ohne Zweifel nach den einzelnen Verhältnissen verschieden bestimmt. Der Kaiser stand nicht über dem Gesetze. Der Satz: princeps legibus solutus est (D. 1, 3, 31) bezieht sich selbst noch im Munde Ulpians lediglich auf die Befreiung des Kaisers von gewissen Formvorschriften (bei Freilassung, bei Adoption) und von den lästigen Beschränkungen namentlich durch die lex Papia Poppaea. Und ebenso äußert sich Kaiser Alexander (C. 6, 23, 3). Die Mandate erloschen mit dem Tode des Mandanten und bedurften, wenn sie weiter gelten sollten, der Erneuerung durch den Nachfolger. Dasselbe war wahrscheinlich ursprünglich bei den Edikten der Fall; sie verloren, wie die alten magistratischen Edikte, ihre Geltung mit dem Ablaufe der Amtsdauer des Edizenten [1]. Jedenfalls waren sie, gleich den sonstigen acta Caesaris, der Aufhebung ausgesetzt, wenn der Kaiser nach dem Tode durch den Senat wegen Hochverrats verurteilt wurde (damnatio memoriae). Ob es damit immer juristisch genau genommen wurde, ist eine andere Frage. Die Dekrete und Reskripte waren an sich stets nur Entscheidungen des Einzelfalles. Aber nicht nur, daß Reskripte vorkamen, die, obwohl nur an einen Beamten gerichtet, dennoch sich selber allgemeine Bedeutung beilegten (die epistulae generales oder rescripta generalia D. 11, 4, 1, 2; 24, 4, 1, 3; 35, 2, 89, 1), — auch die Spezialentscheidungen genossen, wenn sie auch nicht, wie vielfach behauptet wird, als authentische Interpretation der entschiedenen Rechtsfrage galten, doch eine ähnliche Autorität wie etwa heute die unseres Reichsgerichts, und diese verloren sie sicherlich auch nicht durch den Tod ihres Urhebers. Seit Trajan und Hadrian kam es auf, Reskripte, die eine über den Einzelfall hinausgehende Bedeutung beanspruchten, durch öffentlichen Aushang dem Publikum bekannt zu geben und in einer amtlichen Sammlung zu vereinigen (liber libellorum rescriptorum et propositorum) [2], woraus dann die Juristen zu schöpfen vermochten, und vom Ende des 2. Jahrhunderts ab bis auf Diocletian ist diese Art der Veröffentlichung der Reskripte die Regel. Im Laufe der Zeit befestigte sich allmählich die Annahme, daß alle Verfügungen der Kaiser (die Mandate ausgenommen) vicem legis, d. h. Kraft der Volksgesetze hätten. Begründet wurde diese Annahme damit, daß der Kaiser das Imperium vom Volke erhalte (Gaius I 5) oder daß das Volk ihm sein ganzes Imperium übertragen habe (Ulpian D. 1, 4, 1 pr.?). Wann diese Anschauung Geltung gewann, ist ungewiß. Nach Gai. I 5 wäre sie niemals bestritten gewesen, was nicht glaublich ist [3]. Dio Cassius (53, 18) trägt unter Alexander vor, die Kaiser seien von allem gesetzlichen Zwange befreit und durch kein geschriebenes Recht gebunden. — Das Verhältnis des Kaisererlasses zum Senatsgesetze ist hiernach anfänglich das: der Kaiser kann den Senatsbeschluß wohl auslegen, d. h. einschränken oder ausdehnen, aber nicht aufheben (D. 48, 10, 15 pr.; 47, 11, 6, 1). Nachdem aber die Gesetzeskraft der Konstitutionen anerkannt worden ist, beseitigt der Erlaß auch das Senatuskonsult. Wieweit freilich die römischen Juristen das durch die Konstitutionen geschaffene Recht dem ius civile beizählten, ist eine bestrittene und nach dem Stand der Quellen wohl kaum mit voller Sicherheit zu entscheidende Frage [4].

V. Die Jurisprudenz.

§ 44. Wesen der Jurisprudenz. Das Hauptelement für die Rechtsentwicklung der ersten Jahrhunderte der Kaiserzeit war, wie schon oben hervorgehoben ist, die Jurisprudenz. Sie ist überhaupt das, was dem römischen Rechte seine welthistorische Bedeutung gesichert oder eigentlich verschafft hat. Die römischen Gesetze, Edikte, Konstitutionen mit

[1] Darin, daß gelegentlich von der Aufhebung eines Edikts durch Nachfolger des Edizenten die Rede ist (D. 28, 2, 26), liegt jedenfalls kein Beweis dafür, daß es beim Tode des Edizenten auch ohne Erneuerung fortgalt. (A. M. Kipp, Gesch. der Quellen S. 70 N. 14, wo auch Literatur).

[2] Die Kenntnis dieses Verfahrens verdanken wir einem Reskript Gordians an die Skaptoparener (Bruns, Fontes I p. 263); vgl. Mommsen, ZRG. XXV S. 244 ff. Über die Proposition der kaiserlichen Erlasse in den Provinzen vgl. Wenger, Vischr. f. Soz. u. Wirtsch.-Gesch. 1911 S. 192 ff.

[3] Ebendeshalb hält Kniep, Gaius S. 38 die Stelle für ein späteres Einschiebsel.

[4] Vgl. Wlassak, Krit. Studien (1884) § 8—11, besonders S. 189 ff. Siehe auch Ehrlich, Beiträge zur Theorie der Rechtsquellen I S. 138 ff.

ihren vereinzelten Bestimmungen würden nie imstande gewesen sein, eine weit über das römische Reich hinausgehende Bedeutung zu erlangen.

Um diese Bedeutung der römischen Jurisprudenz gehörig zu würdigen, muß man von dem wesentlichen Gegensatze ausgehen, in dem sie zu der heutigen Rechtswissenschaft steht. Vergleichen wir die Überreste der römischen Juristenschriften mit der modernen Rechtsliteratur, so bemerken wir vor allem, daß die Alten die Abstraktion, die Reduktion der Einzelerscheinung auf allgemeine Begriffe und der Rechtssätze auf allgemeine Prinzipien bei weitem nicht bis zu dem Grade treiben wie wir. Sie erörtern an hundert Stellen Einzelfragen, die sich an die Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte knüpfen; aber sie haben keinen allgemeinen Begriff und keine allgemeine Theorie weder der Nichtigkeit noch der Anfechtbarkeit. Sie berichten uns eingehend über den Abschluß gewisser obligatorischer Verträge, — der Begriff des Vertrags, geschweige denn der des Rechtsgeschäfts, ist ihnen fremd geblieben. Sie sprechen vom Irrtum bei den verschiedensten Gelegenheiten, — über den Irrtum im allgemeinen finden wir nur ein paar dürftige Gemeinplätze. Und so steht es durchaus. Ein Zweites ist, daß die Römer auf sorgfältige Analyse der Begriffe ganz und gar nicht das Gewicht legen wie die Modernen. Dabei ist nicht bloß an ihre bekannte Abneigung gegen Definitionen zu denken. Man kann den Wert der üblichen kurzen „diagnostischen" Definitionen für sehr problematisch halten, die möglichst erschöpfende Analyse der Rechtsbegriffe erscheint unserer Rechtswissenschaft ganz unentbehrlich. Aber es gibt kaum einen wichtigeren Rechtsbegriff, den ein römischer Jurist auch nur annähernd genau analysiert hätte. Nicht außer Zusammenhang hiermit ist eine weitere Eigentümlichkeit: die Sparsamkeit, mit der die Römer sachliche Begründungen geben; ja sie verschmähen oft überhaupt jede Begründung ihrer Entscheidung, antworten auf vorgelegte Fragen nur einfach mit Ja oder Nein. Daß wir die Gründe meist leicht zu ergänzen vermögen, kann an der Tatsache nichts ändern, und auch Kontroversen, bei denen die Gründe der entgegengesetzten Meinungen für uns gar nicht oder sehr schwer zu entdecken sind, werden uns meist nur einfach als Meinungsverschiedenheiten überliefert. Um so häufiger freilich findet sich als Begründung die Berufung auf die Autorität älterer Vorgänger. Wer aber daraus auf ein Interesse an der historischen Entwicklung der Rechtsinstitute schließen wollte, würde sich täuschen; der rechtsgeschichtlichen Forschung, der wir Modernen unsere glänzendsten und gesichertsten Ergebnisse verdanken, steht der römische Jurist sehr gleichgültig gegenüber. Nicht als ob sich nicht hie und da wie bei Gaius, historische Notizen fänden; manches dergleichen mag auch von den Kompilatoren weggestrichen sein. Aber der Gedanke, das Wesen eines Rechtsinstituts dadurch zu ergründen, daß man sein Wachstum von seiner historischen Wurzel aus bis auf die Gegenwart verfolgt, ist, soweit wir wissen, römischen Juristen überhaupt nicht gekommen. Und wie mit der geschichtlichen Forschung steht es endlich auch mit einem anderen wissenschaftlichen Bestreben, das bei den Modernen die eifrigste Pflege findet; die Systematik der Römer läßt außerordentlich viel zu wünschen übrig. Das einfache und relativ klare System, das wir bei Gaius finden und das wohl nicht erst er erdacht hat, wurde nur für die Zwecke des ersten Rechtsunterrichts adoptiert. Sieht man davon ab, so scheint die größte Tat der Römer auf dem Gebiete der Systematik das System der libri iuris civilis des Sabinus zu sein, ein System, in dem bezeichnend genug (wie übrigens schon bei Q. Mucius) das Erbrecht, das eigentlich alles andere voraussetzt, an der Spitze steht. Aber weder nach diesem noch nach irgendeinem anderen System ist es jemals zu einer wirklich eingehenden Bearbeitung des gesamten römischen Privatrechts, wie wir solche in unseren Lehrbüchern besitzen, gekommen. Gerade die bedeutenderen unter den römischen Juristenschriften sind nur Sammlungen lose aneinandergereihter Erörterungen oder Entscheidungen, wobei mindestens seit dem 2. Jahrhundert n. Chr. von allen die gleiche Ordnung befolgt wird, und zwar eine Ordnung, die schon gegenüber dem System des Gaius überhaupt nicht als System bezeichnet werden kann[1].

Nach alledem ist klar, daß uns die Römer ganz und gar nicht, wie man wohl behauptet hat, Vorbilder der wissenschaftlichen Methode sein können. Das, worin wir uns von ihnen unterscheiden, bedeutet durchweg nicht Rückschritt, sondern Fortschritt in der Methode. Man

[1] Vgl. die Zusammenstellung bei Lenel, Palingen. II col. 1255.

wird aber den Römern überhaupt nicht gerecht, wenn man sie als Männer der Wissenschaft beurteilt. Ihr unsterbliches Verdienst liegt nicht in dem, was sie für die Erkenntnis des römischen Rechts geleistet, sondern darin, daß sie das römische Recht, wenigstens das, was dauernden Wert in ihm behauptet, geschaffen haben. Die Großen unter ihnen waren keine Theoretiker, sondern geniale Praktiker, und danach muß ihr ganzes Verfahren beurteilt werden. Der wissenschaftliche Forscher wird kraft inneren Triebes stets die allgemeinste Formel suchen, auf die sich die Einzelerscheinung zurückführen läßt; dem Praktiker aber ist Zurückhaltung in der Reduktion natürlich. Er weiß, wie gefährlich die Verallgemeinerung ist; warum sollte er das Entscheidungsprinzip allgemeiner fassen, als es das Bedürfnis des Urteils im Einzelfall verlangt? Der Mann der Wissenschaft empfindet das Bedürfnis, sich der Elemente der von ihm gebrauchten Begriffe bewußt zu werden, wird auf deren möglichst sorgfältige Analyse bedacht sein. Dem Praktiker, wenigstens dem genialen, sind diese Begriffe in der Anschauung lebendig und werden von ihm aus dieser Anschauung heraus fest und sicher gehandhabt. Der Forscher muß über die Gründe seiner Entscheidung Rechenschaft geben; der Praktiker hat seine Aufgabe erfüllt, wenn er zutreffend entschieden hat, — Gründe gibt er nur dann, wenn ihn die Verhältnisse, z. B. eine Frage oder eine Gründe fordernde Prozeßordnung, dazu zwingen. Der Forscher wird die historische Erscheinung historisch begreifen wollen; der Praktiker lebt und webt in dem Recht der Gegenwart. Den Forscher treibt es, dem inneren Zusammenhang der gefundenen Einzelsätze nachzugehen; der Praktiker fühlt wohl auch diesen Zusammenhang, aber zum Bewußtsein bringt er ihn sich nur, wenn das Bedürfnis der Einzelentscheidung es fordert, — die Systematik an sich ist ihm gleichgültig.

Was wir den römischen Praktikern verdanken, das ist die Kunst der juristischen Technik, die Kunst, mit den Mitteln des gegebenen Rechts auch das neu auftauchende Bedürfnis zu befriedigen, von festem Boden aus umsichtig weiterbauend das Gebäude des Rechts zweckmäßig zu erweitern, die Kunst, jedem Verhältnis des Lebens die Seiten abzusehen, die das Recht beachten muß, wenn es nicht zu unbilliger Starrheit kristallisieren, die es allein beachten darf, wenn es nicht elastischer werden will, als es das Bedürfnis des Verkehrs nach einer gesicherten Ordnung gestattet, — kurz, was ein römischer Jurist selbst die ars boni et aequi nannte. Von der Bedeutung und dem Wesen dieser Aufgabe, ja von ihrem Dasein überhaupt hatte man vor ihnen keine Idee, da der Begriff einer juristischen Technik überhaupt noch gar nicht im Bewußtsein der Welt vorhanden war. Eine solche kann sich da nicht leicht bilden, wo die Volksgemeinde selbst oder ein Ausschuß naiv nach ungeschriebenem Gewohnheitsrechte die Rechtshändel entscheidet. Hier ist die Rechtsweisung stets mehr oder minder Rechtsschöpfung; unbewußt tritt das Gefühl an Stelle des Rechtssatzes, und es wird ein Rechtssatz für den Einzelfall gefunden. In Rom aber ist von alters her der Richter wie der Beamte unter das Gesetz gestellt. Das ist die Folge der staatlichen und Gerichtsorganisation und vor allen Dingen der frühen Aufzeichnung des Landrechts. So führten das wirkliche Leben und das praktische Bedürfnis die römischen Juristen von selber auf die Technik hin. Eben darum besteht ihre Wissenschaft auch nicht in einem Suchen nach abstrakten Prinzipien und ihrer theoretischen Entwicklung, sondern sie ist rein praktisch, unmittelbar durch das Leben und das praktische Bedürfnis angeregt, unmittelbar auf dessen Befriedigung gerichtet. Dabei aber gehen sie nicht in bewußter Weise induktiv und deduktiv zu Werke, sondern sie entfalten ein so wunderbares Talent der unbewußten, naiven Produktion, daß sie einzig und unerreicht dastehen. Sie haben gewissermaßen die schöpferische Kunst des Rechts, der die erklärende Theorie erst nachfolgt. Jeder Fall, jedes Verhältnis erscheint ihnen sofort im Lichte der maßgebenden Rechtssätze, und mit fast unfehlbarer Sicherheit treffen sie die Entscheidung der entstandenen Rechtsfrage. Das Prinzip mit seinen Folgen steht fest vor ihrem Auge, aber nur in unmittelbarer Intuition; es abstrakt scharf auszusprechen, im Grunde genau darzulegen, halten sie einerseits nicht für nötig, sind aber andererseits auch nicht fähig dazu. Sie geben oft geradezu falsche Gründe, und wenn sie Prinzipien und Begriffe abstrakt bestimmen und entwickeln wollen, gehen sie leicht fehl oder werden trivial und verfallen sofort wieder in die Einzelentscheidungen. Die Philosophie der Zeit ist ihnen vertraut, und in einer beträchtlichen Zahl von Lehren machen sich nicht nur ihre Terminologie, sondern — nicht zum Vorteil der Sache — auch ihre Theoreme, insbesondere die der stoischen und der aristotelischen Schule,

geltend[1], z. B. in der vom error in substantia (D. 18, 1, 9, 2), von der Spezifikation (D. 41, 1, 7, 7), von den Bestandteilen (D. 41, 3, 30); beherrschenden Einfluß auf die ganze Methode übt sie nicht.

Ihre Wissenschaft bleibt hiernach wesentlich kasuistisch, auch ihre Kommentare und Systeme sind kasuistisch, aber es ist nicht jene spitzfindige scholastische Kasuistik, die sich darin gefällt, möglichst sonderbare und paradoxe Kombinationen zu lösen, sondern eine lebendig-praktische, die nur den Reichtum und die Mannigfaltigkeit des wirklichen Lebens zu erfassen und zu beherrschen bestrebt ist.

Fragt man nach dem inneren Werte der Ergebnisse der römischen Rechtswissenschaft, so ist es eine einst weit verbreitete Ansicht, daß sie die Entwicklung des reinen Naturrechts enthalte. In gewissem Sinne ist dies richtig. Die römischen Juristen der klassischen Zeit haben in der Tat dem Rechte vielfach die nationalen Besonderheiten abgestreift und es zum Weltrechte ausgeweitet. Noch mehr sieht das so aus in der Justinianischen Kompilation; denn hier ist eine große Anzahl in klassischer Zeit noch durchaus gebräuchlicher nationaler Institute grundsätzlich beseitigt (Manzipation, Fiducia, Sponsion und Fidepromission, Adstipulation). Auch verstärken die Juristen den Anschein, als bauten sie die Dinge wirklich rein aus der Natur der Sache auf, durch zwei Eigentümlichkeiten. Sie bezeichnen einmal manche Institute (wie Tradition, Okkupation, Alluvion) und einzelne Rechtssätze (superficies solo cedit) als naturgemäße (naturalis ratio, naturale ius), sie setzen sie dem ius civile entgegen und übertreiben ihre Lehre sogar dahin, daß civilis ratio naturalia iura corrumpere non potest (D. 7, 1, 45; 43, 16, 1, 27; 9, 2, 50; 50, 16, 42; 4, 5, 8; Gaius II 66, 69 sq.; Ulpian. 28, 9). In ähnlicher Weise handhaben die Juristen auch die aequitas: sie reicht bei ihnen über die „Billigkeit" hinaus und verschwimmt manchmal geradezu mit dem Naturrecht (D. 38, 8, 2; 41, 1, 9, 3; 49, 15, 19 pr.). Mit der aequitas werden nicht nur Einzelentscheidungen bequem begründet (D. 18, 4, 2, 3), sondern auch zivile und prätorische Rechtsinstitute innerlich gerechtfertigt (D. 12, 6, 14 und 66; Gaius IV 71. 75), ja sie wird den Juristen zu einem höheren Maßstabe, nach dem sie das bürgerliche Recht kritisch beurteilen (D. 2, 14, 7, 10; 15, 1, 32 pr.; 44, 4, 1, 1). Wenn man hierin Naturrecht sehen will, so ist dieses allerdings im römischen Rechte vielfach enthalten. Indes ist man sich heute allgemein darüber klar, daß diese Auffassung dem Reichtume des Rechtslebens an Bildungen und Begriffen in keiner Weise genugtut: eine andersartige Entfaltung der sozialen Verhältnisse, als das römische Leben sie hatte, mußte notwendig eine andere Auffassung und Gestaltung der Rechtsverhältnisse und andere Rechtsbegriffe hervorrufen. Eben darum kann man den Wert der römischen Auffassungen auch nicht in ihrer absoluten Zweckmäßigkeit für die Lebensverhältnisse finden. Denn diese unterliegt bei veränderten Grundlagen des sozialen Lebens, wie sie bei uns eingetreten sind, vielfach ganz anderen neuen Anforderungen, denen die römischen Bestimmungen keineswegs immer entsprechen. Aber an den römischen Mustern haben wir gelernt, mit den Mitteln unseres Rechtes den Forderungen des modernen Lebens gerecht zu werden. Ihre Kasuistik beruht nie auf einem bloßen allgemeinen Rechtsgefühle, sondern sie operieren stets zunächst mit genauer Scheidung der verschiedenen rechtlichen Elemente, Rücksichten und Standpunkte, die in einem Verhältnisse liegen, und erreichen das Resultat dann durch konsequente Verfolgung und entsprechende Verbindung. Nicht unpassend nannte Leibniz dies ein Rechnen mit Begriffen; diesem Verfahren verdanken wir die scharfe Gliederung des Rechtssystems bis in seine feinsten Elemente hinein, die durch das römische Recht die Grundlage unserer Wissenschaft geworden ist. Rücksichtslos durchgeführt würde dies Verfahren freilich zu starrem Begriffsformalismus führen, und an Beispielen dafür fehlt es auch bei den Römern nicht. Aber vor dieser Klippe schützt sie doch in der Regel ihr gesunder Sinn für das Billige und Zweckmäßige; eine Entscheidung, die vor diesem Tribunal nicht standhält, nehmen sie keinen Anstand entsprechend zu korrigieren. Sie fühlen sich schließlich eben doch nicht als Mathematiker des Rechts, sondern als Männer des praktischen Lebens. In dieser Beherrschung der juristischen Technik stehen sich im wesentlichen alle römischen Juristen gleich, sie sind in dieser Beziehung, freilich nur in dieser, bei aller individuellen Verschiedenheit doch, wie Savigny einmal sagt,

[1] Hierzu: Sokolowski, Die Philosophie im Privatrecht. 2 Bde. 1902. 1907.

gewissermaßen fungible Persönlichkeiten, und darauf beruht es, daß wir in dem unendlichen Detail ihrer Kasuistik doch ein System von so merkwürdiger Konsequenz finden.

§ 45. Das ius respondendi. Ein wesentliches Element in der Entwicklung der römischen Rechtswissenschaft bildet die große praktische Bedeutung, die ihren Aussprüchen zuteil wurde. Sie beruhte zunächst schon auf der natürlichen Macht, die die Wissenschaft als solche auf die unstudierten Beamten und Geschworenen ausüben mußte. Dazu kam, daß die bedeutenderen Juristen meistens eine hohe politische Stellung einnahmen und damit ihr persönliches Ansehen auf ihre Schriften übertrugen. Sie waren häufig Beamte Freunde (amici) und Räte der Kaiser, d. h. Mitglieder des kaiserlichen consilium, die aus der Zahl der amici gewählt zu werden pflegten, nämlich der Männer senatorischen oder ritterlichen Standes, welche die nähere Umgebung des Princeps bildeten (§ 42). Die Hauptsache war indessen eine eigentümliche politische Einrichtung, die schon Augustus eingeführt hat, das sogenannte ius respondendi. Pomponius erzählt, Augustus habe „ut maior iuris auctoritas haberetur", bestimmt, „ut ex auctoritate eius responderent"; die folgenden Kaiser hätten dies weiter geführt, und immer einzelnen Juristen das „ius publice respondendi" erteilt (beneficium dari coepit). Dies Recht wird gewiß nur älteren und vornehmeren Männern verliehen worden und auf stadtrömische Juristen beschränkt gewesen sein, was nicht ausschließt, daß einmal ein Konsul mit dem Patente sich in der Provinz aufhielt (Fronto, Ep. ad. am. 2, 10 [6]). Es ist nicht so zu denken, als ob den nichtpatentierten Juristen das Gutachtenrecht entzogen worden wäre; es ist kein Vorrecht, um das man sich, wie etwa um das Dreikinderrecht, beim Kaiser bewerben konnte, sondern eine Auszeichnung für verdiente Rechtskenner. Dies scheint die Meinung des Kaisers Hadrian nach einer dunklen Stelle des Pomponius (§ 45). Tatsächlich aber entstanden allerdings zwei Schichten von Juristen. Denn nur den Responsen der patentierten wird jene besondere Autorität eingeräumt. Mit Rücksicht darauf werden die Gutachten nicht mehr mündlich erteilt oder in einem Briefe an den Richter, sondern besiegelt (signata), d. h. im verschlossenen Diptychon (§ 53) der Partei übergeben (der Inhalt des Gutachtens war jedenfalls auf der Außenseite wiederholt, der Partei also bekannt). Begründet brauchten die Gutachten nicht zu sein. Sie enthielten aber immer eine gedrängte Darstellung des Sachverhaltes; denn hier wie bei den Kaiserreskripten (§ 40) ist die Wahrheit des Vortrags Voraussetzung für die Wirksamkeit der Entscheidung. Die Bedeutung des Privilegs dürfte zunächst nur in einer Erhöhung der tatsächlichen Autorität des Gutachtens bestanden haben. Mit der „auctoritas principum" mußte aber auch die Autorität der Responsen steigen und sich bald in eine rechtliche wandeln, derart, daß der römische Geschworene an das responsum gebunden war, ähnlich wie der englische an die Rechtsbelehrung des judge. Auch mußte die natürliche Entwicklung der Dinge dahin führen, daß die Geltung des einmal erstatteten Responsums nicht auf den einzelnen Prozeß beschränkt blieb, man sich vielmehr auch in anderen Prozessen darauf berufen konnte und berief; daß ferner die Autorität, die die Responsen der privilegierten Juristen genossen, sich auch auf ihre sonst irgendwie geäußerten Meinungen übertrug, und daß zwischen denen lebender und verstorbener Juristen kein Unterschied gemacht wurde. Das Schlußergebnis mußte sein, daß, wo und wie immer sich eine communis opinio unter den Privilegierten gebildet hatte, der Richter daran gebunden war, und nur, wo ihre Ansichten sich widersprachen, freie Hand behielt. Eben dies berichtet Gaius I 7 als den Rechtszustand seiner Zeit, den ein Reskript Hadrians bestätigt habe[1]. Damit war der Anfang einer eigentlich gesetzlichen Kraft der Wissenschaft und ihrer Lehrsätze gemacht.

§ 46. Stellung der Rechtswissenschaft. Die Rechtswissenschaft erlangt in der Kaiserzeit durch die Veränderung des Staatslebens eine andere Stellung als früher. Die monarchische Ordnung des Staates wies dem Ehrgeize und dem Talente eine andere

[1] Die angeführte Stelle ist insofern problematisch, als Gaius anscheinend geradezu definiert: responsa prudentium sunt sententiae et opiniones eorum, gleich als ob der sonst stets streng technisch gebrauchte Ausdruck responsum ganz gleichbedeutend mit sententia et opinio wäre. Die Erklärungsversuche sind zahlreich, keiner völlig befriedigend; vgl. u. a. Krüger, Gesch. der Quellen S. 113, Jörs in Birkmeyers Enzyklopädie S. 84 N. 2, Conrat, Mélanges Fitting I p. 315. Für nachgaianisches Einschiebsel hält die Stelle Kniep, Gaius S. 38. Mir scheint

Laufbahn an als im Leben der Republik. Statt der Politik war jetzt hauptsächlich die innere Verwaltung und namentlich die Justiz das Feld, auf dem man zu Ansehen und Ehren gelangen konnte. Dabei trat aber jetzt mehr und mehr das Bedürfnis eigentlicher Fachkenntnisse zur gehörigen Verwaltung der Ämter hervor. Während in der ersten Kaiserzeit die höhere prokuratorische Laufbahn ausschließlich militärisch war, die kaiserlichen Verwaltungsbeamten durchgängig frühere Offiziere sind, kommt später — wahrscheinlich durch Hadrian, vielleicht schon früher — daneben eine rein bürgerliche juristische Vorbildung auf, die, wie es scheint, der militärischen gleichberechtigt wurde [1]: die Kaiser suchten möglichst Männer von anerkannter juristischer Bildung für die höheren Ämter und zu ihren Ratgebern zu gewinnen. Das sicherste Mittel, juristische Befähigung zu zeigen, war aber, sich als Respondent, Lehrer und Schriftsteller hervorzutun. Demgemäß sehen wir, daß es die gewöhnliche Laufbahn der bedeutenderen Juristen war, als Lehrer und Respondenten anzufangen und dann allmählich zu Ämtern und in den Rat der Kaiser aufzusteigen [2].

§ 47. Der Rechtsunterricht. In Verbindung mit dieser stärkeren Beteiligung an der Rechtswissenschaft steht die Ausbildung eines schulmäßigen juristischen Unterrichts. Im Beginne der Kaiserzeit war der Rechtsunterricht von der republikanischen Weise nicht wesentlich verschieden. Er bestand, vielleicht nach einer vorgängigen privaten Unterweisung in den Elementen, darin, daß bekannte Rechtsgelehrte öffentlich Gutachten erteilten (publice respondere): die Jünger hörten zu; es wurde über den Fall verhandelt (tractare) und gestritten (disputare). In dieser Weise „lehrten" Labeo und später z. B. Nerva, Javolen (D. 40, 2, 5) — vornehme Männer, die man nicht zu gewöhnlichen Rechtslehrern stempeln darf. Erst allmählich kamen — doch wohl nach dem Muster der seit Tiberius eingebürgerten Rhetorenschulen — Anstalten für den Rechtsunterricht auf. In einer solchen Schule lehrte sicher Sabin, wahrscheinlich auch Proculus. Hier wird der Unterricht systematisch getrieben. Es werden zur Einführung zusammenhängende Vorträge gehalten (instituere) und dementsprechend Lehrbücher für den Anfangsunterricht geschrieben (institutiones, regulae); im weiteren Fortschritte werden dann auch einzelne Fragen und Rechtsfälle behandelt. Mit dem Zudrange zur prokuratorischen Laufbahn wuchs das Bedürfnis nach juristischer Gewandtheit und Geübtheit. Und so werden zur Zeit des Pius zahlreiche „stationes ius publice docentium aut respondentium" erwähnt (Gellius XIII 13). Man kann sie nur als private Lehranstalten für Rechtswissenschaft auffassen. Gegenüber den römischen Schulen traten die außeritalischen noch zurück: auch die Provinzialen kamen sehr zahlreich nach Rom, um zu studieren (D. 5, 1, 18, 1; 12, 1, 17 u. a.). Die berühmten Rechtsschulen in Beryt, Cäsarea und Alexandrien sind erst viel später entstanden; die von Beryt wird zuerst unter Severus Alexander erwähnt.

§ 48. Die beiden Juristenschulen. In den Anfang der Kaiserzeit fällt die Begründung der beiden berühmten „sectae" oder „scholae" der Sabinianer oder Cassianer und der Proculianer. Ihre Entstehung und Bedeutung sind noch immer nicht klar [3], wohl hauptsächlich darum, weil der Ursprung etwas anderes war als die spätere Ausbildung. Der erste Anfang lag in einem rein individuellen Gegensatze zwischen zwei bedeutenden Juristen. M. Antistius Labeo und C. Ateius Capito waren anerkannt die beiden ersten Juristen unter Augustus, „decora pacis", wie Tacitus (ann. III 79) sagt. Beide waren aber

---

folgende Lösung die annehmbarste. Gaius fand in seiner zu unterstellenden Vorlage die responsa unter den Rechtsquellen aufgezählt, wobei nicht an die bindende Kraft des einzelnen Responsums, sondern an die Responsenliteratur überhaupt als Quelle des ius civile gedacht war. Dies will er mit Hilfe des Hadrianischen Reskripts erläutern, und darum sagt er: „Die Responsen sind an sich bloße Juristenmeinungen; wenn aber eben die Meinungen aller prudentes übereinstimmen, so" usw. Dabei braucht ihm m. E. gar nicht entgangen zu sein, daß seine Erläuterung eine selbständige, über den Satz der Vorlage hinausführende Bedeutung hatte.

[1] O. Hirschfeld, Die kaiserl. Verwaltungsbeamten bis auf Diocletian, 2. Aufl. (1905) S. 410 ff.

[2] Vgl. Bremer, Die Rechtslehrer und Rechtsschulen im römischen Kaiserreiche. 1868. Dazu die Kritik von Degenkolb in der kritischen Vierteljahrsschrift XIV 517.

[3] Übersicht der Hauptmeinungen bei Baviera, Le due scuole dei giurecons. rom. (1898) p. 120 ff.

nach Anlage, Charakter und geistiger und politischer Richtung vollständige Gegensätze. An der Grenzscheide der Republik und Monarchie stehend, waren sie gewissermaßen die theoretischen Repräsentanten beider. Labeo[1], aus alter plebejischer Familie, war wie sein Vater, der mit Brutus bei Philippi gekämpft und sich selbst den Tod gegeben hatte, schroffer Republikaner, „incorrupta libertate", wie Tacitus sagt. Verschiedene kleine Anekdoten von ihm bestätigen es. Sein eigener Gegner Capito schrieb von ihm, er sei ein ausgezeichneter Rechtsgelehrter gewesen (eum iuris civilis doctum adprime fuisse), und fügt hinzu: „sed agitabat hominem libertas quaedam nimia atque vecors" (Gellius XIII 10). Capito dagegen, aus einer erst in Sullanischer Zeit heraufgekommenen Familie, entwickelte ein solches „obsequium" gegenüber den Gewalthabern, wie es Tacitus nennt, daß er zwar bei Augustus und Tiberius in hohen Ehren stand (cos. 5 p. C.), aber durch servile Schmeichelei in allgemeine Verachtung kam: sie war um so größer (insignitior infamia fuit), sagt Tacitus, quod bonas domi artes (seine umfassende Rechtskunde) dehonestavisset. Beide waren Schriftsteller und Lehrer, Labeo aber weit überwiegend an Geist, Gelehrsamkeit und allgemeiner Bildung. Pomponius charakterisiert den wissenschaftlichen Unterschied beider so: „Labeo ingenii qualitate et fiducia doctrinae plurima innovare instituit, Capito in his, quae ei tradita fuerant, perseverabat." Offenbar war der ganze Gegensatz danach ein höchst individueller und beruhte vorzugsweise auf dem eigentümlich hervorragenden Geiste und Charakter des Labeo; begreiflich, daß er zu einer Reihe einzelner praktischer Rechtskontroversen führte, die dann von den Schülern vermehrt wurden. Der Bericht des Pomponius (D. 1, 2, 2, 47. 48) gibt deutlich zu erkennen, daß die Entstehung der „sectae" mit jenem Gegensatze zusammenhing; was aber die Schulen eigentlich waren, sagt er uns nicht. Eine Verschiedenheit der wissenschaftlichen Methode bestand unter ihnen, soweit wir sehen können, nicht[2]. Ebenso wenig ist nachweisbar, was man behauptet hat[3], daß die Proculianer mehr die national-römischen Anschauungen vertreten, die Sabinianer mehr zu naturalen und peregrinischen hingeneigt hätten; es ist dies sogar sehr unwahrscheinlich, weil es mit dem eben erwähnten Charakter des Gegensatzes zwischen Labeo und Capito in Widerspruch stehen würde. Daß die beiden sectae verschiedenen philosophischen Systemen anhingen — die Proculianer, gleich Labeo, dem aristotelischen, die Sabinianer dem stoischen —, ist gewiß[4]; dies trägt dazu bei, die Entstehung und Erhaltung des Gegensatzes zu erklären, wirft auch Licht auf den inneren Grund einiger, wenn gleich bei weitem nicht aller Schulkontroversen; das Wesen der Schulen bleibt aber unaufgeklärt. Wahrscheinlich ist gewiß, daß jeder der Schulen eine besondere „statio ius publice docentium aut respondentium" (§ 47) oder auch deren mehrere entsprachen, nicht glaublich aber, daß sie im wesentlichen überhaupt nichts anderes gewesen seien, als solche Rechtsunterrichts- und Rechtsberatungsanstalten[5], daß die Angehörigkeit zur Schule einfach durch die Lehrer- und Hörerschaft an der statio bestimmt gewesen sei; die Männer, die Pomponius als Häupter der Schulen anführt, haben großenteils die ersten Ämter im Staate bekleidet und ihre Anerkennung als Schulhaupt ohne Zweifel erst in vorgerückten Jahren, dank ihrem großen Ansehen, erlangt, — solche Männer, Konsuln oder gewesene Konsuln u. dgl., uns als Direktoren von Unterrichtsanstalten zu denken, geht kaum an. Die Art, wie Pomponius die Schulhäupter aufeinander folgen läßt („succedere") — und diesem Bericht zu mißtrauen haben wir keinerlei Anlaß —, deutet entschieden auf eine Organisation, die wir uns sehr verschieden von der der Philosophenschulen[6] und so frei vorstellen mögen wie wir wollen, die aber immerhin fest genug gewesen sein muß, um die Wahl eines Vorstands zu ermöglichen. So kommen wir schließlich zu dem Ergebnis, daß unter dem Einfluß des persönlichen, politischen und wissenschaftlichen Gegensatzes zwischen Labeo und Capito die beiderseitigen Schüler zu derartigen Vereinigungen zusammengetreten sein werden, und daß, was diese Vereinigungen dauernd zusammenhielt, neben der Verschiedenheit des

[1] A. Pernice, M. Antistius Labeo. I (1873). II (1878. 2. Aufl. 1895. 1900). III a (1892).

[2] A. M. Schanz, Philologus XLII S. 309 f., aber ohne Beweis.

[3] Karlowa, Rechtsgeschichte I S. 663 ff.

[4] Hierzu vgl. besonders das S. 359 N. 1 zitierte Werk Sokolowskis.

[5] So Bremer, Die Rechtslehrer und Rechtsschulen in der römischen Kaiserzeit. 1868. Baviera, l. c. Dazu Kipp, ZRG. XXXIV S. 392 ff.

[6] Hierüber Pernice in den früheren Auflagen (6. S. 135).

philosophischen Standpunktes wesentlich nur die Tradition der großen Vorgänger und der Stolz auf diese Lehrer war. Im übrigen haben sich jene inneren Gegensätze gewiß sehr bald ausgeglichen. Es ist nicht überflüssig, darauf hinzuweisen, daß sehr viele der zwischen den Schulen bestehenden Kontroversen[1] sich um Fragen drehen, die mit wissenschaftlichen Gründen überhaupt nicht entschieden werden können, sondern nur durch Autorität.

Den Anfang der eigentlichen Schulen hat man ziemlich bald nach Labeo und Capito selbst zu setzen; darauf deutet wenigstens, daß die Schule des Capito nach seinem unmittelbaren „Nachfolger" Sabinus benannt wurde und die des Labeo nach einem zweiten Nachfolger Proculus[2]. Fortgedauert haben die Schulen bis auf Hadrian. Noch bei Gaius, der selbst Sabinianer ist, tritt der Streit sehr hervor. Wie und warum die Schulen aufhörten, ist unklar. Man könnte vermuten, daß die Wissenschaft durch die großen Juristen der Hadrianischen Periode auf andere Probleme als die Schulkontroversen hingewiesen wurde, und daß andere Gegensätze an Stelle der abgelebten traten.

§ 49. Von der Geschichte der einzelnen römischen Juristen wissen wir nicht viel. Die römische Geschichtschreibung der Kaiserzeit schrumpft ja bei den römischen Historikern fast ganz zu einer Geschichte der Kaiser zusammen. Was mit diesen nicht in Berührung tritt, wird der Vergessenheit überlassen. Daher erfahren wir von den Juristen immer nur einzelne gelegentliche Notizen, wenn sie höhere Ämter hatten oder sonst in die Kaisergeschichte verwickelt wurden. Und dazu kommen eine Reihe von Inschriften. Von vielen kennen wir geradezu nichts als ihre Namen und ihre Bücher. Man darf sich aber auch die Zahl dieser schriftstellernden Juristen nicht zu groß denken und nicht etwa heutige Maßstäbe anlegen. In den Pandekten sind 40 Schriftsteller exzerpiert, davon sind 34 aus der Zeit von Augustus bis in die Mitte des 3. Jahrhunderts. Sie waren zwar nicht die einzigen, aber doch mit wenigen älteren Ausnahmen die einzigen bedeutenden. Außerdem kennen wir noch etwa 50 Namen. Darüber hinaus kann es nichts Nennenswertes mehr gegeben haben.

Die Juristen der ersten anderthalb Jahrhunderte der Kaiserzeit gruppieren sich begreiflicherweise um die Schulen. Der Nachfolger des Capito war Masurius Sabinus. Er hat kein höheres Amt bekleidet, lebte zuerst in dürftigen Verhältnissen und wurde von seinen Schülern unterstützt. Er war Rechtslehrer, erhielt von Tiberius das ius respondendi und lebte bis in Neros Zeit (Gaius II 218). Sein berühmtes Werk libri III iuris civilis bildete den Mittelpunkt der späteren Zivilrechtswissenschaft. Ihm folgte als Schulhaupt sein Schüler (D. 4, 8, 19, 2) C. Cassius Longinus, Konsul im Jahre 30, 65 von Nero verbannt; er starb bald nach seiner Rückberufung durch Vespasian (c. 72). Er war als Jurist sehr einflußreich (Tacit. ann. XII 12), namentlich auch als Schriftsteller durch seine libri iuris civilis (in Javolens Auszuge 15 Bücher). Nach ihm, ihrem „princeps et parens", wird die Schule auch Cassiana genannt (Plin. ep. VII 24). Daß Cassius Rechtslehrer war, läßt sich nicht erweisen, aber öffentlich Gutachten erteilt hat er sicher (D. 4, 8, 40). Auf ihn folgt als Schulhaupt (Cn. Arulenus) Caelius Sabinus, cos. 69, nach Pomponius unter Vespasian bedeutend: wir kennen von ihm nur einen Kommentar zum Ädilenedikte. Der hervorragendste Führer der Sabinianer ist C. (L.?) Javolenus Priscus (cos. vor 90); er bekleidete unter Domitian und Trajan die wichtigsten militärischen und Verwaltungsämter (CIL. III 2864; Ephemeris epigr. 5, 652; NRH. 1894 p. 556; D. 40, 2, 5). Außer mehreren Bearbeitungen älterer Werke schrieb er namentlich 14 Bücher Episteln voll feiner Erörterungen praktischer Fälle. Ihm folgen gleichzeitig unter Hadrian: (L. Fulvius?) Aburnius Valens, aus vornehmer senatorischer Familie (CIL. VI 1421), später anscheinend im consilium Hadrians, als Schriftsteller aber nicht bedeutend, ein ganz unbekannter Tuscian und Julian (§ 50).

Die Schulhäupter der Proculianer sind nacheinander M. Coccejus Nerva, der

[1] Vgl. die Übersicht bei Baviera, l. c. p. 38 ff.

[2] Über das Alter der Schulbezeichnungen vgl. Baviera, Scritti giur. I p. 110 ff. (zuerst in Studi Scialoja I), aber auch Kipp, ZRG. XXXIV S. 396. Der Name Cassiani scheint älter als der Sabiniani, so daß die Vermutung nahe liegt, erst Cassius sei der eigentliche Schulstifter gewesen. Daß Labeo und Capito nicht etwa selber die Schulen gestiftet haben, darf als gewiß gelten. Vgl. auch Jörs, bei Pauly-Wissowa s. v. Cassiani.

Freund des Tiberius (cos. vor 24, † 33), der nach Pomponius' Berichte durch seinen Widerspruch gegen Sabin die Schulstreitigkeiten „noch vermehrte"; dann Proculus, von dem die Schule den Namen trägt; im Staatsdienste scheint er nicht gewesen zu sein, wissenschaftlich aber hat er vielfach eingegriffen; wir kennen von ihm nur Briefe in mindestens 11 B. Er überragt seine beiden Zeitgenossen, den jüngeren Nerva (den Vater des Kaisers, Konsul kurz vor 43)[1] und einen sonst gänzlich unbekannten Longinus. Ferner Pegasus: er war von niedriger Herkunft, begann, wie es scheint, als Rechtslehrer, war Konsul unter Vespasian, Stadtpräfekt unter Domitian; er war wegen seiner Gelehrsamkeit berühmt („liber, non homo"): wir sind aber außerstande, diesen Ruf nachzuprüfen. Weiter Celsus der Ältere: sein Sohn bezieht sich mehrfach auf seine Aussprüche; Schriften von ihm sind nicht bekannt. Endlich gemeinsam Celsus der Sohn (§ 50), und L. Neratius Priscus CIL. IX 2454 sq.), der Freund und Ratgeber Trajans (cos. unter Domitian, D. 48, 8, 6).

Außerhalb der Schulen stand die Mehrzahl der Juristen. Wenigstens ist es unmöglich, ihre Zugehörigkeit nach äußeren oder inneren Merkmalen festzustellen. Zum Teile gelingt es nicht einmal, von ihrer wissenschaftlichen Richtung und Bedeutung sich ein ungefähres Bild zu machen. Hervorragend sind unter ihnen Titius Aristo, der im consilium Trajans saß (D. 37, 12, 5), im ganzen aber als Gelehrter wirkte und einen großen Einfluß übte; S. Pedius (noch unter Nero, Vespasian, Domitian? oder Zeitgenosse Julians?)[2]: er wies im Vertragsrechte neue Wege.

§ 50. Höhepunkt und Verfall. Den Höhepunkt erreichte die Rechtswissenschaft unter der Regierung des Hadrian und Pius. In dieser Zeit wirkten nebeneinander P. Juventius Celsus (cos. II. 129: D. 5, 3, 20, 6), einer der schärfsten, aber auch rücksichtslosesten Juristen, und L. Salvius Julianus[3] (cos. 148 n. Chr.?), der als „ordinator edicti praetorii et summae auctoritatis homo" durch seine Schriften (namentlich durch seine Digesta in 90 Büchern) einen außerordentlich weitgreifenden Einfluß gewann und als Begründer der freieren Richtung der Wissenschaft nach Hadrian bezeichnet werden darf[4]. Keiner ist von den späteren Schriftstellern so viel benutzt und zitiert wie er, in den Pandekten an mehr als 500 Stellen (abgesehen von seinen eigenen Exzerpten). Ein Schulgegensatz zwischen Celsus und Julian findet sich nicht mehr, obwohl Pomponius beide als letzte Häupter bezeichnet. Endlich Sex. Pomponius: er ist freilich ein weniger selbständiger Kopf, hat aber in seinen großen Kommentaren das bis dahin angesammelte wissenschaftliche Material kritisch verarbeitet. Er scheint kein Amt bekleidet zu haben; vielleicht war er Rechtslehrer. Neben diesen verschwindet Gaius (unter Pius und M. Aurel), der bei Lebzeiten als praktischer Jurist kein besonderes Ansehen gehabt zu haben scheint und ohne ius respondendi war, aber durch seine Institutionen, seine Systematisierung und seine historische Richtung für den späteren Unterricht und die heutige Theorie eine ganz besondere Wichtigkeit erlangt hat[5]. Unter Pius und den folgenden Kaisern sind bedeutend: L. Volusius Maecianus, M. Aurels

[1] Der Prätor vom Jahre 65 (Tacit. ann. XV 62), der wegen seiner Verdienste bei der Pisonischen Verschwörung von Nero Triumphalornamente erhält, ist der spätere Kaiser selbst, nicht sein Vater; vgl. Prosopogr. imp. Rom. I Nr. 974.

[2] Kipp, Gesch. der Quellen S. 126 N. 97.

[3] Daß zwischen Celsus und Julian ein persönlicher Gegensatz bestanden habe, wie öfter behauptet worden ist, dürfte kaum erweislich sein, man müßte ihn denn schon darin ausgesprochen finden, daß die beiden großen Juristen sich gegenseitig nicht zitieren.

[4] Buhl, Salvius Julianus. 1. Bd. 1888. Boulard, L. Salvius Julianus 1903. Auf Julian bezieht sich eine 1899 entdeckte Inschrift (C.R. de l'acad. des inscr. 1899 p. 368 ss.), aus der wir erstmals seinen vollen Namen (L. Octavius Cornelius Salvius Iulianus Aemilianus) und Genaueres über seine Laufbahn erfahren: er figuriert darin zuletzt als Prokonsul von Afrika unter Marcus und Verus. Ob der Jurist mit dem Konsul des Jahres 148 identisch ist, erscheint zweifelhaft, da letzterer nicht nur CIL VI 375, sondern auch auf dem Diptychon bei Bruns, Fontes I 420 den Vornamen P(ublius) führt. Vgl. Girard, NRH. XXX p. 495, de Francisci, Rendic. dell' ist. Lomb. XLI p. 458, Kalb, Jahresber. 1907 S. 59 f., 119. Die Lesung G(aius) in der scriptura interior des Diptychon ist nach Zucker sehr unsicher, s. Kalb a. a. O.

[5] Kübler, bei Pauly-Wissowa s. v. Gaius. Kniep, Der Rechtsgelehrte Gaius (1910). Kuntze, Der Provinzialjurist Gaius wissenschaftlich abgeschätzt (1883). Mit der zuerst (1859) von Mommsen (Jur. Schriften II S. 26 ff.) verteidigten Provinzialjuristenschaft des

juristischer Lehrer, im consilium des Pius, Marcus und Lucius; er wurde als iuridicus von Alexandrien 175 ermordet; Sex. Caecilius Africanus, Julians Schüler und Ausschreiber (neun Bücher Quästionen); L. Ulpius Marcellus (CIL. III 3807), im Staatsrate M. Aurels (D. 28, 4, 3), der Julians Neuerungen gegenüber eingelenkt zu haben scheint; und Q. Cervidius Scaevola (unter M. Aurel), der als Lehrer des späteren Kaisers Sever und Papinians den Übergang zu der Gruppe rein praktisch gerichteter Juristen der Severischen Zeit bildet. Aemilius Papinianus, Domitius Ulpianus und Julius Paulus sind die nach der Meinung der Folgezeit bedeutendsten von allen. Papinian galt als der Gipfel der römischen Jurisprudenz, obgleich er nicht sehr viel geschrieben hat, fast nur responsa (19 Bücher) und quaestiones (37 Bücher). Er war praefectus praetorio unter Septimius Severus und als solcher mit auf dessen Feldzuge in Britannien. Von ihm mit dem Schutze seiner Söhne, Caracalla und Geta, betraut, wurde er von dem ersteren, dem älteren, ermordet, weil er die Ermordung des letzteren verhindern und nicht rechtfertigen wollte (D. 28, 7, 15). Ulpian war aus Tyrus gebürtig; allmählich in der prokuratorischen Laufbahn emporgekommen, aber nie, soviel wir wissen, Rechtslehrer, stieg er bis zum praefectus praetorio unter Severus Alexander und wurde von den Prätorianern, deren Zügellosigkeit er bändigen wollte, ermordet. Seine vielen Schriften gewannen durch ihre Klarheit und Vollständigkeit, die er, ähnlich wie Pomponius, durch Ausnutzung und nicht immer kritische Einarbeitung der Schriften seiner Vorgänger erreichte, eine solche Bedeutung, daß ein ganzes Dritteil der Pandekten aus ihnen entnommen ist [1]. Paulus war mit oder nach Ulpian praefectus praetorio und der fruchtbarste unter allen römischen Juristen; er schrieb über 90 verschiedene, zum Teil sehr große Werke [2].

Nach diesen, etwa seit der Mitte des dritten Jahrhunderts, finden sich keine Schriftsteller von Bedeutung mehr; doch erweisen die kaiserlichen Reskripte das Fortbestehen einer produktiven Jurisprudenz noch bis unter Diocletian [3], trotz des kläglichen Zerfalles des Reiches, wo in 50 Jahren 17 Kaiser aufeinander folgten und nur zuletzt Diocletians Tatkraft den Staat vom Untergange rettete.

§ 51. Die Schriften der römischen Juristen. Justinian sagt, in den Pandekten seien die Schriften sämtlicher benutzten Juristen auf ein Zwanzigstel reduziert; danach würde die ganze juristische Literatur der Kaiserzeit nur etwa 20—30mal so viel wie die Pandekten ausgemacht haben, also, da diese fünf mäßige Oktavbände füllen, nur 100—150 Oktavbände. Diese Berechnung erscheint aber nicht annehmbar. Sie bezieht sich lediglich auf die Werke, welche die Kompilatoren noch hatten und kannten: das war aber nur ein Bruchteil der Literatur und namentlich vielfach nur Auszüge umfassenderer älterer Werke. Labeo allein hatte 400 Bücher geschrieben; von Pomponius können wir nahe an 300 nachweisen; Paulus war mindestens ebenso fruchtbar; Ulpian stand wenig hinter ihm zurück. Setzt man nach den Büchern des Cicero und Livius den durchschnittlichen Umfang des volumen auf 36—40 Oktavseiten, so ergeben 10 Bücher einen mäßigen Oktavband. Dann belaufen sich allein die Werke der ebengenannten vier Schriftsteller auf 120 Bände, und danach war die Gesamtmasse der juristischen Literatur von ziemlich erheblichem Umfang.

Die juristische Schriftstellerei, wie sie uns bekannt ist, umfaßt das gesamte positive Recht. Rechtsphilosophie und Naturrecht wurden, soweit wir sehen können, von den Juristen nicht bearbeitet; sie sahen im Rechte selbst die Philosophie, veram non simulatam (Ulpian. D. 1, 1, 1, 1). Die einzelnen Teile des Rechtes sind in verschiedener Weise und in verschiedenem Umfange behandelt. Im öffentlichen Recht knüpft die Schriftstellerei an die einzelnen Ämter an:

Gaius ist es doch recht zweifelhaft bestellt; insbesondere sind seine Institutionen, wenn sie auch da und dort Ausblicke auf das Provinzialrecht enthalten, doch augenscheinlich vom stadtrömischen Standpunkt aus geschrieben. Vgl. Wlassak, Prozeßgesetze II S. 224 N. 10. Kübler, a. a. O. unter II.

[1] Jörs, bei Pauly-Wissowa s. v. Domitius Ulpianus. Das Urteil, das A. Pernice (Sitzungsber. der Berliner Akademie, 1885, S. 446 ff.) über Ulpian als Schriftsteller fällt, erscheint nach dieser höchst sorgfältigen Untersuchung, mag auch Ulpian mit seinen großen Vorgängern nicht zu vergleichen sein, doch als allzu ungünstig.

[2] K. Witte, Ersch u. Grubers Encyklop. III S. 221 ff.

[3] Hofmann, Kritische Versuche (1885) I.

es werden Anweisungen für deren Verwaltung gegeben (de officio consulis, praefecti praetorio, assessoris usw.); nach unseren Bruchstücken wird dabei hauptsächlich die Rechtsprechung berücksichtigt. Daneben gehen Schriften über Steuerverwaltung (de censibus), Finanzrecht und Städteordnung. Das Strafrecht wird regelmäßig in Form von Erläuterungen zu den einzelnen Gesetzen, namentlich den Quästionenordnungen, erörtert. Daneben gibt es zusammenhängende Schriften über Strafrecht und Strafverfahren (de iudiciis publicis) und einzelne Fragen daraus (de delatoribus, de poenis). Der Zivilprozeß mußte begreiflich zum großen Teile im Zusammenhange mit dem Edikte besprochen werden. Über einzelne Lehren wurde monographisch geschrieben (de interdictis, de concurrentibus actionibus, de appellationibus, de testibus). Das amtsrechtliche Verfahren wird selbständig behandelt (de cognitionibus). Bei weitem überwiegend aber sind die Schriften über Privatrecht.

Der Form nach hatte man ähnliche Unterschiede wie bei uns, exegetische, systematische, monographische, kasuistische Schriften, unter den verschiedenartigsten Titeln. In der Ausführung waren freilich fast alle mehr oder weniger kasuistisch, wie das der Art und Weise der römischen Jurisprudenz entspricht (§ 44). Eine Ausnahme machen die Schriften zur Einführung in die Rechtskunde (institutiones, regulae): sie geben einen kurzen Abriß des gesamten Privatrechtes, arbeiten also Zivil- und Ediktsrecht ineinander. Für unsere Kenntnis geschah das zuerst von Gaius (s. oben unter § 50). Sonst wird durchgängig Zivil- und Ediktsrecht auseinandergehalten. Bei dem ersteren wurde das System des Sabinus, das vielleicht wieder auf dem des Q. Mucius beruhte, die allgemeine Grundlage. Die größeren Werke darüber wurden daher libri ad Sabinum betitelt, so von Pomponius, Ulpian und Paulus. Die Werke über das prätorische Recht hatten durchgängig die Form von Kommentaren „ad edictum", so von Pomponius, Gaius, Ulpian und Paulus. Rein äußerlich vereinigen die „Digesten"werke (von Celsus, Julian, Marcellus, Scaevola) die beiden Rechtsteile: sie fügen an Erörterungen, die sich an das Ediktssystem anschließen, solche zu den wichtigsten Gesetzen (XII Tafeln, lex Cincia, Falcidia, Papia, Aquilia usw.), bringen aber dort so gut wie hier dogmatische Ausführungen auch über zivilrechtliche Lehren. Kasuistische Schriften sind die responsa (Gutachtensammlungen), epistulae (Briefe auf wirkliche Anfragen von Juristen und anderen, auch bei Gelegenheit von Rechtshändeln), quaestiones und disputationes (Erörterungen von Rechtsfällen aus der eigenen und fremden Praxis, wohl im Zusammenhange mit dem publice respondere). Privatrechtliche Monographien sind nicht zahlreich (de formula hypothecaria, stipulationum l. 19 von Venuleius, de fideicommissis, de manumissionibus, de excusationibus).

§ 52. Überbleibsel. Die heutige Überlieferung dieser ganzen Literatur ist äußerst mangelhaft. Auch nicht ein einziges von allen jenen Werken ist vollständig auf uns gekommen! Zwar ist gewissermaßen die praktische Quintessenz der ganzen Literatur in den Exzerpten, die Justinians Pandekten bilden, erhalten; allein dabei ist die alte Gestalt zum Teile bis zur Unkenntlichkeit zerstückelt und korrumpiert [1]. Außerdem aber sind nur wenige Bruchstücke der allgemeinen Zerstörung entgangen [2]. Die wichtigsten sind:

1. Die Institutionen des Gaius, schon im späteren Rom ein vielgelesenes Werk in 4 Büchern, die ersten Institutionen, die unseres Wissens überhaupt geschrieben sind, ausgezeichnet durch Vereinigung des zivilen und prätorischen Rechts zu einem Gesamtsysteme (personae, res, actiones), durch historische Ausführungen und eine merkwürdig klare Darstellung [3], sind

[1] Man hat die Bruchstücke der Pandekten nach Verfassern und Werken geordnet und dadurch für eine Benutzung der Pandekten als Quelle der Rechtsgeschichte erst die Grundlage geschaffen. O. Lenel, Palingenesia iuris civilis. 2 Bde. 1889. Das gleichnamige Werk von Hommel, 3 Bde. 1767 f., ist gänzlich veraltet. Auf die vorhadrianische Jurisprudenz beschränkt sich F. P. Bremer, Jurisprud. antehadr. q. supers. 2 Teile 1896—1901. Wertvolle Untersuchungen über „Alter und Folge der Schriften römischer Juristen von Hadrian bis Alexander" enthält die so betitelte Schrift Fittings (2. Aufl. 1908).

[2] Eine vollständige Zusammenstellung enthalten die S. 308 N. 2 angeführten Sammlungen.

[3] Dernburg, Die Institutionen des Gajus, ein Kollegienheft. 1869. Dazu die Kritik von Degenkolb in der krit. Vierteljahrsschrift XIV 489. Fitting, ZRG. XI 325. Kübler, bei Pauly-Wissowa s. v. Gaius unter IV. Vgl. übrigens auch Kniep, Der Rechtsgelehrte Gaius S. 31 ff.

keine originale Schöpfung, sondern Bearbeitung einer älteren Vorlage [1]. Trotz der späteren Institutionenwerke von Marcian, Ulpian u. a. blieben sie überall im Occident wie im Orient bei Juristen und Grammatikern im Gebrauch, so sehr, daß sie im 6. Jahrhundert dort in das westgotische, hier in Justinians Gesetzbuch mit aufgenommen wurden, in beiden freilich überarbeitet und verstümmelt. Noch im 5. Jahrhundert wurden sie in der echten alten Gestalt in Abschriften in Italien verbreitet, und eine solche Abschrift, eine recht fehlerhafte, ist uns erhalten. Man hatte das Pergament im 8. oder 9. Jahrhundert benutzt, um Briefe des h. Hieronymus nach Abwaschung der alten Schrift darauf zu schreiben (sog. codex rescriptus), und dadurch kam es in die Bibliothek des Domkapitels zu Verona, wo dann im Jahre 1816 die ursprüngliche Handschrift darin von Niebuhr entdeckt wurde. Drei Blätter sind verloren, und auch auf den vorhandenen läßt sich vieles nicht mehr entziffern, so daß etwa ein Fünftel des Ganzen fehlt [2].

Man machte für das Schulbedürfnis daraus einen Auszug in zwei Büchern, der das Geschichtliche, namentlich den unpraktisch gewordenen Prozeß, wegläßt. In dieser Gestalt wurde Gaius zu Justinians Zeit beim Rechtsunterrichte gelesen (c. Omnem § 1), und so wurde er im 6. Jahrhundert ins westgotische Gesetzbuch aufgenommen [3]. Justinian dagegen ließ das echte Werk überarbeitet seinen Institutionen zugrunde legen.

Reste einer äußerst minderwertigen Interpretation der Institutionen, wahrscheinlich aus dem 5. Jahrhundert stammend, sind von Chatelain in der Seminarbibliothek zu Autun gefunden und 1899 herausgegeben worden [4].

2. Mäcians *assis* distributio, an Mark Aurel zu dessen Belehrung gerichtet, also spätestens 150 verfaßt. Die kleine Schrift handelt von der Einteilung des As und der Bezeichnung der Teilstücke, auch mit Rücksicht auf Zerlegung der Erbschaft [5].

3. Die sog. fragmenta Ulpiani, d. h. ein Bruchstück (ein verstümmeltes Proömium und 29 einzelne Titel) von einem Auszuge aus einer Schrift Ulpians: liber singularis regularum. Das Werk folgt derselben Ordnung wie Gaius' Institutionen, mit denen es auch im einzelnen oft übereinstimmt: unser Bruchstück behandelt Personen-, Sachen- und Erbrecht. Zeit und Ort der Entstehung sind unbekannt. Die uns erhaltene Abschrift ist im 10. Jahrhundert in Frankreich geschrieben und im Jahre 1549 von Du Tillet (Tilius) aus einer Handschrift des westgotischen Gesetzbuchs herausgegeben [6].

[1] Dies geht insbesondere aus dem fast vollständigen Mangel zeitgenössischer Zitate hervor. Vgl. Jörs, bei Pauly-Wissowa, s. v. Domitius Ulpianus, III 11, wo auch Literatur.

[2] Die erste Ausgabe, von Göschen (mit Unterstützung J. Bekkers u. Bethmann-Hollwegs) gemacht, erschien 1820. (3. Aufl. von Lachmann 1842.) Nach einer nicht glücklichen Nachprüfung der Handschrift durch Bluhme (vgl. ZRG. III 446) wurde sie mit ausgezeichnetem Erfolge genau gelesen von W. Studemund. Auf diese Vergleichung gründet sich: Gai institutionum commentarii IV. Codicis Veronensis denuo collati apographum. 1874 4°., und dazu die Ausgabe: Gai institutiones ed. P. Krüger et G. Studemund. 1877 (ed. V. 1905). Von anderen neueren Ausgaben sind zu nennen: die von Böding (1866), von Huschke (1886), letztere mit vielen geistreichen und gewagten Konjekturen), von Polenaar (mit Justinians Institutionen: syntagma institutionum novum. 1876), von Dubois (institutes de Gaius 1881, der Versuch eines Kommentars), von Seckel-Kübler (1908), von Kniep (lib. I. II. 1911. 1912), diese ein gewagter Versuch, die verschiedenen Schichten, die dieser Autor in den Institutionen unterscheidet, voneinander zu sondern. Eine phototypische Reproduktion der Handschrift, von deren Benutzung aber schwerlich viel zu erwarten ist, hat Spagnolo 1909 herausgegeben (Gai codex rescriptus etc. phototyp. expressus).

[3] Nach einer älteren Ansicht wäre der Auszug ein Werk der westgotischen Kodifikationskommission selbst. Diese Ansicht ist neuerdings von Conrat, Die Entstehung des westgot. Gaius (Verhandelingen der Amsterdamer Akademie 1905), wieder aufgenommen worden. Gegen ihn vgl. Blassak, ZRG. XLI S. 25 N. 4, Kübler, a. a. O. unter V, Berger, Bull. de l'acad. des sciences de Cracovie 1909 S. 79 (Referat über seine polnisch geschriebene Schrift über die dotis dictio).

[4] Ausgabe von Krüger in der neuesten Auflage der Institutionen des Gaius.

[5] Ausgaben von Böding 1831: von Mommsen, Abhandlungen der Leipziger Gesellschaft der Wissenschaften. Bd. 3.

[6] Die erste Ausgabe: Tituli ex corpore Ulpiani, ed. I. Tilius. 1549; ferner: Ulpiani fragmenta, ed. Böcking. 1855, mit einem apographum des cod. Vatic.; Ulpiani e libro regularum singulari excerpta, ed. Vahlen. 1856.

4. Ulpiani institutionum fragmenta: 5 Bruchstücke aus Ulpians Institutionen (Precarium, Verträge, Interdikte behandelnd). Aufgefunden 1835 von Endlicher in einem Buceinbande in Wien [1].

5. Ulpiani disputationum fragmenta Argentoratensia, aus lib. II und III des Werks, 1903 und 1904 von Lenel auf Pergamentfetzen entdeckt, die aus Ägypten nach der Straßburger Bibliothek gelangt waren [2].

6. Die sententiarum libri quinque ad filium, vielfach, aber ohne Gewähr, sententiae receptae genannt, von Paulus, ein Handbuch des Privat- und Strafrechts und des Prozesses, das wegen seiner Vollständigkeit bei verhältnismäßiger Kürze weite Verbreitung fand und von den Kaisern in den sog. Zitiergesetzen (§ 65) besonders hervorgehoben wurde. Ein Auszug davon ist in das westgotische Gesetzbuch aufgenommen (§ 72, 1) und daraus schon im Jahre 1525 von Bouchard herausgegeben [3].

7. Das fragmentum de iure fisci, zwei Blätter aus dem 7. Jahrhundert (?), zugleich mit Gaius in Verona entdeckt; es ist ein Aufsatz über Rechte und Vorrechte des Fiskus, wohl noch aus Severischer Zeit. Der Verfasser ist nicht festzustellen [4].

8. Der sog. Dositheus: einige Briefe des Kaisers Hadrian und ein Bruchstück über Freilassung. Diese Stücke finden sich in mehreren Handschriften verbunden mit einem anderen „de Hygini genealogia", das nach dem Eingange im Jahre 207 verfaßt ist. Die Stücke sind Übungsbeispiele zum Übersetzen aus dem Griechischen ins Lateinische und äußerst verdorben überliefert: daß sie gleichzeitig sind und zusammengehören, läßt sich füglich nicht bezweifeln. Wegen ihres Charakters und weil sie in Handschriften der ars grammatica des Magister Dositheus (4. Jahrhundert) angehängt sind, hat man sie vielfach diesem zugeschrieben, was eine offenbare Unmöglichkeit ist. Immerhin wäre es denkbar, daß diese älteren Stücke zu dem Buche des sonst ganz unbekannten Dositheus gehören. — Das Stück über die Freilassungen ist sicher einem römischen Juristen entnommen; man hat auf sehr verschiedene Verfasser geraten: Paulus (was der Zeit wegen unwahrscheinlich ist), Gaius (was bei der Stellung dieses Juristen sich verbietet), Pomponius, Q. Cervidius Scaevola (Huschke). Es wird beim Raten bleiben müssen [5].

9. Dazu kommen noch einige teils altbekannte, teils kürzlich aufgefundene kleine Bruchstücke: eine regula des Pomponius, eine Anzahl von (zum Teil aus den Pandekten bekannten) Responsen Papinians, eins aus dem ersten Buche am Schlusse der lex Visigothorum [6], vier aus dem fünften auf Pergamentblättern in Berlin, einige aus dem neunten auf Pergamentblättern in Paris (Vormundschaft, bonorum possessio, Freilassung), drei Fragmente mit der Subskription de iudiciis l. II (aus dem Ediktskommentare Ulpians?) auf Pergamentblättern in Berlin [7], ein von der formula Fabiana handelndes Fragment auf Pergament in Wien [8].

10. Die Exzerpte in den Sammelwerken des 4. und 5. Jahrhunderts, worüber § 66 das Nähere.

VI. Urkundenwesen [9].

§ 53. Die Schriftform. Die Rechtsgeschäfte wurden schon zur Zeit der Republik vielfach schriftlich abgeschlossen. Bei Testamenten ist die Schriftform mit sieben Siegeln und Zeugen fast ausschließlich im Gebrauche. Aber auch über die Manzipation wurden Ur-

[1] Ausgaben von Böcking bei Ulpians reg.; Krüger, Kritische Versuche S. 140.

[2] Zuerst herausgegeben in den Sitzungsber. der Berliner Akademie 1903 S. 922 ff., 1904 S. 1156 ff., ZRG. XL S. 71 ff.

[3] Ausgabe: Pauli receptarum sententiarum libri V, ed. L. Arndts. 1833.

[4] Ausgaben von Göschen beim Gaius. Wiedergabe der Handschrift: Fragmentum de iure fisci, ed. Krüger. 1868.

[5] Ausgabe von Böcking 1832. Lachmann, Versuch über Dositheus. 1837 (Kl. Schriften II S. 196). Corp. gloss. Lat. ed. Goetz III p. 102 sq.

[6] Bei Krüger, Coll. II p. 148. 157.

[7] Die Berliner Blätter sind herausgegeben von Mommsen, Monatsberichte der Berliner Akad. 1879 S. 502 f.; Krüger, ZRG. XIV S. 93; XV 83; die Pariser von Dareste, NRH. 1883. p. 361 f., von Krüger, ZRG. XVIII S. 166 ff.

[8] Zuerst herausgegeben von Pfaff u. Hofmann 1888.

[9] Mitteis, Röm. Privatrecht I S. 290 ff.

kunden aufgenommen; die Stipulation zählt schon Cicero zu den res quae ex scripto aguntur (top. 96; de part. or. 107, 130; ad Her. II 13). Wie weit auch andere Verträge, namentlich konsensuale, schriftlich aufgezeichnet wurden, läßt sich nicht bestimmen. Doch deuten viele Anzeichen auf eine allgemeine Sitte (Cicero, de or. I 174; Seneca, de benef. III 15); so bei Darlehen (Seneca, de benef. VII 10, 3), Pfandbestellung (D. 22, 4, 4), p. de manumittendo (Seneca, Ep. 80, 5); bei Kauf, Miete und Gesellschaft lassen sich die eingehenden Bestimmungen und die häufige für Einzelnes oder das Ganze hinzutretende Stipulation (D. 17, 2, 71) nur schriftlich vorstellen. Das cavere der römischen Juristen bezieht sich gewiß vorzugsweise auf schriftliche Geschäftsentwürfe (§ 29).

Die Form der Urkunde scheint während der klassischen Zeit im Bereiche des römischen Rechtes, außer in Ägypten, überall dieselbe gewesen zu sein: die Wachstafel [1]. Ihre Gestalt war durch einen Senatsschluß unter Nero genau geregelt (Paulus V 25, 6). Die Urkunde ist ein Diptychon oder Triptychon: zwei oder drei rechteckige Holztafeln werden an einer Langseite durch Bänder zusammengehalten; sie sind durch Zerspalten eines Klotzes entstanden, fugen also mit der Spaltfläche genau ineinander. So hat man ein kleines Buch. Beim Triptychon bleiben S. 1 und 6 als Deckel Holz. Dagegen S. 2—5 sind bis auf einen Rand ausgetieft (die 2. Tafel beiderseits, wie eine Schiefertafel) und mit schwarzem Wachse überzogen. In diese Fläche wird die Schrift geritzt, die nun heller erscheint. Die Urkunde wird auf S. 2 und 3 geschrieben, parallel mit der äußeren Langseite. Die beiden ersten Tafeln werden dann mit einem durch Löcher (je eins an den Langseiten) gezogenen Faden umwunden, und der Faden wird auf S. 4 in einer im Wachse angebrachten Rille von den Zeugen festgesiegelt: neben das Siegel schreibt jeder Zeuge parallel der Schmalseite seinen Namen (im Genetiv). Der freibleibende Teil von S. 4 und 5 wird zu einer Wiederholung der inneren Urkunde (sog. scriptura exterior) benutzt. Bei Diptychen wird auf dem Holze des Deckels gesiegelt und darauf die Zeugenschriften und die scriptura exterior mit Tinte gesetzt [2]. Die Zahl der Zeugen wechselt; durch Formvorschrift kann eine Minimalzahl gefordert sein [3].

Die Urkunden sind nur vereinzelt Verfügungen (Dispositivurkunden), so z. B. die tabulae testamenti. In der Regel sollen sie nur dem Beweise dienen. Man unterscheidet objektiv und subjektiv stilisierte, je nachdem die Urkunde, die Parteien in dritter Person einführend, den Hergang, um den es sich handelt, berichtet (z. B. bei den pompejanischen Quittungen, daß der Gläubiger den Zahlungsempfang eingeräumt habe: dixit se accepisse), oder den Aussteller in erster Person reden läßt (scripsi me accepisse). Letzterenfalls heißt die Urkunde chirographum, je nach der Form epistula. Eigenhändige Schrift oder subscriptio ist aber, trotz seines Namens, auf dem chirographum nicht wesentlich; wenn vorhanden, erhöht sie natürlich die Beweiskraft; im übrigen beruht die Beweiskraft aller Urkunden wesentlich auf den Zeugen. Die chirographa scheinen in der Regel von den Ausstellern untersiegelt worden zu sein [4].

In Ägypten, wo man von uraltersher als Schreibmaterial Papyrus zu benutzen pflegte, blieb es dabei auch in der Römerzeit. Auch bei den Papyrusurkunden begegnen wir den beiden obigen Formen: der subjektiven (χειρόγραφον und ὑπόμνημα) und dem referierenden Protokoll; letzteres wird gewöhnlich von einem als Notar fungierenden Beamten oder Bankier errichtet und am Schluß von der erklärenden Partei selbst oder statt ihrer von besonderen Vertrauenspersonen (ὑπογραφεῖς) mit bestätigender Unterschrift versehen [5].

[1] Ein Erztäfelchen mit erhöhtem Rande, im Guadalquivir gefunden, enthält den Teil eines pactum fiduciae (CIL II 5042; Bruns, Fontes II p. 334). Es ist aber ein Formular, nicht ein wirklich errichtetes Rechtsgeschäft.

[2] So bei der pompejanischen Fiduciaurkunde (Eck, ZRG. XXII S. 60 ff.); s. bulletino I p. 5. 205.

[3] Bruns, Die sieben Zeugen des r. R. 1877 (Kl. Schriften II S. 119. 131). Dazu noch Erman, ZRG. XXXIII S. 172 ff.

[4] Erman, a. a. O. S. 177 ff.

[5] Die Einzelheiten der ägyptischen Urkundenform können an dieser Stelle nicht erörtert werden. Vgl. darüber Mitteis, Röm. Privatrecht I S. 307 ff., Wilcken-Mitteis, Grundzüge u. Chrestomathie der Papyruskunde (1912) II[1] S. 48 ff. Außerhalb Ägyptens treten die Papyrusurkunden sehr viel später auf; im 6. Jahrhundert sind sie gewöhnlich: Marini, i papiri diplomatici, 1805.

§ 54. Überbleibsel. Es sind nicht wenige Urkunden uns erhalten, zum Teil auf dem ursprünglichen Material (Wachstafeln oder Papyrus), einzelne auf Steinen oder in Abschrift. Es sind Schenkungen, Testamente, Käufe, Vermietungen und Verdingungen, Gesellschaft, Darlehen, Quittung, Servituten- und Superfiziesbestellung und Vereinssatzungen (leges collegii)[1]. Hervorzuheben sind davon:

1. Die siebenbürgischen Wachstafeln[2]. In den alten, neueröffneten Goldbergwerken bei Vöröspatak (bei Zlatna im südwestlichen Siebenbürgen) wurden von 1786 bis 1855 mehr als 40 Wachstafeltriptychen aufgefunden, teils vollständig, teils beschädigt: fast alle werden in Pest im Museum aufbewahrt. Sie enthalten auf den inneren vier Seiten Urkunden (cautiones) über Rechtsgeschäfte der verschiedensten Art: Kauf, Dienstmiete, Darlehen, Gesellschaft. Alle zeigen römische Geschäftsformen, obwohl viele der vertragschließenden Personen Peregrinen (Breuken, Pirusten) sind. Alle stammen aus der Zeit von 131—167, wo der Markomannenkrieg beginnt. Die Schrift ist ein verschnörkeltes Kursiv und sehr schwer zu entziffern.

2. Die Pompejaner Quittungstafeln[3]. 6 Diptychen und 121 Triptychen von Wachstafeln sind 1875 in einer Kiste in einem Hause Pompejis gefunden, das wahrscheinlich dem L. Caecilius Secundus gehörte. Sie wurden mit äußerster Vorsicht nach Neapel geschafft. Es sind, außer einer, die einen fiduziarischen Vertrag enthält, lauter Quittungen (apochae), die für den Caecilius Secundus, offenbar einen Bankier, ausgestellt worden sind, aus den Jahren 52—68, eine aus dem Jahre 15, zwei andere von 37 und 46. Sie beziehen sich teils auf Pachtgelder, die Caecilius Secundus für die Gemeinde eingezogen und an sie abgeführt, teils auf Auktionen, die er für Private vorgenommen hatte.

3. Die Funde der letzten Jahrzehnte haben in Ägypten eine sehr große Zahl von Urkunden zutage gefördert, zum Teil aus vorrömischer, namentlich aber auch aus römischer Zeit, neben Rechtsgeschäften aller Art insbesondere auch Stücke von Prozeßakten. Diese Urkunden, deren Zahl sich durch neue Funde beständig vergrößert, werfen auf die Rechtszustände in den römischen Provinzen ein ganz neues Licht[4].

Vierte Periode. Das absolute Kaisertum.

I. Verfassung.

§ 55. Wesen der neuen Verfassung. Die absolute Beamtenmonarchie ist schon unter dem Prinzipate langsam vorbereitet[5]. Es handelt sich im wesentlichen darum, den Senat aus seiner staatlichen Stellung zu verdrängen, damit dem Systeme der Ehrenämter ein Ende zu machen und die Scheidung von Militär- und Zivilverwaltung durchzuführen. Diese Entwicklung war nicht aufzuhalten, mochte auch unter den schnell wechselnden Kaisern in der zweiten Hälfte des 3. Jahrhunderts der Senat zeitweise an Ansehen und Einfluß wieder gewinnen. Den Abschluß brachte Diocletian[6]. Seine kunstreiche Verfassung ist von Constantin ausgebaut und umgestaltet worden.

[1] Die wichtigsten finden sich bei Bruns, Fontes I p. 283 sqq.

[2] Herausgegeben von Massmann, Libellus aurarius. 1841; CIL. III p. 921 (Mommsen und Zangemeister).

[3] Zuerst herausgegeben von de Petra, Le tavolette cerate di Pompei. Rom 1876; Mommsen, Hermes XII 88 (giornale degli scavi di Pompei 1879 p. 70); Zangemeister, CIL. IV suppl. pars prior 1898. Dazu Erman a. a. O.

[4] Sie finden sich in zahlreichen Publikationen zerstreut. Die wichtigsten sind aufgeführt bei Wilcken-Mitteis, Grundzüge u. Chrestomathie der Papyruskunde I (1912) S. XXV ff. Der Forschung auf diesem Gebiete ist gewidmet das von Wilcken herausgegebene Archiv f. Papyrusforschung und verwandte Gebiete (seit 1901).

[5] J. Burckhardt, Die Zeit Konstantins des Großen. 1853 (2. Aufl. 1880). Schiller, Geschichte der römischen Kaiserzeit II (1887). Seeck, Untergang der antiken Welt (1895) S. 1 ff.

[6] Mommsen, Abriß des röm. Staatsrechts (1893) S. 347 ff.

Der Grundgedanke der Neuordnung ist, das auseinanderstrebende Reich, das unter Valentinian und Gallien nahe am Zerfalle gewesen war, bei Trennung der ungleichartigen Gebiete unter der Samtherrschaft der einträchtigen Regenten desto fester durch den Verwaltungsorganismus zusammenzuschließen. Es wird daher in zwei große Verwaltungsbezirke (Orient und Occident) zerlegt. Sie werden von zwei Augusti beherrscht, denen zwei Caesares als Gehilfen und künftige Nachfolger beigegeben sind. Die Verwaltung (Krieg, auswärtige Politik, Finanzen) ist gesondert, die Gesetzgebung gemeinsam (§ 64). Alles beruht auf den Augusti, und diese müssen eines Sinnes sein. Bei dieser Verfassung ist es nicht geblieben: das Reich ist wiederholt unter einem Herrscher vereinigt gewesen. Erst seit Valentinian ist die Trennung dauernd geworden. Man hielt trotzdem an dem alten Gedanken fest, am Ende blieb nur die Fiktion übrig, daß die Reichsteilung nur zu Verwaltungszwecken bestehe. Begreiflich konnte man damit das Auseinandergehen des romanischen Abend- und des hellenistischen Morgenlandes nicht verhindern.

§ 56. Der Kaiser ist hiernach notwendigerweise alles in allem; denn auf den kaiserlichen Persönlichkeiten beruht die Reichseinheit. Er ist nicht mehr der erste Bürger (princeps), sondern dominus und deus, dem als solchem Kniebeugung und Gewandkuß (adoratio) zukommt; schon durch seine Tracht ist er von allen Sterblichen unterschieden: alles, was ihn angeht, vom Palaste bis zum Geldbeutel, wird als sacrum bezeichnet. Eine wirkliche Erbfolge ist auch jetzt nicht anerkannt: das Wahlrecht steht rechtlich und fiktiv (Nov. Maior. 1) immer noch dem römischen Senate zu; in Wirklichkeit ernennt in der Regel immer ein Augustus den anderen, und zwar, so lange es anging, aus der Familie des Verstorbenen; bei völliger Vakanz usurpieren die beim Tode des Augustus gerade anwesenden Zivil- und Militärbeamten die Wahl für sich. Immer aber gilt der Kaiser als durch göttliches Recht zum Throne gelangt: „wenn er den Augustusnamen erhalten hat, muß man ihm als der gegenwärtigen, leibhaften Gottheit treue Ergebenheit erweisen und stets wahren Diensteifer widmen; denn er herrscht nach Gottes Ordnung" (Vegetius, de re mil. 2, 5). Daran hat also auch das Christentum nichts geändert. — Der Kaiser ist von seinem Rate (consistorium) umgeben („umstanden"), dem alten consilium oder auditorium, das jetzt aus den höchsten Staatsbeamten mit bestimmter Rangabstufung besteht. Das consistorium berät den Kaiser vor allem bei seinen richterlichen Entscheidungen; es hat die Vorberatung der Gesetze und Verwaltungssachen, die von Rechtssachen nicht gesondert werden; feierliche Gesandtschaften werden vom Kaiser im consistorium empfangen und beschieden.

§ 57. Der Reichssenat und die hauptstädtische Verwaltung. Der Senat hat seine alte Stellung so gut wie ganz eingebüßt. Er ist im wesentlichen der Stadtrat von Rom geworden. Das tritt noch mehr hervor, als Constantin in Byzanz Neurom gründet, das fast genau wie die urbs aeterna ausgestattet und eingerichtet ist, also auch einen Senat hat. Immerhin werden dem Senate noch Ehren erwiesen; seine Mitglieder sind mindestens clarissimi (Räte dritter Klasse), sie haben einen bevorzugten Gerichtsstand vor dem praefectus urbi, der Regierungsantritt des Kaisers, neue Gesetze werden dem Senate mitgeteilt, er wird zu kaiserlichen Gerichtssitzungen zugezogen. Dafür haben die Senatoren schwere Lasten für die Allgemeinheit zu tragen: als Prätoren müssen sie Spiele veranstalten, neben der gewöhnlichen eine außerordentliche Grundsteuer (kollis, gleba) entrichten und als „freiwillige Gabe" das unablehnbare aurum oblaticium bei festlichen Gelegenheiten an den Kaiser zahlen. Der Senat besteht auch jetzt aus den Großgrundbesitzern (§ 22), aber zugleich aus den höchsten kaiserlichen Beamten. Die mehreren tausend Mitglieder nehmen nicht alle an den Sitzungen teil (durften es wohl gar nicht), müssen aber die finanziellen Verpflichtungen erfüllen.

Die Senatsgeschäfte beziehen sich sonach wesentlich auf die Verwaltung der Hauptstädte; sie werden zum Teil von den altrepublikanischen Beamten geführt. Damit sind die beiden Städte von der Reichsverwaltung ausgenommen; sie haben ihren eigenen Beamtenorganismus. An der Spitze steht der praefectus urbi, der die Leitung des Senats, die Verwaltung und die Gerichtsbarkeit (in Rom bis zum 100. Meilensteine) in sich vereinigt. Unter ihm stehen die praefecti vigilum und annonae auf der einen, Prätoren (mit einer Gerichtsbarkeit in Vormund-

schafts- und Freilassungssachen) und Quästoren auf der anderen Seite. Tribunat und Ädilität sind höchstens noch Titel. Die consules ordinarii (nach denen das Jahr heißt) werden, einer aus jeder Reichshälfte, vom Kaiser ernannt und sind die vornehmsten Beamten. Die suffecti, Prätoren und Quästoren wählt der Senat.

§ 58. Die Untertanen. Das Bürgerrecht war schon durch Caracalla verallgemeinert worden (§ 32); die rechtlichen Zurücksetzungen innerhalb der freien Reichsbevölkerung, die er noch hatte bestehen lassen (dediticia und Latina libertas), verlieren unter der absoluten Monarchie allmählich ihre Bedeutung, so daß Justinian durch ihre formelle Beseitigung (C. 7, 5 und 6) nur einen bereits bestehenden Rechtszustand bestätigte. Wohl aber gibt es gesellschaftliche Abstufungen und Absonderungen: der ordo senatorius, der Soldaten- und Beamtenstand, der Dekurionat (die landstädtischen Senatoren), die collegiati (die zu einzelnen festgeschlossenen Körperschaften, navicularii, negotiatores, pistores, geeinigten Berufsgenossen), die possessores i. e. S. (die Kleingrundbesitzer). Das Strafrecht unterscheidet schon in klassischer Zeit honestiores und humiliores und läßt erstere leichter bestrafen; einzelne Klassen haben bevorzugten Gerichtsstand und sonstige Privilegien. Die Stände sind insofern geschieden, als sie sich regelmäßig aus sich selbst ergänzen. Die Berufsarten, namentlich auch der collegiati, werden erblich. Der Staat befördert diese Neigung, um so die den einzelnen Klassen auferlegten Pflichten, vorzüglich Abgaben und Fronleistungen, sicherzustellen. Der letzte Stand des Reiches sind die coloni: ehe- und vermögensfähige Bauern, die gegen jährlichen Grundzins (auch Hand- und Spanndienste) als Erbpächter auf den Höfen des Kaisers und der Großgrundherren sitzen. Sie gelten als Freie und sind deshalb heerpflichtig; aber sie sind an die Scholle gebunden, sie dürfen den Hof nicht verlassen, werden mit ihm veräußert, sollen aber auch nicht davon getrennt werden. Das Verhältnis wird durch Geburt, Vertrag, Freilassung und Verjährung begründet. Über den Ursprung des Kolonats hat man viel gestritten. Die neueren Inschriftenfunde und die Papyrusforschung, die über die Agrarzustände Ägyptens mehr und mehr Licht verbreitet, haben gezeigt, daß die Wurzeln des Rechtsinstituts viel weiter zurückreichen, als man früher anzunehmen geneigt war, wo man sich durch das Schweigen der Digestenjuristen täuschen ließ: bis in die hellenistischen Reiche nämlich, deren Erbe das römische Kaisertum übernahm. Der Großgrundbesitz, vor allem der kaiserliche, aber auch der private, konnte, bei dem Schwinden der Sklavenzufuhr, überhaupt gar nicht mehr anders bewirtschaftet werden, als mit Hilfe eines abhängigen Kolonenstandes, und der Zwang dieser wirtschaftlichen Verhältnisse brachte den Kolonat schon frühe auch außerhalb des Gebietes jener hellenistischen Reiche, insbesondere in Afrika und später auch in Italien, zur Entwicklung. Auch die Erblichkeit des Kolonenverhältnisses, die rechtlich wohl erst in unserer Periode festgelegt wurde, hat tatsächlich sicher längst vorher bestanden [1].

§ 59. Die Amterordnung lernen wir hauptsächlich aus der sog. notitia dignitatum [2] kennen. Sie beruht auf vier nicht neuen, aber hier zuerst durchgeführten und mit-

[1] Die umfangreiche Literatur über den Kolonat kann hier nicht aufgeführt werden. Vgl. jetzt vor allem Rostowzew, Studien zur Geschichte des römischen Kolonates (1910), auch denselben im Handwörterbuch der Staatswissenschaften, Art. Kolonat. Daneben etwa noch: Seeck bei Pauly-Wissowa s. v. colonatus. Die wichtigsten Inschriften — das decretum Commodi de saltu Burunitano, die Inschriften von Henchir-Mettich, Ain-Wassel und Ain-Dschemala —, aus denen wir namentlich zuerst von der lex Manciana und Hadriana, afrikanischen Domänenordnungen des 1. und 2. Jahrhunderts erfahren haben, finden sich in Bruns, Fontes I p. 258 sq., 295 sq. Über die Verwaltung der kaiserlichen Domänen s. Hirschfeld, Die kaiserl. Verwaltungsbeamten, 2. Aufl. S. 121 ff.

[2] Ein Verzeichnis der Ämter des diocletianisch-constantinischen Reiches nebst den ihnen untergebenen Truppen und Bureaus (officia), mit Angabe und Abbildung der Amtszeichen. Das Werk ist unzweifelhaft aus dem amtlichen Staatshandbuche geflossen, das der primicerius notariorum hielt, und in das er alle Veränderungen (Truppenverschiebungen, Amterumgestaltungen) eintrug. Aus diesen fortwährenden Umformungen im einzelnen erklären sich die Ungleichmäßigkeiten des Buches. Verfaßt ist unsere Redaktion wahrscheinlich zwischen 409 und 413, bald nach Stilichos Sturze. Dafür spricht besonders, daß die Kommandos der Reiterei und des Fußvolkes getrennt sind, die Stilicho in sich vereinigte und die bald nachher wieder vereinigt wurden. — Ausgabe mit großem Kommentare von Böcking, 2 Bde. 1839—56; von Seeck 1876. Seeck, Quaestiones de notitia dignitatum. 1872.

einander verknüpften Grundsätzen: 1. Vollständige Trennung der militärischen und zivilen Befugnisse; nicht einmal die militärischen und die Verwaltungsbezirke decken sich. Dagegen ist im Zivilamte Gerichtsbarkeit und Verwaltung ungeschieden. Doch tragen die bürgerlichen Beamten, weil ihr Amt ebenfalls als eine Art militia gilt, Soldatenmantel (paenula) und Schärpe (cingulum). 2. Durchgängige Besoldung, aber ohne Pensionsberechtigung. 3. Ernennung durch den Kaiser regelmäßig auf ein Jahr (per indictionem). Die Ernennung geschieht durch Erlaß an die Reichskanzlei; dort wird der Name in die „Matrikel" (laterculum) eingetragen und das Patent (codicilli dignitatis) kostenpflichtig ausgefertigt. 4. Abstufung der Ämter nach Titeln (seit etwa der Mitte des 4. Jahrhunderts heißen die drei obersten Rangklassen illustres, spectabiles, clarissimi) [1], nach Gehalt und nach Unterordnung (sub dispositione): der Niedere steht unter Befehl und Zucht (Gerichtsgewalt) des unmittelbaren Vorgesetzten.

Die Zivilverwaltung ist Zentral- und allgemeine Staatsverwaltung. Bei ersterer ist keine ganz strenge Scheidung zwischen Hof- und Staatsdienst. Der Kaiser ist so sehr mit dem Reiche verselbigt, daß auch seine nächste persönliche Umgebung — der praepositus s. cubiculi (Oberstkämmerer) und der castrensis s. palatii (der Pagenmeister) als illustris und spectabilis — unter den Würdenträgern und Beamten steht. Die eigentlichen Staatsämter am Hofe (dignitates palatinae) sind: der magister officiorum, der Obersthofmarschall: Führer der Palasttruppen und Vorgesetzter der Hofdienerschaft, zugleich Leiter der großen Hofkanzlei, der Post und des Zeremonienwesens; er vereinigt also Hof- und Staatsstellung, die Würde ist offenbar durch willkürliche Zusammenlegung verschiedenartiger Befugnisse entstanden; der quaestor s. palatii, der Reichskanzler [2]; er hat die Gesetze und die Bescheide des Kaisers zu entwerfen, darüber Vortrag zu halten und die Unterschrift des Kaisers zu erwirken; die Kräfte der Hofkanzlei stehen ihm dabei zur Verfügung; der comes largitionum und der comes rei privatae, die beiden Reichsfinanzminister. Die Hofkanzlei ist viergeteilt (scrinium memoriae, epistularum, libellorum, dispositionum); tribuni und notarii arbeiten darin; an ihrer Spitze der primicerius notariorum, spectabilis und Mitglied des Staatsrats: er führt die Matrikel der höheren Beamten (laterculum maius). — Zu den Hofbeamten zählen auch die sog. agentes in rebus: eine große Anzahl von Männern ohne bestimmtes Amt zur Verfügung des Kaisers. Er besetzte daraus erledigte Stellen und benutzte die einzelnen zu besonderen Aufträgen. Die schola steht unter dem magister officiorum.

§ 60. In der allgemeinen Staatsverwaltung tritt allbeherrschend auf der Gedanke der mechanischen Reichseinheit durch Zentralisierung der Verwaltung. Die Selbstverwaltung wird bis auf geringfügige Überbleibsel in den untersten Verwaltungskörpern, den Gemeinden, beseitigt. Die hergebrachten landsmannschaftlichen Provinzialverbände werden in kleine Verwaltungsbezirke zerschlagen, wie die französischen Provinzen in Departements; sie sind weniger widerstandsfähig und leichter zu übersehen. Die Provinzialverwaltung wird einer mehrfachen Aufsicht in aufsteigenden Instanzen, zuletzt der der unmittelbaren Vertrauensmänner des Kaisers unterworfen. So laufen alle Fäden beim Kaiser zusammen.

Der eigentliche Verwaltungsbezirk ist die Provinz. Der Leiter (consularis, rector oder corrector, praeses) [3] hat die gesamte Verwaltung, namentlich die Steuererhebung, vor allem aber die Gerichtsbarkeit. Er richtet in Zivil- und Strafsachen in erster Instanz, sogar auf Todesstrafe kann er erkennen; nur geringfügige Sachen gehören vor das Stadtgericht: da ist der Präses dann Berufungsgericht (wie unsere Landgerichte). Das Gericht hat seinen festen Sitz in der Hauptstadt; Geschworene gibt es nicht mehr: in weniger erheblichen Fällen und bei Geschäftsüberhäufung darf der Präses einen Unterrichter (iudex pedaneus) bestellen, von dessen Spruche

[1] Dagegen gehören die in den früheren Auflagen hier angeführten Titel perfectissimi und egregii nicht hierher. Diese beiden Titel gehen bis auf das 2. Jahrhundert zurück, haben in ihrer Bedeutung sehr gewechselt und sind der erste, nur noch für Subalternbeamte, inschriftlich zuletzt 387, der zweite 321 nachweisbar. Vgl. O. Hirschfeld, Sitzungsber. der Berl. Akad. 1901 S. 579 ff.

[2] Vgl. über ihn Noailles, les collections des novelles (1912) chap. 1.

[3] Der praeses steht dem consularis im Range nach, während corrector wohl nur das Amt und nicht den Rang bezeichnet — der corrector kann consularis sein. Vgl. Karlowa, Rechtsgeschichte I S. 858.

an ihn selbst Berufung zulässig ist (C. Iust. 3, 3, 2). Unter den Rektoren stehen die Städte mit ihrer alten Verfassung: die curia wählt jetzt die duoviri (magistratus) auf Vorschlag des Vorgängers, der für sie haftet. Sie haben Gerichtsbarkeit in geringfügigen Sachen und Steuererhebung. Die Selbstverwaltung ist in fiskalischem Vorteile verwertet: die Kurialen haften für den aufzubringenden Steuerbetrag persönlich. Der alte curator reipublicae (§ 36) spielt nur eine untergeordnete Rolle mit unsicheren Befugnissen (C. Th. 8, 12, 8). Dagegen wird neu eingeführt der defensor civitatis. Er soll nach Valentinians I. Verordnung von 364 von allen Gemeindegliedern aus den vornehmen Leuten auf fünf Jahre gewählt werden und die „Niedrigen" gegen die „Mächtigen" schützen. Er erhielt aber auch die Befugnis, Beschwerden sofort zu erledigen, bei Vergehen einzugreifen, bei Steuerbeitreibung mitzuwirken; er wird so ein neuer Beamter neben den städtischen.

Mehrere Provinzen werden zu einer Diözese unter einem vicarius, mehrere Diözesen unter einem praefectus praetorio zusammengefaßt; allmählich (ständig seit dem Tode Theodosius des Großen, 395) stellen sich diese Präfekturbezirke auf vier (Oriens, Illyricum, Italiae, Galliae) fest. Doch ist das Schema nie vollständig durchgeführt. Der Präfekt hat die oberste Verwaltung, das Recht, die Beamten vorzuschlagen und zu beaufsichtigen, also Disziplinargewalt; er ist gegenüber den Rektoren Berufungsgericht und darf sogar allgemeine Verordnungen mit bindender Kraft (formae generales) erlassen. Der Vikar steht ebenso in der Diözese an Stelle der Präfekten: er ist nicht Delegierter seines Präfekten, sondern hat selbständige Amtsgewalt neben ihm: daher konkurriert er mit ihm namentlich in der Gerichtsbarkeit: beide urteilen an Kaisers Statt (vice sacra): man soll sich an den nächsten wenden; im Zweifel geht der Präfekt vor. Die Entscheidung des Präfekten selbst ist inappellabel; vom Spruch des Vikars dagegen kann an den Kaiser (nicht an den Präfekten) appelliert werden.

II. Christentum und Kirche.

§ 61. Ein ganz neues Element in Reich und Recht ist das Christentum. Unter Konstantin wird es anerkannt, unter Gratian und Theodos I. in der römisch-katholischen Form zur Staatsreligion erhoben. Von da ab beginnt es sofort auf alle Staatseinrichtungen einen weitgreifenden Einfluß zu üben und den Staat zu einem christlichen umzugestalten. Zunächst wird der heidnische Kultus abgeschafft, die alten Tempel und die Kollegien aufgehoben und ihr Vermögen eingezogen. Dann folgen Maßregeln gegen Heiden, Juden, Ketzer und namentlich Apostaten: sie werden für ehrlos erklärt, es wird ihnen in verschiedener Form und verschiedenem Umfange die Rechts- und Handlungsfähigkeit geschmälert, das Recht letztwillig zu verfügen, Erbschaften und Schenkungen zu erwerben, der Eintritt in die Ämter untersagt.

§ 62 Die Bischöfe[1]. Die Kirche ist seit Konstantin als selbständig in ihren inneren Angelegenheiten anerkannt. Ihre Vertreter sind die Bischöfe; sie werden von der Gemeinde gewählt, höchstens die in den Residenzen vom Kaiser ernannt. Sie haben in ihren Sprengeln eine monarchische Ge alt über Klerus und Laien in allen religiösen Dingen und nehmen eine unabhängige, tatsächlich der des Statthalters ebenbürtige, mitunter überlegene politische Stellung ein. Ihre Machtmittel sind einmal die geistliche Zuchtgewalt: sie üben sie kraft göttlicher Vollmacht unter staatlicher Anerkennung über Geistliche und Laien, sogar Beamte, namentlich verhängen sie Ausschluß aus der kirchlichen Gemeinschaft. Ferner haben die Bischöfe dem Gebrauche der Christengemeinden entsprechend eine ausgedehnte schiedsrichterliche Tätigkeit entwickelt. Zeitweise wurde ihnen sogar, wohl nach Analogie der jüdischen Gemeindevorsteher, Zivilgerichtsbarkeit neben den ordentlichen Gerichten verliehen, dann aber wie jenen entzogen. Das bischöfliche Schiedsgericht blieb; sein Spruch soll von den Beamten vollstreckt werden (C. I. 1, 4, 8). Auch für die Strafrechtspflege war der bischöfliche Einfluß staatlich anerkannt; die Bischöfe haben das Recht der Fürbitte für den Angeklagten und überwachen die Gefängnisse; in beiden Beziehungen wird ihre Macht durch Justinian noch vermehrt. Endlich ver-

[1] Löning, Geschichte des deutschen Kirchenrechts. 1878. Bd. I Kap. I. Vgl. Matthiaß, Die Entwicklung des römischen Schiedsgerichts (1888) S. 130.

waltet der Bischof selbständig, ohne Kontrolle und Rechnungslegung, das Kirchengut: nur Veräußerungen sind erst erschwert, dann geradezu verboten. Die Einkünfte sind für ihn selbst, den Gottesdienst und die Gebäude, den Unterhalt der Geistlichen, die Armenpflege und Wohltätigkeit bestimmt. Aber erst allmählich wird es Grundsatz, daß für jeden dieser Zwecke ein Viertel verwendet werden müsse. Die Machtstellung des Bischofs ist also auch dadurch bedeutend.

§ 63. Einfluß des Christentums. Die Bischöfe hatten hiernach keine feste und anerkannte Stellung im Verwaltungsorganismus. Desto größer war ihr persönlicher Einfluß auf die Mehrzahl der Kaiser (wie der des Ambrosius auf Gratian). Sie haben ihn benutzt, um Vorrechte für die Rechtgläubigen und Verfolgung der Andersgläubigen zu erwirken, aber nicht um die kaiserliche Gesetzgebung mit christlichem Geiste zu durchdringen. Das innere Leben der Kirche geht im Streit über das Dogma auf. Im Grunde sind es nur zwei Ideen des Christentums, die einen bedeutenden Einfluß erlangten, die Keuschheit und die Wohltätigkeit. Die naive Sinnlichkeit des Altertums war allmählich in eine bodenlose Liederlichkeit ohne Scham und Sitte umgeschlagen. Augustus hatte zwar durch seine lex Papia entgegenzuwirken und die Ehe zu heben gesucht, aber in den Strafen der Ehe- und Kinderlosigkeit und den Belohnungen für die Verheirateten und mit Kindern Gesegneten auf eine rohe und beschränkte Weise. Die asketische Richtung des Christentums rief hier wesentliche Änderungen hervor. Zwar vermochten auch die christlichen Kaiser die Erlaubtheit des Konkubinats und die Freiheit der Ehescheidung nicht zu beseitigen, doch wurde sie beschränkt, und auch sonst die Ehe würdiger behandelt. Die Wohltätigkeit als Tugend war ein dem Heidentume fremder Begriff; weder Cicero (de officiis) noch Seneca (de beneficiis) sprechen davon; das Christentum rief sie aber in der mannigfachsten Weise hervor, und die Kaiser haben sie in ihrer Weise mit Gesetzen und Privilegien geschützt und gefördert. Dahin gehört die Sorge für die Findlinge — die Kinderaussetzung hatte erschreckend zugenommen, so daß christliche Schriftsteller sogar (wohl auch mit Rücksicht auf die Keuschheit) das Dreikindersystem empfahlen (Lactant. inst. 6, 20) — und für die Kriegsgefangenen — römische Untertanen wurden in Masse von den Barbaren weggeschleppt—: in beiden Richtungen steht die Gesetzgebung entschieden unter kirchlichem Einflusse. Sonst, und namentlich auf dem Gebiete des Privatrechts, ist von einer Einwirkung des Christentums im Sinne der Menschlichkeit nicht viel zu spüren. Die Sklaverei ist nicht aufgehoben: sie wurde von der Kirche als Rechtsinstitut anerkannt; man ist kaum über die Milderungen der Antonine hinausgegangen (etwa C. Th. 15, 8, 2 zugunsten prostituierter Sklavinnen). Nur die Freilassung wird als ein Werk der Barmherzigkeit bei den Laien gefördert; die Anerkennung der manumissio in ecclesia hat mit christlichen Ideen nichts zu tun. Ebenso wenig werden die Härten des Strafrechts und die Bedrückungen des Volkes im allgemeinen gemildert. Man könnte hierher nur etwa rechnen die vereinzelt auftauchenden schwächlichen Versuche der Kaiser, durch Gesetze die Ausbeutung der Notlage der „miseri homines" zu verhindern, besonders den „elenden Schuldnern" zu helfen: die Ausdehnung des Selbsthilfeverbotes (durch Valentinian), das Verbot der lex commissoria durch Constantin, die lex Anastasiana, die Einführung der Anfechtung wegen laesio enormis (durch Justinian, nicht Diocletian; C. 4, 44, 2. 8 sind interpoliert). Doch ist ein wirklicher Zusammenhang all dieser Maßregeln mit christlichen Anschauungen nirgends nachzuweisen[1], und es liegt weit näher, sie auf die dem Despotismus eigene Tendenz zu Wohltaten auf fremde Kosten zurückzuführen.

III. Gesetzgebung.

§ 64. Daß die Gesetzgebung sich vollständig im Kaiser konzentriert, versteht sich von selbst. Der Kaiser ist der alleinige Gesetzgeber, und sein Wille ist unbedingt Gesetz. Die Gesetze werden daher nun einfach vom Kaiser erlassen, und zwar jetzt, wie früher vom Volke, mit dem kaiserlichen iubemus oder sancimus. Die Kaiser Theodos II. und Valentinian III. erklären zwar im Jahre 446, sie wollten kein Gesetz ohne Anhörung und Zustimmung des Senats

[1] In starkem Maß wird christlicher Einfluß auf die Justinianische Kodifikation angenommen von Riccobono, Riv. di scienze „Scientia" 1909 Nr. 9, Riv. di dir. civ. 1911 Nr. 1, m. E. ohne ausreichenden Beweis. Gegen ihn Baviera in den mél. Girard 1912.

und des Konsistoriums erlassen, und sogar Justinian hat dies noch wiederholt (C. I. 1, 14, 8); indessen ist daran kaum festgehalten worden. Die Formen der Gesetzgebung sind mannigfaltig. Eigentliche Gesetze sind die leges edictales oder generales: sie haben die Form von brieflichen Ansprachen und richten sich ad populum, ad senatum, namentlich aber an die Präfekten des Prätoriums. Daher knüpfen sie eher an die orationes in senatu habitae an (§ 37), die vollständig aufhören, als an die alten Edikte. Die Verkündung erfolgt durch Aushang oder durch Verlesen im Senate. Die Mandate verschwinden, wenn auch der liber mandatorum ein Abzeichen der Statthalter bleibt; erst Justinian hat sie erneuert. Die Bedeutung der Reskripte wächst mit der Zunahme des Reskriptverfahrens. Sie verschwimmen jetzt mit den Dekreten in eins: denn der Kaiser entscheidet auf Berufung durch Handschreiben. Je mehr der juristische Wert der Reskripte sinkt, desto größer wird die Gefahr einer unrichtigen Verallgemeinerung. Deshalb wird bestimmt, daß die Reskripte nur für den Einzelfall maßgebend sein sollen, wo sie sich nicht selbst in irgendeiner Form allgemeinere Geltung beilegen (C. I. 1, 14, 3); dagegen sollen ihre Auslegungen des bestehenden Rechtes authentisch sein. Besondere Formen kaiserlicher Reskripte scheinen die adnotatio und die sanctio pragmatica, deren Wesen bis jetzt noch nicht sicher festgestellt ist [1].

Die Teilung des Reiches erscheint lediglich als Abgrenzung von Verwaltungsbezirken der Samtkaiser (§ 55). Daher hat sie auf die Gesetzgebung zunächst keinen erheblichen Einfluß. Die Gesetze jedes einzelnen Herrschers werden regelmäßig unter dem Namen aller Mitkaiser veröffentlicht [2], sie gelten deshalb als für das ganze Reich verkündigt und bindend. Das änderte sich, als tatsächlich die beiden Reichshälften mehr und mehr auseinandergingen (C. Th. 1, 1, 5). Die einseitig erlassenen Gesetze gelten nur dann in dem anderen Gebiete, wenn sie dort gleichfalls verkündigt worden sind. Die Sprache der Gesetze ist, wie die kaiserliche Kanzleisprache überhaupt, lateinisch. Erst seit dem Jahre 534 wird das Griechische überwiegend, das früher nur hier und da, besonders in Gesetzen für die östliche Reichshälfte, auftritt.

Der Geist der neuen Gesetzgebung [3] wird allmählich ein anderer. Unter Diocletian hält sich noch die knappe Form und die juristische Sauberkeit. Aber bald verschwinden die alte Schärfe des Gedankens, die legislative Umsicht und namentlich die feste Technik des Rechts. Die Gesetze werden meistens durch einen konkreten Fall veranlaßt, und man vermag dann nicht die allgemeine Bestimmung von dessen Gepräge loszureißen und selbständig zu bilden, ebensowenig neben dem bezweckten faktischen Erfolge auch die technische Form ins Auge zu fassen. Die Gesetze sind daher breit und schwülstig in den faktischen Elementen, ungenau, unklar und beschränkt in den juristischen Gedanken. Doch haben sie die Entwicklung des römischen Rechts zu seiner weiteren Universalisierung fortgeführt, wenn auch nicht in befriedigender, doch in erträglicher Weise. Die Macht der Verhältnisse trieb mit einer gewissen Notwendigkeit dazu; das Bedürfnis und die Aufgabe der Gesetzgebung wurde in der Regel wenn nicht erkannt, doch gefühlt; man hatte nur nicht mehr die Kraft, sie in entsprechender Weise zu erfüllen.

IV. Wissenschaft.

§ 65. Die erstorbene produktive Wissenschaft der großen Juristen wieder ins Leben zu rufen, war natürlich kein Kaiser imstande. Die Wissenschaft erlosch nicht wegen der Ungunst der Zeiten und nicht, weil ihre Aufgabe erschöpft gewesen wäre. Man hat mit Recht darauf hingewiesen, daß die geschichtliche Zwiespältigkeit des ius civile und honorarium und das kaiserliche Konstitutionenrecht den Versuch einer Zusammenbearbeitung geradezu forderten. Wie schwierig es war, das klassische Recht mit seinem Formularverfahren für den neuen Prozeß zu verwerten, zeigen Justinians Rechtsbücher. Dennoch ist auch hier nichts geschehen. Die Produktivkraft der Juristen geht mit der Vernichtung des römischen

[1] Vgl. über die sanctiones pragmaticae Mommsen, Jur. Schriften III S. 326 (ZRG. 38 S. 51).

[2] Mommsen, Hermes XVII S. 523 ff.

[3] Auf uns gekommen sind die Kaisergesetze dieser Zeit hauptsächlich durch die Sammelwerke des 5. und 6. Jahrhunderts. Vgl. außerdem Haenel, Corpus legum ab imperatoribus romanis ante Iustinianum latarum (1857) p. 182—282.

Volkstums zu Ende, nachdem sie schon in der Zeit der Severe stark abgenommen hatte; statt der Jurisprudenz zieht jetzt die Theologie die begabteren Geister an. Sogar die Erteilung von Gutachten hört auf, und das ius respondendi verschwindet (Inst. 1, 2, 8). Die Epigonen zehren von den Schätzen der klassischen Jurisprudenz und suchen die Schriften durch Bearbeitungen und Erläuterungen zugänglich zu machen. Die Praxis behandelt die Werke der alten Juristen geradezu als ius: man beruft sich darauf wie auf geschriebenes Recht. Die alten Gesetze, Edikte, Senatsschlüsse brauchte man gar nicht mehr, in den Kommentaren stand ja alles bequemer, besser und deutlicher. Mit der Einstimmigkeit, die Hadrian verlangt hatte, nahm man es natürlich nicht genau, wer hätte sie auch genau untersuchen können? Schwierigkeiten und Streit waren doch genug da. Gesetzlich war der Zustand nicht; da die Kaiser ihn aber nicht ändern konnten, suchten sie durch willkürliche Eingriffe zu helfen [1]. Constantin „schaffte" die kritischen notae des Ulpian und Paulus zu Papinian „ab" (aboleri praecipimus), so daß Papinians Meinung „galt" (C. Th. 9, 43, 1 pr.); er bestätigte die sententiae des Paulus: sie sollten unzweifelhaft gelten, wenn sie vor Gericht vorgelegt würden — in iudiciis prolatos valere (sententiarum libros) minime dubitatur. Weiter griffen durch ein Gesetz vom Jahre 426, das sog. Zitiergesetz, Theodos II. und Valentinian III. Es wurde nicht mehr Einstimmigkeit verlangt, sondern schon der Majorität die Gesetzeskraft beigelegt, bei Stimmengleichheit sollte Papinian entscheiden. Zugleich wurde bestimmt, welche Schriftsteller angeführt werden durften, was vielfach zweifelhaft war. Fünf werden genannt: Gaius (der hier nachträglich offiziell den privilegierten Juristen gleichgestellt wird), Papinian, Ulpian, Paulus und Modestinus, der letzte, ein unbedeutender Schüler Ulpians, offenbar nur, weil er zu den letzten der großen Zeit gehörte. Alles, was sie geschrieben haben, darf angeführt werden, mit Ausnahme der tadelnden Noten von Ulpian und Paulus zu Papinian, außerdem aber auch die Schriften aller der Juristen, die von jenen Fünfen irgendwo zitiert worden sind, d. h. in der Hauptsache derjenigen, die das ius respondendi gehabt hatten, denn andere pflegten, von wenigen Ausnahmen (z. B. Pomponius) abgesehen, nicht zitiert zu werden. Selbstverständlich hatte, wer sich auf Schriften der letzteren Kategorie berief, das angezogene Werk und Buch genau anzugeben; die Richtigkeit dieser seiner Angabe aber mußte er — was bei den viel leichter erreichbaren Werken der fünf genannten Juristen nicht gefordert wurde — durch Vorlage von Handschriften des zitierten Werkes bekräftigen [2].

Das Gesetz war gut gemeint, dürfte aber schwerlich dazu geführt haben, den Umfang der Literaturbenutzung erheblich zu erweitern. Die unteren Gerichte jedenfalls und die Advokaten, die dort tätig waren, werden sich auch in der Folgezeit mit sehr wenig Büchern begnügt haben: Gaius' Institutionen und Paulus' Sentenzen reichten in der Regel aus. In der Reihe von Gutachten eines Juristen des 5. Jahrhunderts, die zufällig auf uns gekommen ist und bei uns consultatio iuris consulti cuiusdam genannt wird, sind neben den Kaisergesetzen einfach immer nur Pauli sententiae zitiert (§ 66 III). In den römischen Gesetzbüchern der Goten und Burgunder sind auch nur diese sententiae und Gaius' Institutionen benutzt.

[1] Vgl. Cod. Theodos. 1, 4, 1—3. Puchta, Über das sogenannte Zitiergesetz v. J. 426 (Kleine zivilist. Schriften S. 284); Sanio, Über die sogenannten Zitiergesetze von Konstantin und Valentinian (Rechtshistorische Abhandlungen und Studien (1845) I 1).

[2] So verstehe ich die vielbestrittenen Worte des Zitiergesetzes (vgl. über sie u. a. Krüger, Gesch. der Rechtsquellen S. 263, A. Pernice in den früheren Auflagen dieser Enzyklopädie, neuerdings noch Conrat, Mél. Fitting I p. 317 ss.): si tamen eorum libri propter antiquitatis incertum codicum collatione firmentur. Danach würden die, insbesondere bei den späteren Klassikern, so häufigen Schriftstellerzitate (Sabino et Cassio placuit, et ita Celsus scribit, Pomponius refert Aristonem putare u. ähnl.) bei der Stimmenzählung ganz außer Betracht geblieben sein — Schriften, die wie Gesetze galten, mußten auch wie Gesetze genau angeführt werden —, und Zweck der ganzen Bestimmung wäre gewesen, dem Gericht und der Gegenpartei die Kontrolle der angezogenen Stelle durch Einsicht des Originaltextes zu ermöglichen. Hiergegen darf man nicht einwenden, daß eine solche Kontrolle gar nicht möglich gewesen sei, da ja die interpretatio melde: Scaevola Sabinus Iulianus atque Marcellus in suis corporibus non inveniuntur. Gewiß, die meisten Gerichte und Advokaten werden Handschriften dieser älteren Juristen in der Tat nicht besessen haben. Aber in den Bibliotheken der Hauptstädte und der Rechtsschulen gab es solche Handschriften im 5. Jahrhundert so gut wie zur Zeit Justinians, und das Gesetz läßt annehmen, daß dies seinen Verfassern wohlbekannt war. Mit dem Gesetzeswortlaut (si libri firmentur) scheint mir die obige Deutung besser zu stimmen als jede andere.

Die ganze Arbeit und Weisheit der großen Juristen würde allmählich vollständig verloren gegangen sein, wenn ihre Resultate der Praxis nicht näher gelegt und zum täglichen Gebrauche bequemer gemacht worden wären. Die Arbeit des Sammelns, Vergleichens, Abwägens und Entscheidens mußte ein für allemal von oben her, von Staats wegen, geschehen und danach der Praxis eine gesetzliche Zusammenstellung in die Hände gegeben werden. Das erkannte Justinian, führte es in seinen Pandekten aus und ist damit der Erhalter der römischen Jurisprudenz für die Nachwelt geworden.

V. Sammlungen des Rechts.

A. Vor Justinian.

§ 66. Das Bedürfnis, die Ergebnisse der Rechtsbildung übersichtlich zusammenzufassen, wurde schon lange vor Justinian dringend fühlbar und rief allerlei Vorläufer seiner Sammlungen hervor. Am dringendsten war es bei den kaiserlichen Verordnungen. Schon zur Zeit der großen Juristen finden sich daher Schriften, welche Kaisererlasse wiedergeben: so das Werk des Papirius Justus (unter Marcus) de constitutionibus (der divi fratres und des M. Aurel) in 20 Büchern; es bringt nicht den Wortlaut selbst, sondern den Inhalt der Entscheidung. Das Bedürfnis nach Sammlungen wuchs noch mit der starken Vermehrung der kaiserlichen Erlasse seit Diocletian. Man fing nun an, den Text der Konstitutionen selbst zu veröffentlichen.

Dies geschah zuerst in zwei Privatsammlungen, den nach ihren Verfassern benannten codices Gregorianus und Hermogenianus. Sie treten immer zusammen und in dieser Folge auf; jedenfalls ist die zweite Sammlung danach als Ergänzung der ersten anzusehen. Der cod. Gregor. zerfällt in Bücher und diese in Titel, der cod. Hermog. nur in sehr zahlreiche (schol. Sinait. § 5) Titel. Der erste enthält Erlasse von Hadrian (wie wir aus Justinians Kodex bestimmt entnehmen können) bis auf Diocletian. Wahrscheinlich ist er also unter diesem Kaiser, vielleicht auf seine Veranlassung, angelegt: denn der Verfasser hat sicher das kaiserliche Archiv benutzt. Auch der cod. Hermog. fällt wohl in seiner ursprünglichen Fassung noch unter Diocletian; aber es sind Nachträge und Neuausgaben davon gemacht. Von beiden Sammlungen haben wir nur dürftige Bruchstücke in den späteren Werken, die sie benutzten [1].

Im Anschlusse an diese beiden Codices ließen Theodos II. und Valentinian III. 429 eine Sammlung der edicta und leges generales seit Constantin anlegen. Die dazu eingesetzte Kommission wurde nicht fertig; es mußte 435 eine neue gebildet werden, und diese brachte das Werk in etwas über zwei Jahren zustande. Es hat Gesetzeskraft seit 1. Januar 439 als codex Theodosianus [2], nachdem es 438 durch Vorlegung im römischen Senate verkündigt war. Das Gesetzbuch enthält über 3000 leges; es zerfällt in 16 Bücher, wie es scheint: nach dem Systeme der Digestenwerke (§ 51), diese in Titel, in denen die Erlasse nach der Zeitfolge stehen. Die sachliche Ordnung hat vielfach die Zerlegung größerer Kaisererlasse bedingt, wenn sie Verschiedenartiges enthielten; Verkürzungen und Umgestaltungen, zu denen die Verfasser ermächtigt waren, finden sich häufig. Das Werk ist fast vollständig auf uns gekommen [3]. Ursprünglich war auch eine Bearbeitung der Juristenschriften beabsichtigt; dieser Plan aber wurde anscheinend schon 435 aufgegeben (cod. Theod. 1, 1, 5 und 6). Die nach dem Kodex bis zum Untergange des abendländischen Reiches in beiden Reichen erlassenen Gesetze (novellae leges), die nach Ver-

---

[1] Neueste Ausgaben: Codicis Gregor. et cod. Hermog. fragmenta, ed. G. Haenel. 1837. In der coll. libr. iur. anteiust. III p. 224 sqq. von P. Krüger. Vgl. Kipp, Gesch. d. Quellen S. 88 N. 14.

[2] Dies ist der authentische Titel, nicht, wie Mommsen in seiner Ausgabe (s. N. 3) annimmt, bloß Theodosianus. Vgl. Krüger, ZRG. XXXIX S. 329 ff.

[3] Teils durch einen Auszug im westgot. Gesetzbuche, teils direkt durch verschiedene Reste von Handschriften, die zum Teil schon im 16., zum Teil erst im vorigen Jahrhundert aufgefunden sind. Beste Ausgabe von Th. Mommsen, Theodosiani libri XVI etc. 1905. Von älteren Ausgaben zu nennen die von G. Hänel 1842. Die ersten 5 Bücher herausgegeben in Form eines Apographum der Turiner Handschrift von P. Krüger: Codicis Theodosiani fragmenta Taurinensia. 1880. 4°. Von den älteren Ausgaben ist die von Jak. Gothofredus in 6 Foliobänden wegen ihres großartigen Kommentars noch jetzt unentbehrlich. Sie ist erst nach

abredung stets in beiden publiziert werden sollten, sind im abendländischen Reiche gleichfalls zu einer Sammlung vereinigt worden und dadurch teils direkt, teils im Auszug im westgotischen Gesetzbuche auf uns gekommen [1]. Man nennt sie bei uns die posttheodosischen Novellen. Es sind über 100, sie betreffen meistens Verwaltungs-, Straf- und Kirchenrecht.

Neben diesen Sammlungen der Kaisergesetze finden sich im 4. oder 5. Jahrhunderte auch zwei Versuche, das ältere Recht aus den Schriften der Juristen mit dem Konstitutionenrechte zu verbinden. Man unterschied beides als ius und leges.

I. Die sog. fragmenta Vaticana. In der Vatikanischen Bibliothek sind im Jahre 1821 in einer größeren Handschrift 33 reskribierte Blätter gefunden worden, die zu einer ziemlich umfangreichen Sammlung von ius und leges gehört haben müssen. Bei Anfertigung der neuen Handschrift sind die Blätter zerschnitten: daher fehlt den Zeilen bald der Anfang, bald der Schluß. Sie enthalten sieben Titel über Kauf, Nießbrauch, dos, Vormundschaft, Schenkung und Prokuratoren. Das ius besteht nur in Exzerpten aus Papinians, Ulpians und Paulus' Schriften, Gaius fehlt. Die leges sind fast nur Reskripte bis zum Jahre 318, offenbar aus dem cod. Gregor. und Hermog. entnommen, außerdem nur drei unverkürzte weitschweifige Gesetze von Constantin und eines von Valentinian I. vom Jahre 372. Über den Ursprung der Sammlung, namentlich ob sie Privatarbeit oder amtlich war, wissen wir gar nichts. Angefertigt ist sie wahrscheinlich im Occident, entweder in den ersten oder den letzten Jahrzehnten des 4. Jahrhunderts, je nachdem die erwähnten vier Gesetze ursprünglicher Bestandteil oder späterer Zusatz sind [2].

II. Die lex Dei, quam Deus praecepit ad Moysen, gewöhnlich collatio legum Romanarum et Mosaicarum genannt. Es ist das eine Zusammenstellung des römischen und jüdischen Rechtes in 16 Titeln, überwiegend Strafrecht, nur tit. X de deposito, tit. XVI de legitima successione. Das mosaische Recht geht voran, dann folgen Stellen aus den Werken von Gaius, Papinian, Paulus, Ulpian und Modestin, Konstitutionen der Kaiser, darunter eine von Valentinian, Theodos und Arkadius von 390 (5,2 = C. Th. 9, 76). Offenbar ist eine Vergleichung beabsichtigt; der Verfasser will die Übereinstimmung des heidnischen Rechtes mit dem mosaischen dartun (vgl. Tertull. apol. 45). Daher muß das Buch in christlicher Zeit entstanden sein, und zwar vor 438 (dem Codex Theodosianus), und nicht vor 390; ungerechtfertigt ist die Meinung, daß es, weil es nur die Zitierjuristen berücksichtige, erst nach 426 entstanden sein könne [3]. Daß (5,3) Theodos II. als lebend erscheine, ist nicht zutreffend. Als Verfasser hat man ohne Grund den Kirchenvater Rufinus (Huschke) oder den h. Ambrosius (Rudorff) oder den h. Hieronymus (Conrat) vermutet [4].

In diesen Zusammenhang gehören endlich noch zwei Werke, die sich gleichfalls als Kompilationen aus älteren Schriften darstellen:

III. Die sog. consultatio veteris cuiusdam iuris consulti de pactis: es sind gutachtliche Antworten auf eine Reihe von Fragen aus dem Vertragsrechte. Ob die Antworten von dem-

---

Gothofreds Tode von Marville 1665 herausgegeben, in 2. Aufl. von Ritter 1736—45. Nicht zu dem Codex Theodosianus gehören, sind aber in Mommsens Ausgabe mit enthalten (von Hänel 1844 als Supplement der seinigen gesondert herausgegeben) die von J. Sirmondus 1631 veröffentlichten sog. constitutiones Sirmondianae. Es sind das 18 fast nur kirchliche Gesetze von 318—425, die im cod. Theod. teils nur exzerpiert, teils gar nicht aufgenommen, in fränkischen Handschriften aber erhalten sind, von Gothofred jedoch wegen ihres Inhaltes für unecht gehalten waren.

[1] Neueste Ausgabe: Leges novellae ad Theodosianum pertinentes ed. adiutore Th. Mommseno Paulus M. Meyer 1905 (2. Band der Ausgabe des C. Theod.). Daneben zu nennen: Novellae constitutiones imperatorum Theodosii II etc., ed. Haenel. 1848.

[2] Erste Ausgabe: vom Entdecker Kardinal Angelo Mai: iuris civilis anteiustinianei reliquiae ineditae. 1823. Neueste in der coll. libr. iur. III p. 1 sq. von Th. Mommsen. 1890. Dazu das Apographum: Codicis Vaticani exemplum, ed. Mommsen. 1860. 4°.

[3] Mit Recht wird hiergegen von Huschke und Mommsen bemerkt, daß das Zitiergesetz mit dem Hinweis auf die fünf Zitierjuristen höchstwahrscheinlich nur eine bereits bestehende Praxis sanktioniert habe. Vgl. Mommsen, l. c. p. 127.

[4] Es gibt drei Handschriften aus dem 8.—11. Jahrhundert. Erste Ausgabe: Pithou, Fragm. quaedam Papiniani al. cum Moysis legibus collata. 1573. Neueste: in der coll. libr. iur. III p. 107 sq. von Th. Mommsen. 1890. — Rudorff, Ursprung und Bestimmung der lex Dei. 1869 (Abhandlungen der Berliner Akademie). Triebs, Studien zur Lex dei H. 1. 2 (1905. 1907).

selben Juristen oder von mehreren herrühren, ist zweifelhaft. Die Frager sind jedenfalls Anwälte, und der Gutachter gibt ihnen in zum Teile bedenklicher Weise Ratschläge in ihrem Sinne. Überall werden die Belegstellen beigefügt: sie sind Paulus' Sentenzen und den drei Codices entnommen. Die Abfassungszeit ist ungewiß. Doch scheint die Schrift am besten in die zweite Hälfte des 5. Jahrhunderts zu setzen. Sie ist vielleicht in Frankreich entstanden, wo sie zuerst erwähnt wird [1].

IV. Das sog. syrisch-römische Rechtsbuch, eine unvollständige und unsystematische Darstellung römischen Rechts — hauptsächlich Erb-, Ehe-, Freilassungsrecht, Strafrecht und Prozeß —, mit mancherlei fremdartigen Beimischungen. Aussprüche der klassischen Juristen liegen wohl zugrunde, sind aber durch die Überarbeitung fast unkenntlich gemacht. Das an sich wissenschaftlich wertlose Werk hat große Bedeutung eben durch jene Beimischungen, die auf das Vulgarrecht der östlichen Provinzen, vor allem auf das griechische [2] zurückgehen. Das Buch ist ursprünglich griechisch geschrieben, dann in verschiedene orientalische Sprachen (in das Syrische, Arabische, Armenische, Koptische) übersetzt worden und liegt in mehreren Redaktionen vor, die erheblich voneinander abweichen und auch nicht der gleichen Zeit angehören. Das ursprüngliche Werk ist nicht, wie man früher glaubte, erst um 476 verfaßt. Als Verfasser nennt eine Redaktion den Ambrosius confessor, d. h. den h. Ambrosius [3]. Nach einer wahrscheinlichen Vermutung ist es aber in seiner ersten Gestalt noch vorconstantinisch und in der Patriarchatskanzlei zu Antiochia entstanden. Es hat in der ganzen orientalischen Christenheit Verbreitung erlangt, ist dort von den geistlichen Gerichten benutzt worden und, die Justinianische Gesetzgebung lange überlebend, bis in sehr neue Zeit in praktischem Gebrauch geblieben [4].

B. Justinian.

§ 67. Das abendländische Kaiserreich war untergegangen, Italien von den Ostgoten erobert, ein neues Reich durch Theoderich gegründet, da bestieg in Konstantinopel im Jahre 527 ein Mann den Thron, der, weder an Geist noch Charakter groß, doch durch geschickte Benutzung der Verhältnisse und Personen noch einmal eine Art Restauration des altrömischen Reiches und seines Glanzes durch Verbindung von Italien, Asien und Afrika mit Griechenland herzustellen vermochte und für das römische Recht in kurzer Zeit die Arbeit ausführte, die notwendig war, um es zu einer Art geschichtlichen Abschlusses zu bringen und so seinen Übergang auf die Nachwelt zu ermöglichen. Dies ist Justinian, der im Jahre 482 in Taurešium, einer kleinen Stadt des heutigen Serbiens, geboren ist [5]. Sein Onkel Justinus, der sich vom gemeinen Soldaten allmählich zum Kaiser emporgeschwungen hatte, ließ ihn studieren und in den Staatsdienst eintreten, nahm ihn 527 zum Mitkaiser an, starb aber

[1] Aus einer jetzt verlorenen Handschrift herausgegeben von Cujaz 1577; Krüger, Collectio III p. 199 sq.

[2] Mitteis, Reichsrecht u. Volksrecht S. 313 f., 537 f.

[3] Mitteis, Abh. der Berl. Akad. 1905 S. 17 f., legt dieser Angabe wohl mehr Gewicht bei, als sie verdient. Das Werk steht unter dem, was einem Mann von der Bildung des H. Ambrosius zuzutrauen ist.

[4] Zuerst vollständig mit großem Kommentar herausgegeben von Bruns und Sachau, Syrisch-römisches Rechtsbuch (1880). Sodann auf Grund neu entdeckter Handschriften: Sachau, Syrische Rechtsbücher I (1907), dazu Partsch, ZRG. XLI S. 423 ff. Vgl. auch die lateinische Übersetzung von Ferrini in Riccobono, Baviera, Ferrini, Fontes II p. 637 sq.

[5] Ludewig, Vita Iustiniani 1731. J. Bryce, The life of J. by Theophilus (English historical review. 1887. N. 8 p. 657 ss.). In dieser musterhaften Untersuchung ist folgendes nachgewiesen. Zuerst Alemanni hat in Vorrede und Anmerkungen zu seiner Ausgabe der historia arcana des Prokop (1623) auf eine Lebensbeschreibung Justinians von seinem Lehrer, dem Abte Theophilus, hingewiesen und einzelne Angaben daraus gemacht. Andere, bis in die Neuzeit, haben ihm diese nachgeschrieben. Die Schrift ist nie veröffentlicht und nirgends eine Handschrift aufzufinden. Bryce hat aber in der Bibliothek Barberini einen kurzen lateinischen Aufsatz mit erläuternden Anmerkungen entdeckt, den sein Verfasser als Auszug aus dem Leben Justinians von einem Abt Bogumil bezeichnet. Bogumil ist Theophilus. Jene Erläuterungen hat der bosnische Bischof Mrnavić (1579—1639) geschrieben, ein unkritischer erfindungsreicher Slawist, der mit Alemanni Beziehungen hatte, so daß die von Bryce gehegte Vermutung, er selbst habe die Vita Justiniani erdichtet, sehr nahe liegt. Es sprechen aber doch entscheidende Gründe gegen seine Verfasserschaft und für die Abfassung in etwas früherer Zeit (um 1600) durch einen der pan-

bald darauf und hinterließ ihm den Thron, den er bis zu seinem Tode 565 behielt [1]. Justinians Persönlichkeit ist weder imponierend noch anziehend. Er war ehrgeizig und in den früheren Jahren seiner Regierung von unermüdlichem Eifer, aber in entscheidenden Momenten unsicher und verzagt. Er wußte seine Mitarbeiter in Krieg und Frieden zu wählen, verfolgte sie aber mit Mißtrauen und Eifersucht und hatte stets ein offenes Ohr für die Verleumdung. Maßlose Eitelkeit machte ihn zum Opfer der Schmeichelei. Wie so vielen Despoten, war ihm gelegentlich Milde nicht fremd, aber auch Grausamkeit nicht und Hinterlist. Seine Frömmigkeit steigerte sich zu fanatischer Frömmelei. Seine Erfolge nach außen verdankte er lediglich seinen Feldherren Belisar und Narses, gegen die er dann doch wieder argwöhnisch und undankbar war. Größere persönliche Bedeutung wird man ihm bei seiner gesetzgeberischen Tätigkeit zusprechen können, da er dazu durch Studium und Staatsdienst vorbereitet war und offenbar seine Hauptpläne schon von daher mit auf den Thron brachte. Das Hauptverdienst in der weiteren Durchführung hat aber auch hier sein Justizminister Tribonianus, ein Pamphylier, der ein bedeutendes Talent gewesen sein muß und dabei von seinen Zeitgenossen als ein menschenfreundlicher, freidenkender, liebenswürdiger und witziger Mann geschildert wird, freilich auch als habsüchtig und gewissenlos [2].

Die Bedeutung der legislativen Tätigkeit beider besteht nun keineswegs bloß in der Bewerkstelligung der großen Sammlungen, sondern ebensosehr auch in den mehr als 500 neuen Gesetzen, wodurch die lange vernachlässigte römische Rechtsentwicklung jetzt in kurzer Zeit in einer Menge der wichtigsten Punkte erst zu dem nötigen oder wenigstens möglichen Abschlusse gebracht wurde. Zwar hätte eigentlich noch viel mehr geschehen sollen, und auch alle jene Gesetze leiden an den oben besprochenen Mängeln der späteren Kaisergesetzgebung, unklarer Erkenntnis der Aufgabe und mangelhafter Lösung, namentlich in technischer Beziehung, allein im ganzen und wesentlichen haben sie doch meistens die rechte Richtung und übertreffen jedenfalls weit die ganze voraufgehende Gesetzgebung seit Constantin.

§ 68. Der Verlauf der Justinianischen Gesetzgebung ist im einzelnen folgender:

1. Der alte Kodex. Die eigenen Erfahrungen, die Justinian im Staatsdienste über den trostlosen Zustand der Rechtsquellen gemacht hatte, hatten offenbar den Plan in ihm erweckt, als Kaiser durchgreifende Reformen darin vorzunehmen. Schon wenige Monate nach Justins Tode fing er damit an. Das erste war eine neue Sammlung der Konstitutionen, unter Vereinigung der drei bisherigen Codices zu einem, so daß ihre Geltung aufhören sollte, Beseitigung des Veralteten, Hinzunahme der neuen Gesetze, besserer Anordnung des Ganzen; Wiederholungen sollten vermieden, Widersprüche beseitigt, nach Klarheit und Kürze gestrebt werden. Am 15. Februar 528 wurde eine Kommission von sieben Beamten, zwei Advokaten und einem Professor eingesetzt; den Vorsitz führte der Exquästor Johannes; Tribonian gehörte der Kommission an: er war damals, wie es scheint, Abteilungschef

slawistischen Gelehrten jener Zeit (Jagić, Arch. f. slaw. Philol. XI S. 300 f.). Unzweifelhaft machte Alemanni seine Angaben lediglich nach dieser Vita. Ob ihr Verfasser seine Erzählung aus der Tradition nahm oder ob es wirklich ein Leben Justinians von Bogumil gab, ist ohne Bedeutung: glaubwürdig wäre der Bericht in keinem Fall. Den Slawen war Justinianus ein sagenhafter Held ihres Stammes geworden, weil er da geboren wurde, wo sie später saßen, ähnlich wie Theoderich den Deutschen. So fallen alle Nachrichten zusammen, die sich allein auf Theophilus stützen: Justinians slawische Abkunft (die Slawen waren damals noch nicht so weit südlich vorgedrungen: Rösler, Sitzungsberichte der Wiener Akademie. 1873. I S. 115 ff.), der Name Uprauda, die Namen der Eltern und Verwandten, der Heldenkampf mit Reccared, der Aufenthalt am Hofe Theoderichs usw.

[1] Diehl, Justinien 1901.

[2] Ranke, Weltgeschichte IV [2] findet die Bedeutung Justinians darin, daß er dem Kaisertume die alte Stellung unter den Völkern wieder begründete durch seine Eroberungen, seine Bauten und seine Gesetzgebung. Die Quellen der Geschichte des Kaisers sind vor allem die Schriften des Geheimschreibers Prokop. Dessen historia arcana, die auch den Hofklatsch aufzeichnet, hält Ranke für unecht (S. 300 ff.). Ganz anders urteilt über die Schrift Mommsen, Ostgotische Studieu II (Neues Archiv für ältere deutsche Geschichtskunde XIV S. 519), und damit auch über Justinian nnd seine Regierung. Siehe die Literatur der Frage bei Krumbacher, Byzant. Lit.-Gesch. in J. v. Müllers Handbuch IX [1] S. 235 f.

unter dem magister officiorum (magisteria dignitate inter agentes decoratus). In einem Jahre war das Werk fertig und wurde am 7. April 529 publiziert mit Gesetzeskraft vom 16. (c. Summam reip.). Durch die Revision vom Jahre 534 ist es wieder aufgehoben und daher auch nicht auf uns gekommen. Nur die beiden Gesetze, wodurch es anbefohlen und publiziert wurde, sind auch dem neuen Kodex vorne vorgesetzt.

2. Die fünfzig Dezisionen. Die zweite Aufgabe, die Sammlung und Sichtung des ius, war ungleich schwieriger. Justinian sah ein, daß zur Beseitigung der Streitfragen unter den alten Juristen das Abzählungsprinzip des Zitiergesetzes nicht ausreichte, sondern selbständige Entscheidungen nötig waren, und daß auch eine Menge von Resten abgestorbener Institutionen vollständig beseitigt werden mußte, ehe man das ius mit Erfolg bearbeiten konnte; so z. B. die Unterschiede von res mancipi und nec mancipi, quiritarischem und bonitarischem Eigentum, Legaten und Fideikommissen u. a. Er erledigte dieses zunächst durch eine Anzahl einzelner Gesetze. Wir kennen aus dem Jahre 529 gegen 80, vom Jahre 530 gegen 130, vom Jahre 531 gegen 100. Man scheint davon 50 Entscheidungen alter Kontroversen in einer besonderen Sammlung vereinigt und an die Rechtsschulen geschickt zu haben; denn eine amtliche Sammlung des liber quinquaginta constitutionum wird noch in Justinians Zeit angeführt[1] (c. Cordi § 1. 5, Inst. 1, 5, 3).

3. Die Digesten oder Pandekten[2]. Am 15. Dezember 530 erließ Justinian eine Instruktion (c. Deo auctore) an Tribonian, der inzwischen zum quaestor palatii erhoben war, worin er ihn beauftragte, eine Kommission zusammenzusetzen und mit dieser aus den Schriften der alten Juristen, aber nur der mit ius respondendi, alles noch praktisch Brauchbare wörtlich zu exzerpieren, alles Veraltete und Überflüssige auszuscheiden, alle Widersprüche zu beseitigen und danach auch so viel als nötig am Texte zu ändern; die gesamten Exzerpte sollten dann nach ihrem Inhalte in der Ordnung des prätorischen Ediktes in 50 Büchern mit Titeln zusammengestellt werden und so unter dem Namen πανδέκται oder digesta als codex iuris (enucleati) neben dem codex legum stehen und mit diesem zusammen ein vollständiges Gesetzbuch in zwei Teilen bilden. Tribonian förderte das Werk so, daß es bereits in drei Jahren fertig war; am 16. Dezember 533 wurde es durch Übersendung an den Senat verkündigt (c. Omnem), am 30. Dezember trat es in Kraft.

Über die Art der Ausführung läßt sich aus den Verordnungen und dem Werke selbst folgendes entnehmen: die Kommission bestand aus vier Professoren (Theophilus, Dorotheus, Anatolius, Kratinus), elf Advokaten und einem Beamten. Man bezeichnet sie nach ihrer Tätigkeit als die Kompilatoren. Nach Justinians Angabe haben sie 2000 Bücher mit drei Millionen Zeilen (versus) auf 150 000 Reihen zusammengezogen, also etwa auf ein Zwanzigstel. Von den benutzten Schriftstellern und ihren Werken wurde ein Verzeichnis (sog. index Florentinus) angefertigt und den Pandekten vorgesetzt; es stimmt mit dem aus den Digesten gewonnenen Tatbestande nicht ganz überein. Benutzt sind im ganzen die Werke von 40 Schriftstellern. Darunter sind drei (Q. Mucius, Alfenus, Alius Gallus) noch aus republikanischer Zeit; sie haben also, der Vorschrift zuwider, wie übrigens auch Pomponius und noch mancher andere, kein ius respondendi; die Benutzung der ursprünglichen Werke, nicht von Auszügen, ist hier zweifelhaft; 35 sind aus der großen Zeit, zwei Nachzügler aus dem 4. Jahrhundert.

Für die Exzerpierung schied man die gesamten Bücher nach dem Inhalte und der bisherigen Studienordnung in drei Klassen, Zivilrecht, prätorisches Recht, Responsen und ähnliche praktische Schriften, wozu dann noch ein weniger umfassender Rest von Werken gemischten und unbestimmten Charakters kam. Entsprechend wurde dann auch die Kommission in drei oder vier Abteilungen geteilt, jede exzerpierte zunächst eine Klasse für sich, worauf dann in Generalsitzungen die vier Exzerptmassen in Übereinstimmung und Ordnung gebracht wurden. Die Wahl der Exzerpte aus den einzelnen Schriften war sehr ungleich. Im zivilen und prätorischen Rechte bilden die beiden Werke von Ulpian ad Sabinum und ad edictum die Grund-

[1] S. di Marzo, Le L decisiones di Giustiniano. 1899. 1900. Dazu P. Krüger, Justinianische Entscheidungen streitiger Rechtsfragen usw. 1907 (in der Festg. f. Bekker).

[2] Vgl. Jörs, bei Pauly-Wissowa, Art. Digesta.

lage, bei den Responsen die von Papinian. Man nennt die Massen danach bei uns Sabinus-, Edikts-, Papinians- und Postpapinians- oder Appendixmasse (S. E. P. pP. oder App.) [1]. Die Exzerpte aus den beiden Werken von Ulpian bilden aber bei weitem das meiste, fast ein Drittel des Ganzen.

Die Ordnung des Stoffes ist im ganzen die des prätorischen Edikts, jedoch mit manchen Abweichungen, und in den letzten vier Büchern ist ein Zusatz von Strafrecht und Staatsrecht, d. h. Appellation an den Kaiser, Fiskal-, Militär-, Munizipal- und Steuerrecht gemacht. Die Bücher sind in Titel mit Überschriften (rubricae) geteilt (nur in Buch 30—32 de legatis ist umgekehrt ein Titel in drei Bücher aufgelöst). In den Titeln sind die einzelnen Exzerpte in der Regel nicht weiter systematisch geordnet, sondern einfach nach den vier durch die Exzerpierung entstandenen Massen hintereinandergestellt, meistens die Masse voran, die gerade das meiste enthielt, natürlich mit mancherlei einzelnen Abweichungen. Bei mehreren Exzerpten über denselben Gegenstand legte man eines zugrunde und schaltete aus den anderen nur einzelne Sätze oder selbst nur Worte ein. Über jedes, auch das kleinste Exzerpt, wurde nach der Bestimmung Justinians der Name des Verfassers mit Titel und Buchzahl seiner Schrift gesetzt (sog. inscriptio).

Die Bruchstücke der Juristen sind grundsätzlich im Wortlaute wiedergegeben, aber die Kompilatoren haben von ihrer Befugnis, Änderungen vorzunehmen, einen sehr weitgehenden Gebrauch gemacht (sog. interpolationes, emblemata Triboniani, Tribonianismen). Häufig haben sie nur der Kürze halber mehrere Sätze in eins gezogen, längere Ausführungen weggeschnitten, namentlich Berichte über Streitfragen unter den älteren Juristen, und in Verbindung damit sind öfters zweifelnd ausgesprochene Meinungen bestimmt hingestellt; denn es kam überall nur auf die letzte praktische Entscheidung an. Veraltete Rechtsinstitute, namentlich solche, die Justinian selbst aufgehoben hat, sind natürlich systematisch beseitigt: mancipatio (traditio), fiducia (pignus), in iure cessio (cessio), sponsor und fidepromissor (fideiussor), dotis dictio, cognitor (procurator), cretio, actio auctoritatis. Für die Feststellung des Ursprünglichen ist von großer Wichtigkeit die inscriptio der Stelle, weil sich aus ihr ergibt, in welchem Zusammenhange der Jurist die Frage behandelte [2]. Aber auch Zusätze sind gemacht. Zum Teile sind das nur Verdeutlichungen im Sinne der Kompilatoren (id est); in anderen Fällen sind es weise Einschränkungen zu allgemein klingender Sätze (D. 1, 5, 24); vielfach soll dadurch die Erwägung der Besonderheiten des Falles oder die Rücksicht auf den Sinn der Parteisatzungen angeregt werden (si modo, nisi). Endlich sind aber damit auch wirkliche Rechtsänderungen zum Ausdrucke gebracht. Die Kompilatoren haben sich nicht gescheut, längere Sätze und sogar ganze Bruchstücke zu erfinden, bei denen höchstens einzelne Worte und Wendungen des Juristen benutzt wurden: so zur Einleitung neuer Abschnitte, zur Überleitung (D. 3, 1, 11, 1), aber auch um eigene Gedanken zur Geltung zu bringen (D. 19, 2, 25 pr. [Gaius 3, 140. 143]; 24, 2, 6; 22, 3, 25; 4, 2, 14, 11), wie das Neurecht (D. 12, 4, 5). Man erkennt die Zusätze an grammatischen Inkorrektheiten, am Stile (Gräzismen), an gewissen spätlateinischen, bei Justinian beliebten Wörtern und Wendungen, oft auch daran, daß sie den Zusammenhang unterbrechen und den erkennbaren Gedankengang des Juristen stören und verwirren. Einzelne Schriftsteller sind mehr interpoliert als andere; so Ulpian, weil er die Grundlage des ganzen

[1] Bluhme, Die Ordnung der Fragmente in den Pandektentiteln. 1820 (Zeitschr. für gesch. Rechtswiss. IV S. 256). Die Hypothese Bluhmes wird energisch bestritten in dem nachgelassenen Werk Franz Hofmanns, Die Kompilation der Digesten Justinians, 1900; vgl. auch Ehrenzweig, Grünhuts Ztschr. XXVIII S. 313 f. Hofmann hält es insbesondere für unmöglich, daß bei Beobachtung des von B. vermuteten Verfahrens die Digesten in so kurzer Zeit hätten vollendet werden können, bezweifelt die Glaubwürdigkeit der eigenen Angaben Justinians über die Art der Abfassung und ist seinerseits der Meinung, bei Zusammenstellung der Digesten seien nur wenige Originalwerke, insbesondere Ulpians, ernstlich benutzt und exzerpiert, zur Ergänzung des Stoffs aber seien ältere, gleichartige Sammlungen herangezogen worden. Diesen Ansichten kann nicht beigetreten werden. Vgl. di Marzo, Sulla compilazione dei digesti di Giust. (circolo giurid. XXXII) 1901, Mommsen, ZRG. XXXV S. 1 ff., P. Krüger, ebendaselbst S. 12 ff. und besonders Jörs a. a. O. unter III.

[2] Dafür wichtiges Hilfsmittel Lenels Palingenesia (s. S. 366 N. 1).

Werkes bildete; so Scävola, weil seine responsa directa aspera simplicia den Kompilatoren bedenklich erschienen [1].

Der Wert der Kompilation muß, wenn man einen billigen Maßstab nach den damaligen Verhältnissen anlegt, ziemlich hoch gestellt werden. Die Aufgabe war außerordentlich schwierig, äußerlich wegen der Masse und Unbequemlichkeit der Bücher, innerlich wegen der vielen und großen Veränderungen, die im ganzen Rechte eingetreten waren. Die erste Schwierigkeit haben die Kompilatoren verhältnismäßig gut überwunden, namentlich bei der kurzen Zeit, die sie brauchten, wiewohl es an Lücken, Wiederholungen und Widersprüchen nicht fehlt. Weniger gewachsen waren sie der zweiten Schwierigkeit. Die Spuren der alten Rechtszustände, des längst außer Geltung getretenen Formularprozesses, der abgekommenen oder abgeschafften Rechtsinstitute sind an zahllosen Stellen erkennbar, die Interpolationen oft recht ungeschickt und oberflächlich. Was freilich die Digesten durch diese Mängel an Wert als Kodifikation des Justinianischen Rechts verlieren, haben sie an historischem Interesse gewonnen.

Über die gesetzliche Kraft der Sammlung bestimmte Justinian, daß alles Aufgenommene vollständig gelten solle, wie wenn es sein eigenes Gesetz wäre, alles nicht Aufgenommene dagegen gar nicht mehr. Daraus ergibt sich die Notwendigkeit der sog. duplex interpretatio der Digesten: die Stellen sind erst auszulegen im Sinne ihrer Verfasser; dabei ist der gesamte Gedankengang entscheidend; dann aber im Sinne Justinians, und da kommt es wesentlich auf die praktische Spitze an. In törichter, aber nicht beispielloser, legislativer Verblendung verband der Kaiser damit das Verbot, die alten Bücher mit seinen Pandekten noch zu vergleichen oder gar neue darüber zu schreiben. Das letztere wurde schon bei seinen Lebzeiten und von den Verfassern der Pandekten selbst übertreten, das erstere scheint man, wenngleich es bei den byzantinischen Juristen der nächsten Zeit an wertvollen Spuren von Kenntnis des alten Rechtes nicht fehlt, gründlicher befolgt und einfach durch Vertilgung der alten Bücher gesichert zu haben. Wenigstens läßt sich der absolute Mangel alles und jedes Überrestes kaum anders erklären.

4. Die Institutionen. Das neue Gesetzbuch des codex iuris und legum machte eine neue Ordnung des ganzen Rechtsstudiums nötig. Justinian hat darüber ein eigenes Gesetz erlassen. Dabei stellte sich heraus, daß für die Einleitung in das Studium ein anderes Buch als die alten Institutionen von Gaius, Ulpian usw. notwendig sei. Die Abfassung der Wissenschaft zu überlassen, entsprach dem Geiste der Zeit nicht. Es mußte ein gesetzliches Institutionenkompendium angefertigt werden. Tribonian bekam den Auftrag dazu schon während der Abfassung der Pandekten, und es war schon früher als diese fertig, schon am 21. November 533 wurde es verkündigt (c. Imperatoriam). Zwei Professoren von Konstantinopel und Beryt, Theophilus und Dorotheus, hatten es verfaßt, Tribonian hatte nur die Oberleitung. Sie teilten sich anscheinend so, daß der eine Buch 1 und 2 und 4, 18 (de publicis iudiciis) bearbeitete, der andere Buch 3 und 4; wer dies, wer jenes, ist streitig [2]. Im ganzen haben sie sich die Sache leicht gemacht. Sie legten den Gaius wörtlich zugrunde (daher fehlen Pfand- und Dotalrecht); sie ließen das Veraltete und die historischen Ausführungen weg oder machten kurze Einleitungen daraus, schalteten dagegen Exzerpte aus anderen Schriften ein und fügten

[1] Die Forschung nach Interpolationen war wegen mancher Übertreibungen, von denen insbesondere die Vermutungen des im übrigen hochbedeutsamen A. Faber (Coniecturarum iuris civilis l. XX u. a.) nicht frei sind, sehr zum Schaden der romanistischen Wissenschaft lange in den Hintergrund getreten. Neuerdings ist sie mit sicherer Methode und schönem Erfolge wieder aufgenommen worden und bildet heute geradezu die Grundlage aller romanistischen Studien. Anstoßgebend wirkten, neben Lenels Edikt (s. S. 352 N. 4): Gradenwitz, Interpolationen in den Pandekten (1887), Eisele, ZRG. XX, XXIII, XXIV, XXVI, XXXI, XLIII. Neben Deutschen haben sich insbesondere eine große Zahl italienischer Forscher um sie verdient gemacht. Über die hauptsächlich maßgebenden Gesichtspunkte vgl. Jörs, a. a. O. unter IV. Sehr wichtiges Hilfsmittel ist die philologische Untersuchung der Sprache der einzelnen Juristenschriften, vgl. insbesondere Kalb, Das Juristenlatein 1888; Roms Juristen 1890. Die Herstellung eines Corpus interpolationum, das eine rasche Übersicht über die überall verstreuten Forschungsergebnisse ermöglichen soll, ist in Vorbereitung.

[2] Grupe, De Iustiniani institutionum compositione. 1884 (er weist den von Huschke zuerst ausgesprochenen Gedanken als richtig nach). Ferrini, Archivio giuridico XXXVII p. 373.

auf Justinians besonderen Befehl Zusätze über das neuere Konstitutionenrecht hinzu[1]. Das Ganze wurde in vier Bücher und diese in 98 Titel geteilt, in diesen aber nicht, wie in den Pandekten, die ursprüngliche Quelle genannt, sondern alles zu einem einfachen Texte verbunden, wobei Justinian selber als redend fingiert wird. Das Werk erhielt volle Gesetzeskraft gleichzeitig mit den Pandekten.

5. Der neue Kodex. Die Abfassung der Pandekten machte eine Revision des Kodex nötig. Die vielen durch die Pandekten veranlaßten Gesetze mußten ihm einverleibt, die alten in Inhalt und Ordnung den Pandekten angepaßt werden. Schon im Januar 534 bekam Tribonian den Auftrag, eine „repetita praelectio" des Kodex zum Zwecke dieser Veränderungen zu veranstalten. Er nahm den Dorotheus und drei Advokaten zu Hilfe, und am 11. November wurde der Kodex in der neuen Gestalt publiziert (c. Cordi). Er enthält über 4600 Konstitutionen, doch sind darunter 80 doppelt und 500 sind durch Zerlegung von 200 größeren entstanden. Die größere Hälfte, über 2600, ist aus der Zeit vor Constantin, also aus der Reskriptszeit. Die älteste ist von Hadrian, aber nur eine, die übrigen verteilen sich sehr ungleich; von den beiden Severen und Caracalla sind 880, Gordian 272, Diocletian 1222, von allen übrigen bis Constantin nur 280; aus der späteren Zeit sind von Constantin 208, den beiden Theodosen 567, Justinian 403. Die älteren bis Constantin sind weniger verändert als die Juristenschriften in den Digesten, obwohl es auch hier an Interpolationen keineswegs fehlt; die späteren sind meistens sehr abgekürzt, in mehrere zerlegt, oft im Wortlaute ganz umgestaltet; nur Justinians Gesetze sind meistens in ihrer ganzen Breite aufgenommen. Die ganze Masse ist in 12 Bücher geteilt und diese in sehr viele, meist kleine Titel mit Überschriften. In den Titeln stehen die einzelnen Konstitutionen rein der Zeit nach, immer mit den alten In- und Subskriptionen. Die Ordnung ist im wesentlichen wie in den Pandekten, jedoch mit Abweichungen. Außerdem ist im ersten Buche das Kirchenrecht vorangestellt, in den beiden letzten das kaiserliche Finanz- und Verwaltungsrecht angefügt. Über 150 Konstitutionen sind griechisch, die früheste von Septimius Severus. Diese sind später in Italien in den Handschriften sämtlich weggelassen, daher meistens ganz verloren und erst seit dem 16. Jahrhundert aus den Basiliken und anderen griechischen Quellen zum Teil wieder eingesetzt worden — „restituiert". Man nennt sie danach bei uns leges restitutae[2].

6. Die Novellen. Zwei so rührige Gesetzgeber, wie Justinian und Tribonian, blieben natürlich auch nach Vollendung der Sammlungen nicht untätig, namentlich da alle schwierigen und zweifelhaften Rechtsfragen, die in der Praxis auftauchten, an den Kaiser zur Entscheidung berichtet werden mußten. Schon am 1. Januar 535 erschien die erste novella constitutio, νεαρὰ διάταξις, ein wichtiges Gesetz über Testamente, das, worin die Ausschließung der Falcidia erlaubt wurde. Ihr folgten in demselben Jahre noch gegen 30 andere, und so in den nächsten 10 Jahren bis zu Tribonians Tode (545) noch über 100, in den dann folgenden 20 Jahren bis zu Justinians Tode (565) kaum noch 20. Wieviel im ganzen, wissen wir nicht, wir kennen 175. Ihre Gestalt ist die, daß eine praefatio über den Anlaß des Gesetzes vorangeht, dann die Bestimmungen in Kapiteln folgen und ein epilogus schließt. Ihr Umfang ist sehr verschieden, manche haben nur ein kurzes Kapitel, andere 40 bis 50. Sie beziehen sich meistenteils auf Staatsverwaltung und Kirchenwesen, manche enthalten aber auch tiefeingreifende privatrechtliche Bestimmungen, namentlich über Familien- und Erbrecht. Ihre Sprache ist meistens die griechische, nur 15 sind lateinisch (sie waren für die Westprovinzen bestimmt), drei in beiden Sprachen.

Gesammelt sind sie von Justinian selber nicht mehr. Auf uns gekommen sind drei Privatsammlungen[3]:

---

[1] Versuche, in den Institutionen, soweit möglich, die bei ihrer Abfassung benutzten Quellen nachzuweisen, bieten Ferrini, Bullett. XIII p. 101 s. (dazu Kübler, ZRG. XXXVI S. 508 ff.) und Zocco-Rosa, Imp. Iustiniani institutionum palingenesia. 2 Bde. 1909. 1911.

[2] K. Witte, Die leges restitutae des Justinianischen Kodex. 1830.

[3] Die Art ihres Zustandekommens wird überzeugend aufgeklärt durch Noailles, les collections des novelles (1912).

a) die epitome Iuliani, ein lateinischer Auszug aus 124 Novellen (zwei doppelt), von einem Professor in Konstantinopel; die jüngste Novelle ist von 555, also wahrscheinlich der Auszug 556 gemacht;

b) das authenticum oder der liber authenticorum (sog. Vulgata), eine Sammlung von 134 Novellen, die lateinischen im Urtexte, die griechischen in lateinischer Übersetzung, wahrscheinlich, ebenso wie die epitome, veranlaßt durch das Bedürfnis des neueroberten Italiens[1];

c) die Sammlung der 168 Novellen, die aber mehrere doppelt, mehrere von Justinians Nachfolgern und nur 153 wirklich Justinianische enthält, die griechischen im Urtexte, die lateinischen im griechischen Auszuge. Sie ist (wie auch die Vorlage des authenticum), vermutlich in den Rechtsschulen, allmählich entstanden und erst unter Justinians Nachfolgern abgeschlossen, im byzantinischeu Reiche allgemein benutzt, im 15. Jahrhundert nach Italien gebracht und im Jahre 1531 in Deutschland von Haloander zuerst herausgegeben worden.

d) Dazu kommen noch mehrere vereinzelt aufgefundene Novellen, namentlich die sog. 13 edicta Iustiniani.

§ 69. Studienordnung. Der Rechtsunterricht hat sich seit der Mitte des 3. Jahrhunderts immer mehr zu einer staatlichen Einrichtung gestaltet. Es gibt Rechtsschulen mit öffentlich angestellten und besoldeten Lehrern in Beryt, Rom und spätestens seit 425 in Konstantinopel. Daneben bestanden staatliche Akademien in Athen, Alexandrien und Cäsarea: sie hat Justinian aufgehoben. Die Lehrer an diesen Hochschulen scheinen nicht ohne wissenschaftliche Bedeutung gewesen zu sein, namentlich die von Beryt: ihre Jünger, die Kompilatoren, rühmen sie als „Helden und Lehrer des Erdkreises". Vielleicht sind auf diese Kreise die Bruchstücke griechischer Kommentare zu klassischen Schriften zurückzuführen, die man im Sinaikloster entdeckt hat[2]. Der Lehrkursus an allen diesen Anstalten war wohl gleichmäßig geordnet. Er war vierjährig. Im ersten Jahre führten die Studenten den (nicht recht zu erklärenden) Spitznamen dupondii; sie lasen die Institutionen des Gaius (in zwei Büchern?) und vier libri singulares, d. h. sie hörten erläuternde Vorträge darüber. Im zweiten Jahre hießen sie edictales und lasen die „prima pars legum" und einzelne Titel der 2. und 3., das ist doch wohl einen Ediktskommentar. Im dritten Jahre werden sie Papinianistae, lesen die übrigen Bücher der 2. und 3. pars und zugleich (die ersten) acht Bücher von Papinians Responsen. Das vierte Jahr der Lytae (d. h. wohl der „Löser", die zur selbständigen Lösung von Schwierigkeiten befähigt sind) ist zum Privatstudium in Paulus' Werken bestimmt[3].

Justinians Gesetzgebung machte eine neue Studienordnung erforderlich. Mit Rücksicht auf die Lehre hat er seine Digesten in sieben Teile zerlegt: πρῶτα (1—5), de iudiciis (6—11), de rebus (12—19) — so genannt von den Überschriften 5, 1 und 12, 1 —, umbilicus (20—26),

[1] Zachariä, Sitzungsberichte der Berliner Akademie, 1882, S. 993 f. hält diese Sammlung für die im Jahre 556 im eroberten Italien amtlich bekannt gemachte Übersetzung der bis dahin erschienenen Novellen Justinians. Dagegen Krüger, Gesch. der Quellen, S. 357 Anm. 29, und Noailles in dem angef. Buch p. 166 s.

[2] Die sog. fragm. Sinaitica, aufgefunden von Bernardakis und zuerst auf Grund mangelhafter Abschrift herausgegeben von Dareste, NRH. 1880. p. 645 s. (Lenel, ZRG. XV S. 233); dann von Zachariä, Monatsberichte der Berliner Akademie. 1881 S. 620 ff.; endlich von Krüger, ZRG. XVII S. 1 f. und in der coll. lib. iur. III.

[3] Eine sehr interessante Ergänzung zu dem Bericht, den Justinian in der c. Omnem über die frühere Art des Rechtsstudiums gibt, bietet die in einer syrischen Übersetzung erhaltene, ursprünglich griechische Vita des Antiochenischen Patriarchen (512—518) Severus von Zacharias Scholastikus (Patrologia Orientalis II, Paris 1907, mit französischer Übersetzung), auf die mich Eduard Schwartz aufmerksam gemacht hat. Zacharias kommt (etwa 488) zum Rechtsstudium nach Beryt, trifft dort seinen Freund Severus, der es bereits zum edictalis gebracht hat, und ist angenehm überrascht, daß dieser ihn, den dupondius, nicht nach der Weise der älteren Studenten hänselt (l. c. p. 47). Dann wird (p. 91) berichtet, wie Severus τοὺς νόμους μανθάνει (studiert? auswendig lernt?) und die Kaiserkonstitutionen bis zur Gegenwart mit allem Fleiß zusammensucht, sich aber damit nicht begnügt, sondern daneben noch τὰς ἐν βράχεσι ἐξηγήσεις τούτων miteinander vergleicht, worunter wir uns wohl ἐνδικες oder auch Scholien nach Art der Sinaitica vorzustellen haben (das Griechische nach Rückübersetzung von Ed. Schwartz). Den von Vorlesungen und Repetition freien Samstagnachmittag widmen die beiden frommen Studenten der christlichen Philosophie (p. 52 s.).

p. V. (de testamentis, 27—37), p. VI. (38—44), p. VII. (45—50). Der Kursus dauert jetzt fünf Jahre. Die Füchse heißen Iustiniani novi und hören über Institutionen und πρῶτα; die edictales des zweiten Jahres und die Papinianistae des dritten abwechselnd Teil 2 oder 3, im zweiten Jahre außerdem die libri singulares: 23. 26. 28. 30, im dritten Buch 20—22 (den sog. Antipapian, τὰ ἀντὶ τοῦ Παπιανοῦ βιβλία). Im vierten Jahre sind sie Lytae und lesen für sich die übrigen Bücher der 4. und 5. pars; als Prolytae des fünften Jahres den Kodex. Teil 6 und 7 sollen fürs Studium in der Praxis aufgehoben werden.

Fünfte Periode. Das byzantinische Kaisertum.

§ 70. In den Gesetzen und Gesetzbüchern Justinians hat das römische Recht eine Art Abschluß gefunden und die Form erhalten, in der es auf die Nachwelt übergegangen ist. Das byzantinische Reich dauerte zwar noch beinahe 900 Jahre fort, allein es ist kein römisches Reich mehr, sondern ein griechisches, wenn auch einzelne Teile von Italien und namentlich die Stadt Rom noch längere Zeit damit verbunden blieben. Das Recht wurde zwar noch weitergebildet, aber nicht mehr in der römischen universalen Richtung, vielmehr schrumpft das universale römische Recht jetzt allmählich wieder zu einem nationalen zusammen, dem byzantinisch-griechischen [1]. Die spätere Gesetzgebung [2] hat daher für das römische Recht als Weltrecht keine Bedeutung mehr, das ganze Interesse der byzantinischen Rechtsgeschichte knüpft sich für das römische Recht nur noch an die weiteren Schicksale der Justinianischen Gesetzbücher.

Das Wichtigste dabei sind die wissenschaftlichen Arbeiten des 6. Jahrhunderts. Jedes neue Gesetzbuch reizt zu wissenschaftlichen Arbeiten darüber. So den obersten Schaum abzuschöpfen, ist nicht mühevoll und doch lohnend. Hier kam dazu, daß schon die Übertragung ins Griechische ein Verdienst war und ein Bedürfnis für den Unterricht und die Praxis. Wir sehen daher, daß schon von den vier Professoren, die bei der Abfassung der Gesetzbücher mitgewirkt hatten, wenigstens drei sofort griechische Arbeiten darüber schrieben. Theophilus schrieb einen sog. ἰνδίξ (index) der ersten drei Teile der Digesten, d. h. eine freie Übertragung des Textes; von ihm rührt ferner nach der handschriftlichen Überlieferung her die sog. Paraphrase der Institutionen, d. h. ebenfalls ein ἰνδίξ mit Beispielen und historischen Erklärungen, die aber trotz des reichen Materials, das zu Gebote stand, viele erhebliche Irrtümer enthalten, so daß man auch gegen die nicht nachzuprüfenden Angaben mißtrauisch werden muß [3]. Dorotheus schrieb einen ἰνδίξ der Digesten, der sich der wörtlichen Wiedergabe (κατὰ πόδα) sehr annähert, mit Anmerkungen (παραγραφαί). Anatolius verfaßte einen kurzen Auszug (σύντομος κῶδιξ) aus dem Kodex genau nach den einzelnen Stellen [4]. Neben und nach ihnen schrieben auch andere Professoren von Konstantinopel und Berytt Übersetzungen, Umschreibungen, Auszüge, Übersichten, auch wohl Anmerkungen und Erklärungen und selbst

---

[1] Über die äußere Geschichte des byzantinischen Rechts s.: Zachariae, Historia iuris graeco-romani. 1839. Mortreuil, Histoire du droit byzantin. 3 voll. 1843; über die innere: Zachariä, Geschichte des griechisch-römischen Privatrechts. 3 Hefte. 1856—64; 3. Aufl. unter dem Titel: Geschichte des griechisch-römischen Rechts. 1892.

[2] Gesammelt in: Zachariae, Novellae constitutiones imperatorum post Iustinianum. 1857 (3. Band des Ius graeco-romanum).

[3] Die ältere Ausgabe: Theophili antecessoris paraphrasis Graeca institutionum, ed. O. Reitz. 2 voll. 1754, ist ohne genügende handschriftliche Grundlage gemacht (C. Ferrini, Rendiconti dell' Istituto Lombardo II vol. XVI 1). Neue Ausgabe von Ferrini: Institutionum graeca paraphrasis Theophilo antecessori vulgo tributa. 2 Bde. 1884. 1897. Ferrini will die Paraphrase dem Theophilus absprechen. Indes wird er schon in Scholien aus dem Ende des 6. Jahrhunderts als Verfasser genannt (Ferrini, Scolii inediti allo Pseudo-Teofilo. 1886. 2. 18 § 1. p. 45). Über die von Theophilus benutzten Quellen s. Ferrini, Byzant. Ztschr. VI S. 547 f.

[4] Es ist bestritten, ob er mit dem Kompilator identisch ist: Zachariä, ZRG. XXI S. 70 (gegen Ferrini).

Monographien. Die wichtigsten Werke darunter sind: von Stephanus, der noch zu Justinians Zeit Professor in Konstantinopel war, eine weitläufige kompilatorische Paraphrase der Pandekten mit Anmerkungen (πλάτος τῶν διγέστων): in diesen wird öfters auf vorjustinianisches Recht Bezug genommen, sogar Prozeßformeln werden angeführt (a. prohibitoria); ein Auszug oder eine abgekürzte Übersetzung der Pandekten mit Anmerkungen von einem Unbekannten, dem sog. Anonymus (um 570), den man mit Julian, dem Novellenherausgeber, fälschlich verselbigt hat[1]; von Thaleläus, an den die c. Omnem mit gerichtet ist, eine wörtliche Übersetzung des Kodex (ursprünglich vielleicht des alten) mit Anmerkungen, die vielfach auf älteres Recht Bezug nehmen. Auf uns gekommen ist von allen diesen Werken, außer Theophilus, keines vollständig, sondern nur Exzerpte daraus in den späteren Schriften, namentlich den Basiliken und ihren Scholien. Für die Kritik des Textes der Pandekten und des Kodex sind sie äußerst wichtig und auch für die Interpretation keineswegs ohne Bedeutung, mochte auch ihre Wissenschaft nicht besonders tief gehen. Freilich, auch bei den Verfassern der Pandekten und des Kodex sucht man (außer bei Thaleläus) vergeblich nach Andeutungen über die Motive der Aufnahme oder Interpolation der einzelnen Stellen oder über die damalige Praxis, ebenso ist von Benutzung der älteren Bücher keine Spur; man scheint Justinians Verbot nur gar zu gern befolgt zu haben. Dagegen ist höchst wahrscheinlich, daß jene Schriftsteller bei ihren Arbeiten vielfach griechische Bearbeitungen der alten Quellen zugrunde gelegt haben[2].

Die ganze Tätigkeit hörte auch bald wieder auf. Vom 7. bis 9. Jahrhundert wissen wir fast gar nichts mehr. Die ἐκλογὴ τῶν νόμων von Leo Isaurus (740) wurde als Gesetz verkündigt, hat aber durch ihre willkürlichen Neuerungen und doch wohl auch wegen der Stellung der Ikonoklasten kein Ansehen erlangen können[3]. Erst am Ende des 9. Jahrhunderts wurde durch den Kaiser Basilius Macedo (867—886) und seinen Sohn Leo Philosophus (886—911) eine neue Tätigkeit angeregt. Justinians Gesetzbücher konnten selbst in ihren griechischen Bearbeitungen nicht mehr von der Praxis bewältigt werden. Basilius unternahm daher die Vereinigung zu einem Ganzen unter Weglassung des Veralteten und Abkürzung des noch Geltenden. Erst Leo vollendete das Werk und veröffentlichte es unter dem Namen τὰ βασιλικὰ (νόμιμα). Es ist fast nur aus den griechischen Werken der Justinianischen Juristen zusammengesetzt, bei den Pandekten legte man die Bearbeitung des Anonymus und Anatolius zugrunde, beim Kodex die von Thaleläus. Das Ganze wurde in 60 Bücher mit Titeln geteilt, in jedem Titel stehen die aufgenommenen Stellen der Gesetzbücher und Novellen in der alten Reihenfolge hintereinander, aber ohne In- und Subskriptionen und einfach als δίγεστα und θέματα mit Zahlen bezeichnet. Das System ist im ganzen das des Kodex, aber mit Abänderungen. Eine Art gesetzlicher Institutionen dazu ist das πρόχειρον von Basilius[4], revidiert von Leo unter dem Titel ἐπαναγωγὴ τοῦ νόμου[5]. Die Basiliken behielten ihre gesetzliche Geltung eigentlich bis zum Untergange des Reiches 1453. Indessen verlor man bei den kläglichen Zuständen, die durch das lateinische Kaisertum (1204 bis 1261) herbeigeführt wurden, die Fähigkeit, die Basiliken zu durchdringen und zu benutzen. Sie wurden durch Auszüge aus dem Leben verdrängt, so sehr, daß auch nicht eine einzige vollständige Handschrift im 15. Jahrhundert in das westliche Europa gelangt ist oder neuerdings in Griechenland oder der Türkei wieder hat aufgefunden werden können. Sie wurden im westlichen Europa überhaupt erst im 16. Jahrhundert bekannt, wo namentlich Cujaz die ersten Bruchstücke herausgab. Seitdem ist zwar vieles Weitere aufgefunden, teils direkt, teils wenigstens in späteren Auszügen und anderen Schriften, allein vollständig haben wir das Werk auch jetzt noch nicht[6].

---

[1] Zachariae, Mémoires de l'académie de St. Petersbourg. XXXII S. 169 f. 1885.

[2] Dies nachgewiesen zu haben, ist das Verdienst von italienischen Gelehrten, insbesondere Alibrandi, Ferrini und Riccobono.

[3] Ausgabe in: Zachariae, Collectio librorum iuris graeco-romani. 1852. Ferner von A. G. Monferratus 1889.

[4] Ausgabe: Zachariae, Ὁ πρόχειρος νόμος. 1837.

[5] Ausgabe in: Zachariae, Collectio librorum iuris graeco-romani. 1852.

[6] Die erste vollständigere Ausgabe war von Fabrot, 7 voll. fol. 1647. Die neueste sehr vervollständigte ist: Basilicorum libri LX, ed. E. Heimbach. VI voll. 4. 1833—70. Die Prolegomena im 6. Bande enthalten eine genaue Ausführung über Entstehung und Zu-

Das neue Gesetzbuch rief auch wieder eine neue wissenschaftliche Tätigkeit hervor. Schon Leos Sohn, Konstantinus Porphyrogennetus, ließ einen amtlichen Kommentar zu den Basiliken aus den Schriften der Justinianischen Juristen zusammenstellen, der in den Handschriften unter Bezeichnung der Verfasser auf den Rand geschrieben wurde. Dies sind die sog. παραγραφαὶ τῶν παλαιῶν, die für uns als Ergänzung des Basilikentextes von großem Werte sind. Geringen Wert haben die νέαι παραγραφαί, d. h. die Anmerkungen, die von den späteren Juristen allmählich hinzugefügt und im 12. Jahrhundert zu einer Art glossa ordinaria verarbeitet wurden. Wir nennen alle diese Anmerkungen „Scholien"; eigentlich nannte man σχόλιον nur die kurzen Worterklärungen und Zitate [1].

Die selbständigen Schriften aus der Zeit bis zum 13. Jahrhundert sind fast nur Auszüge (ἐπιτομαί, ἐκλογαί) oder Übersichten (συνόψεις) oder kurze Handbücher (πρόχειρον) in verschiedenen Formen [2], eines auch in Versen von Psellus für den Kaiser Michael Dukas 1072 [3].

Den Schluß macht der sog. ἑξάβιβλος, d. h. ein πρόχειρον νόμων in sechs Büchern, von Konstantinus Harmenopulos, einem Richter in Thessalonich, vom Jahre 1345 [4], ein kläglicher Auszug aus den Auszügen der Auszüge, der aber in der türkischen Zeit der einzige Überrest des großen römischen Rechts blieb und im Königreiche Griechenland im Jahre 1835 eigentliche Gesetzeskraft erhalten hat [5].

Sechste Periode. Das römische Recht im Mittelalter [6].

I. Das römische Recht bei den Germanen.

§ 71. Dem senilen Marasmus, in den das römische Recht im Oriente versank, steht die eigentümliche Erscheinung gegenüber, daß es im Abendlande verjüngt wieder auflebte. Als das römische Reich durch die germanischen Völker umgestürzt wurde, hätte damit leicht auch das römische Recht verdrängt werden können. In der Tat ward in England und Deutschland mit der römischen Bevölkerung und Kultur auch das römische Recht weggefegt. In Italien, Frankreich und Spanien dagegen konnte begreiflich nicht die gesamte romanisierte Bevölkerung vernichtet oder vertrieben, ja nur unterdrückt werden. Die Eroberer begnügten sich mit der Oberherrschaft und der Abtretung eines Teiles von Grund und Boden, ließen aber übrigens, namentlich in den Städten, die römische Bevölkerung in ihren alten Zuständen und mit ihrem

---

sammensetzung der Basiliken. Wichtige Nachträge zu Buch 15—19 liefert: Supplementum editionis Basil. Heimbachianae, ed. Zachariae. 1846. Weitere Nachträge bes. zu Buch 19. 35. 44. 53. 58 sind in dem 1897 erschienenen 7. Bd. der Heimbachschen Ausgabe, edd. Ferrini et Mercati, enthalten und zu Buch 58—60 aus einem neuentdeckten Palimpsest der Vatikanischen Bibliothek noch zu erwarten, vgl. Ferrini, Byzant. Ztschr. XI S. 105 f.

[1] Näheres über diese Scholien s. in Heimbachs Basiliken VI p. 191—215.

[2] Die wichtigsten finden sich in: Βασιλικῶν ecloga s. synopsis ex ed. Leunclavii. 1575. Leunclavii ius graeco-romanum. 1593. (ed. II. 1596.) Ius graeco-romanum, ed. Zachariae. VII voll. 1856—84. Ein Repertorium aus dem 12. Jahrhundert ist der sog. Tipucitus (τί ποῦ κεῖται), in Heimbachs Bas. zur Ergänzung des lückenhaften Textes verwendet.

[3] Mich. Pselli synopsis legum, ed. Teucher. 1789.

[4] Const. Harmenopuli manuale legum, ed. Heimbach. 1851.

[5] Geib, Darstellung des Rechtszustandes in Griechenland. 1835.

[6] Das Hauptwerk über diese ganze Periode und die Grundlage für alle späteren Untersuchungen ist: Savigny, Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter. 7 Bde. 2. Aufl. 1834—51. Vgl. ferner das überaus gründliche Werk von Conrat (Cohn), Geschichte der Quellen und Literatur des römischen Rechts im früheren Mittelalter. 1. (einz.) Bd. 1891.

alten Rechte fortbestehen[1]. Der Gedanke der Personalität des Rechtes ist dabei ohne alle Bedeutung gewesen. Denn der Grundsatz, daß jeder nach seinem angeborenen Rechte leben und beurteilt werden müsse, hat sich erst im fränkischen Reiche und zunächst nur für die darin vereinigten germanischen Stämme herausgebildet. Den Römern gegenüber ist bei keinem der erobernden Stämme auch nur die Frage aufgeworfen, ob sie zur germanischen Rechtsgemeinschaft zugelassen werden sollten. Das römische Recht wird nicht geduldet, wie das jüdische, sondern anerkannt. Es blieb für die Römer unter sich gültig, wie man auch das Recht unterworfener germanischer Stämme unberührt ließ; aber man wandte germanisches Recht an, wo Römer und Germanen stritten. Das römische Recht hielt sich nur, wo die Römer dicht zusammensaßen, auch dort entfernte es sich unter dem Einflusse des Vulgarrechts (§ 32) vom ursprünglichen und erfuhr Wandlungen durch germanische Einwirkung. Umgekehrt beeinflußte auch das römische Recht das germanische, so daß sich allmählich eine Mischung vollzog.

In dem Augenblicke, wo die germanischen Stämme sich endgültig auf römischem Boden ansiedeln oder in dauernde Beziehung zu den Römern treten, empfinden sie das Bedürfnis, das eigene Recht aufzuzeichnen: Westgoten, Burgunder, Langobarden, Sal- und ribuarische Franken; im inneren Deutschland wird das Recht nicht aufgeschrieben, weil der Gegensatz fehlt. Zugleich aber wird den unterworfenen Römern durch eine Aufzeichnung des römischen Rechtes geholfen: denn die Römer wissen die Fülle ihres Rechtsstoffes nicht mehr zu bewältigen. Die leges Romanae haben also dieselbe praktische Bedeutung wie die codices und das Zitiergesetz.

§ 72. Leges Romanae. Im einzelnen gestaltete sich die Fortdauer des römischen Rechts bei den einzelnen Völkern verschieden:

1. Im Westgotenreiche lebten Goten und Römer bis zur Mitte des 7. Jahrhunderts nach gesondertem Rechte. Aber erst 100 Jahre nach der Gründung, und nachdem wahrscheinlich von Eurich (466) das gotische Recht unter starkem römischem Einflusse aufgezeichnet war, gab Alarich II. (506) seinen römischen Untertanen ein eigenes Gesetzbuch, lex Romana Visigothorum, das sog. breviarium Alaricianum[2]. Vielleicht bestimmten äußere Verhältnisse, der drohende Krieg mit den katholischen Franken, den arianischen König zu diesem Entgegenkommen. Die Verfasser waren zweifellos Römer. Sie haben das damals geltende römische Recht, ius und leges, kompiliert, indem sie die hauptsächlich für beide benutzten Werke in Auszügen nebeneinanderstellten. Das ius sind die zu zwei Büchern verkürzten Institutionen des Gaius (§ 52, 1), die sententiae (receptae) von Paulus, diese i. d. R. wörtlich, aber mit großen Auslassungen[3], und eine Stelle von Papinian. Als leges ist der codex Theodosianus mit den Novellen aufgenommen, aber auf ein Sechstel reduziert, dazu 22 Stellen aus dem Gregorianus und zwei aus dem Hermogenianus. Dem Ganzen, mit Ausnahme des Gaius, wurde eine amtliche, wissenschaftlich wertlose, dennoch aber für uns in mancher Richtung lehrreiche „interpretatio" beigefügt[4]. Das Werk ist allerdings eine dürftige und rohe Zusammenstellung, allein es entsprach den damaligen Bedürfnissen und Kräften, gewann daher weite Verbreitung und hat nicht wenig zur Erhaltung des römischen Rechts im Mittelalter beigetragen. Im spanischen Westgotenreiche selbst wurde es zwar im 7. Jahrhundert durch die neue lex Visigothorum, die das römische und gotische Recht vereinigte, aufgehoben; in Südfrankreich blieb es aber unter der fränkischen Herrschaft, wurde auch im Norden verbreitet und ist erst im 12. Jahrhundert durch

[1] Die Fortdauer des römischen Rechts in den germanischen Reichen ist zuerst von Savigny im ersten und zweiten Bande seiner Geschichte (S. 389 N. 6) nachgewiesen. Eine vollständigere Darstellung der Rechtszustände in diesen Staaten gibt: Bethmann-Hollweg, Der Zivilprozeß des gem. Rechts in geschichtl. Entwicklung. Bd. 4 (1868). Brunner, Deutsche Rechtsgeschichte. 2. Aufl. I S. 377 ff. A. v. Halban, Das röm. Recht in den germanischen Volksstaaten. 3 Bde. 1899. 1901. 1907.

[2] Ein offizieller Titel findet sich in den Handschriften nicht. Breviarium bedeutet Auszug und wird in den Handschriften sowohl für das Gesetz selber als für die Auszüge gebraucht. Modern ist die Bezeichnung lex Romana Visigothorum.

[3] Vgl. Conrat, Der westgoth. Paulus (1907) S. 4 ff.

[4] Streitig ist, ob die interpretatio nicht mindestens zu einem großen Teile älteren römischen Schulschriften entnommen — Fitting, ZRG. XI S. 228 ff. — oder ob sie selbständig von den Redaktoren des Breviars verfaßt ist (Mommsen, praef. zu seiner Ausg. des Theodosianus p. XXXV, Conrat, Die Entstehung des westgot. Gaius S. 100, der westgot. Paulus S. 241 ff. Dazu Kalb, Jahresbericht, Bd. 134 S. 121 f.).

die Justinianischen Gesetzbücher verdrängt worden[1]. Im 12. Jahrhundert kam es zwar in Vergessenheit und wurde erst im 16. wieder aufgefunden, indessen gibt es noch eine Menge von Handschriften (über 70), teils vollständige, sogar noch mit Zusätzen aus den echten römischen Quellen vermehrte, teils mehr oder weniger abgekürzte[2]. Eine eigentümliche freie Bearbeitung und Vermischung mit germanischem Rechte entstand wahrscheinlich noch im 8. Jahrhundert in Graubünden (Churrätien), das früher völlig romanisiert war, aber später viele germanische — namentlich alemannische — Einwanderer erhalten hatte. Man nennt diese die lex Romana Curiensis oder auch Utinensis, weil die erste Handschrift davon in Udine gefunden ist[3].

2. Bei den Burgundern hat König Gundobald (474—516) zwei Gesetzbücher erlassen, die in der nächsten Beziehung zueinander stehen. Einmal die sog. lex Gundobada, wahrscheinlich um 495, eine Sammlung von Verordnungen des Königs selbst und seiner Vorfahren, für die Burgunder, aber auch für die Rechtshändel zwischen Burgundern und Römern bestimmt. Die Geltung des römischen Rechtes für die Römer wird dadurch nicht berührt; eine Gesetzsammlung für sie wird gleichzeitig versprochen. Das ist die sog. lex Romana Burgundionum, eine Anweisung an den Richter in 47 Titeln über Straf-, Privat- und Prozeßrecht. Die Titel gehen der Gundobada parallel und zeigen den gleichen Mangel an Ordnung: sie wollen die Fragen nach römischem Rechte behandeln, die dort für die Burgunder entschieden sind. Ihre Quellen sind die drei codices, Pauli sententiae, eine Schrift des Gaius, doch wohl die Institutionen, und Interpretationen der Schulen; wo sie versagen, fehlt die Entscheidung. Hiernach ist kein Zweifel, daß König Gundobald auch dies Gesetz erlassen hat, wahrscheinlich vor dem Breviare; denn es sind Stellen des Paulus benutzt, die sich dort nicht finden. Die lex soll nur eine Erleichterung für den Richter sein; das übrige römische Recht gilt natürlich weiter. Nach der fränkischen Eroberung benutzte man sie zur Ergänzung des Breviars, und damit wird die lex in den Handschriften oft verbunden. Daraus ist schon im 9. Jahrhundert der sonderbare Irrtum entstanden, als ob sie nur die Fortsetzung der kurzen Stelle aus Papinians Responsen wäre, die den Schluß des Breviars bildet. Man nannte sie später Papian, als Abkürzung von Papinian, ein Name, der sich trotz seiner Sinnlosigkeit bis in die Gegenwart erhalten hat[4].

3. Im fränkischen Reiche im nördlichen Frankreich wurde zwar kein eigenes Gesetzbuch für die Römer erlassen, indessen blieb das römische Recht für die römische Bevölkerung auch hier in Geltung. Es trug dazu namentlich das westgotische Breviar bei, das vom 6. bis 10. Jahrhundert die allgemeine Quelle war. Doch erlangte das Werk hier nie eine eigentlich gesetzliche Geltung, auch scheint die römische Bevölkerung hier geringer als im Süden geblieben zu sein. Darauf beruht es, daß die germanischen Gewohnheitsrechte hier das Übergewicht bekamen und man den Norden und Süden später unterschied als pays du droit coutumier und du droit écrit.

4. In Italien konnte natürlich die kurze Herrschaft Odovakars (476—493) das römische Recht nicht verdrängen. Allein auch Theoderich dachte bei der Gründung seines ostgotischen Reiches (493) nicht daran. Er wollte — abweichend von den anderen germanischen Fürsten — die Einheit des römischen Reiches aufrechterhalten. Darum tritt er als Reichsverweser für den Westen auf; sein Hof ist vollständig wie der römische eingerichtet, und die Zivilverwaltung wird durchgängig von Römern geleitet. Dagegen wird das Heer ausschließlich aus den Goten gebildet und lediglich von Goten befehligt. Theoderich selbst, der als römischer magister militum Italien eroberte, hat anscheinend die Heermeisterwürde auch später für sich

---

[1] Vgl. v. Wretschko, in Mommsens Theodosianus I p. CCCVII sq., Conrat, Gesch. der Quellen I S. 31—80.

[2] Herausgegeben ist es vollständig nur zweimal: von Sichardt, C. Theod. l. XVI, quibus sunt adiectae nov. Theod. etc. 1528; und neuerdings mit Benutzung aller Handschriften und reichen Prolegomena von Haenel, Lex Romana Visigothorum. 1849. Der 1887 entdeckte Codex rescriptus von Leon — Leg. Rom. Wisig. fragm. ex codice S. Legionensis ecclesiae edid. reg. hist. acad. Hisp. 1896 — hat die darauf gesetzten Hoffnungen nicht erfüllt. Eine systematisch geordnete Übersetzung bietet Conrat, Breviarium Alaricianum 1903.

[3] Ausgabe von Zeumer in den Monum. Germ. Leg. V; vgl. auch Zeumer, ZRG., germ. Abt. XXII S. 1 ff. Brunner, Deutsche Rechtsgeschichte, 2. Aufl., I S. 517 ff.

[4] Die neueste Ausgabe mit kritischer Einleitung ist von Salis in den Monum. Germ. hist. Leg. I tom. 2 (1892).

behalten. Die Goten sind angesiedelte Soldaten, im römischen Sinne Peregrinen. Darum leben sie unter sich nach ihrem eigenen Rechte, sowie die Römer nach ihrem. Zivilstreitigkeiten zwischen Römern und Goten werden vom Militärgerichte, also vom gotischen comes, unter Zuziehung eines römischen Assessors entschieden; dabei wird wohl auch römisches Recht zur Anwendung gekommen sein [1]. Aus diesem staatsrechtlichen Zustande erklärt sich das edictum Theoderici. Es ist keine lex; denn der König nahm formell das Gesetzgebungsrecht nicht in Anspruch. Über die Zeit seiner Erlassung besteht Streit; sie fällt jedenfalls nach 493 und wahrscheinlich nicht nach 507 [2]. Es behandelt in 155 Kapiteln privat- und strafrechtliche Punkte ohne ersichtliche Ordnung auf Grund des römischen Rechts (der drei codices, des Paulus, der interpretatio); es finden sich aber auch neue Sätze. Es ist eine Eröffnung an beide Völker und betrifft die Abstellung von Übelständen, die bei beiden sich fanden: es gilt unzweifelhaft für beide [3].

5. Im schärfsten Gegensatze hierzu stehen die Langobarden. Das kleine Volk, voll „Kampflust und Wagemuts" (Tacit. Germ. 40), hat zäh und treu wie kaum ein anderer Stamm sein Recht bewahrt. Als die Langobarden (568) sich zu Herren von Oberitalien machten, haben sie die römischen Verwaltungseinrichtungen vollständig beseitigt und die Römer als unterjochtes Volk behandelt. Staatsrechtlich und in den Beziehungen zu den Langobarden kommt deshalb auch für die Römer germanisches Recht zur Anwendung. Im Verkehre der Römer unter sich und vielleicht im Familien- und Erbrechte wird das römische Recht weitergegolten haben. Bis zur Mitte des 7. Jahrhunderts (edictum Rotharis) ist das langobardische Recht seinerseits von römischem Einflusse ganz frei. Erst mit der Ausdehnung und Befestigung des Reiches wird eine übrigens nicht sehr weitgehende Einwirkung, namentlich im Urkundenwesen, bemerkbar. Als es Karl dem Großen im Bunde mit dem Papste gelungen war, die Langobarden zu unterwerfen, galt auch für die Römer der fränkische Grundsatz der Personalität des Rechtes. Gleichwohl ist im langobardischen Italien das römische Recht gegenüber dem langobardischen in der Anwendung sehr zurückgetreten.

6. Ecclesia vivit lege Romana, d. h. die Kirche als Anstalt wird nach römischem Rechte beurteilt (nicht der einzelne Geistliche). Dieser Satz gilt schon in den ältesten Volksrechten der Germanen (l. Rib. 58, 1) und scheint nie angefochten worden zu sein. Der Grund ist, daß die katholische Kirche eine aus dem römischen Reiche übernommene und aufrechterhaltene Einrichtung ist. Daher findet sich das römische Recht in den kirchenrechtlichen Schriften, Entscheidungen, Bestimmungen und Sammlungen aller Zeiten stets als unzweifelhaft geltend vorausgesetzt. Quellen waren dafür bis zur Glossatorenzeit (s. § 74) in Frankreich das Breviarium, in Italien Auszüge aus Kodex und Novellen (hier die epitome Iuliani), weniger anscheinend die Institutionen, gar nicht die Digesten. Das Nähere darüber gehört in die Geschichte des Kirchenrechts.

II. Die Wissenschaft.

§ 73. Das frühere Mittelalter. In Italien war Justinians Gesetzbuch nach der Eroberung des ostgotischen Reiches eingeführt worden. Es wurde hier sofort Gegenstand einer Art wissenschaftlicher Behandlung. Die sog. Turiner Institutionenglosse, d. h. kurze auf den Rand einer Institutionenhandschrift geschriebene Erläuterungen, fällt wohl noch unter Justinian [4]. Sie zeigt Berührung mit der griechischen Wissenschaft, vielleicht wegen Gleichheit der Quellen; später wurde sie durch Zutaten vermehrt. Weiter bekunden die Beschäftigung mit den Rechtsbüchern die summa Perusina, ein Kodexauszug, der unter Benutzung älterer Arbeiten etwa im 9. Jahrhundert entstanden sein mag, die Pistojeser Scholien zum verkürzten Kodex [5] und andere ähnliche Arbeiten. Kodex, Novellen und Institutionen, erstere

[1] Mommsen, Ostgotische Studien. I. II. (Neues Archiv der Gesellschaft für ältere deutsche Geschichtskunde XIV.)

[2] Vgl. Brunner, Deutsche Rechtsgeschichte, 2. Aufl., I S. 527 ff.

[3] Vgl. L. Hartmann, Gesch. Italiens im Mittelalter I S. 117 f.

[4] Herausgegeben von Savigny, Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter II S. 429; unter Ausscheidung der jüngeren Zutaten von Krüger, ZRG. VII S. 44. Fitting, Über die sog. Turiner Institutionenglosse. 1870. Conrat, Gesch. der Quell. u. Lit. S. 102 ff.

[5] Ausgabe der Summa von Patetta, Bull. XII. Chiappelli, La glossa Pistoiese. 1885. Fitting und Chiappelli, ZRG. XXI S. 86 ff. Conrat, a. a. O. S. 182ff., 168ff.

in Auszügen, werden vielfach benutzt, während die Pandekten vollständig verschwinden. In Frankreich blieb eine Überlieferung des vorjustinianischen Rechtes, die sich an das Breviar anschloß, in fränkischer und kapetingischer Zeit bestehen; Abschriften der collatio und der Regeln Ulpians sind noch im 9. und 10. Jahrhundert gemacht worden. Überhaupt hat man in der frühmittelalterlichen Zeit, die wir bis etwa 1100 rechnen, in Italien und Frankreich niemals ganz aufgehört, sich mit dem römischen Rechte zu beschäftigen, wobei freilich drei Fragen übrig bleiben, über die man auf das lebhafteste streitet [1]: wie ausgedehnt und gründlich der Rechtsunterricht war, wie hoch die schriftstellerischen Arbeiten zu schätzen sind, ob und wieweit sie nach Methode und Inhalt den Glossatoren (§ 74) als Vorbild und Grundlage gedient haben.

Der Rechtsunterricht bildete in den Schulen der artes liberales ein Anhängsel der Rhetorik und Dialektik. Dieser für Knaben bestimmte Unterricht mußte sich, ganz abgesehen von der Unkunde der Lehrer, selbstverständlich in den engsten Grenzen halten. So wurde das römische Recht in vielen Städten Italiens mit dürftigem Erfolge gelehrt. Weitere Rechtskenntnisse vermittelte die Praxis in den Schreibstuben der causidici [2]. Höhere Schulen, in denen sich Erwachsene wirkliche Kenntnis des römischen Rechts hätten aneignen können, sind nirgends nachweisbar, auch nicht in Rom und Ravenna, wie man auf Grund einer Äußerung Odofreds († 1265) fälschlich angenommen hat. Wir kennen keinen einzigen der angeblichen Lehrer bei Namen. Die Zeugnisse, mittels deren man die Existenz solcher Rechtsschulen hat dartun wollen, zergehen bei näherer Untersuchung in Nichts [3].

Die Schriftstellerei der Epoche steht auf sehr niedriger Stufe und kann nicht als wissenschaftlich bezeichnet werden [4]. Sie beschränkt sich auf Anfertigung von Auszügen und verkürzende Bearbeitungen (sog. summae) der Quellen und auf Glossen, die aber das juristische Verständnis der Texte kaum zu fördern geeignet sind, vielmehr philologisch-grammatischen Zwecken dienen. Sie beschränkt sich ferner auf den verkürzten Kodex, den Novellenauszug Julians, die Institutionen und das Breviar; die Digesten, d. h. der weitaus wertvollste Bestandteil der Justinianischen Kompilation, bleiben gänzlich außer Betracht. Eine höhere Bewertung der frühmittelalterlichen Literatur ist nur dadurch möglich gewesen, daß man Werke, die aller Wahrscheinlichkeit nach erst den Anfangsjahrzehnten des 12. Jahrhunderts angehören und bereits den Einfluß der Glossatorenschule (s. unten) verraten, schon dem 11. Jahrhundert zugeschrieben und aus ihrer verhältnismäßigen Reife auf eine ihnen entsprechende, intensive Bearbeitung des römischen Rechts geschlossen hat. Dahin gehört die epitome exactis regibus, eine systematisch geordnete Sammlung von Worterklärungen [5]; dahin gehören ferner auch selbständige Lehrbücher, die in der Weise des Mittelalters eines aus dem anderen abgeschrieben und unter Hinzunahme anderer Hilfsmittel erweitert und vervollständigt wurden. Das sog. Tübinger und das sog. Ashburnhamer Rechtsbuch wurden die Grundlage der exceptiones legum Romanorum des Petrus [6]. Sie sind alle drei wahrscheinlich in der Provence entstanden [7] und in Frankreich und Spanien benutzt worden. Ebenfalls wahrscheinlich französischen Ursprungs ist der sog. Brachylogus, ein viel benutzter, geschickt geschriebener Überblick der Institutionen, der aber auch die anderen Teile der Justinianischen Kodifikation benutzt [8].

---

[1] Fitting, Die Anfänge der Rechtsschule von Bologna. 1888 (wo auch Literatur); andererseits M. Conrat in seiner Geschichte der Quell. u. Lit. Vgl. außerdem noch Conrat, Die epitome exactis regibus. 1884 (Einleitung); Landsberg, ZRG. XXII S. 413 f., auch Halban, das röm. R. i. d. germ. Volksstaaten II S. 83 f.

[2] Belege bei Patetta, Bullett. VIII p. 54 n. 1.

[3] Vgl. Conrat, Epitome p. CCLXXIII, CCLXXXI n. 3, ferner (speziell auch gegen die Folgerungen, die Fitting aus der von ihm herausgegebenen Schrift Questiones de iuris subtilitatibus, 1894, gezogen hat): Patetta, Bullett. VIII p. 39 s., studi Senesi XIV p. 1 s., Pescatore, Krit. Studien (Beiträge 4.), besonders S. 82 ff., Kantorowicz, ZRG. XLIII S. 252 ff.

[4] Die Belege in Conrats Geschichte, Abschnitt VII.

[5] Herausgegeben und eingeleitet von Conrat (s. N. 1).

[6] Savigny, Geschichte II; Conrat, Geschichte, Kap. 29.

[7] Anders freilich wieder Patetta, Riv. Ital. per le scienze giur. XII p. 317 s., Gaudenzi, Memorie della R. acad. di Bologna, sez. di scienze giur. I p. 80 s.

[8] Ausgabe von Böcking 1829; vgl. Fitting, Über die Heimat und das Alter des sog. Brachylogus (1880), Conrat, Geschichte, Kap. 30.

Er war für Lehrzwecke bestimmt, während die vorgenannten Rechtsbücher auf Gebrauch in der Praxis berechnet sind [1] und daher auch eine gewisse Anpassung an moderne Verhältnisse zeigen. Etwas wirklich aufwärts und vorwärts Strebendes hat übrigens keine auch von diesen Schriften. Sie arbeiten mit fertig vorliegenden Begriffen und Wahrheiten, nicht selten auch mit erheblichen Irrtümern.

Von dieser Literatur ist der wissenschaftliche Betrieb des langobardischen Rechtes abzusondern. Schon im 10. Jahrhunderte besteht eine Rechtsschule zu Pavia [2]; wir hören, daß der Pavese Lanfrank in seiner Jugend dort glänzte und mit Bonifilius und dessen Schüler Wilihelmus wissenschaftliche Kämpfe bestand. Eine ganze Reihe von Namen schließt sich an. Es erwuchs eine reiche Literatur [3] des langobardischen Rechtes, hauptsächlich Glossen zu den Edikten der langobardischen und den Kapitularien der fränkischen Könige; noch vor 1100 aber entstand auch eine systematische Bearbeitung derselben, die Lombarda. Das römische Recht wird hier schon im 11. Jahrhundert mit herangezogen und in einem g. E. desselben verfaßten Kommentar als lex generalis bezeichnet.

§ 74. Bologna und die Glossatoren. Um die Wende des 11. Jahrhunderts entwickelte sich aus dem studium artium, das seit lange in Bologna bestand, ein studium generale: die verschiedenen am Orte wirkenden Lehrer der Wissenschaften und „Künste" und ihre Schüler (scholares) werden zu einer Körperschaft einheitlich zusammengefaßt und diese mit Vorrechten ausgestattet [4]. Den Mittelpunkt der neuen Universität bildet die Lehre des römischen Rechtes. Über die Anfänge der Rechtsschule von Bologna besitzen wir keine zuverlässige Nachricht. Die spätere Überlieferung aber knüpft den Aufschwung der Rechtswissenschaft an die Auffindung der vollständigen Justinianischen Rechtsbücher, und ihre Einführung in die Lehre an den Namen des Guarnerius oder Irnerius an, sehr wahrscheinlich mit Recht; alles Suchen nach Vorgängern des Irnerius — man hat insbesondere auf einen in einer Urkunde von 1076 genannten „legis doctor" (d. h. aber nur Schöffe oder Rechtskundiger) Pepo hingewiesen — hat bis zur Stunde zu keinem haltbaren Ergebnis geführt [5]. Vom Leben des Irnerius wissen wir so gut wie nichts [6]. Er war zweifellos aus Bologna gebürtig und dort Bürger, wird in Urkunden bis 1125 als iudex genannt, kann aber noch länger gelebt haben. Im Jahre 1115 steht er schon in höherem Alter; möglich also, daß seine Lehrtätigkeit bis ins 11. Jahrhundert zurückgeht. Er gilt als der Gründer der Schule der „Glossatoren", ein Name, der daher rührt, weil die wissenschaftliche Leistung der Schule zwar nicht allein, aber doch vorzugsweise in Glossen zu den Rechtsquellen niedergelegt ist; Irnerius selbst ist uns als Verfasser zahlreicher Glossen bezeugt. Daß er, auf der Grenze des langobardischen Gebietes, von der lombardischen Schule angeregt wurde [7], ist möglich, aber keineswegs gewiß; ein wirkliches Vorbild konnten die Arbeiten dieser Schule für die ungeheure Leistung, die in der Wiedererweckung des römischen Rechtes liegt, nicht sein. Bis auf weiteres erscheint Irnerius als der Einzige, dem diese Leistung zugeschrieben werden kann. Ihm folgten seine Schüler, die sog. quattuor doctores (Martinus (Gosia), Bulgarus, Hugo (de Porta Ravennate), Jacobus,

[1] Vgl. für das Tübinger Rechtsbuch Conrat, Geschichte S. 450.

[2] Merkel, Geschichte des Langobardenrechts (1850); bereichert und verbessert in der mit Unterstützung des Verfassers herausgegebenen italienischen Übersetzung (Memorie e documenti inediti spettanti alla storia del dir. Ital. nel medio evo I [1], 1857).

[3] Boretius, Mon. Germ. hist. Leg. IV p. XCIII sqq.

[4] Kaufmann, Gesch. der deutschen Universitäten I (1888) S. 98 ff.

[5] Vgl. Kantorowicz, ZRG. XLIV S. 19 f. Seckel, Dist. Gloss. (1911) S. 286.

[6] Nach Fitting (Summa Codicis des Irnerius 1894; Questiones de iuris subtilitatibus des Irnerius 1894) wäre Irnerius etwa um die Mitte des 11. Jahrhunderts geboren, hätte seine juristische Schulung an der Rechtsschule in Rom empfangen, dort auch um 1082 die Questiones verfaßt und wäre dann nach Bologna übergesiedelt, wo er eine umfassende Tätigkeit als Lehrer und Schriftsteller entfaltete. Darüber, daß die angeführten Schriften weder dem Irnerius noch dem 11. Jahrhundert angehören, vgl. Patetta, Bullett. VIII p. 39 s., Studi Senesi XIV p. 1 s., Pescatore, Krit. Studien (Beitr. 4.) S. 82 ff., Kantorowicz, ZRG. XLIII S. 254 ff.

[7] Pescatore, Die Glossen des Irnerius (1888), Ficker, Forschungen zur Reichs- und Rechtsgeschichte Italiens III S. 138 ff.

und von der Mitte des zwölften Jahrhunderts ab beginnt eine nicht mehr unterbrochene Reihe von zum Teil hochbedeutenden Rechtslehrern, die sich, an zahlreichen Rechtsschulen lehrend, über ganz Italien und Südfrankreich verteilen und die Grundlagen der modernen Wissenschaft des römischen Rechtes schaffen, die sich von da über ganz Europa verbreitet hat. Die Bedeutung des Irnerius und seiner Nachfolger liegt darin, daß sie nicht mehr, wie man dies bis auf sie tat, bloß Auszüge aus Kodex und Novellen und die Institutionen benutzen, sondern die gesamte Justinianische Gesetzgebung, insbesondere auch ihren weitaus wertvollsten Teil, die Digesten, zum Gegenstand der Bearbeitung machen, und daß sie dieses gewaltige Material systematisch und juristisch in einer Weise zu meistern verstehen, die noch heute unsere volle Bewunderung fordert. Ihre Methode war die der Frühscholastik[1], die von der haarspaltenden Distinktionensucht der späteren noch frei ist. Für diese Methode war das Corpus iuris wie geschaffen: ein in sich geschlossenes System, an dessen Wahrheit als einer ratio scripta geglaubt wird wie an die Bibel und den Aristoteles. Es galt, dieses Werk dialektisch zu zergliedern, zu erklären und zu ergründen, das als Wahrheit Geglaubte zu freier Erkenntnis zu erheben. Mit gesundem Takte erfassen sie die römischen Aussprüche, vergleichen, kombinieren sie, lösen die Widersprüche, abstrahieren allgemeinere Sätze und Begriffe daraus und vollziehen so die erste Rezeption des römischen Rechts in das moderne Bewußtsein in einer Weise, daß ihre Arbeiten noch jetzt von großem Werte sind. Was ihnen fehlt, ist die historische Anschauung. Das Corpus iuris ist ihnen nicht das Recht einer vergangenen Epoche, zusammengesetzt aus Stücken von zeitlich sehr verschiedener Herkunft, die aus den Verhältnissen ihrer Abfassungszeit zu verstehen und zu erklären wären, sondern eine Art juristischer Bibel mit dem Anspruch, immer und überall zu gelten. Infolgedessen verhalten sie sich auch wesentlich ablehnend oder ignorierend gegenüber dem Recht ihrer Gegenwart, insbesondere gegenüber dem italienischen Statutarrecht, und als Schriftsteller sind sie, mag ihre Einwirkung auf die Praxis auch noch so stark geworden sein, durchaus Theoretiker. Erst ihre Nachfolger, die sog. Postglossatoren — von der zweiten Hälfte des 13. Jahrhunderts ab —, haben es verstanden, hier die Brücke zu schlagen.

Als der Abschluß der Glossatorenschule gilt Accursius (ca. 1182 bis ca. 1260) in Bologna. Dieser setzte aus der gesamten bisherigen Literatur einen vollständigen Kommentar zu allen vier Justinianischen Rechtsbüchern zusammen, der unter dem Titel glossa ordinaria[2] von da an allgemeine Verbreitung fand und einen solchen Einfluß in der Praxis erlangte, daß alle Stellen, auf die er sich nicht erstreckt, nicht zur Anwendung gebracht wurden. Diese Stellen sind teils solche, die die Glossatoren nicht kannten, teils solche, die sie für unbrauchbar hielten, so z. B. die Vorschriften über den Spielvertrag. Der nicht glossierte Text war demnach nicht in usu. Daraus entwickelt sich (seit dem 17. Jahrhundert) ein Sprichwort mit dem Charakter des Rechtssatzes: das Unglossierte soll nicht angewendet werden (quidquid non agnoscit glossa, non agnoscit curia)[3]. In den Pandekten sind es nur wenige Stellen, die in den damaligen Handschriften fehlten, im Kodex aber alle leges restitutae (§ 68, 5) und von den Novellen 71[4].

§ 75. Der Zustand der Handschriften des Justinianischen Rechts, die den Glossatoren zu Gebote standen und auf denen im wesentlichen auch noch unsere heutige Kenntnis beruht, war folgender. Von einer Vereinigung der vier Teile zu einem Ganzen, dem sog. Corpus iuris[5], war noch keine Rede, sondern die einzelnen Teile waren getrennt überliefert. Von den Institutionen hatte man keine einzige alte Handschrift aus der Justinianischen Zeit, sondern nur verschiedene Abschriften aus der Zwischenzeit. Keine reichte aber über das 9. Jahrhundert zurück[6]. Von den Pandekten gab es in Pisa eine vollständige, sorgfältig durchkorrigierte Handschrift aus der byzantinischen Zeit, spätestens dem 7. Jahr-

[1] Landsberg, Die Glosse des Accursius (1883); Kaufmann, a. a. O. S. 1—97.
[2] Landsberg, Die Glosse des Accursius. 1883.
[3] Landsberg, Über die Entstehung der Regel: q. n. a. gl., n. a. forum 1880.
[4] Biener, Geschichte der Novellen Justinians S. 271 IV.
[5] Die Bezeichnung findet sich schon im 12. Jahrhundert, aber erst durch die Ausgabe von D. Gothofred (1583) ist sie allgemein üblich geworden.
[6] S. darüber: Schrader, Prodromus corporis iur. civ. 1823 p. 35—78; Krüger, Iustin. instit. praef. 1867.

hunderte; wie sie dahin gekommen, ist ungewiß. Seit 1406 ist sie in Florenz und wird darum die Florentina genannt[1]. Obwohl nun die Glossatoren ihre Textgestaltung, eine für ihre Zeit höchst bedeutsame philologische Leistung, als littera vulgata der littera Pisana entgegensetzen, ist doch ihre Abstammung aus der Florentina unzweifelhaft; sie ergibt sich insbesondere aus der Übernahme gewisser rein äußerlicher Fehler. Andererseits aber weist die littera vulgata auch eine sehr große Zahl abweichender Lesarten auf, die nicht alle auf bloßen Konjekturen beruhen können, sondern zum Teil durch eine selbständige, handschriftliche Grundlage bedingt sind. Das Rätsel dieser gleichzeitigen Abhängigkeit und Unabhängigkeit hat mit größter Wahrscheinlichkeit Th. Mommsen gelöst[2]. Die Vulgata beruht auf einer aus der Florentina genommenen Abschrift (daher die Übernahme der Fehler), die auf Grund einer anderen alten, jetzt verlorenen Handschrift[3] verbessert worden ist. Aus diesem Urtext, der vielleicht von Irnerius selbst hergestellt worden ist[4], sind alle erhaltenen Handschriften der Vulgata hervorgegangen; ihre Verschiedenheiten beruhen nur auf Korruptelen oder Konjekturen. Seine Herstellung muß der schriftstellerischen Tätigkeit des Irnerius vorausgegangen, also noch im 11. Jahrhundert erfolgt sein. Höchst merkwürdig ist, daß alle Vulgathandschriften uns in einer anscheinend sinnlosen Dreiteilung erhalten sind, die auch in die älteren gedruckten Ausgaben übergegangen ist und wahrscheinlich schon der Urhandschrift eigen war: Digestum vetus (lib. 1 — lib. 24, 2), Inforciatum (lib. 24, 3 — lib. 38), Dig. novum (lib. 39 — 50); der Schlußteil des Inforciatum, anfangend mit den Worten: Tres partes in D. 35, 2, 82, führt noch den besonderen Namen Tres partes. Der Ursprung dieser Dreiteilung ist überaus bestritten, was die Überlieferung darüber berichtet, bloße Konstruktion und völlig wertlos. Die Handschrift mußte um ihres Umfangs willen in Stücke zerlegt werden; daß man die Zerlegung aber gerade an den fraglichen Punkten vornahm, beruht, wie dies ja bei den Tres partes auf der Hand liegt, sehr wahrscheinlich auf einem Schreiberscherz[5]. Vom Kodex hatte man ebenfalls keine alte byzantinische Handschrift, sondern nur verschiedene Abschriften aus der Zwischenzeit, in denen die Inskriptionen und Subskriptionen verkürzt und nachlässig behandelt sind, und in denen die griechischen Konstitutionen fehlen, später meistens auch die drei letzten Bücher; sie sind auch nachher, als man sie wieder abzuschreiben anfing, nicht wieder mit dem „Kodex" vereinigt worden. Eine alte byzantinische Handschrift des Kodex ist erst in neuerer Zeit, im Jahre 1817, in einem codex rescriptus in Verona, und auch nur zu einem Teile, gefunden[6]. Bei den Novellen[7] kannte schon Irnerius nicht mehr bloß die epitome Iuliani[8], sondern bereits das Authentikum[9], die Sammlung der 168 war dagegen auch den späteren Glossatoren noch nicht bekannt[10].

Die Feststellung des Textes muß selbstverständlich auf dem gleichen Wege der wissenschaftlichen Kritik vorgenommen werden, wie dies bei allen anderen Schriftwerken aus dem

---

[1] Eine photographische Reproduktion der Florentina ist der Vollendung nahe: Dig. seu Pand. cod. Flor. olim Pisanus phototypice expressus a cura della commiss. minist. per la reprod. delle Pandette (erscheint lieferungsweise seit 1902).

[2] In der praef. seiner großen Digestenausgabe p. LXVI sq.

[3] Der Digesten selbst, wie Mommsen, eines bloßen Digestenauszugs, wie Kantorowicz, ZRG. XLIII S. 232 annimmt. Darüber, daß die Korrektur sich nicht auf einen bloßen Teil der Digesten beschränkt, s. überzeugend Kantorowicz, a. a. O. S. 223 ff.

[4] So Kantorowicz, ZRG. XLIII S. 270 ff., XLIV S. 14 ff.

[5] Das Dig. novum beginnt mit dem Titel de operis novi nuntiatione; vetus und Inforciatum sind geschieden zwischen den Titeln de divortiis und soluto matrimonio. Inforciatum heißt nicht das „verstärkte", sondern das zwischen vetus und novum „eingeschlossene" digestum. So in der Hauptsache bereits Dion. Gothofredus in seiner Note zur Rubrik des Digestentitels 24, 3. Neu aufgenommen und näher begründet von Kantorowicz, ZRG. XLIV S. 40 f.

[6] Krüger, Kritik des Justinianischen Kodex. 1867. Codicis Iustiniani fragmenta Veronensia, ed. P. Krüger. 1874 (reskribiert im 8. oder 9. Jahrhundert).

[7] Biener, Geschichte der Novellen Justinians. 1824.

[8] Über die Handschriften: Haubold, Ztschr. f. gesch. Rechtswiss. IV S. 133; Hänel, Nachtrag dazu. VIII S. 357. Ausgabe von Hänel 1873.

[9] Eine besondere Ausgabe des Authentikums mit genauen Angaben über die Handschriften ist: Authenticum. Novellarum Iustiniani versio vulgata, ed. G. E. Heimbach. 2 voll. 1846—51. Neue Ausgabe von Schöll und Kroll in der untenerwähnten Novellenausgabe.

[10] Es gibt nur zwei vollständige Handschriften davon, in Florenz und Venedig. Die erstere ist zuerst von Haloander 1531 herausgegeben, die andere von Scrimger 1558, beide aber nur nach Abschriften.

Altertume geschieht. Doch ist die handschriftliche Überlieferung der Pandekten vergleichsweise sehr gut, und die Kritik wird durch die Hilfsmittel unterstützt, welche die vor- und nachjustinianische Zeit liefert: die erhaltenen Originalschriften der Juristen und vor allem die wörtliche Übersetzung in den Basiliken und ihre Scholien. In den älteren Ausgaben war der handschriftliche Apparat unvollständig und die Benutzung der Byzantiner kaum begonnen [1]. Allen Ansprüchen der Kritik genügt erst die Gesamtausgabe des Corpus iuris von Th. Mommsen, P. Krüger, R. Schöll und Kroll [2], nur daß in den von Mommsen herausgegebenen Digesten die Bedeutung des Vulgattextes gegenüber der Florentina nicht zu ihrem vollen Rechte kommt [3].

§ 76. Die weitere Geschichte des römischen Rechts, namentlich seine Rezeption in Deutschland und die Entwicklung der modernen Wissenschaft des römischen Rechts, liegt außerhalb des Rahmens dieser Darstellung.

---

[1] Eine Beschreibung der gesamten früheren Behandlung des Corpus iuris und ein Verzeichnis fast aller Ausgaben gibt Spangenberg, Einleitung in das römisch-Justinianeische Rechtsbuch. 1817. Eine kurze Übersicht über Handschriften und Ausgaben s. Böking, Pandekten. Bd. I Anhang V.

[2] Iustiniani institutiones, rec. P. Krüger. 1867. Digesta Iustiniani Augusti rec., adsumpto in operis societatem P. Krügero, Th. Mommsen. 2 voll. 1868 bis 1870. Codex Iustinianus, rec. P. Krüger. 1877. Diese Ausgaben geben einen umfassenden kritischen Apparat. Daneben ist eine kleinere Gesamtausgabe nur mit den notwendigsten kritischen Angaben in zwei Bänden erschienen unter dem Titel: Corpus iuris civilis, editio stereotypa. Bd. I 1872 (12. A. 1911, durch Angabe zahlreicher Interpolationen bereichert), Bd. II 1877 (7. A. 1900); und im Anschlusse hieran (nicht an die große Ausgabe): Bd. III, Novellae rec. R. Schöll, abs. G. Kroll 1895, auf Grund neuer Vergleichung des Marcianus, Laurentianus und Ambrosianus. Beachtenswert noch, besonders wegen der Interpolationsangaben, Digesta Iustiniani Augusti rec. Bonfante, Fadda, Ferrini, Riccobono, Scialoja I (lib. 1—28), 1908. Chronologisch geordnet: Novellae, ed. Zachariä de Lingenthal. 2 voll. 1881.

[3] Hierüber Kantorowicz in der mehrfach angeführten Abhandlung ZRG. XLIII. XLIV.

4.

Grundzüge des römischen Privatrechts.

Von

Professor Dr. Ernst Rabel
in Göttingen.

Inhaltsverzeichnis.

Seite

Einleitung 403

§§ 1, 2. Die Aufgabe. Das klassische Recht und das Aktionensystem 403
§ 3. Typen 406
§ 4. Formalismus 407
§ 5. Gesetzesumgehung und Rechtsmißbrauch 409
§ 6. Allgemeine Begriffe 409

I. Personenrecht.

A. Physische Person.

§ 7. Rechtsfähigkeit 410
§ 8. Rechtlich bedeutsame persönliche Umstände 411
§ 9. Beginn und Ende des Menschen 412
§ 10. Haus und Familie 412
§ 11. Inhalt der Hausgewalt 414
§ 12. Verlöbnis und Ehe 415
§ 13. Wirkungen der Ehe unter den Ehegatten 417
§ 14. Auflösung der Ehe 418
§ 15. Ehelichkeit 418
§ 16. Adoption und Emanzipation 419
§ 17. Freilassung und Patronat 420
§ 18. Sklavereiähnliche Zustände 421
§ 19. Außereheliche Geschlechtsverhältnisse 422
§ 20. Ende der Persönlichkeit 422
§ 21. Ehrenminderung 423
§ 22. Die Bevormundeten 423
§ 23. Personen unter Pflegschaft 425

B. Juristische Person.

§ 24. Körperschaft 426
§ 25. Entstehung und Rechtsfähigkeit 428
§ 26. Stiftungen 429

II. Sachenrecht.

§ 27. Sachen 429
§ 28. Publizität im Sachenrecht 431
§ 29. Eigentum 432
§ 30. Räumliche Grenzen des Eigentums 433
§ 31. Nationale Beschränkung 434
§ 32. Rei vindicatio 434
§ 33. Sachbesitz 435
§ 34. Bloße Detention 437
§ 35. Erwerbsgrund 438
§ 36. Erwerb des Eigenbesitzes 438
§ 37. Verlust 439
§ 38. Schutz 440
§ 39. Iusta causa 440
§ 40. Aneignung 441
§ 41. Eigentumsveränderung durch Sachänderung 442
§ 42. Fruchterwerb 444
§ 43. Tradition 445
§ 44. Ersitzung 445
§ 45. Das sog. bonitarische Eigentum 446
§ 46. Miteigentum 447

Seite
§ 47. Die beschränkten dinglichen Rechte . . . 448
§ 48. Dienstbarkeiten . . . 448
§ 49. Entstehung und Ende . . . 449
§ 50. Nießbrauch . . . 450
§ 51. Uneigentlicher Nießbrauch . . . 450
§ 52. Entstehung und Ende . . . 450
§ 53. Usus . . . 451
§ 54. Erbpacht . . . 451
§ 55. Erbbaurecht . . . 452

III. Obligationenrecht.

§ 56. Obligation . . . 453
§ 57. Schuld ohne Aktio . . . 454

A. Entstehungsgründe.

§ 58. Aktio und Obligatio . . . 455
§ 59. Delikte . . . 455
§ 60. Einzelne Delikte . . . 457
§ 61. Verträge . . . 458
§ 62. Realverträge . . . 458
§ 63. Darlehenshingabe . . . 460
§ 64. Stipulation . . . 461
§ 65. Andere Verbalkontrakte . . . 462
§ 66. Litterarum obligatio . . . 462
§ 67. Kauf . . . 463
§ 68. Miete . . . 465
§ 69. Gesellschaft . . . 466
§ 70. Auftrag . . . 466
§ 71. Nebenverträge . . . 467
§ 72. Geschäftsführung ohne Auftrag . . . 467
§ 73. Altersvormundschaft . . . 468
§ 74. Sog. Innominatverträge . . . 469
§ 75. Einseitige Versprechen . . . 470
§ 76. Ungerechtfertigtes Haben . . . 470

B. Objekte und Subjekte.

§ 77. Erfordernisse der Leistung . . . 471
§ 78. Forts. Vermögenswert . . . 472
§ 79. Teilbarkeit . . . 473
§ 80. Wahl- und Gattungsschuld . . . 473
§ 81. Zinsen . . . 474
§ 82. Subjekte . . . 475
§ 83. Mehrheit . . . 475
§ 84. Akzessorische Parteien . . . 476
§ 85. Subjektwechsel . . . 476

C. Wirkungen.

§ 86. Nichterfüllung von Schuldpflichten. Verschulden . . . 477
§ 87. Fortsetzung. Bona fides . . . 479
§ 88. Haftung ohne Verschulden . . . 480
§ 89. Ursächlicher Zusammenhang . . . 481
§ 90. Schuldnerverzug . . . 482
§ 91. Gläubigerverzug . . . 482
§ 92. Gegenseitigkeit . . . 483
§ 93. Schadensersatz . . . 484

D. Erlöschen.

§ 94. Erfüllung . . . 485
§ 95. Schuldbefreiungsverträge . . . 485
§ 96. Novation . . . 486
§ 97. Hingabe einer Forderung an Erfüllungsstatt und erfüllungshalber . . . 488
§ 98. Aufrechnung . . . 489
§ 99. Tod und Capitis deminutio . . . 489

E. Bestärkungen.

§ 100. Strafversprechen . . . 490
§ 101. Drangabe . . . 490
§ 102. Bürgschaft und Pfand . . . 491

Seite
§ 103. Bürgschaft 491
§ 104. Reale Sicherheiten 493
§ 105. Entstehung des Pfandrechts 494
§ 106. Inhalt und Schutz 495
§ 107. Mehrheit der Pfandrechte 496
§ 108. Erlöschen 497

IV. Allgemeines über Rechtshandlungen.

§ 109. Irrtum 498
§ 110. Geschäftsirrtum 498
§ 111. Bedingungen und Termine: Zulässigkeit 500
§ 112. Aufschiebende Bedingung 501
§ 113. Auflösende Bedingung 502
§ 114. Unechte und besondere Bedingungen 503
§ 115. Befristung 504
§ 116. Auflage 504
§ 117. Verträge zugunsten und zu Lasten Dritter 505
§ 118. Ausschluß und Ersatzmittel der Stellvertretung 507
§ 119. Ermächtigung 509
§ 120. Stellvertretung 511
§ 121. Schenkung 512
§ 122. Mitgift 514
§ 123. Eheschenkung 515
§ 124. Schenkung von Todes wegen 515

V. Erbrecht.

§ 125. Einleitung 517
§ 126. Erbfolge und bonorum possessio 521
§ 127. Testament und Kodizill 522
§ 128. Innere Erfordernisse. Widerruf 523
§ 129. Erbeinsetzung 525
§ 130. Bedingung. Substitution 526
§ 131. Gesetzliche Erben 527
§ 132. Erbloser Nachlaß und verfallende Anteile 527
§ 133. Noterbrecht 528
§ 134. Erwerb der Erbschaft 530
§ 135. Recht aus der Berufung 532
§ 136. Ruhende Erbschaft 532
§ 137. Miterben 533
§ 138. Schutz des Erbrechts 535
§ 139. Vermächtnisse 536
§ 140. Erwerb 537
§ 141. Besondere Arten 537
§ 142. Haftung des Erben 539
§ 143. Willensvollstreckung 540

Einleitung.

§ 1. Das spätklassische Recht, etwa im Zeitalter der Severenkaiser (193—235 n. Chr.), das im folgenden dargestellt werden soll, ist nicht mit den einheitlichen Rechtszuständen vergleichbar, die aus den Gesetzgebungen unserer Tage hervorgehen. Die Juristen der Republik fanden noch größtenteils archaische Vorstellungen und Einrichtungen vor, in der Wirtschaft und Gesellschaft wie im Recht. Es ist dann die wichtigste Besonderheit der Römer geworden, daß die Ausgestaltung und Erläuterung der actiones, d. i. der Formeln für Verträge und Prozesse, genug erstarkte, um auf das Rechtswesen maßgebenden Einfluß zu gewinnen. Das ursprünglich private Schiedsgerichtsverfahren, staatlich diszipliniert in der Form zunächst der Legis actio, später des „Formularprozesses", wird der Kern eines festumrissenen Privatrechts. Beide, am Ausgang der Republik grundsätzlich festgelegt und in der Anlage fertig, werden im Laufe des Prinzipats eifrig und mit unerhörtem Erfolg ausgebaut bis zur Krönung durch die Jurisprudenz der Severenepoche, bis zur Höhe der Rechtswissenschaft, die hier zu schildern ist und von der es rasch in den Abgrund geht. Aber genauer betrachtet, ist dies eine einseitige Wahrheit. Während sich in den ersten Jahrhunderten unserer Zeitrechnung jener Aufbau vollzieht, beginnen die Fundamente zu wanken. Das Aktionensystem lockert sich, in der Severenzeit ist sein strenges Gefüge innerlich gelöst. Der „ordentliche Prozeß" wird aus dem Herrn der Diener des Privatrechts, das den Verkehr des Weltreichs zu regieren hat. Und zugleich erhebt und erweitert sich ein neues Prozeßverfahren, um schließlich das alte zu verdrängen. So geht das gesamte klassische Recht schon vermöge der in ihm enthaltenen Elemente in das byzantinische über. Dort wird die Justizhoheit des Staates vervollkommnet, das materielle Recht dem Prozeß vorangestellt, das Recht durch Billigkeitserwägungen zersetzt; dort vermischt sich das römische Recht mit der hellenistisch-orientalischen Welt.

Die Rechtsgeschichtschreibung wird dereinst hoffentlich imstande sein, alles dies anschaulich herauszuarbeiten: wie das Werk der Juristen durch die Aktionen die primitiven Institutionen überwand und die Zukunft vorbereitete, die das Aktionensystem auflöst und das Rechtssystem begründet. Die nachfolgenden Zeilen müssen sich damit begnügen, unter Vernachlässigung absterbender Reste und noch nicht emporgesprossener Keime den wichtigsten lebenden Bestand der späten Prinzipats summarisch zu überblicken, ja auch in ihm eher die geschichtlich ausgereiften Institute als die im Werden begriffenen, in verstreuten Entscheidungen angekündigten Gebilde zu beachten.

Wie jeder Kenner weiß, ist auch diese Aufgabe während der heutigen grundstürzenden Umwälzung unseres Wissens nicht im wissenschaftlichen Sinn erfüllbar. Es wird nur bezweckt, den gegenwärtigen Stand der Forschung im Hinblick auf die römische Blütezeit zusammenzufassen, in Zweifelsfällen unter Bevorzugung der bisher herrschenden Meinung. Da aber zudem der ungeheure Stoff im Rahmen eines Enzyklopädiebeitrags nicht annähernd erschöpft werden kann, so bin ich bestrebt, diejenigen Partien auszuwählen, die vermöge ihrer Bedeutung für die römische Jurisprudenz oder das wirtschaftliche Leben des Altertums oder das Pandektenrecht hervorragen, in diesen Partien aber eher diejenigen Punkte zu berühren, in denen die neue Forschung die gemeinrechtliche Lehre verlassen hat. Über die letztere unterrichten die Lehrbücher und der berühmte Aufsatz von Bruns, ergänzt von Mitteis in der letzten Auflage dieser Enzyklopädie.

Auch für die Literaturnachweise darf vor allem auf die Bibliographien bei Windscheid-Kipp, Pandekten [9] und die Auswahl bei Dernburg, Pandekten [7] (mit Biermann), wonach hier zitiert wird, und [8] (von Sokolowski) verwiesen werden. Den heutigen äußeren Stand der romanistischen Forschung übersichtlich zu skizzieren, versuchte ich vor kurzem: „Die Geisteswissenschaften", Heft 1 und 7 (1913).

Hier sollen außer den Hauptwerken jeder Lehre nur die m. E. wichtigsten neuen Aufsätze und Einzelbemerkungen angegeben werden. Überall verdanke ich vieles den modernen Gesamtdarstellungen, die doch nur ein für allemal vorweg genannt werden können: P. F. Girard,

Manuel élémentaire de droit romain [5] 1911, deutsch nach der 4. Aufl. v. Mayr 1908 (bekannt wegen der übersichtlichen Darstellung der Detailfragen); E. Costa, Storia del diritto romano privato 1911 (mit lehrreicher Führung durch die Literatur); C. Ferrini, Manuale di pandette 1900, 3. durchgesehene Auflage von Baviera 1908 und S. Perozzi, Istituzioni, 2 Bde. 1906 (beide hervorragend durch eine verbreiterte Durchführung der Interpolationenkritik); P. Bonfante, Istituzioni [5] [1912] (bei aller Kürze gedankenreich). Gute populäre Darstellungen enthalten: Sohm, Institutionen [14] 1911; Pacchioni, Corso di diritto romano, 2. Bd. 1910; v. Mayr, Römische Rechtsgeschichte (Sammlung Göschen 577/78, 645—648, 697) 1912/13; Wenger, Das Recht der Griechen und Römer (Kultur der Gegenwart II, 7, 1) 1914. Zum Justinianischen Recht: B. Brugi, Istituzioni di diritto privato giustinianeo 1910/11.

Abgekürzt zitiert werden außerdem u. a. die Zeitschriften: Z(eitschrift der) Sav(igny-) St(iftung Romanistische Abteilung); Bull(ettino dell' Istituto del diritto romano); Nouv(elle) rev(ue historique de droit français et étranger); Arch(iv für) Pap(yrus)forsch(ung); Jh(erings) J(ahrbücher für Dogmatik); Arch(iv für die) ziv(ilistische) Praxis); Grünhuts Z(eitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart); Arch(ivio) giur(idico); Riv(ista di) dir(itto) comm(erciale); Riv(ista) ital(iana per le scienze giuridiche); Il Filangieri; Studi e doc(umenti di storia e diritto) 1880—1904.

die Festschriften: (Studi, Mélanges), wobei von neuesten die „Mélanges P. F. Girard," 2 Bde. 1912 von den „Etudes (d'histoire juridique offertes à Paul Frédéric) Girard", 2 Bde. 1913, zu unterscheiden sind; St. Moriani = Studi Senesi, vol. 22—23; die Werke: Mitteis, Römisches Privatrecht 1, 1908 („PR."); Grundzüge und Chrestomathie der Papyruskunde (Wilcken und Mitteis, Bd. 2) („Gdz.", Chrest.); Lenel, Das Edictum perpetuum, 2. Aufl. („Ed."). Wo nichts anderes bemerkt ist, beziehen sich alle Anführungen auf Seitenzahlen. Das Zitat einer Quellenstelle bedeutet nicht, daß die ganze Stelle, sondern nur, daß ihr als Beleg betrachteter Teil und dieser bloß dem Sinne nach für echt gehalten wird. Es empfiehlt sich stets ein Vergleich mit der Digestenausgabe von P. Krüger, künftig auch mit dem Interpolationenindex. Nichtklassische lateinische Ausdrücke werden unter Anführungszeichen gesetzt.

§ 2. Die Eigenart des Aktionensystems kann gar nicht genug betont werden. Die römische Rechtswissenschaft nimmt nicht bloß ihren Ausgangspunkt von den Formeln für Verträge und Prozesse, sondern hat ihn auch nie vergessen. Die altnationalen Rechtsgeschäfte haben ihre durch die Gewohnheit bis zum Formalrecht erstarrten Formen und die moderneren ebenfalls ihren festen Inhalt und zumeist ihre übliche typische Form. Der Staat aber tritt zum Schutze der privaten Interessen nur in bestimmten Fällen auf, und so reichhaltig Prätor und Juristen die Zahl dieser Fälle zu vermehren streben, das Prinzip bleibt bis zum Ausgang des ordentlichen Verfahrensrechts gewahrt: die Anzahl der Konstellationen, in denen siegreiches Urteil und Zwangsvollstreckung, ja sogar der Prozeß als Rechtsschutzmittel überhaupt zur Verfügung stehen, ist beschränkt. Ein allmählich verwickeltes, aber immer notwendig lückenhaftes System von Prozeßbegründungsmitteln (Iudicia, actiones) zwingt die Praxis zu einer mühsamen Kasuistik; man untersucht mit ungeheuerer Feinheit und Freiheit die Grenztatbestände und will möglichst vielen genug tun, weiß sich indessen noch überall enge an die bestehenden Aktionentypen gefesselt. Daß dies fortdauert, daß die radikalen Abhilfen das Gebiet jenseits des ordentlichen Prozesses aufsuchen und dem Hauptsystem fremd bleiben, daran hat natürlich die Veranlagung der römischen Juristen den größten Teil, ihr praktischer Scharfsinn, ihre bedächtig fortschreitende Art, ihre noch wenig entwickelte Fähigkeit zur gelehrten Kategorienbildung, so hoch auch ihre Abstraktionskraft weit und breit alle Jurisprudenz anderer Völker überragt. Aus diesem Sachverhalt erklärt sich, wie allbekannt, die vorwiegende Beschäftigung der Juristen mit der Frage, ob diese oder jene Actio zustehe, und die juristische Klarheit, die daraus für alle Folgezeit gewonnen wurde, sowie andererseits die geringere Beachtung und die trotz mancher Anstrengung wenig straffe Zusammenfassung der subjektiven Rechte in ihrem Ruhezustande; eben daraus entspringen auch viele Eigentümlichkeiten der Rechtslehre, die im Corpus iuris, durch grundsätzlich verschiedene byzantinische Theorien verdeckt, erst neuerdings schärfer in Erscheinung treten.

Denn die Byzantiner, auch vor Justinian, haben bei ihren systematischen Versuchen schon ein neues Gerichtsverfahren vor sich, das von dem alten schließlich nur die Namen der Klagen behält. Ihre Betrachtung betrifft, wie vorhin bemerkt, weniger den Streit als das Recht und dessen Entstehungsgründe, und dazu gesellt sich das erhöhte Bestreben, im rechtsgeschäftlichen Verkehr dem Parteiwillen, überall dem Rechtsgefühl die Hindernisse zu brechen. So verkleistern sie die Lücken zwischen den Klagen durch generell brauchbare Mittel (γενικαὶ ἀγωγαί) wie condictio generalis, actio in factum, actio praescriptis verbis, actio de in rem verso

utilis, füllen sie den Rahmen, der die Schuldvertragstypen und Deliktstatbestände einschließt, voller aus, dehnen sie die Typen und lassen zwischendurch den Parteiwillen neue nach stärkerem Belieben kreieren[1]. Zu einem irgend befriedigenden gesetzgeberischen Abschluß, geschweige denn zu einer Abrundung oder gar Umgießung des Rechtssystems langte die Kunst der byzantinischen Gelehrten selbstverständlich nicht aus. Erst der Usus modernus Pandectarum bekannte sich offen zu dem Grundsatz der Formlosigkeit der Verträge, und erst das 19. Jahrhundert erkannte bewußt den Begriff des Rechtsgeschäfts; ja die Lehre von den Rechtshandlungen und das Problem der gemischten Verträge vermochte noch das deutsche Bürgerliche Gesetzbuch nicht zu bewältigen, es bleibt bei den bloß vermehrten und umgebildeten Vertragstypen stehen.

Wie es aber ungerecht wäre, deshalb das BGB. oder auch nur die Justinianische Kompilation gering zu achten, so darf nicht verkannt werden, was beide den Klassikern verdanken. Die Ansätze zu allem Späteren liefern schon sie. Es gilt zwar, die scharfe Linienführung zu beobachten, die ihr Aktionensystem bedingte, es wäre aber völlig verkehrt, das Bild des römischen Rechts mit Absehen von alledem wiederherstellen zu wollen, was das außerordentliche Verfahren in den Provinzen und sogar in Rom, was der Verkehr, die Bemühungen der Juristen und der Kaiser an Härten ausglichen, an den Zügen des Systems verwischten. Wir dürfen es für eine vorübergehende Übertreibung halten, wenn augenblicklich bei sehr vielen Interpolationenforschern die Neigung besteht, Rechtsbesitz und Innominatkontrakte, Actio ad exemplum institoriae und Rechtsklage aus der Superficies und so viele wichtige actiones utiles glattweg für unklassisch zu erklären.

Richtig dagegen ist, daß die Juristen die Sonderart des Familienrechts nicht erkennen, die Arten der Vermögensrechte nicht klar scheiden, nicht einmal den Begriff des dinglichen Rechts im allgemeinen ausbilden. Die Obligation wird wenig systematisiert, ihre Gründe werden sehr mangelhaft zusammengefaßt. Um so weniger ist eine allgemeine Theorie der Verträge römisch. Das Erbrecht ist eine ungeordnete Menge alter und neuer Einrichtungen, bedeutender und abstruser Ideen. —

Das objektive Recht fassen die Römer im wesentlichen zutreffend, sie teilen es auch bereits in das öffentliche und das private[2]. Nur einen losen Anhaltspunkt für uns bietet aber die Gaianische Teilung des objektiven Rechts in das Personen-, Vermögens- und Aktionenrecht. Die moderne Darstellung, zwischen die Gefahren quellenwidriger Verallgemeinerung und unübersichtlicher Zersplitterung gestellt, tut wohl am besten, wenn sie unter Verzicht auf alle doktrinäre Sauberkeit die kürzeste Fassung anstrebt. Leider laufen dabei noch viele unechte Zusammenfassungen und Gruppierungen mit, die wir vom gemeinen Recht her gewohnt sind, und manche noch ungenügend erkannten antiken Lehren bleiben verdeckt. Es ist eine Aufgabe der Zukunft, die Abhängigkeit vom Pandektenrecht zu beseitigen. Dieses führte zum Teil zu unserem dogmatischen Können, zum Teil auf Irrwege, aus denen uns Nachdenken, Rücksicht auf die Lebensverhältnisse, Vergleich der heutigen Rechte, nicht zum wenigsten aber auch die geschichtliche Beleuchtung der gesamten Rechtsentwicklung zurückhelfen müssen. Je reiner die letztere den urrömischen, den klassisch-juristischen, den späten Rechtsgedanken herauszustellen vermag, desto sicherer ist der Erfolg auch für die Aufklärung der historisch zufälligen und der sachlich bedingten Bestandteile des heutigen Rechtszustands.

Von alledem aber verdient augenblicklich unser Thema die meiste Aufmerksamkeit. Zwar galt in Deutschland das Justinianische Recht als rezipiert, nachdem es in Italien und bei uns weiter umgeschmolzen und geläutert war. Es hat uns griechische Rechtsgedanken gebracht und durch seine oben angedeuteten großen Ideen selbständig gefördert, aber auch mit der Verschwommenheit seiner Billigkeitssuche, seiner lehrhaften Scholastik und der Brüchigkeit seiner

---

[1] Diese schon länger angebahnte Erkenntnis haben doch erst jüngst die Studien von Longo, Studi Scialoja 1 (1905) 607; Bull. 17, 34, über die „natura actionis" und von Rotondi, Bull. 24, 1 über die „natura contractus", zwei Haupthebel der Byzantiner, vollendet. Dazu auch Collinet, La „natura actionis", Lille 1909; Etudes historique sur le droit de Justinien, 1 (1912), 192.

[2] Ulp. D. 1, 1, 1, 2. Ferrini, Pand. 14; Enneccerus, Lehrb. d. bürg. Rechts, Allg. Teil § 31, N. 3.

mosaikartigen Zusammensetzung geschädigt. Auf uns gewirkt hat am meisten doch, was die Kompilationskommissionen Justinians aus den Resten der alten Literatur gewannen. Und was noch die neueste Epoche dazu von dem klassischen Gut an den Tag bringt, mutet zwar oft etwas altertümlich und befremdlich an, bietet aber so viel Reiz und Wert einer künstlerischen Rechtsarchitektur, so viele Anschauungen auch, zu welchen aus juristischem Bedürfnis schon unbewußt das neueste Recht zurückgekehrt ist, daß die in den letzten Dezennien mit Vorliebe gepflegte Erforschung des klassischen Rechts ihren zeitlichen Vorzug vor der Wiederherstellung des byzantinischen unschwer rechtfertigt.

§ 3. Typen. Die Geschäftstypen entstehen und vermehren sich langsam. Anfangs genügen einige wenige Grundformen, die sich im Anschluß an die primitiven Wirtschaftsverhältnisse wie von selbst gestalten. Die altrepublikanische Jurisprudenz nimmt sich ihrer an, bearbeitet die Formulare und spitzt sie zu. Für den Geist der ganzen älteren, in die Kaiserzeit hinein nachwirkende Periode charakteristisch ist, wie sie die gegebenen Formulare, nötigenfalls umbildend oder kombinierend, zu ganz neuen Zwecken verwendet („nachgeformte Rechtsgeschäfte"[1]); fast nur in solch denaturierten Abarten leben die alten Formalgeschäfte noch im Prinzipat weiter. So finden wir von den der Zeit des Barrengeldes entstammenden gesta per aes et libram fast[2] ausschließlich diese „imaginären" Gestaltungen, insbesondere aber von der Manzipation eine Fülle der typischen Anwendungen mit veränderter Zweckbestimmung. Die mancipatio ist einmal ein Barkauf vor Zeugen gewesen und noch die Form, die uns Gaius 1, 119 schildert, gibt davon beredte Kunde, wenngleich sie wahrscheinlich wichtige Veränderungen durchgemacht hat. Der Erwerber ergreift die Sache und eignet sie sich in Anwesenheit des Veräußerers mit solennem Spruch an: hunc ego hominem ex iure Quiritium meum esse aio isque mihi emptus esto hoc aere aeneaque libra. Er übergibt „an Stelle des Kaufpreises", d. i. an Stelle der Kupferbarren, die einst zugewogen wurden, ein Erzstückchen oder eine kleine Münze, nachdem er damit an die Wage geschlagen hat, die der unparteiische Wagemeister noch immer hält. Trotzdem die Geberde des Kaufens mit beziehungsreichen Erinnerungen bestehen bleibt, erfolgt dadurch unseres Wissens niemals im Prinzipat mehr ein Kaufabschluß, der vielmehr durch formlose Einigung zustande kommt. Unabhängig vom ursprünglichen Zweck der solennen Handlung ist es lediglich auf ihre altgewohnte Fähigkeit abgesehen, die manzipablen Gegenstände — Personen, Sachen, Rechte, die den Hauptbestand des alten Hauses bildeten — zu veräußern. So dient die Manzipation teils für sich allein, teils in Verbindung mit anderen Kombinationselementen als Eigentumsübertragung von res mancipi zum Zweck des schon perfekten und nur zu vollziehenden Verkaufs oder als Schenkungsvollzug u. dgl., sodann als Hingabe von Sklaven und Hauskindern wegen Delikts (noxae deditio), als Sicherungsübereignung, Testament; sie ist Eheschließung in der coemptio und auch dem zweiten Zweck entfremdet als Coemptio fiduciaria, z. B. zur Befreiung vom Geschlechtsvormund; und sie ist Bestandteil der Emanzipation und Adoption. Ganz entsprechend sehen wir andere alte Rituale benutzen, das solvere per aes et libram als Tilgung von Urteils- und Vermächtnisforderungen[3] und die haftunglösende Quittungsstipulation (acceptilatio) nur in der neueren Zweckbestimmung als zahlungslosen Erlaß. Von Haus aus künstliche Verwendung gerichtlicher Vorgänge[4] ist die Iniurecessio, die als manumissio vindicta Freilassung bewirkt, zur Abtretung der gesetzlichen Vormundschaft und des gesetzlichen Erbrechts, zur Begründung der städtischen Dienstbarkeiten und des Nießbrauchs benützt, theoretisch auch zur Übereignung aller Sachen tauglich erklärt wird.

---

[1] Rabel, ZSavSt. 27, 290; 28, 311.

[2] Über das dependere des sponsor ex lege Publilia Eisele, Beitr. z. röm. Rechtsgeschichte 30, N. 15; Stud. z. röm. RGesch. 23 f.; Seckel-Kübler zu Gai. 3, 127.

[3] Über die zweifellos historischen Gründe dieser Zusammenstellung s. nach vielen früheren neue Vermutungen bei Mitteis, PR. 1, 274; Marchi, Storia e conc. dell' obbl. 40—68.

[4] Über das Nähere der Konstruktion sehr verschiedene Ansichten: Wlassak, ZSavSt. 28, 75; Mitteis, PrivR. 276; Rabel, ZSavSt. 27, 309; Esmein, Mélanges Gérardin 239; Grabenwitz, Mélanges Girard 1, 521; Kniep, Gai. Inst. 2 (1912) 129. — Juristisch unhaltbar Beseler, Beiträge zur Kritik der röm. Rechtsquellen 2 (1911) 149.

Diese Entlehnungen sind nichts den römischen Formalakten Eigentümliches, vielmehr eine ganz universale Erscheinung[1]. Auch der formlose Kauf z. B. dient als Kauf auf Wiederkauf zur Sicherung, und die den Römern fremdartigen hellenistischen fiktiven Skripturen, z. B. die objektiv falsche Bestätigung eines Darlehns- oder Mitgiftempfangs, sind gleicherweise Typen, mit denen man die juristische Wirkung des Musterakts erzielen will. Die Neigung bleibt in der Kaiserzeit überall dieselbe, wenn auch die Rechtsgeschäfte im ganzen bereits freier gebildet werden.

Ebenso aber bleiben die beurteilenden Juristen geneigt, neue Rechtsgestaltungen zunächst den alten Kategorien zu unterstellen[2]. Wo man durchaus nicht mit den bestehenden Aktionen auskommt, bildet man ähnliche nach, und erst im Notfall schafft man neue, ganz wie die Doktrin des 19. Jahrhunderts jeweils um Subsumptionen kämpfte, ehe sie sich entschloß, ein Geschäft oder Recht „sui generis" anzuerkennen. Immerhin kommen die Prätoren, solange die Blüte ihrer Freiheit währt, den auftretenden wichtigeren Bedürfnissen nach, länger noch die Juristen, die in Zweifelsfällen zahlreiche Aushilfen kennen, z. B. die (seit Julian beliebten) Actiones in factum, wie Pap. D 19, 5, 1 pr[3] ausdrücklich betont. Die die prätorische Rechtsbildung ablösende kaiserliche Judikatur handhabt das alte Schema der Rechtsbehelfe, mit dem sie noch in das außerordentliche Verfahren hineingeht, je länger, desto zwangloser.

In alledem zeigt die Entwicklung des römischen Rechts nur, was die Geschichte des menschlichen Denkens überall aufweist: die allmähliche Ausnützung der vorhandenen Denkformen und das Fortschreiten vom Konkreten zum Allgemeinen. Es ist aber von Wichtigkeit, daß die römischen Juristen uns die älteren Stadien des juristischen Erfassens noch so sehr anschaulich machen. Dahin gehört es auch z. B., daß die theoretischen Versuche der Zusammenfassung von Klagen und Klagegründen von wenigen alten Typen auszugehen pflegen. So werden die Schuldklagen je nach der Entstehung aus Vertrag oder Delikt eingeteilt, und die außervertraglichen von einem Teil der Juristen künstlich untergebracht. Die Verträge ihrerseits werden durch Kauf, Darlehen und Stipulation repräsentiert, die Delikte durch Diebstahl, Sachbeschädigung, Raub und Ehrverletzung[4]; die Erwerbshandlungen durch mancipatio und stipulatio[5] usf.

Eine wichtige Rolle bei dieser sparsamen Ausnutzung der vorhandenen Mittel spielt sowohl in Rom als im griechischen Osten, wie späterhin im ganzen Abendland die Verbreitung der Formulare und die Zähigkeit, mit der die berufsmäßigen Urkundenverfasser, amtliche Notare und private Winkelschreiber, an den Blanketten festhalten. Die Nachahmung von Geschäftsstilisierungen, unterstützt von Formularienbüchern, hat viele Rezeptionen bewirkt. In den östlichen, die Schrift pflegenden Ländern bildete sich ein griechisch-orientalischer Stil heraus, der dort den Sieg über lateinische Rechtsgedanken behauptete und selbst im Westen die nachhaltigsten Einflüsse ausübte.

§ 4. Formalismus[6]. Die alten römischen Geschäfts- und Prozeßhandlungen bewahren aus der Zeit der Mündlichkeit, der sie entstammen, die förmliche lateinische Rede wenigstens eines Geschäftsteiles. Sie erfordern Einheit der Handlung (unitas actus), und sofern sie Zeugen brauchen, müssen diese mündig und wohl immer eigens aufgefordert (testes rogati) sein. Parteien und Zeugen bei Vermögensgeschäften bedürfen nach der klassischen Regel noch der Fähigkeit zur Teilnahme am römischen Verkehr (commercium) kraft Nationalität oder Verleihung. Einige Geschäfte — Stipulation mit Akzeptilation und Cognitoris datio — sind aber den Fremden schon zugänglich, die Stipulation überhaupt bereits entnationalisiert und auf dem Wege auch

---

[1] Zu den von mir a. a. O. gegebenen Beweisen aus mehreren Rechtskreisen kommen besonders drastische neue Parallelen im demotischen Material.

[2] Die neuesten Erforscher der gemischten Verträge schreiben daher den Römern das „formale Absorptionsprinzip" zu. Höniger, Gem. Vertr. 338; Schreiber, Jh. J. 60, 123 (mit Hinweis auf Ausnahmen, die sich natürlich vermehren lassen).

[3] Mindestens in der Hauptsache echt, wie auch Beseler, Beiträge 2, 96 anerkennt.

[4] Marchi, Storia e concetto della obbligazione romana 1 (1912), 37.

[5] Für den Sklavenerwerb vgl. Gradenwitz, ZSavSt. 6, 57.

[6] Mitteis, PR. § 15. Über die Mündlichkeit F. Leo, Geschichte der römischen Literatur 1 (1913) 21. Über die Dekadenz der Stipulation Mitteis, Reichsrecht und Volksrecht 486 f., zurückhaltender PR. 285, vgl. Gdz. 71; Ferrari Atti Ist. Ven. 69. 2 (1909/10) 743.

zur Entkörperlichung, in der ägyptischen Praxis noch während des 3. Jahrhunderts verwildernd. Für Erbeinsetzungen und Legate werden von den vorgeschriebenen Worten Ausnahmen zugestanden, und auch sonst fehlt es nicht an Erleichterungen.

Noch über den Bereich der altformalen Geschäfte hinaus ist die Ausprägung von Willenserklärungen, auch solchen, denen nur das prätorische Amtsrecht[1], bisweilen sogar das Kaiserrecht Wirkungen beilegt, in bestimmten Worten üblich und für den Beweis der Perfektion erheblich, manchmal, wie es scheint, praktisch unentbehrlich. Zur letzten Kategorie gehörten einst die für die Geschichte der Konsensualverträge wichtigen Fragen und Antworten: Stichus C est mihi emptus? esto, und noch in der Kaiserzeit das recipio des Gastwirts, Schiffers und des Bankiers, das constituo des Anerkennenden, die zumeist ausdrückliche und in bestimmten Worten gehaltene Anordnung eines Fideikommisses, die Freilassungserklärung inter amicos.

Dem „äußeren" entspricht der „innere" Formalismus (Mitteis) des alten Rechts, der besonders den Geschäften des Familienrechts und des strengen Obligationenrechts bleibt. Das formale Geschäft führt ein für allemal eine bestimmte Wirkung herbei, läßt nur die eingeschlossenen Klauseln gelten und kann viele Klauseln gar nicht aufnehmen, z. B. meistens weder gewillkürte Bedingungen noch Termine. Um so mehr wirkt die gewählte Form ursprünglich unabhängig von der gedachten Absicht der Parteien. So muß nach dem künstlichen Ritual der Adoption und Emanzipation das Hauskind an einen Vertrauensmann manzipiert werden; es erleidet dadurch eine Capitis deminutio, die für Nießbrauch und Tutel, und eine einstweilige sklavenähnliche Stellung, die für ein darin erzeugtes Kind verderbliche Wirkung hat (Labeo, anders schon Gai. 1, 135).

Aber die Jurisprudenz sucht solche unliebsame Folgen abzubiegen. Sie beachtet immer stärker die Kausa der imaginären Geschäfte und läßt sie in das Gefüge des neuen Typus eindringen. So wird z. B. das Manzipationstestament gänzlich umgebildet, die Sicherungsfiduzia manchen Vorschriften des Pfandrechts unterworfen. Das kaiserliche Recht erleichtert die Formen, modernisiert zusehends die alten Institute und schiebt neue passendere ein. Unbeabsichtigte Reste der nackten Formwirkung machen sich trotzdem bemerkbar. Die Zessionen in der Iniurecessio hereditatis, tutelae und bei der Manumissio vindicta bedeuten Verzicht, auch wenn das Geschäft seinen Übertragungserfolg nicht erreicht; z. B. der freilassende Miteigentümer eines Sklaven verliert sein Miteigentum, ohne daß der Sklave frei wird, und nur bei dem gleichliegenden[2] Fall der Zession des nicht übertragbaren Nießbrauchs ist man auf Auswege bedacht. Vollends ist die Stipulationslehre, mit der auch noch ein Teil der Lehre vom Damnationslegat verbunden ist, mitten im klassischen Recht eine Insel, auf der archaische Wortklauberei herrscht. Doch man muß bedenken, daß die Engländer noch heute an dem Gegensatz zwischen Common law und Law of equity tragen, und vor allem, daß Wort- und Sachstrenge für den Großverkehr einen erwünschten Faktor der Rechtssicherheit stellen, die Stipulation aber ähnliche Funktionen wie unser Wechsel erfüllt.

Auf den meisten Gebieten schwingen sich die Römer zu einer Höhe der Betrachtung auf, die kein anderes Recht des Altertums oder Mittelalters besitzt. Die Toleranz gegen die fremden Privatrechte im Kaiserreich, die große Lehre von der Billigkeit[3], die in den prätorischen Klagen auf bonum et aequum und in den Formeln auf quidquid dare facere oportet ex fide bona

---

[1] Wlassak, ZSavSt. 26, 416 u. Mitteis, PR. 288 reden daher von amtsrechtlichen Formen. Dagegen Eisele, Studien z. röm. RG. (1912) 51.

[2] A. M. Mitteis, PR. 251 N. 63. Zum übrigen Demelius, Confessio 104; Rabel, ZSavSt. 27, 318; Esmein, Mélanges Gérardin 229.

[3] Voigt, Die Lehre vom ius naturale, aequum et bonum 1 (1856). Weitere große Lit. bei Kipp, Realenz. „aequitas" und bei Baviera, Mélanges Girard 1, 83 N. 1. „Humanitas" und „pietas" werden seit H. Krüger, ZSavSt. 19, 9 für regelmäßig kompilatorisch betrachtet. Doch sollte dies nicht übertrieben werden; z. B. ist das „humanius" in der Diskussion des Paulus D. 29, 1, 38, 1 über ein von ihm gefälltes Urteil kaum zu beanstanden (anders zuletzt Berger, Grünhuts Z. 40, 17 gegen Samter). — Neuestens werden die Römer als soziologische Rechtsanwender in Anspruch genommen: Kiß, Arch.bürgR. 38, 214—240. Übrigens sehe man Appleton, Mélanges Girard 1, 20 über die römische Auslegung von Formvorschriften; danach wären beinahe die Postulate von Danz verwirklicht. — Von der philosophischen Beeinflussung neuerdings F. Schneider, LitZentrBl. 1911, 863—5 über Carlyle, A history of medieval political theory in the West (1909).

gegründet ist und unter eindringlicher Beobachtung der Verkehrssitte stetig vertieft wird, die Leitgedanken, die in den Schlagworten vom favor libertatis, favor testamenti, favor dotium zusammengefaßt erscheinen — sind nicht bloß die fruchtbarsten Keime der byzantinischen und der modernen Weiterentwicklung geworden, sondern schon bei den Juristen des späteren Prinzipats von bedeutender Wirkung. Ganz vornehmlich aber erreichte ihre Auffassung von der Gerechtigkeit als dem guten und billigen Recht, vom Rechte als dem immanenten Prinzip des staatlich geordneten Lebens eine unvergleichliche Tragweite; stammt sie, die in den hellenistischen Gesetzen ebenfalls zutage tritt, von den griechischen Philosophen, so haben diese nie bessere Schüler gehabt.

§ 5. **Gesetzesumgehung und Rechtsmißbrauch.** In welchem Maße es den Römern gelingt oder nicht gelingt, des Formalismus Herr zu werden, zeigt sich recht deutlich auf einzelnen Gebieten der Rechtsanwendung. So gilt ursprünglich das Gesetz strenge nach seinem Wortlaut, die Enge der gesetzlichen Verbote ermöglicht ohne weiteres ihre Umgehung, die oft durch typische Akte im großen betrieben wird (z. B. Gai 2, 225. 226). Die Mehrzahl der nachgeformten Rechtsgeschäfte verdankt der Gesetzesumgehung ihr Leben. Dagegen schützen sich einzelne Gesetze durch eigene Klauseln gegen die ‚fraus' wie die Lex Fufia Caninia (Gai. 1, 46), und das prätorische Edikt läßt nur pacta gelten, die die Gesetze weder verletzen, noch sie umgehen (D. 2, 14, 7, 7). Die fraus wird als Zuwiderhandlung gegen den Willen des Gesetzes ohne direkte Verletzung seiner Worte definiert (Paul. u. Ulp. zur Lex Cincia D. 1, 3, 29. 30). Hier ist ein deutlicher Ansatz zur richtigen Theorie gegeben, die die Gesetzesumgehung in der sinngemäßen Auslegung des Gesetzes aufgehen läßt. Aber nur ein Ansatz, der Gegensatz zwischen beiden macht sich immer fühlbar, wo Gesetz oder Sondervorschrift der Praxis nicht die fraus verpönen. Auch Justinian hat die richtige Verallgemeinerung nicht getroffen. Wahrscheinlich will er sehr abwegig, wo der Inhalt des Gesetzes nicht hinreicht, auf seinen Zweck sehen, kommt aber überhaupt nicht über einzelne Erweiterungen von gesetzlichen Verboten hinaus[1].

Ebenso wenig gehört den Klassikern der Satz, daß die Ausübung eines Rechts unzulässig sei, wenn sie nur den Zweck verfolgt, einem anderen Schaden zuzufügen (Schikane). Justinian hat dies in das Wasserrecht gebracht (D. 39, 3, 1, 12; 2, 5 u. 9[2]). Aber vielleicht hat schon Celsus D. 6, 1, 38 das nutzlose Zerstören von Aufwendungen verpönt (neque malitiis indulgendum est[3]), jedenfalls wird das Verbot der Sklavenmißhandlungen durch Antoninus Pius von Gai. 1, 53 eben mit demjenigen Gedanken gerechtfertigt: „Male enim nostro iure uti non debemus"[4], der den Rechtsmißbrauch in vollstem Maße auszuschließen geeignet wäre (Schweiz. ZGB. Art. 2) und das erfolglose Schikaneverbot des § 226 BGB. weit hinter sich läßt.

§ 6. **Allgemeine Begriffe.** Die technischen Ausdrücke des Corpus iuris, aus denen wir unsere allgemeinen Begriffe von subjektivem Recht, Rechtsnachfolge, Rechtsgeschäft und Vertrag samt den vielen Unterbegriffen entnommen haben, stellen sich teils als byzantinisch heraus, teils entbehren sie der festen Prägung, die ihnen die Moderne beilegte. Schlimme Übertreibung aber ist es, den Klassikern die Begriffe selbst abzustreiten, aus denen wir uns genährt haben. Besonnene Kritik erprobt vielmehr bei den meisten Kategorien, daß von ihnen dasselbe gilt, wie es vom „Rechtsgeschäft" richtig festgestellt wurde: Der Begriff wurde mehr gefühlt als ausgearbeitet und nicht wie bei uns zur Grundlage der Theorie gesetzt[5]; aber

---

[1] Praktisch sind dabei die kompilatorischen Verbesserungen regelmäßig durch dolose Umgehungen verursacht; daher spielt der dolus (D. 5, 1, 15, 1) und die excogitatio (D. 14, 6, 3, 3; 40, 9, 14, 5; 16, 1, 29, 1, vielleicht echt Paulus) die Hauptrolle. Über das klass. und Just. Recht bestehen vom Text abweichende Ansichten. Ivo Pfaff, In fraudem legis agere 1892; Pacchioni, Riv. dir. comm. IX 2 (1911) 331; Rotondi, Gli atti in frode alla legge, Tor. 1911 u. Bull. 25, 221; Lewald, ZSavSt. 33, 586.

[2] Perozzi, Ist. 1, 394. Umgekehrt darf auch der Satz nullus videtur dolo facere qui suo iure utitur (Gai. D. 50, 17, 55) nicht überspannt werden; über den Sinn der Stelle Lenel, Paling. Gai. 13.

[3] Für die Echtheit Erman, ZSavSt. 25, 352 gegen Eisele, Kompensation 84: Pernice, Labeo II 2, 66, 294.

[4] J. Pfaff, Prodigalitätserklärung 24 N. 6.

[5] Jörs in Birkmeyers Enzyklopädie, 1. Aufl., 99. Mitteis, PR. § 9. Fadda, Parte generale (Nap. 1909) 177, 208.

er war vorhanden, wurde zutreffend benützt und äußerte sich auch sprachlich oft (gerere, contrahere, agere und Substantive).

Dasselbe ist z. B. auch von der Rechtsnachfolge zu sagen. Wo die Klassiker von succedere reden, denken sie an das Eintreten jemandes in die Rechtsstellung einer Person, wie es auch auf Arrogation und Manusehe zutrifft, regelmäßig sogar nur an den Hauptfall: die Erbfolge[1]. Weder hindert dies aber, daß sich daran die Idee des Übergangs von Rechten und Pflichten, und zwar in genauerer Abgrenzung des Gegenstandes, z. B. des Nachlasses, anschließt, die erbschaftliche Einheit als Gegenstand von Ersitzung, Vindikation, In iure cessio, fideikommissarischer Herausgabe gedacht wird, — so daß der Begriff der Universalsukzession bereits damals feststeht —, noch ist es leugbar, daß als Gegensatz die Nachfolge in einzelne Rechte auftritt und schließlich ein allgemeinerer Begriff der Sukzession sich da und dort geltend macht[2].

Ähnliches gilt wohl auch von der Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte, wo der Mangel einer allgemeinen Lehre sich in den Quellen besonders fühlbar macht[3].

Ein unnützes Bestreben wäre es, eine allgemeine Rechtslehre der Römer den Bruchstücken ihrer Kasuistik nachträglich zu unterlegen. Was das moderne System aus den schon von Justinian gern verallgemeinerten klassischen Sentenzen herauslas, gehört jetzt nur noch der Rechtsgeschichte des 19. Jahrhunderts an. Trotzdem sind natürlich die heutigen Schriftsteller im Recht, wenn sie Querschnitte ziehen, und auch im folgenden empfiehlt es sich, einige der modernen Beobachtungen über römische Lehren in dem Zusammenhang darzustellen, der sich zwar nicht aus den Quellen, aber aus der Überschau über die Quellen ergibt (IV).

I. Das Personenrecht.

A. Physische Person[4].

§ 7. **Rechtsfähigkeit.** An der Spitze jeder antiken Rechtsordnung haben wir uns das Prinzip der Personalität des Rechtes zu denken[5]. Das Privatrecht der Stadt Rom, das Ius civile im ältesten Sinn des Wortes, ist daher das Recht der römischen Bürger. Cives und civitas, municipes und municipium bezeichnen auf gleiche Weise die Körperschaft und ihre Glieder, die rechtssetzende Gemeinschaft und die an dem gesetzten Rechte voll teilnehmenden Bürger. Diese personale Untergründung des Rechtskreises bewirkt eine scharfe persönliche Bestimmung der Zugehörigkeit zu ihm, der Rechtsfähigkeit. Grundsätzlich sind wie die öffentlichen so die privaten Rechte und Pflichten, die das römische Gewohnheitsrecht und die Gesetze, ja selbst die Vorschriften der Beamten anerkennen, nur für Römer vorhanden. Nun erhielten zwar seit den Anfängen des Verkehrs und später immer mehr Latiner und Fremde in Rom einen vielfach analogen Rechtsschutz; auch enthielt der Stock einheimischer Rechtssätze außer den den Römern eigentümlichen die „allen" Völkern gemeinsamen, von denen nach philosophischen Mustern Gai 1, 1 redet und viele neue internationale Gebräuche gesellten sich hinzu; andererseits war aus dem römischen Gemeindebürgerrecht ein Reichsbürgerrecht hervorgegangen, dessen Träger zur römischen Nationalität oft keine innere und wenig äußere Beziehung hatte. Trotzdem bleibt im Kern richtig, daß zur Teilnahme am römischen Recht

---

[1] Longo, Bull. 14, 127. 224; 15, 283; St. Fadda, 1, 123; Bonfante, St. Scialoja 1, 522. 558; Rend. Ist. Lomb. 39, 277.

[2] Fadda a. a. O., bes. 65 ff. (gegen Bonfante). Mitteis, RömPrivR. § 6.

[3] Lit. bei Windscheid-Kipp § 82; ferner Mitteis, PR. § 14; F. Hellmann, Terminologische Untersuchungen über die rechtliche Unwirksamkeit i. r. R. (1914) glaubt gegen Mitteis eine feststehende Verwendung der Ausdrücke für die Unwirksamkeit von rechtlich bedeutsamen Tatbeständen zu erkennen. Zur „relativen" Unwirksamkeit Strohal, Festschrift zur Jahrhundertfeier des (öst.) allg. BGB. 2, 763. Zur nachträglichen Ungültigkeit bes. Hellmann, Arch. ziv. Prax. 90, 363; Ferrini, Arch. giur. 66, 201 u. bei Glück, 37/38, 5 (1905) 137—158.

[4] Costa, Papiniano 2 (1894); Fadda, Diritto delle persone e della famiglia Nap. 1910; Kniep, Gai instit. comm. primus 1911.

[5] S. Lenel oben S. 331.

im ganzen das Bürgertum gehört. Da sowohl dieses als die in der Kaiserzeit rechtlich gesicherte Stellung der nicht mit Bürgerrecht begabten Reichsangehörigen selbstverständlich die Freiheit voraussetzt, so darf man heutzutage den Status libertatis und den Status civitatis mit Fug als „Stufen" der Rechtsfähigkeit ansprechen.

Spricht man noch von einer dritten „Stufe", dem Status familiae, so darf dies nur besagen, daß die Stellung in der Familie als Haupt oder als Gewaltunterworfener noch in der klassischen Zeit für die rechtliche Lage eines Bürgers von entscheidender Bedeutung ist. Dagegen ist es eine unerweisliche Behauptung, daß jemals der Familienvorstand der Chef einer politischen Gruppe gewesen sei; es ist auch schwerlich ein römischer Gedanke, daß seine Stellung eine Erhöhung gegenüber dem Status civitatis bilde. Wir sehen vielmehr nur soviel: Einerseits erscheinen als Gründe des Rechtsfähigkeitsverlustes (capitis deminutio), zusammengestellt mit der Einbuße der Freiheit oder des Bürgerrechts, sicher schon zur Zeit Ciceros die Hingabe eines Hauskindes in fremde Gewalt und mindestens später andere Fälle des Familienwechsels[1]. Andererseits genießen die gewaltunterworfenen Freien nicht die Vermögensfähigkeit, aber dies ist nur ein Reflex der neben sich keine Privatrechte duldenden Hausgewalt.

Über cives, Latini und peregrini, ist oben (Lenel, §§ 18, 32) schon gesprochen. In das Privatrecht gehört auch nicht der Erwerb und Verlust des Bürgerrechtes, wohl aber das Sklaven- und Patronatsrecht.

§ 8. **Rechtlich bedeutsame persönliche Umstände.** Außer den drei Status haben die Römer keinen der Rechts- oder Handlungsfähigkeit entsprechenden Begriff. Dazu hat offenbar beigetragen, daß die Vormundschaften über Unmündige und Frauen sowie die Pflegschaften über Wahnsinnige und Verschwender erst allmählich aus Herrschaftsrechten Schutzgewalten geworden sind. Widerspruchsvoll gestaltet sich in der Tat die Stellung der Frau[2]. Die Frau nimmt natürlich keinen Anteil an den Arrogationen und Testamenten in Versammlungen des Römervolks, kann aber auch niemals Hausvorstand oder Vormünderin sein, solenne Zeugin oder Prozeßführerin für andere, und eine Fortführung dieses Gedankens, der sie in die engste Sphäre verweist, ist die „Wohltat", daß sie nach dem SC. Vellaeanum (46 n. Chr.) nicht zugunsten anderer rechtsgeschäftlich eintreten darf[3]. Für sich selbst war die nicht unter väterlicher oder Ehegewalt stehende Frau bis in das entwickelte Recht hinein durch Vormundschaft lebenslänglich beschränkt, die gewaltunterworfene ist nicht einmal wie der Haussohn verpflichtungsfähig. Dazu treten noch gewisse Einengungen im Erbrecht. Es ist ein Gemeinplatz bis ins 3. Jahrhundert: das weibliche Geschlecht ist schwach und in Vermögensdingen leichtsinnig (Ulp. 11, 1 u. ö.; dag. Gai. 1, 190). Aber die neuere Ehe läßt die Frau selbständig gegenüber dem Mann, die Frauentutel ist praktisch überwunden, indem die Verwandtenvogtschaft aufgehoben (Gai. 1, 157) und die sonstige rein nominell ist. Über die Vormünder der Kinder wird ihr die Aufsicht ermöglicht, das Erbeinsetzungsverbot der Lex Voconia fällt dahin, nur enthalten hinwieder Testiersitte und Gerichtsgebrauch bisweilen recht Abträgliches für sie[4].

Bei Unmündigen, Geisteskranken und Verschwendern denkt das klassische Privatrecht wohl nur noch an Beschränkungen der Geschäfts- und Delikts-, nicht der Rechtsfähigkeit. Gegen die Standesunterschiede ist es grundsätzlich ebenso gleichgültig wie gegen die Religionsverschiedenheit. Ausnahmen in der ersteren Beziehung sind besonders durch die alte Sonderheit der Freigelassenen, die kaiserliche Ehegesetzgebung und die aus allen römischen Prinzipien herausfallenden Privilegien der Soldaten bewirkt. Kein Staat aber vor dem 19. Jahrhundert hat im entferntesten so wie der Prinzipat die Rechtsgleichheit der Bürger und in allen wesentlichen Punkten des Vermögensrechts auch der Nichtbürger im Reich verwirklicht.

---

[1] Zur Adoption Cic. Top. 6, 29. Andere Fälle: schon Cic. Top. 4, 18 (abweichend Dessertaux in der unten S. 422 N. 6 ang. Schrift); Gai. 1, 162; 4. 38; Paul. D. 4, 5, 11.

[2] Im allg. P. Gide, Etude sur la condition privée de la femme [2] (Esmein) 1885.

[3] Der Prätor hatte wohl nach dem SC. die Klage zu denegieren (ZSavSt. 32, 421); wir sehen ihn eher eine exceptio in die Formel einschalten, aber dies von Amts wegen. Grabenwitz, Ungültigkeit der obl. Rechtsg. 74. 328; Mitteis, PR. 245; F. Hellmann, Terminol. Untersuchungen 199.

[4] v. Woeß, Das römische Erbrecht und die Erbanwärter (1911) 81.

§ 9. Beginn und Ende des Menschen. An verschiedenen Stellen ihrer Lehren zeigen die Römer, daß richtig (recte) der Mensch, d. i. ein Wesen menschlicher Gestalt (Paul. S. 4, 9, 3), ob Freier oder Sklave, erst mit vollendeter Geburt besteht[1]. Die empfangene und noch nicht geborene Leibesfrucht ist hiernach kein Rechtssubjekt, und ihre Tötung höchstens Verletzung des Vaters oder der Mutter. Aber die Juristen mildern den Grundsatz. So gibt u. a. ein Augenblick der Freiheit der Mutter während der Schwangerschaft dem später geborenen Kind die Freiheit oder das Recht des von den Feinden Zurückgekehrten. Ferner werden dem Kind für den Fall der Lebendgeburt das Patronatsrecht und die Erwerbungen von Todes wegen vorbehalten (Paul. D. 5, 4, 3 pr.), während bis zur Geburt ein Pfleger waltet. Die divi fratres schützen es gegen Unterdrückung durch die geschiedene Frau (D. 25, 4, 1 pr.). Was also Paulus in einem weiteren Spezialfall (D. 1, 5, 7) sagt, daß die Leibesfrucht wie ein wirklicher Mensch bewacht werde, sofern es sich um seinen Vorteil handelt, drückt immerhin die allgemeine Regel aus, die noch dem BGB. zugrunde liegt; das zeigt Paulus selbst durch Gegenüberstellung der Regel mit der gesetzlichen, daß zum Ius liberorum im Sinne des SC. Tertullianum ein Nasciturus nicht genügt (D. 50, 16, 231[2]).

Der Beweis des Todes wird nach dem Grundsatz der freien Beweiswürdigung beurteilt, was zugleich als Ersatz der dem römischen Recht unbekannten Todes- oder Verschollenerklärungen angesehen werden darf (vgl. D. 15, 2, 1, 10[3]). Aber wir kennen jetzt aus verschiedenen Gegenden des Reiches das zu Steuerzwecken eingerichtete geordnete Wesen der Geburts- und Sterberegister samt Deklarationen und amtlichen Prüfungen[4], deren Brauchbarkeit auch für Zivilrechtsstreitigkeiten klar ist.

Die Justinianischen Vermutungen für das Vorversterben von Aszendenten oder Deszendenten beim Tode in gemeinsamer Lebensgefahr kannten die Klassiker[5] nicht. Was in widersinnigem Anklang an diese Präsumptionen jetzt BGB. § 20 ausdrücken will, war demnach selbstverständlich, daß nämlich mangels des Nachweises eines Vortods niemand aus diesem jemals Rechte ableiten kann (D. 34, 5, 16—18).

§ 10. Haus und Familie. Dunkel und bestritten ist die älteste soziale Ordnung Roms, sicher dagegen das geschichtliche Ergebnis in der Blüte der Republik. Die Gesellschaft ist hier aufgelöst in Haushalte, die die wahren privatwirtschaftlichen Einheiten bilden; ihre Vorstände — die Familienväter — sind die Eigentümer der sämtlichen Sachen und Forderungen des Hauses und üben eine unerhört umfassende Gewalt über Ehefrau, Nachkommen, Sklaven- und Halbsklavengesinde (servi und personae in mancipio), einen Kreis, an den sich weiter außen die Freigelassenen und in gewissem Sinn die Klienten anschließen. Diese Organisation hat in der Kaiserzeit noch gleichsam offizielle Geltung. Die potestas der Hausväter wird noch als Herrschaftsrecht geltend gemacht, kommt in alten zivilrechtlichen Geschäften und im Erbrecht zur Geltung; übrigens ist der musterhafte pater familias das Vorbild für das Rechtsleben. Vor allem unterscheidet sich der Gewaltunterworfene noch grundsätzlich und bedeutsam vom Gewaltfreien. Für Gai. 1, 48 ff. ist dies die Haupteinteilung der Personen nach jener in Freie und Sklaven. Freilich aber ist die Organisation selbst, die diese Folgen erzeugt hat, gesellschaftlich überlebt. Die Manusehe ist fast verschwunden. Rechtlich ist die einheitliche Hausgewalt gespalten in das Eigentum an den Sklaven und die Familiengewalt an den Kindern, und beide, zumal die letztere wird inhaltlich immer mehr herabgesetzt.

Zu den personae alieni iuris gehören von alters her die Kinder aus rechter römischer Ehe und die Kinder der ebenso verheirateten Söhne; die Jahrhunderte haben diesem Kreis

---

[1] Ulp. (?) D. 25, 4, 1; Pap. D. 35, 2, 9, 1; C. 6, 29, 3. Nähere Fragen werden namentlich mit Rücksicht auf die posthume Geburt eines noterbberechtigten Kindes erörtert. Dabei genügt chirurgische Zwangsgeburt (Ulp. D. 28, 2, 12 pr.); streitig aber ist, wie noch in der Neuzeit, ob Unversehrtheit (Ulp. D. 28, 2, 12 pr: nein) und Lebensfähigkeit (Diocl. C. 6, 29, 2: nein) gefordert sei, namentlich aber ob das Leben sich durch Beschreien der Wände äußern müsse, was mit den Sabinianern Just. C. 6, 29, 3 verneint.

[2] Dagegen mag D. 1, 5, 26 im Eingang von Trib. berührt sein, Perozzi, Ist. 1, 135 n. 3, (hiergegen Fadda 23); wohl auch der Anfang von D. 5, 4, 3?

[3] Erman, ZSavSt. 19, 329; Fadda 36. — D. 23, 2, 10 ist itp., s. Krüger z. d. St.

[4] Lit. bei Wilcken, Grundzüge 195 f. und Girard, Textes [5] 911.

[5] Ferrini, Riv. ital. 14, 286. Vgl. aber Brini, Rend. Acc. Bologna S. I, 3, 46.

zumal den Adoptierten hinzugefügt, den Emanzipierten fortgenommen. Gewaltfrei (sui iuris) ist, wer keinen Vater oder väterlichen Großvater über sich hat; auch das neugeborene Kind heißt unter dieser Voraussetzung mit dem alten „patriarchalischen" Namen pater (Ulp. D. 50, 16, 195, 2). Durch Tod oder capitis deminutio des Hausvaters werden Söhne und Töchter und die Kinder vorverstorbener Söhne gewaltfrei (sui heredes).

Mit der Hausverfassung hängt die agnatische Familie zusammen, wenngleich das agnatische Band privatrechtlich am stärksten wirkt (Erbrecht, Vormundschaft), wo der Tod des Gewalthabers dessen Macht beendet hat und es Agnation ohne patria potestas gibt, z. B. die des Posthumus, des testamentarisch Adoptierten oder bei Gai. 1, 67; 2, 142. Der Hauptsache nach hält doch die väterliche Gewalt — ursprünglich und tiefer betrachtet, allerdings m. E. nicht sie, sondern das durch sie vertretene Haus — die agnatische Familie zusammen. Ganz nebensächliche Grenzfälle abgerechnet, darf es daher bei der modernen, an Ulp. D 50, 16, 195, 2 anschließenden Definition verbleiben: Agnaten sind die Personen, die unter einer Hausgewalt verbunden sind oder es wären, wenn der Vorfahre noch lebte[1]. Insbesondere sind Geburt in rechter Ehe und künstliche Lösung oder Knüpfung der Hausgewalt zugleich für die Zugehörigkeit zu der zivilen Familie entscheidend und können Frauen so wenig wie eine Gewalt ausüben, die Familie fortsetzen. Mulier familiae suae et caput et finis est (Ulp. l. c. § 5).

Die agnatische Familie hat noch im Prinzipat die Grundstellung nicht bloß im zivilen, sondern auch im prätorischen Recht[2], und nur sehr langsam weicht sie daraus im Zuge der großen, bis zu Justinians Novellen reichenden Entwicklung zugunsten der sog. natürlichen Familie, die bei den Klassikern noch nie Familie heißt (und in D 50, 16, 195, 4 nicht gemeint ist).

Die nächsten Blutsbande haben seit jeher gewisse verstreute rechtliche Folgen, wie für die Ehehindernisse und die Blutschande[3]. Auch sind sie neben anderen Naheverhältnissen entscheidend, z. B. für den Nächstenmord nach der Lex Pompeia (70 v. Chr.), für die Ausnahmen von den Verboten des Furischen Legatsgesetzes und der Lex Cincia über die Schenkungen. Wichtiger wurde, daß die durch Capitis deminutio aus der Agnation ausgeschiedenen Blutsverwandten und die durch Frauen verwandten Personen verschiedentliche Berücksichtigung genießen. Deshalb (Paul. D. 38, 10, 10 pr. [obwohl nicht ganz echt]) stellt man aber doch nicht eine rein auf Verwandtschaft oder auch nur eheliche Abstammung gegründete Familie auf, sondern legt nur um den Agnatenkreis einen weiteren der Cognati herum, so daß jeder adgnatus, z. B. auch der Adoptierte, als cognatus gilt (ebd. § 4; ‚cog. civilis' Mod.? l. 4 § 2, vgl. D. 2, 4, 7) und es keine Kognation in männlicher Linie ohne Agnation gibt, also keine uneheliche mit dem Vater. Damit ist namentlich der Kreis der prätorischen Erbfolgeberechtigten ohne und gegen das Testament gegeben, nur daß genauere Abgrenzungen nötig sind, z. B. wegen des Satzes, daß niemand gleichzeitig zwei Familien angehören kann und wegen der mit dem Vater gleichzeitig zur Zivität gelangenden Peregrinenkinder (Gai. 3, 20, 26).

Unbefangen wird der Begriff der parentes nach dem Edikt gegen die gerichtliche Ladung der Respektspersonen gefaßt (D. 2, 4, l. 4—8 pr.), sowie derjenige der liberi nach dem verwandten Edikt D. 2, 8, 2, § 2[4]. Vollends von den SC. Tertullianum (Hadrian) und Orfitianum (178 n. Chr.), die zwischen Mutter und Kind zivile Erbrechte begründeten, nimmt dann die nachklassische Kaisergesetzgebung ihren Ausgangspunkt, um im Erbrecht immer stärker die Blutsverwandtschaft neben und vor die agnatische zu schieben.

Desgleichen hat das außerordentliche Verfahren der Kaiserzeit den nächsten Blutsverwandten untereinander mehr und mehr Unterhaltsansprüche gegeben, im Vormundschaftswesen den Wünschen der Mutter mehr und mehr Einfluß eingeräumt u. dgl. m., und so ge-

---

[1] Umständlicher, aber nicht besser Gai. 1, 156 und wohl auch nicht vorzuziehen die sehr genau ausgearbeitete Definition bei Moriaud, De la simple famille paternelle (1910) 50; auf jene Grenzfälle sollte nicht so viel Wert gelegt werden, wie die verdienstliche Schrift meint, sie treffen nicht die gemeinsame historische Grundlage der patria potestas und der Agnation: die Hausgenossenschaft. Vgl. über diese unten Lit. zu § 125.

[2] Für die prätorischen Erbrechte der liberi zeigt dies Moriaud a. a. O., bes. 154. Daß die „Kognation" schlechthin alle Grade ohne Grenze umfaßt, beweist Perozzi, Studi Brugi. 267.

[3] Näheres Mommsen, Strafrecht 683, zur Lex Pompeia 654.

[4] S. § 3, 1. Satz (der 2. Satz ist itp., Zanzucchi, Riv. ital. 47, 253.

wichtige Ansätze zur späteren moderneren Behandlung des Familienrechts geschaffen. Das Recht der ägyptischen Provinzialen war ohnedies schon sehr viel fortgeschrittener.

Als mustergültig ist die Zählung der Gradesnähe der Agnaten oder Kognaten entsprechend dem Satz tot gradus quot generationes bis heute anerkannt; etwas unklarer aber im wesentlichen doch wie heute war der Begriff der Schwägerschaft (adfinitas) gefaßt, die hauptsächlich nur als Ehehindernis wirkte.

§ 11. **Inhalt der Hausgewalt.** Die strenge Ordnung des römischen Hauses wurde in der Kaiserzeit nicht eigentlich angetastet[1]. Aber hatte einst die Sitte der kleinen Stadt die Willkür der patres familias gebändigt, so mußte schon die spätere Republik auf rechtliche Eindämmung bedacht sein. Jetzt griffen für einige Fälle die heidnischen Kaiser ein, besonders Trajan, Hadrian und die Severen zugunsten der mißhandelten Hauskinder, nach einer Lex Petronia Claudius und Ant. Pius zugunsten der Sklaven[2]; ständig achteten auf Grund ihrer Anweisungen die kaiserlichen Beamten auf Beschwerden aller Art, wovon wir nur einiges erfahren. (Herm. D. 5, 1, 53 Sklaven; Ulp. D. 25, 3, 5 Unterhaltspflicht usw.) Die Bestimmung des Vaters über die Ehelichkeit, über Schließung und Trennung der Ehe von Kindern wurde stark eingeengt. Dagegen scheint die Kindesaussetzung noch unverboten zu sein[3], und der Verkauf von Kindern in äußerster Not ist ausdrücklich als erlaubt bezeugt (Paul. S. 5, 1, 1). Beides hat sich während des schweren Niederganges seit dem Ende des 2. Jahrhunderts gewiß oft ereignet, trotzdem die Juristen uns den Kinderverkauf nur in den künstlichen Geschäften der Emanzipation und Adoption und bei der Auslieferung des verbrecherischen Kindes zu zeigen pflegen. Im Orient kam auch die von den Römern zu Hause mit Deportation bestrafte (Paul. S. 5, 1, 1) Verpfändung von Kindern seit jeher vor[4].

Mit Rücksicht auf jene Einschränkungen stellt sich immerhin die Gewalt über die Deszendenten in der Kaiserzeit bereits eher als eine disziplinäre dar, obwohl die ältere Periode des Herrenrechts in der Terminologie und im Prozeß noch hervorscheint; fremd ist auch dieser Zeit noch eine familienrechtliche Erziehungspflicht. Das Recht über die Sklaven aber wird theoretisch und praktisch als Eigentum behandelt, das einigen, obwohl wichtigen gesetzlichen Beschränkungen unterliegt. Daß nach der Naturrechtslehre der griechischen Philosophen auch der Sklave von Natur aus sozusagen ein Mensch ist, macht sich höchstens in unbedeutenden Sonderrechtssätzen des Partus ancillae bemerkbar, der nicht als Frucht gilt. —

Wirtschaftlich hatte die Einheit des Hauses seit jeher ihren Grund in der Einheit des ländlichen Gutsbetriebes. In der aufgelösten antiken Verkehrswirtschaft nehmen die entsprechende Stelle die landwirtschaftlichen und gewerblichen Privatunternehmen ein. Sie werden bei den Römern in aller Regel von freien oder unfreien Gewaltunterworfenen betrieben und gehören dem Gewalthaber (peculium). Erwerb durch die ersteren für ihn ist ganz allgemein im weitesten Umfang — ausgenommen die In iure cessio als alten Gerichtsakt — zugelassen. Veräußerungen und Verpflichtungen sind durch ein kompliziertes Ineinandergreifen von volks- und amtsrechtlichen Sätzen geregelt, das Haftungsrecht wie das Sachenrecht aber unter dem leitenden Gesichtspunkt, daß es nicht bloß die Interessen, sondern die Rechte und Pflichten des Hausvaters sind, die sich den Dritten gegenüberstellen. So fällt das privatrechtliche Handeln der Gewaltunterworfenen prinzipiell unter das Handeln für eine fremde Rechtssphäre.

---

[1] In Ägypten wird die patria potestas noch P. Oxy. 1208, 6 (291 n. Chr.) und 1268, 9 (3. Jh.) erwähnt, aber nicht verstanden.

[2] Vergleichbar dem ptolemäischen Erlaß P. Lille 29, dazu Mitteis, Gdz. 277. Faktisch sind die Persönlichkeit des Sklaven und seine Familienverhältnisse gern berücksichtigt worden, wie die Inschriften aus den Sklavenfamilien zeigen (hübsche Zusammenstellung bei Costa, Storia 131), rechtlich hauptsächlich unter dem Gesichtspunkt der Rechte des Herrn, z. B. Beleidigung durch Verletzung des Sklaven oder Verführung der Sklavin; Bruch des Versprechens des Käufers ne serva prostituatur, das sich aber doch bereits gegen den Veräußerer selber wendet. Die bedeutsamste Ausnahme bilden die Verpflichtungen zur Freilassung, unten § 18 a. E.

[3] Paul. D. 25, 3, 4 wohl interpoliert, aber streitig. Lit. bei Baviera und Declareuil, beide in Mél. Girard 1, 115; 352.

[4] Lit. bei Weiß, Pfandrechtl. Untersuchungen 1, 29, gegen diesen selbst Partsch, Arch. Pap.F. 5, 508.

Dieses System ist praktisch durch die zweifellos sehr häufige Emanzipation von Söhnen und Töchtern erträglich gemacht worden. Gesetzliche Selbständigkeit erteilen die Kaiser in ihrem auf den Säbel gestützten Regiment nur dem Soldaten rücksichtlich des Erwerbs im Dienst und der Zulagen von Verwandten[1]. Ihm steht jede Verfügung frei, nur was er ohne Testament hinterläßt, gehört noch dem Vater. Die Vertragspraxis sorgt zwar in der Severenzeit oft für den Ausschluß des Gewalthabers von Zuwendungen, die jemand den Kindern macht[2], aber zu einer gesetzlichen Abscheidung des den Kindern „von auswärts" zufallenden Vermögens ist es erst seit Konstantin gekommen (bona adventicia).

Der Haussohn kann aus seinen Verträgen und Delikten, auch ehe er selbständig geworden ist, geklagt werden, aber aus Vertragsschulden nicht mit Vermögensvollstreckung belangt werden, sondern nur der Vater mit Actio iudicati de peculio, und die Deliktsklage hat ungefähr das Ergebnis einer Noxalhaftung[3]. Wahre Ausnahmen von der Regel bewirkt der Prätor, indem er dem Hauskind einige Klagen ‚suo nomine' erteilt, falls der Vater nicht imstande ist, sie auszuüben, besonders[4] die actio iniuriarum (Edikt in D. 47, 10, 17, 10), sodann, indem er klaglose Schuldverhältnisse zwischen den Angehörigen des Hauses anerkennt.

Eine wirtschaftliche Verselbständigung der Sklaven erfolgt tatsächlich, indem der Herr ihm gestattet, Ersparnisse von seinem Nahrungsdeputat oder den Lohn für Dienstleistungen, Gewinn aus Unternehmungen für sich als peculium zu behalten und sich schließlich damit freizukaufen. Für diese in Griechenland alltäglich geübte Sitte stellt auch das römische Recht bezüglich des Freikaufs geeignete Formen zur Verfügung; und der Treuhänder, der den Sklaven mit dessen Mitteln freikauft, kann nach einer epistula Div. fratrum (D. 40, 1, 4 pr.) zur Freilassung gezwungen werden[5].

§ 12. **Verlöbnis und Ehe**[6]. Die ehemaligen förmlichen Verlobungsstipulationen mit Strafversprechen bezeichnet Ulp. D. 23, 1, 2 als altertümlich, und nicht mehr die Gewalthaber verfügen über die Kinder, sondern die Brautleute schließen den Vertrag mit Zustimmung der Väter (Jul. ebd. 11). Juristisch geschieht dies formlos, tatsächlich gibt es natürlich religiöse Gebräuche und Festlichkeiten, im Orient und danach in Rom unter Bemittelten auch tabellae sponsalicium. Dagegen ist die altorientalische arrha sponsalicia, zweifellos das haftungsbegründende Angeld für künftigen Brautkauf[7], den Juristen unbekannt[8] und begegnet auch in den Papyri und in der Kaisergesetzgebung erst in nachklassischer Zeit.

Das Verlöbnis hat zahlreiche Wirkungen analog der Ehe[9], ist aber frei löslich ohne Haftung des Rücktretenden. Nur wenn Brautschenkungen gemacht sind, wie die Sitte es verlangt, versagt Pap. Vat. 262 dem schuldtragenden Bräutigam die Rückforderung selbst einer nur auf den Fall des Eheschlusses gemachten Schenkung.

---

[1] Fitting, Das peculium castrense 1870. Appleton, Nouv. rev. 1911, 594. Nach diesem Muster begünstigte nachmals die bureaukratische byzantinische Monarchie die Beamten und Kleriker.

[2] D. 35, 1, 70; 77 pr.; 92; 93; C. 6, 25, 3. Die Römer in Ägypten stehen schon länger unter der griechischen Vorstellung (Mitteis, Reichsrecht 238), daß das Muttergut den Kindern gehört. POxy. 1114 (237 n. Chr.) 1208 (291 n. Chr.). Die Erbverträge der ägyptischen und hellenistischen Bevölkerung gehen seit alters in dieselbe Richtung.

[3] Bestrittene Fragen. Mandry, Gem. Familiengüterrecht; Solazzi, Bull. 11, 113; Costa, Cicerone giureconsulto 1, 42 (über Cic. Phil. 2, 18, 45); Koschaker, Translatio iudicii (1905) 180 (spez. auch zu Ulp. D. 5, 1, 57 u. 9, 4, 35); Seckel, Festschrift f. Bekker (1907) 326 (auch über die actio de peculio aus der mit dem Haussohn vollzogenen Litiskontestation im Deliktsprozeß und weitere Fragen).

[4] In der Aufzählung bei Paul. D. 44, 7, 9 könnte „et depositi et commodati" für „fiduciae" interpoliert sein. Nicht entgegen Ulp. D. 5, 1, 18, 1 (vgl. Girard, Manuel 143 N. 4), da itp. (Eisele-Krüger.)

[5] Lotmar, ZSavSt. 33, 309.

[6] Karlowa, Die Formen der römischen Ehe und manus 1868. Brini, Matrimonio e divorzio, 3 Bde. 1887—89.

[7] Koschaker, ZSavSt. 33, 383.

[8] Die einzige Stelle, Paul. D. 23, 2, 38 pr., ist längst als itp. erkannt; unrichtig Cornil, Mél. Girard 1, 246.

[9] Aufzählungen bei Cornil 240.

Die Ehe der römischen Blütezeit heißt die „freie" im Gegensatz zu der archaischen, die Frau in die Herrengewalt (manus) des Mannes stellenden. In der Tat ist „das Grundprinzip für das römische Eherecht"[1]: libera matrimonia esse (Alex. C. 8, 38, 2). Das gilt von der Eheschließung, die weder eine staatliche noch eine religiöse Form erfordert, von der persönlichen und güterrechtlichen Stellung der Frau neben dem Mann und von der Scheidung. Wohl kontrastiert diese abstrakte Freiheit mit dem tiefen Gedanken des Ehesakraments, keineswegs aber etwa mit der Innigkeit der germanischen Ehe. Im Gegenteil galt nicht bloß allezeit die völlige religiöse und wirtschaftliche Einheit des Hauses als Typus und Ideal, sondern gerade die Juristen arbeiteten den sittlichen Charakter der Ehe ein für allemal heraus, indem sie ihre Dauer und ihre Intensität aufs höchste gesteigert denken. „Ehe ist die Verbindung von Mann und Frau und Genossenschaft des ganzen Lebens, die Gemeinschaft des göttlichen und menschlichen Rechts" lautet die Definition bei Mod. D. 23, 2, 1; von „ungeteilter Lebensgemeinschaft" spricht Just. J. 1, 9, 1 nach einer klassischen Quelle. Die antike Auffassung geht zwar eher von der Aufgabe der Ehe aus, eheliche Kinder zu erzeugen, und von ihrer Bedeutung, die Monogamie zu sanktionieren, aber gerade die römischen Juristen betonten den honos matrimonii (Ulp. D. 24, 1, 32, 13) und die Willensbindung gegenüber dem sinnlichen Element. Wenn die Römer die theoretische Forderung gegenseitiger Achtung und Treue und des ehemännlichen Schutzes nicht viel mit rechtlichen Zwangsvorschriften durchsetzten, ja, wenn sie die persönliche Freiheit wie im Eheschluß so in den ehelichen Beziehungen für das Wichtigste hielten, so auch damit die Liebe keinen pekuniären Beigeschmack bekomme (D. 24, 1, 3), gerade die Schenkungen unter Ehegatten verboten, so verdienen sie wohl nur den Vorwurf eines die Menschen überschätzenden Liberalismus. Die Folge war sicherlich oft eine Beeinträchtigung der Frau; gesetzlich hatte sie z. B. weder Unterhalts- noch Erbrechte von Belang. Immerhin zählte man auf die üblichen Vertrags- und Legatssicherungen, und die „Lasten der Ehe" treffen den Mann. Auch ist als Folge jener Freiheit der Verfall aller Zucht berüchtigt. Aber es gab doch eine Properzische Cornelia und die Turia, der ihr Mann die innigste Grabinschrift setzte; man tut nicht gut, aus römischen Satiren und französischen Romanen, nach Seneca und nach Schopenhauer ein Bild von Müttern und Gattinnen zu gewinnen. So ist auch der Schluß aus den Augusteischen Ehegesetzen auf eine Verkommenheit aller römischen Schichten so wenig ratsam, wie ein solcher aus den heutigen Gesetzesvorschlägen besorgter Beobachter des Zweikindersystems wäre. Jedenfalls, den römischen Juristen, die der Ehefrau eine dem Mann nahezu ebenbürtige Stellung einräumten und dazu in ihrer Familie ein gesetzliches volles Kindeserbrecht, läßt es sich nicht verübeln, daß sie ihr nicht Sicherungen gegen den Mann gaben, die kaum erst die jüngsten sozialen Bestrebungen durchzusetzen beginnen.

Auch zum Eheschluß gehört bereits die Willenserklärung der Brautleute neben derjenigen des Gewalthabers (Paul. D. 23, 2, 2; Ulp. 5, 2); merkwürdigerweise soll gerade bei Töchtern der stillschweigende Vaterkonsens genügt haben (Jul.-Paul. D. 23, 1, 7, 1) und dieser Konsens sogar durch die Behörde ersetzt werden[2]. Geisteskrankheit des Gewalthabers befreit auch Söhne seit Marc Aurel von seiner Zustimmung (J. 1, 10 pr.; C. 5, 4, 25).

Der Eheschluß läßt sich auch durch Brief oder Boten ausdrücken; nur wenn der Bräutigam abwesend ist, wird wenigstens gefordert, daß die Braut ins Haus des Mannes geleitet werde (domum ducere, Pomp. D. 23, 2, 5, Paul. S. 2, 19, 8). Im übrigen wird aus den religiösen oder festlichen Zeremonien nach Lage des Falles der entscheidende Augenblick des Konsenses ermittelt (Scaev. D. 24, 1, 66); auf die Copula carnalis kommt es nicht an (Ulp. D. 35, 1, 15). Ausnahmsweise könnte also die Heirat gar nicht bewiesen werden; auch dann nehmen die späteren Juristen im Zweifel Ehe an, nicht Konkubinat (Mod. D. 23, 2, 24).

Die persönliche Fähigkeit zur Ehe (conubium[3]) fehlt den Nichtrömern einschließlich aller Latini der Kaiserzeit, vorbehaltlich besonderer Verleihung. Die Ehe zwischen Nichtrömern kann nach dem Recht einer Gemeinde gültig sein. Zwischen Römern und Peregrinen aber

---

[1] Bruns, diese Enzykl. vor. Aufl. 399.

[2] Näheres Moriaud, Mél. Girard 2, 291, dessen Begründung, daß es auf Töchterehen nicht so sehr ankam, etwas unglaublich klingt. — Über die Zustimmung des Vormunds Mitteis, PR. 7, N. 11.

[3] Mitteis, PR. 121—123. 71; Wlassak, Prozeßgesetze 177 f.

wird Ehe nur in einem sehr beschränkten Sinn als matrimonium iustum anerkannt. Am genauesten sprechen sich die Juristen über das Bürgerrecht der Kinder aus, das sich nach römischem internationalem Recht (Gai. 1, 78) im allgemeinen nach dem Stand der Mutter richtet, aber infolge einer Lex Minicia doch mit geringen Ausnahmen nach dem Stand des nichtrömischen Vaters, der eine Römerin heiratete (Gai. 1, 78 ff., Ulp. 5, 8). Die Kinder treten weder in die väterliche Gewalt und Agnation ein, noch kommen die auf die Kognation und Ehe gestützten prätorischen Erbrechte und die neuen Erbrechte der Kaiserzeit gegenüber dem Vater in Anwendung. Die Ehe zeigt sich darin, daß Frau und Kinder des Römers nicht als unehelich gelten und dem Mann das Anklagerecht wegen Ehebruchs zusteht (Afr. Ulp. D. 48, 5, 14, 1). —

Dem der militia gregalis angehörigen Lagersoldaten ist die Ehe nach kaiserlichen Mandaten verboten[1]; wie die Papyri zeigen, mit Nichtigkeitsfolge (P. Cattaoui Recto), so daß vor dem Dienstantritt geschlossene Ehen aufgelöst werden (P. BGU. 140, 10). Freilich ist unsicher, ob Septimius Severus das Verbot nicht für das Landheer aufhob (Herod. 3, 8, 4). — Persönlich unfähig ist die geschlechtsunreife[2] und die verheiratete (Gai. 1, 63) Person, sowie der Kastrat (Ulp. D. 23, 3, 39, 1).

Trennende Ehehindernisse bestehen in der Verwandtschaft, der Adoptiv- und Schwägerschaft gerader Linie, in der Seitenlinie nur noch zwischen Geschwistern und zwischen dem Mutterbruder und seiner Nichte (Gai. 1, 58—64; Ulp. u. Paul. Coll. 6, 2. 3). Diese, späterhin verschärften Vorschriften heben sich vorteilhaft von den meisten der Endogamie viel günstigeren orientalischen Rechten ab[3]. — Die Ehegesetze des Augustus[4] und erweiternde spätere Konstitutionen haben Verbote für Personen senatorischen Standes und Freigeborene und für Ehebrecher; andere Vorschriften verbieten dem Vormund und dessen Sohn das Mündel, dem Patron die Freigelassene, dem Provinzstatthalter eine Einheimische zu ehelichen[5]. Ob in allen diesen Fällen die Ehe nichtig war, ist nicht sicher.

In sehr interessanten Ansätzen zur Anerkennung der Putativehe suchte ein SC. (vor Hadrian Gai. 1, 71; 3, 73) in bestimmten Fällen den Irrtum über das Bürgerrecht unschädlich zu machen und legitimierte ein Reskript der Divi fratres die Kinder einer Frau, die vor mehr als 40 Jahren gutgläubig den Mutterbruder heiratete (D. 23, 2, 57a).

§ 13. Wirkungen der Ehe unter den Ehegatten. Nicht bloß die Nachwirkung der Manusehe, sondern auch die Auffassung, die bis heute als die natürliche betrachtet wird, läßt bei einer sehr weitgehenden Emanzipation der Frau doch eine Überordnung des Mannes bestehen. Das Ergebnis dieser Tendenzen in der Kaiserzeit ist freilich zum Teil merkwürdig, um so mehr da noch die potestas des Gewalthabers der Frau, und wenn sie gewaltfrei ist, die Frauenvogtschaft oder das Patronatsrecht des Freilassers einer Libertina hineinspielt. Erst im 2. Jahrhundert entschließt man sich, dem Vater der Frau das Recht abzuschneiden, daß er die Tochter aus glücklicher Ehe heimhole[6] (Paul. S. 5, 6, 15 u. a.), und wohl noch in klassischer Zeit, die Interdikte des Mannes auch gegen den Vater gelten zu lassen (klar freilich erst Herm. D. 43, 30, 2).

Die Frau erhält nur ausnahmsweise den Rang des Mannes — den senatorischen, Ulp. D. 1, 9, 1, 1. Daß der Mann Schutz, die Frau Ehrerbietung schuldet, wird gelegentlich erklärt, das Recht auf die Frau durch Interdikte geschützt; das Anklagerecht wegen Ehebruchs nach der Lex Julia de adulteriis ist ohnedies nur eine Abschwächung des alten Tötungsrechts. Daß die Kosten des Haushalts und der Kindererziehung den Mann angehen, liegt dem ganzen

---

[1] Lit. b. Mitteis, Gdz. 282 ff.

[2] Für die Frau scheint fest das vollendete 12. Lebensjahr gefordert zu sein, Pomp. D. 23, 2, 4; Just. C. 5, 60, 3; Costa, Stor. 39 N. 2 gegen Collinet, Nouv. rev. 1900, 366.

[3] Weiß, ZSavSt. 29, 340.

[4] Über das zeitliche Verhältnis derselben: Jörs, Über das Verhältnis usw. (1882) und zusammenfassend Rotondi, Leges publ. pop. Rom. (1912) 444 f., 457 ff. Zum Inhalt: Jörs, Ehegesetze des Augustus (1894); Meyer, Konkubinat (1895).

[5] Vormund: SC. (177—180) D. 23, 3, 59. 60; Patron: Sev. Carac., Pap. D. 23, 2, 62, 1; C. 5, 4, 3; Statthalter: Kais. Mandate, D. 23, 2, 65.

[6] Dasselbe Recht hatte angeblich der ägyptische Vater, wenn er oder seine Tochter nicht in voller Ehe (ἔγγραφος γάμος) verheiratet war, P. Oxy II 237 col. 7/8, dazu statt aller Mitteis, Gdz. 208.

Güterrecht zugrunde. Deshalb wird sein Vermögen durch die Mitgift ergänzt. Sonst herrscht Gütertrennung.

Als Wirkungen der Ehe kann man noch ansehen, daß der Mann gegen die Frau nicht wegen Diebstahls[1], sondern nur mit der prätorischen Klage „wegen beseitigter Sachen" vorgehen darf (D. 25, 2; C. 5, 21); ferner daß er seit Ant. Pius gegenüber allen Klagen der Frau die Rechtswohltat des Notbedarfs hat[2]; das prätorische Erbrecht nach der allerletzten Intestatklasse; die Unzulässigkeit der Schenkungen zwischen Ehegatten.

§ 14. **Die Auflösung der Ehe** sine manu geschieht nicht bloß durch Tod oder endgültigen Verlust von Freiheit oder Bürgerrecht, sondern auch durch jede tatsächliche Zerstörung des Ehelebens — nicht aber schon des geschlechtlichen. So durch Kriegsgefangenschaft; die Wiederkehr kann nur eine neue Ehe begründen (Pomp. D. 49, 15, 14, 1; Tryph. ebd. 12, 4). So besonders — das am übelsten bekannte Stück des römischen Eherechts — durch die jedem Eheteil beliebig freistehende Scheidung. Nur bedarf der einseitige Scheidebrief (repudium) nach dem Augusteischen Ehebruchsgesetz einer Beweisförmlichkeit und schreiten gegen einen Schuldhaften der Zensor mit seiner Nota und das Privatrecht mit Vermögensfolgen ein. Man erlaubt den Ehegatten nicht einmal, sich mit Scheidungsstrafen zu schützen (Alex. C. 8, 38, 2). In Ägypten verschwinden daher diese Abmachungen während der Römerzeit aus den Eheverträgen. Auch die Schenkung für den Fall der Scheidung ist nichtig (Paul. D. 24, 1, 12). An diesen Grundlagen haben selbst die den zweiten Ehen sehr abholden christlichen Kaiser merkwürdig wenig verändert.

Der Mann darf sich stets ohne weiteres wieder verheiraten, die Witwe von altersher erst nach einer Trauerfrist von zehn Monaten, nach dem prätorischen Album bei sonstiger Infamie (Vat. 320; D. 3, 2); die Juristen wissen dies nur noch mit der Befürchtung einer „Blutmischung" zu erklären, nicht stichhaltig, da im Fall der Scheidung nicht das gleiche gilt, vielmehr die Möglichkeit der Schwangerschaft nur betont wird, um das Verhältnis des ersten Mannes zum nachher geborenen Kinde zu bestimmen.

§ 15. **Ehelichkeit.** Noch unter Diokletian ist die sachlich schon angenommene moderne Auffassung, daß das Kind durch die Geburt der Familie angehöre, in die Form gekleidet, daß der Vater es nicht willkürlich ablehnen dürfe (C. 8, 46, 9). Um so mehr beschäftigt diese Fragestellung die Juristen, indem sie auch hier seit dem 2. Jahrhundert die Absolutheit der Hausgewalt bekämpfen. Aus dem ursprünglichen Prinzip, der Hausvorstand dürfe das ihm dargebrachte neugeborene Kind aufnehmen (liberum tollere, suscipere) oder verwerfen (negare, repudiare), aus den SCC. de partu agnoscendo, die mit einem verwickelten Verfahren die behauptete Schwangerschaft geschiedener Frauen sicherstellen wollten, und aus dem Julianischen Edikt, das u. a. eine Klage auf Feststellung der Vaterschaft gegen den Vater zuließ, ergab sich nach, wie es scheint, harter Arbeit[3] folgender Rechtszustand: Die eheliche Vaterschaft wird durch das praeiudicium (Lenel, Ed. § 117) ausgemacht. Handelt die geschiedene Mutter dem ihr durch die Senatskonsulte auferlegten Anzeige- und Aufsichtsverfahren zuwider, so schadet dies weder der Familienstellung noch — gemäß einem Reskript des Pius — dem Unterhaltsanspruch des Kindes. Unterläßt der Gewalthaber im Verfahren die Ablehnung des Kindes oder die Kontrollmaßregeln, so muß er nur jedenfalls es alimentieren (Ulp. D. 25, 3, 1, 15). Er seinerseits kann gegen seine geschiedene Frau, von der er gegen ihre Behauptung ein Kind erwartet, die Aufsicht verhängen lassen (D. 25, 4, 1 pr.). Ist der Mann gestorben, so ordnet der Prätor ein jenen SCC. nachgebildetes Verfahren zur Beaufsichtigung der Geburt eines Posthumus an und macht davon in schonender Weise die Zulassung des Kindes zur Erbschaft abhängig[4]; von einer Entscheidungsfreiheit der Agnaten ist dabei keine Rede. Die

[1] Vgl. Paul. D. 25, 2, 1. Mit Costa, Storia 25 u. a. kann man es aber nicht als bewiesen ansehen, daß die entsprechende Ausdehnung auf den Diebstahl des Mannes erst justinianisch sei (Zanzucchi, Riv. ital. 42, 1, Fadda 297).

[2] Mod. 42, 1, 20. Hier ist das Gegenstück zugunsten der Frau klar interpoliert, wie schon Cuiac. sah.

[3] Declareuil, Mélanges Girard 1, 315.

[4] D. 25, 4, 1, 10 ff. Anwendung in Ägypten: P. ArchPapF. 3, 368, col. II 1—9.

Leibesfrucht muß aber binnen zehn Monaten nach dem Tode des Vaters geboren werden. (Ulp. D. 38, 16, 3, 9—12.)

Dieselbe Frist sowie die Ansicht des Hippokrates, daß im siebenten Monat eine reife Frucht geboren wird, entscheiden auch über den iustus filius nach dem Augusteischen Ehegesetze (Paul. D. 1, 5, 12) und die letztere über das Erbrecht der Mutter (Paul. S. 4, 9, 5). Zu einer Beweisregel oder gar einer unwiderleglichen Vermutung im Sinn unserer modernen Lehre von der Ehelichkeit ist es nicht gekommen. Der berühmte Satz pater est quem nuptiae demonstrant rechtfertigt bloß die Anwendung des Edikts gegen die Prozeßladung des Vaters (Paul. D. 2, 4, 5), offenbar in dem Sinn, daß der eheliche Vater sich darauf ohne weiteres, der uneheliche erst nach Beweis der Zeugung berufen darf. Die Klassiker formulieren eben noch nicht die auf die Geburt gestützte Familienstellung; alles dazu nötige haben sie aber entwickelt.

§ 16. Adoption und Emanzipation[1] beruhen in der hier maßgebenden Epoche auf der Macht des Hausvaters, die Zugehörigkeit zum Hause zu bestimmen. Das aus seiner Macht fließende Recht, die Kinder zu verkaufen, hatte auch die formelle Handhabe geboten, das Adoptionsgeschäft unter Hausvätern (datio in adoptionem) und die Entlassung aus der Gewalt (emancipatio) formell aufzubauen. Dagegen wird freilich ein Eigenberechtigter in eine Kindesstellung seit alters durch Beschluß der Kuriatkomitien aufgenommen (adrogatio); ob nur deshalb, weil sein Haus erlischt, oder weil hier ein Anfang des Adoptionsrechts liegt, steht dahin. Jedenfalls bildet in der Zeit der Juristen doch auch bei der Arrogation die Verfügung des Aufnehmenden den Kernpunkt. Alle die alten Formen für die drei Geschäfte sind noch geltenden Rechts; die Arrogation durch die Komitien wird von derjenigen durch kaiserliche Reskripte tatsächlich verdrängt. Die letztere und die adoptio per testamentum sind aber aus den Rechtsquellen nicht recht verfolgbar.

Manche alten Motive zur Kindesannahme sind jetzt ohne Kraft, namentlich das älteste, daß man auf Fortsetzung des verwaisenden Hauses bedacht war; andere, wie die Aufnahme der nichtagnatischen Abkömmlinge zur Sicherung ihrer Erziehung und Erbrechtsbeteiligung, stehen im Vordergrund. Nicht durchwegs klar ist jedoch, wie weit der zweifellos schon vorhandene und nachmals in der Gesetzgebung vorherrschende Gedanke, daß der Staat die Interessen der Unmündigen und Gewaltunterworfenen wahren soll, sich schon im Recht niederschlägt. Am sichersten ist dies bei dem dafür geeignetsten Arrogationsverfahren. In Rom prüfen die Pontifices die Zulässigkeit nach zahlreichen Richtungen und fordern vor der nun grundsätzlich zugelassenen (Gai. 1, 102) Arrogation eines Unmündigen die Sicherstellung seines Vermögens für den Fall, daß er in der Unmündigkeit verstirbt (D. 1, 7, 18). In den Provinzen sind die Statthalter damit befaßt. Ob auch bei der Adoptio im engeren Sinn der in Rom (anläßlich des Schlußakts, der Iniurecessio) mitwirkende Prätor seine Addictio unter Umständen versagte, wie er zweifellos konnte, ist nicht bezeugt. Die Zustimmung des gewaltunterworfenen Kindes selbst ist sicher noch nicht gefordert[2], es genügt der Wille des Gewalthabers. Wegen der Natur der hausherrlichen Gewalt auch geschieht es, daß Frauen nicht adoptieren können, nicht etwa ist „adoptio imitatur naturam" ein klassisches Rechtsprinzip[3].

In der ägyptischen Praxis hat man sich überhaupt nicht viel um die römischen Formen und Arten der Kindesannahme gekümmert, und die Papyri des 4. Jahrhunderts, die diesen Rückschluß erlauben, zeigen zugleich, daß der orientalische Urkundenbrauch das Vorbild für die Justinianische nur auf Erziehung und Erbrecht des Angenommenen gerichteten adoptio minus

---

[1] Über Arrogatio: Desserteaux, Étude sur les effets de l'adrogation 1892; Audibert, Nouv. rev. 1893, 363; R. Leonhard in Realenz. 1, 419. Über die Prüfung durch die pontifices Girard, Manuel 178. Adoption: Gunnar Bergman, Beiträge zum röm. Adoptionsrecht, Lund 1912.

[2] Cels. D. 1, 7, 5, Satz 1; der zweite Satz ist itp. (Mommsen, Lenel).

[3] Das Gegenteil lehrt Moriaud, Simple famille paternelle 123. Aber (Jav.) D. 1, 7, 16 und der Satz bei Pap. D. 28, 2, 23 pr. ne imagine naturae veritas adumbretur (dazu Bergman 142, 1) sind offensichtlich unecht, ferner vgl. Gai. 1, 103 mit J. 1, 11, 9 betreffs der Kastraten, und das Justinianische Erfordernis der Altersdifferenz von 18 Jahren D. 1, 7, 40, 1 itp. (Collinet, Nouv. rev. 1900, 381); J. 1, 11, 4. Der anderen Voraussetzung des § 1744 BGB. (daß der Adoptierende 50 Jahre alt sein muß) entspricht freilich schon Ulp. D. 1, 7, 15, 2, der 60 Jahre für die Regel fordert.

plena abgab[1]. Entsprechende Anfänge in der Wirkung der Kindesannahme hat aber schon das klassische Recht, indem z. B. die Zugehörigkeit zur neuen Familie, nur solange sie dauert, das prätorische Kindeserbrecht in der alten aufhebt, ausnahmsweise (D. 37, 4, 3, 7; 21, 1) sogar ein formelles Noterbrecht bestehen läßt und das Erbrecht des Kindes in der Klasse unde cognati gar nicht berührt (Gai. 3, 31; Ulp. D. 38, 8, 1, 4).

Die Emanzipation will Sohn oder Tochter in deren Interesse selbständig machen. Gegen seinen Willen darf der filius familias nicht emanzipiert werden (Paul. S. 2, 25, 5). Umgekehrt darf er es unter Umständen fordern, z. B. bei schlechter Behandlung (Pap. D. 37, 12, 5); damit kann auch die schädliche Arrogation eines Unmündigen wieder gutgemacht werden[2]. Man bemüht sich, dem Emanzipierten sein Peculium zu belassen (Pap. Vat. 260), gibt ihm die prätorischen Erbrechte usw[3].

§ 17. **Freilassung und Patronat.** Dem pater familias steht es endlich zu, seinen Sklaven zum Bürger und Freien zu machen. Nach altem Gewohnheitsrecht vollgültige Formen der Freilassung sind 1. die mit dem Stabe[4] (manumissio vindicta), offenbar die älteste Erscheinungsform des sonst in iure cessio genannten Verfahrens vor dem römischen Magistrat, 2. testamento durch unmittelbare Freierklärung im Testament. Die manumissio censu[5] durch Einschreibung in die Zensuslisten besteht für Ulp. 1, 8 schon lange nicht mehr. Sehr oft unterläßt man alle Förmlichkeit, und der Prätor schützt den tatsächlichen Zustand der Freiheit unter bestimmten Voraussetzungen, wie es scheint dann, wenn die Freilassung „unter Freunden" (Gai. 1, 44) oder durch Freiheitsbrief (Ps. Dos. 15; Jul. D. 41, 2, 38 pr.) geschah, also durch Zeugen oder Urkunde bewiesen werden kann[6]; ein Diptychon in Hermupolis a. 221[7] verbindet beides mittelst Beurkundung der manumissio unter amicos, und so berührt sich die römische Praxis mit den ebenfalls schließlich auf Urkunden reduzierten mannigfaltigen Freilassungsformen der Peregrinen im Osten.

Die Wirkung der zivilen Formen ist die Freiheit und das Bürgerrecht des bisherigen Sklaven, mit Ausnahme der höchsten öffentlichen Ehrenrechte, aber doch sehr liberal gegenüber anderen alten Rechten. Wegen der politischen und sozialen Gefahren bestehen vielerlei Einschränkungen des in Rom ungemein luxuriös gebrauchten Freilassungsrechts. Die prätorische Freilassung bewirkt seit der Lex Junia (gegen 30 v. Chr.) die eigentümliche Zwitterstellung der Latini Juniani[8], die unter anderen auch einzelnen der Freilassungsverbote der Lex Aelia Sentia (4 n. Chr.) zukommt.

Dem Freilasser bleibt als Rest seiner Gewalt stets ein deutliches Familienrecht am Libertus zurück. Den Regeln dieses Patronatsrechts folgt auch das Freilasserrecht, das die Emanzipation schon vermöge ihres formalen Geschäftsbaus erzeugt, nach klassischem Brauch (Gai. 1, 175)

---

[1] P. Oxy 1206 a. 335; P. Lips. 28 a. 381; Mitteis, Grdz. 274; ZSavSt. 33, 644; Lewald, ZSavSt. 33, 633; Peters, ZSavSt. 33, 582 (gegen Bergman, a. a. O. unter Hinweis auf Paul. D. 45, 1, 132).

[2] Pap. D. 1, 7, 32 pr., „per iudicem" itp. (Bergman 86), aber ob für „a consulibus" (Beseler, Beiträge 2, 2) steht noch nicht fest.

[3] Die römische Grundform ist beibehalten in einer unter Römern aufgesetzten ägyptischen Emanzipationsurkunde P. Lips. Inv. 136 (gegen 300 n. Chr.) ed. Mitteis, Dekanatsprogr. Leipzig 13. V. 1912: sie enthält eigentümliche Abweichungen, u. a. dreimalige Manzipation einer Tochter und statt der Freilassungen Rückmanzipationen, vielleicht zulässigerweise, De Francisci, Filangieri 38, 230.

[4] Wlassak, ZSavSt. 28, 149. Erleichterungen der Formen: Gai. 1, 20; Ulp. D. 40, 2, 8.

[5] Degenkolb, Die Befreiung durch Census (1892).

[6] Ob von prätorischer Form gesprochen werden kann, wird gegen Wlassak, ZSavSt. 26, 367; Mitteis, PR. 288 bestritten von Eisele, Stud. röm. RGesch. 64—99, der wohl im Recht ist, wenn er (75 f.) in Ulp. 1, 10 nominatim zu Latini fiunt zieht. Unter die m. inter amicos fiel vermutlich die erst nachklassisch abgesonderte Freilassung beim Gastmahl; vgl. Wlassak, ebd. 405; Eisele 84.

[7] Girard, Textes p. 849 = Mitteis, Chrest. N. 362 = Bruns, Fontes [7] n. 164. Ferner P. Oxy 1205 a. 291. — Über die griechischen Freilassungen bes. A. Calderini, La manomissione e la condizione dei liberti in Grecia, Mil. 1908; Partsch, ArchPapF. 5, 468; über die Papyri Mitteis, Gdz. 271, woselbst auch über die Freilassung durch Teileigentümer mit unrömischen Wirkungen, vgl. Bortolucci, Studi romanistici (Pad. 1906) Nr. 1.

[8] v. Bangerow, Über die Latini Juniani 1833; jetzt bes. Mitteis, PR. 71.

verschafft es sich der Vater selbst, indem erst er den Schlußakt setzt (parens manumissor). Den Patron und dessen agnatische Abkömmlinge verbindet mit dem Freigelassenen ein Band der Treue und des Schutzes, von dem die oft gemeinsamen Grabdenkmäler eindringlich zeugen und das von Rechts wegen sich äußert z. B. in dem gegenseitigen Unterhaltsanspruch, dem Erfordernis behördlicher Bewilligung für Klagen des Freigelassenen gegen den Patron und der Rechtswohltat des Notbedarfs des letzteren, vor allem in einem sehr bevorzugten Intestaterbrecht, prätorischen Pflichtteilsrecht und Vormundschaftsrecht des Patrons. Häufig tritt aus Stipulation oder Eid das Recht auf Dienste des Freigelassenen hinzu.

Von der Freilassung ab erhält die Persönlichkeit des bisherigen Sklaven Beachtung. Z. B. werden die vom Freilasser vereinbarten Rechte vom Prätor daraufhin untersucht, ob sie nicht die Freiheit beschweren (D. 38, 1, 2; 44, 5, 1, 5), ein den Griechen unbekannter Gedanke. Die Sklavenfamilie, nur ein faktisches Verhältnis (oben 414 N. 2) bekommt die Bedeutung eines Ehehindernisses (Paul. D. 23, 2, 14, 2; J. 1, 10, 10) u. a. m.

§ 18. Sklavereiähnliche Zustände. Die Antike kennt sehr viele Gründe für die Botmäßigkeit eines Menschen, darunter auch zahlreiche Unterwerfungen unter einen nicht geradezu sklavenmäßigen oder einen bedingten Sklavenzustand: Zwangsvollstreckung in die Person; freiwillige Selbstverknechtung eines Hafters vorweg für den Fall der Nichterfüllung einer Schuld oder nachträglich nach Schuldverfall eingegangen; schwebende oder beschränkte Freilassung eines Sklaven. Einzelne Erleichterungen sind durch republikanische Gesetze, z. B. die frühe Lex Poetelia, verfügt. Die Zeit des römischen Amtsrechts zeichnet sich immerhin dadurch aus, daß die schweren Bindungen der Vorzeit verringert und abgeschwächt sind und neue nur in Einzelfällen und nur zum Wohle der unterworfenen Personen zugelassen werden. Erst die Mißregierung des niedergehenden Reiches hat im Gegenteil die allerdings starken provinziellen Reste der Untertänigkeit aufs neue wuchern lassen und durch die grundherrschaftliche Organisation die bis in unsere Zeit verhängnisvolle Bauernentrechtung geschaffen.

Zwangsweise unterliegt der gewaltfreie Schuldner zwar noch immer der Personalexekution, was aber nur die Privathaft bedeutet, bis er die Schuld bezahlt oder abgearbeitet hat[1], und offenbar ohne Minderung seines Freiheitsstandes. Ebenso können Hauskinder wegen Delikts noch ausgeliefert werden; dies ermöglicht dem Verletzten aber nicht mehr Rache mit Tötung oder Knechtschaft, sondern lediglich eine Entschädigung durch die Dienste des noxae deditus, bis die Schuld abverdient ist (Pap. Coll. 2, 3, 1). Hierdurch und durch die Manzipation des Hauskindes im Zuge des Adoptions- und des Emanzipationsrituals ergibt sich das den Juristen interessante Zwitterverhältnis, indem der Bürger seine Persönlichkeit behält, aber Vermögenserwerb, Freilassung und patronatisches Erbrecht wie bei einem Sklaven gelten[2]. Die ehemals so häufige Selbstverknechtung, die als Motiv des Ständekampfes dargestellt wird, darf auch nach Varro de re rust. 1, 17, 2 nur den östlichen Provinzen zugemutet werden; wahrscheinlich ist sie u. a. in gewissen Alexandrinischen Schuldverpflichtungen der Augusteischen Zeit vereinbart[3]. In Rom ist eine sehr schlimme Anwendnng der alten Freiheit, sich in einen sklavenähnlichen Zustand zu versetzen, dem Spielunwesen zulieb, dem Gladiator und Tierhetzer erlaubt[4]. Ein wirkliches Herrschaftsrecht scheint in der klassischen Zeit auch wer jemanden aus der Kriegsgefangenschaft loskauft, an dessen Person bis zum Ersatz des Lösegeldes durch Bezahlung oder Dienst zu haben[5].

---

[1] Lenel, Ed. [2] 392—394; G. A. Leist in Realenz., addictus; Lewald, Zur Personalexekution im Recht der Papyri (1910) 25 f. mit sonst. Lit.

[2] Gai. 1, 123. 138—141; 2, 86 u. a. Adolf Schmidt, Das Hauskind in mancipio (1870); Mommsen, Jur. Schr. 3, 5—8.

[3] Darüber trefflich Lewald a. a. O.; nur ist die Vermutung, die ἀγώγιμοι und die altrömischen nexi hätten im Gegensatz zu der nachpoetelischen Schuldhaft durch den Arbeitsertrag nicht die Schuld abverdient, sehr zweifelhaft. Zu denken gibt z. B. der historische Rückschluß aus einer subsidiären Pflicht der Abarbeitung in der Isaurischen Lex Rhodia § 8.

[4] Mommsen, Jur. Schr. 3, 9; Pollack in Realenz., auctoramentum u. auctoratus.

[5] Bei Justinian hat er nur ein Pfandrecht an der Person; aber Interpolation ist wahrscheinlich: Pampaloni, Bull. 17, 123—138; Lewald 71. Für die griechischen Rechte [Dem.] or. 53, 11; Gortyn VI, 46—55.

In eigentümlicher Stellung befindet sich noch der Freie, der in der Meinung, Sklave zu sein, dient; und umgekehrt der Sklave, dem die Freiheit winkt, weil er testamentarisch unter einer Bedingung freigelassen ist (statu liber, D. 40, 7), oder weil die Freilassung dem Erben fideikommissarisch auferlegt ist (Ulp. 2, 7, 8). Im übrigen kennen die Römer nicht die vielfachen griechischen Freilassungen mit Dienstverpflichtung (παραμονή), deren Verletzung die resolutiv bedingte Freiheit aufhebt oder die suspensiv bedingte vereitelt[1]. Aber sie statten manche Klauseln, die ein Sklavenveräußerer dem Käufer oder Beschenkten auflegt, mit dinglicher Wirkung aus, die den Sklaven und den dritten Eigentümer angeht, am schärfsten die Abrede, ne serva prostituatur, die sogar unwiderruflich ist[3] und den Veräußerer selbst bindet, sowie die befristete Freilassungspflicht, die nach Marc Aurel mit dem Termin von selber wirkt[2]. Auch kann in einigen solchen Fällen ein resolutiv bedingter Rückfall des Eigentums verabredet werden (§ 113 a. E.).

§ 19. **Außereheliche Geschlechtsverbindungen.** Recht und Gesellschaft üben in Rom eine weitgehende Duldung gegenüber den außerehelichen Verbindungen, von der wilden Ehe bis zur Prostitution; nur verpönt man seit jeher Polygamie, Ehebruch und Blutschande, und seit den Ehegesetzen des Augustus wird der Geschlechtsverkehr mit einer unbescholtenen Römerin, die man heiraten könnte, als stuprum schwer bestraft. Die Strafe trifft nicht den Konkubinat[3] (D. 25, 7, 3, 1), worunter man nunmehr die dauernde Gemeinschaft zwischen Personen versteht, denen die Ehegesetze wegen mangelnder Ebenburt nicht die Ehe verstatten. Im übrigen zeichnet sich dieses Verhältnis vor anderen durch sittengemäße Pietät aus, die auf den Grabdenkmälern oft zu hübschem Ausdruck kommt[4], und besonders die Quasiehe mit der Freigelassenen durch soziale Wertschätzung, nicht aber irgend ersichtlich in privatrechtlichen Beziehungen. Vielmehr stehen Konkubine und Konkubinenkinder bis in die christliche Zeit, die das dann ändert, den übrigen unehelichen Müttern und Kindern gleich. Die zivile und die prätorische Familie haben keinen Raum für sie; umgekehrt sind die Erbrechte zwischen Mutter und Kind von der Ehelichkeit gar nicht abhängig (Ulp. D. 38, 17, 1, 2; 2, 1). Weniger eine Ausnahme hiervon als eine Abschwächung des Eheverbots für Soldaten ist die Epistula Hadriani (119 n. Chr.[5]), womit den Soldatenkindern die Erbklasse unde cognati eröffnet wird.

§ 20. **Ende der Persönlichkeit**[6]. Eine römische Schuleinteilung unterscheidet die Änderung des Rechtszustandes einer Person (Gai. 1, 159, D. 4, 5, 1) nach drei Graden: capitis deminutio maxima, Verlust der Freiheit, minor oder media, Verlust des Bürgerrechts, minima, Änderung der Hauszugehörigkeit (Gai. 1, 160; Ulp. 11, 11—13). Alle drei werden grundsätzlich als bürgerlicher Tod betrachtet (Gai. 3, 153). Die daraus folgende Erlöschung aller Rechte und Pflichten des betroffenen Individuums muß aber oft als unangemessen korrigiert werden. Zugunsten eines in Kriegsgefangenschaft geratenen Römers[7] wird gewartet, solange die Rückkehr in den römischen Machtbereich möglich ist und soweit es praktisch ohne zu große Beeinträchtigung dritter durchgeführt werden kann. Dem Rückkehrenden leben jure postliminii die früheren Rechtsstellungen, auch väterliche Gewalt und Eigentum wieder auf; die tatsächlichen Verhältnisse, wie Besitz und Ersitzungslauf (Jav. D. 41, 2, 23, 1; Pap. D. 4, 6, 19) oder die freie Ehe (Pomp. D. 49, 15, 14, 1; Paul. D. 24, 2, 1) können freilich nur neu begonnen werden. Stirbt der Captivus bei den Feinden, so ist durch eine Lex Cornelia die Fiktion verordnet, daß Erbgang und gesetzliche Vormundschaft über die sui (§ 10) eintreten sollen, als

---

[1] Partsch, ZSavSt. 28, 428.

[2] Haymann, Freilassungspflicht und Neurecht (1905). Lotmar, Marc Aurels Erlaß über die Freilassungsauflage, ZSavSt. 33 (1912) 304—382.

[3] P. M. Meyer, Der röm. Konkubinat 1895; Costa, Bull. 11, 233; R. Leonhard in Realenz., concubinatus; Kohler, Papinian über Liebe und Ehe, Arch. ziv. Prax. 111, 309.

[4] Über ein neues anziehendes Beispiel, Not. Scav. Ant. 9, 155 (ca. 300 n. Chr.) Costa, L'elogio di Allia Potestas, Rend. Accad. Bologna, sc. mor. 20. 2. 1913.

[5] PBGU. 140 = Mitteis, Chrest. 373.

[6] H. Krüger, Geschichte der capitis deminutio 1, 1887; Eisele, Beiträge zur röm. RGesch. 1896, 160—216; F. Desserteaux, Etudes sur la formation historique de la capitis deminutio 1, 1909.

[7] Das Folgende nach Mitteis, PR. 1, 128—135.

ob er jetzt als Bürger gestorben wäre; die Klassiker ziehen dies mehr und mehr (vgl. Gai. 1, 129) dahin, daß er als schon beim Freiheitsverlust gestorben gelte und gelangen so zu einer Rückziehung auch der Nichtwiederkehr (z. B. Jul. D. 49, 15, 22, 2). Noch viel mehr Unhaltbares würde das Erlöschen der Schulden des capite minutus ergeben, griffe nicht der Prätor ein; er gibt aus Kontraktsschulden von Eigenberechtigten, die in eine Gewalt gekommen sind (Manusehe, Arrogation), dem Gläubiger Restitutio in integrum und danach eine Klage, gegen die der neue Gewalthaber die Beklagtenrolle übernehmen muß, wenn er die Beschlagnahme des Vermögens hindern will[1]. In anderen Fällen ahmt dies die Praxis nach[2]. Besonders steht es mit der Emanzipation des Haussohnes; da er schon bei währender Gewalt verpflichtungsfähig war, ist jetzt die Zwangsvollstreckung gegen ihn frei; der Prätor beschränkt seine Haftung durch die Rechtswohltat des Notbedarfs[3].

§ 21. **Ehrenminderung.** Die „magna" cap. deminutio enthält eine Aufzehrung der bürgerlichen Ehre; ihr wird die bloße Schmälerung gegenübergesetzt (Call. D. 50, 13, 5, 2). Der wichtigste Fall der Spätzeit ist die infamia (ignominia), wegen deren das prätorische Edikt zahlreichen Kategorien von Bemakelten das Antragstellen nur für bestimmte nahestehende Personen erlaubt und verbietet, Kognitoren zu bestellen oder als solche bestellt zu werden[4]. Zum Teil knüpft sich die Infamie an die Verübung von Handlungen, z. B. schimpfliche Heeresentlassung, Bigamie, Auftreten als Schauspieler („infamia immediata" der Glossatoren), zum Teil an die Verurteilung und bisweilen die vergleichsweise Abfindung (Ulp. D. 3, 2, 6, 3), wegen bestimmter[5] entehrender Vermögensschädigungen („infamia mediata").

Im Gegensatz hierzu nach Voraussetzungen und im allgemeinen nach den Wirkungen nicht festgelegt ist die turpitudo; nicht vertrauenswürdige Personen werden beim Zeugnis und bei der Vormundsbestellung zurückgestellt; doch ist diese „Verächtlichkeit" (Sohm) rechtliches Tatbestanderfordernis des Augusteischen Eheverbots für Freie (Ulp. 16, 2) — nicht oder nicht sicher auch der querela inofficiosi testamenti.

§ 22. **Die Bevormundeten**[6]. Hier ist nur von Gewaltfreien die Rede. Denn die patria potestas hat nichts von einer gesetzlichen Vertretung an sich.

Die drei Arten von Vormündern, die wir im Prinzipat nebeneinander finden, repräsentieren drei Stadien umwälzender Veränderungen. Die gesetzliche Vormundschaft (tutela legitima) des nächsten Agnaten und des Patrons über Unmündige und Frauen, die nach dem Tode des Hausvaters ohne weiteres eingreift, ist das einstige Herrenrecht des Erbanwärters, seinem eventuellen Erbrecht und einstweilen seinem eigennützigen Vermögensgenuß dienend; die testamentarische (dativa), auf der souveränen Verfügungsmacht des Hausvaters[7] über Frau

---

[1] Lenel, Ed. § 42. Vermutungen über die Vorgeschichte des Edikts: Desserteaux, Nouv. rev. 1912 Juli-Aug.

[2] Nämlich nach Versklavung und wohl auch bei Verlust des Bürgerrechts, insofern das Vermögen erhalten blieb (vgl. Paul. D. 4, 5, 7, 3) ao. utilis „gegen diejenigen, an die das Vermögen des minutus gelangt ist" (Ulp. u. Paul. D. 4, 5, 2 pr.; 7, 2) mit Rezission (Lenel, anders Girard, Manuel 197). Inwiefern die Vermögenskonfiskation, die dem Freiheitsverlust durch Kapitalstrafen folgt oder die die Deportation und Relegation begleitende noch zur klassischen Zeit zu einer beschränkten Haftung des Staats geführt hat, scheint nicht sicher; deutlich ist wohl nur Philipp. C. 9, 49, 5 (Pap. D. 48, 20, 4 itp. u. D. 15, 2, 1, 4 gehören nicht hierher).

[3] Lenel, Ed. § 104. Koschaker, Translatio iudicii 178.

[4] Gai. 4, 182 — D. 3, 2, 1 — Vat. 320 — Vat. 324; Paul. S. 1, 2, 1. — Savigny, System 2, 171, 517; Marezoll, Über die bürgerliche Ehre 1824; Lenel, ZSavSt. 2, 54; Ed. 76, 89, 92; Rotondi, Riv. ital. 51, 137.

[5] Nach Macer D. 48, 1, 7 angeblich wegen aller Verurteilungen im öffentlichen Strafprozeß; die Stelle erscheint aber verdächtig.

[6] Rudorff, Das Recht der Vormundschaft, 3 Bde. 1831—3; Pernice, Lab. 1, 184; Z. Sav. St. 5, 25; Karlowa, RRG. 2, 269; Costa, Cicerone giureconsulto 1, 55. [Solazzi, Tutele e curatele, Riv. ital. 53 u. 54, noch unvollendet. (Nachtrag i. d. Korr.)]

[7] Daß die Mutter einen Vormund testamentarisch ernenne, ist zunächst selbstverständlich ausgeschlossen, s. noch Pap. D. 31, 69, 2, wenn auch der Magistrat die berufene Person üblicherweise bestellt, Nerat. D. 26, 3, 2; P. Teb. 326 a. 266. K. Alex. erlaubt es ihr aber C. 5, 28, 4, wenn sie den Mündel zum Erben einsetzt, vgl. Mod. D. 26, 2, 4; Peters, ZSavSt. 32, 258. — Über Frauen als Vormünder in Ägypten Wenger, ZSavSt. 28, 305; 29, 474 und allgemein im Reich Kübler ebd. 30, 154; 31, 176 (187 über die faktische Verwaltung durch Mütter bei den Römern).

und Kinder beruhend, wird meist schon zu ihrem Schutz angeordnet; und eine behördliche wird seit der lex Atilia von 186 v. Chr. (Atiliana) zufolge der obrigkeitlichen Fürsorge für die Witwen und Waisen bestellt. Zu der letzteren gesellt sich die Auffassung, daß die Übernahme der Bestallung eine Bürgerpflicht (munus) ist, das die Behörde erzwingt, vorbehaltlich zu prüfender Entschuldigungsgründe (excusatio)[1], und weiter, daß die Mutter, Erben, Freigelassene für Vormundslose die Bestellung zu beantragen verpflichtet sind. So entspricht die dritte Art der Vormünder am besten der Zeit und hat im Prinzipat durchaus die Führung. Sie drängt die agnatische Tutel zurück und beeinflußt den Charakter beider älterer Institute, sie trägt auch in sich den Gedanken der Obervormundschaft, denn es liegt nahe, daß eine Behörde, die den Vormund auswählt, ihn auch beaufsichtigt. Indessen braucht diese Entwicklung lange, bis tief in die byzantinische Zeit hinein. Wir begegnen noch bei den Spätklassikern nicht nur jenen drei Arten, sondern Überbleibseln früherer und späterer Zwischenstufen (vgl. § 73). Von den bevormundeten Personen gilt folgendes.

1. Frauen. Die Spätklassiker finden die gesetzliche Agnatentutel nicht mehr vor. Die testamentarisch durch den Mann bestellte, die Gai. 1, 150 ff. noch gewissenhaft vorträgt, ist mit der Manusehe erledigt. Dafern also die Frau nicht überhaupt vermöge des Kinderrechts nach den Ehegesetzen von Vogtschaft befreit ist, so bleibt nur die gesetzliche Vormundschaft des Freilassers und seiner Deszendenten über Freigelassene und Emanzipierte, die testamentarisch durch den Vater oder Großvater bestellte und die magistratisch angeordnete Frauenvormundschaft. Aber mit Ausnahme der ersterwähnten Gewaltreste (Gai. 1, 192) läuft alles auf bloße Förmlichkeiten hinaus, so sehr, daß man den früher auf dem Laufenden gehaltenen, jetzt veralteten Katalog der Rechtshandlungen, zu denen die Frau das Mithandeln des Vormunds braucht[2], nicht mehr revidiert hat. Eine Geschäftsführung obliegt ihm ohnedies nicht (Ulp. 11, 25).

2. Unmündig (impubes) ist der Geschlechtsunreife. Die Reife der Knaben wird durch Feierlichkeiten begangen, in der Kaiserzeit meist im 15. oder 16. Lebensjahre[3]. Auf das vollendete 14. Jahr wird gelegentlich in Gesetzen abgestellt (zuerst in der Lex Col. Genetivae c. 98). Es ist aber bis auf Justinian bestritten, ob die individuelle Reife oder 14 Jahre oder beides erforderlich sei (Gai. 1, 196; Ulp. 11, 28)[4]. Erträglich ist diese anscheinend seltsame Unsicherheit wohl dadurch, daß nach der Anlegung der toga virilis kein Zweifel praktisch war. Mädchen sind mit 12 Jahren ehefähig (Just. C. 5, 60, 3). Weiter beschäftigt man sich mit ihnen wegen der Geschlechtsvormundschaft nicht.

Das Grundprinzip ist nun für alle Unmündigen, daß sie familienrechtlicher Akte schlechtweg unfähig sind, wozu Ehe und Adoption und aus historischen Gründen auch Testamentserrichtung gehören, im Vermögensrecht aber nicht handlungsunfähig sind. Vielmehr bedarf nur einerseits ihr verpflichtendes und belastendes rechtsgeschäftliches Handeln der Ergänzung durch einen Vormund, andererseits hat der Vormund von jeher ein Recht zur Nutzung am Vermögen des pupillus und nun auch die Pflicht zur Verwaltung. Das Verhältnis zum Vormund gehört ganz in das Vermögensrecht; denn eine Obsorge über die Person ist nicht Sache des römischen Tutor.

Innerhalb des Unmündigkeitsalters wird das Stadium der infantia unterschieden, aber dieses ist noch nicht auf die ersten sieben Lebensjahre festgelegt[5] und seine ursprüngliche Bedeutung scheint noch ziemlich stark durch: wer nicht sprechen kann (qui fari non potest), vermag sich nicht der altzivilen mündlichen Geschäfte zu bedienen, der Stumme so wenig wie der

---

[1] Über die starken Interpolationen Albertario, Lo sviluppo delle excusationes nella tutela e nella cura dei minori (1912). De Francisci, Saggi romanistici 1 (Pavia 1913) 31. — Dagegen darf der testamentarische Vormund ablehnen; diese Abdicatio ist jetzt bezeugt durch P. BGU. 1113 = Mitteis, Chrest. 2, n. 169.

[2] Ulp. 11, 27; Pap. u. Paul., Vat. 45. 259. Lit. bei Peters, ZSavSt. 32, 240. Anders die ägyptische Praxis. Lit. bei Mitteis, Gdz. 248; dazu Taubenschlag, Vormundschaftsrechtliche Studien (1913) 69—86.

[3] Marquardt, Das Privatleben der Römer 1 [2], 127; Blümner, Die röm. Privataltertümer 335.

[4] Vermutungen über Näheres: Collinet, Nouv. rev. 1900, 366. Vgl. oben S. 417 N. 2.

[5] Pernice, Labeo 1, 214. Ulp. D. 26, 7, 1, 2; Mod. D. 23, 1, 14 sind interpoliert, vgl. auch Girard, Manuel 201.

Säugling (vgl. Gai. 3, 109 mit 105 und 107). Immerhin ist man schon deshalb gewohnt, die kleinsten Kinder aus dem praktischen Rechtsverkehr auszuschalten, und es liegt den Juristen nahe, dies aus ihrem Mangel an Vernunft zu erklären und auf Kinder, die schon reden können aber ohne intellectus sind (qui infanti proximus est) auszudehnen. „Wohlwollend"[1] entschließt man sich aber wieder, die letzteren gleich allen Unmündigen ohne Vormund zu lukrativen Handlungen, wie Stipulations- oder Zahlungsannahme, und mit dem Vormund auch zum Erbschaftsantritt zuzulassen[2]. Die Beachtung der individuellen Einsicht aber führt dazu, für Delikte, speziell Dolus und Furtum, den aus alten Strafgesetzen überkommenen Rechtszustand dahin auszugestalten[3], daß der der Mündigkeit „nahe" impubes je nach seiner Erkenntnisreife verantwortlich ist (Gai. 3, 208; Jul.-Ulp. D. 44, 4, 4, 26; 47, 2, 23).

Billigkeitshalber hat übrigens Pius eine Geschäftsführungsklage gegen einen ohne Vormund handelnden Pupillen zugelassen (D. 3, 5, 33; 3, 4), was gelegentlich verallgemeinert wird (Ulp. D. 13, 6, 3 pr.). Auch wird dem Pupillen die Wiederforderung einer bezahlten Schuldsumme verweigert[4].

§ 23. Personen unter Pflegschaft. 1. Die Minderjährigkeit unter 25 Jahren ist bei den Klassikern noch keine Stufe der Handlungsfähigkeit, hat aber eine Reihe spezieller Folgen. Nach der Lex Plaetoria und ihrer Interpretation kann wegen einer Übervorteilung (circumscriptio) des Minderjährigen jeder Bürger klagen, und der Minderjährige hat sowohl eine Privatklage als eine Einrede wegen des betrügerischen Geschäfts[5]. Nach dem prätorischen Album (D. 4, 4, 1, Lenel § 41) erfolgt gegen nachteilige Rechtsgeschäfte des minor Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, je nach Lage des Falles. Beides setzt seinen Kredit so stark herab, daß er von seinem Recht[6], sich magistratisch einen Kurator für seine Geschäfte bestellen zu lassen, häufig Gebrauch macht. Denn die Mitwirkung des Kurators bei einem Geschäft schützt den Vertragsgegner in der Regel tatsächlich vor nachträglichen Bemängelungen. Außerdem darf, wer gegen den minor klagt, einen Kurator für diesen verlangen (Car. C. 5, 31, 1 a. 214). Ob es damit unter den Severen sein Bewenden hat, ob die sicher vorhandene Überarbeitung unserer Quellen soweit geht, daß alle uns darin ersichtlichen Neuerungen, wie Geschäftsführungsrecht und -pflicht der Kuratoren, ihre Kautionspflicht und die Prozeßunfähigkeit der Minderjährigen, die schließlich den Minderjährigen zu einem bessergestellten Mündel herabdrücken, erst vom 3. Jahrhundert nach Caracalla anfangen und die allgemeine Reform erst von Konstantin datiert, ist augenblicklich höchst fraglich[7].

---

[1] Pernice 222; Last, Jh. J. 62, 19.

[2] Zum ersteren: Gai. 3, 109; 2, 83, J. 1, 21 pr., zum letzteren Gai. D. 26, 8, 9, 3—5; Paul. D. 29, 2, 9. — Über Besitzerwerb s. Perozzi, Ist. 1, 554 N. 1; Riccobono, ZSavSt. 31, 364; Pacchioni, Corso 2, 223, 1; Solazzi, Di alcuni punti controversi etc. (Mem. Acc. Modena S. III, vol. XI sez. scienze 1911) 15; Lewald, ZSavSt. 34, 450.

[3] Ferrini, Dir. penale 128; vgl. Mommsen, Strafr. 75.

[4] Eine Naturalobligation mit weiteren Konsequenzen hat aber erst Justinian; Alibrandi, Bull. 24, 170. (In D. 26, 8, 5 pr., das. S. 171 N. 1, ist auch cuivis im letzten Satz itp., wie die obigen Stellen beweisen.)

[5] Karlowa, Legisaktionen (1870) 352; Girard, Nouv. rev. 14, 698; Debray, Mél. Girard 1, 265.

[6] Nur seinem: Solazzi, La minore età (1912) 13.

[7] Solazzi a. a. O. neigt zu einer ganz radikalen Datierung nach Konstantin. Partsch, Studien zur Negotiorum gestio (1913) 1, 73 nimmt für die Klassiker nur eine freiwillige Geschäftsführung des curator adulescentis aus Mandat oder jedenfalls negotiorum gestio an, regelmäßig bloß bis zum 18. Lebensjahre und eine nicht einheitliche Reform im 3. Jahrhundert. Grundsätzlich anders Lenel in einer vorbereiteten Abhandlung. Unbedingt zugegeben werden darf eine starke — aber doch in ihrem Ausmaß zweifelhafte — Durchsetzung der Quellen einschließlich der vatikanischen Fragmente (Solazzi, Albertario, Lo sviluppo delle excusationes p. 6) mit nachklassischen Scholien und des Justinianischen Materials auch mit Interpolationen, und daß seit dem 3. Jahrhundert nach Caracalla die cura minoris in einer erweiterten Tutel aufgeht (man spricht von „tutor vel curator" u. ähnl., De Francisci, Saggi romanistici No. 1, 1—49). Verwechselungen begegnen überall im Osten und Westen, auch in Modestins Schrift, παραίτησις ἐπιτροπῆς καὶ κουρατορείας, vgl. Peters, ZSavSt. 33, 511. — Über die Prozeßfähigkeit Solazzi 196—202, 242. Anders noch ders. Bull. 16, 106; 22, 22; Koschaker, Translatio iudicii 151; Peters, ZSavSt. 32, 279. Vgl. Steinwenter, Studien zum röm. Versäumnisverf. (1914) 58 f.

Dies gilt nicht von der minderjährigen Frau, die keinen Vormund hat. Ihr Kurator hat die Administration (Paul. D. 23, 2, 20; Vat. 201 u. ö.) mit Ausschluß der Frau (Gord. C. 5, 37, 12), und für ihn gilt das meiste wie von den sonstigen verwaltenden Kuratoren.

2. Die alte potestas des Kurators am Vermögen eines Geisteskranken (furiosus) oder erklärten Verschwenders (prodigus) ist im Prinzipat schon Schutzgewalt. Der furiosus[1] ist zu jedem Erwerb fähig, der keiner Rechtshandlung bedarf (Gai. 3, 106), also zu Erbfolge und Vermächtniserwerb, sofern sie ohne Antrittserklärung erfolgen. Natürlich fehlt ihm entsprechend alle Deliktsfähigkeit (Ulp. D. 9, 2, 5, 2). Ob dem ‚furiosus' stets der „sonstige demens" gleichgestellt[2], der Schwachsinnige (stultus, fatuus) gegenübergestellt wird, ferner ob der Kurator auch für die Person des Pfleglings zu sorgen hat[3], scheint unsicher, nicht aber (vgl. Just. C. 5, 70, 6), daß die Kuratel mit der Handlungsfähigkeit in lichten Augenblicken nach einer, freilich bestrittenen Meinung aufhört, eine seltsame Konsequenz aus der von der neuesten Psychiatrie bestätigten und privatrechtlich entscheidenden Beobachtung des zeitweiligen Abschwellens gewisser Geisteskrankheiten.

Wegen Verschwendung[4] wird nicht mehr bloß der Vergeuder des gesetzlich ererbten Vaterguts (12 Tafeln) entmündigt; statt der eigennützigen Anwartschaft der Agnaten und Gentilen wird das eigene Interesse des Verschwenders betont, auch gelegentlich der Rechtsmißbrauch, den er begeht (Gai. 1, 53). Ulp. 12, 3 tut freilich immer noch nur den Schritt vom gesetzlich zum testamentarisch überkommenen väterlichen Vermögen; über sonstige Verschwendung wissen wir nicht Genügendes. In Rom erläßt gegen Römer der Stadtprätor ein Dekret[5], das kundgemacht wird. Die alte Formel untersagt dem prodigus den Vermögensverkehr, wozu als Manzipation auch die Testamentserrichtung gehört (Ulp. 20, 13); die Juristen scheinen lukrative Erwerbsakte auszunehmen wie beim Pupillen (Ulp. D. 45, 1, 6) und gestatten sogar Erbschaftserwerb einschließlich der cretio (Ulp. D. 29, 2, 5, 1).

B. Juristische Personen.

§ 24. Körperschaft[6]. Das ganze Altertum ist überreich an Vereinigungen von Menschen zu Gemeinschaftszwecken, angefangen von den religiösen und Stammesgruppen und von dem in der griechisch-römischen Antike wohlausgebildeten Staate bis zu den kleinsten gesellschaftlichen Verbindungen. Aber selbst die römischen Juristen haben keine eigentliche Theorie der Rechts-

[1] Audibert, Nouv. rev. 14, 521. 846; Etudes sur l'histoire du droit romain 1 (1892) (von den meisten abgelehnt); H. Krüger, ZSavSt. 14, 260; Costa, Cicerone giureconsulto 60 ff.; Wlassak, ZSavSt. 31, 262 (zum erbrechtlichen Erwerb); Wedemeyer (und Jahrmärker), Zur Praxis der Entmündigung (1908) 21 (über Geistesschwäche); Solazzi, La minore età 137—9 (über den minor furiosus).

[2] Vermutlich unterscheidet erst der späte Sprachgebrauch (D. 5, 2, 2 interp.; Eisele, ZSavSt. 15, 261, anders v. Woeß, Röm. Erbrecht 193; Ulp. oder Trib. ? D. 27, 10, 6; 47, 10, 17, 11) den demens vom furiosus.

[3] Das sagt Jul. D. 27, 10, 7 pr.; aber das passivische tueri, wenngleich durch die Wörterbücher einige Male belegt, steht doch bei Gai. D. 7, 1, 56 a. E. (und danach D. 33, 2, 8) und Pap. D. 28, 3, 17 (cf. Frag. Berol.) in anerkannt interpolierten Sätzen.

[4] Mitteis, Ber. Verh. sächs. Ges. 62 (1910) 264 über D. 27, 10, 1 pr. interp.; J. Pfaff, Zur Geschichte der Prodigalitätserklärung (1911); H. Krüger, Grünhuts Z. 39, 344.

[5] Wohl auch zur Beendigung: Girard, Manuel 227. Über den Wortlaut der Entmündigung (Paul. S. 3, 4 a, 7) Collinet, Nouv. rev. 1911, 73. Zur Kundmachung und dem Aushang, mit dem im ägypt. Pap. Flor. 99 die Eltern eines Verschwenders warnen, ihm zu kreditieren Weiß, ZSavSt. 33, 488.

[6] Grundlegend neuerdings Mitteis, PR. § 18; wichtig für die „privaten" Vereine Ugo Coli, Collegia e sodalitates (Sem. giur. della R. Univ. Bologna I) 1913. — Mommsen, De collegiis et sodaliciis 1843; ZSavSt. 15, 345 = Jur. Schr. 3, 108; ZSavSt. 25, 33 = Jur. Schr. 3, 53; Cohn, Zum röm. Vereinswesen 1873; Liebenam, Zur Gesch. u. Organisation des röm. Vereinswesens 1890; Waltzing in Mémoires couronnés publiés par l'atcad. de Belgique 50, 2 (1895/96); Kornemann in Realenz., collegium. Über das Edikt wegen der Prozeßvertretung Lenel, Ed. §§ 31—34; Ramadier, Etudes Girard 1, 259. — Hölder, Natürliche und juristische Personen 1905. Binder, Das Problem der juristischen Persönlichkeit 1907. — Ziebarth, Das griechische Vereinswesen 1896; Poland, Geschichte des griechischen Vereinswesens 1909; San Nicolò, Ägyptisches Vereinswesen zur Zeit der Ptolemäer und Römer 1 (Die einzelnen Vereine) 1913. Vgl. Pap. Jandanae (1914) S. 156.

träger, die nicht Einzelmenschen sind, entwickelt. Den aus der alten Gemeinde erwachsenen Staat fanden sie in einer ihrem privatrechtlichen Denken entrückten Sphäre fertig vor, die städtischen Gemeinden und die privaten Assoziationen standen zur Zeit, als die römische Rechtslehre sich an der Systembildung versuchte, bereits unter dem harten Druck einer engherzigen bureaukratischen Regierung, selbständige Stiftungen gab es nicht. Die ungeheure Wirkung der Anhäufung beweglichen Kapitals, die der Wirtschaft in der Gegenwart ihren Stempel aufdrückt, ist den Alten auch unbekannt gewesen. So fehlte der soziale und ökonomische Trieb, das Recht der juristischen Personen nach allen Seiten auszubilden und klarzustellen, vollends etwa den schwierigen Fragen ihres Wesens nachzugehen.

Trotzdem verdanken wir den Römern die entscheidende Erkenntnis von der Existenz jener Rechtsfigur, wo eine Gesamtheit physischer Personen durch ihren Zusammenschluß zu einem neuen Inhaber von Rechten und Pflichten aufwächst. Da diese Wahrnehmung sich hauptsächlich den Stadtgemeinden zuwendet und zu einer Zeit, wo der anzunehmende ursprüngliche Gedanke der genossenschaftlichen Teilnahme der Bürger an dem Gemeindevermögen erloschen ist, so tritt in den Digesten etwas einseitig nur der Gegensatz zwischen der Körperschaft und ihren Mitgliedern deutlich hervor; doch gerade darin wird der Trennpunkt der juristischen Person von sonstigen gesellschaftlichen Bildungen getroffen. Man betont z. B., daß an den Forderungen und Schulden der Gemeinde die Mitglieder keinen Teil haben und ihr Bestand derselbe bleibt, wenn auch die Mitglieder wechseln (Ulp. D. 3, 4, 7, 1. 2). Die Bürger haben keine Befugnis, die Gemeinde prozessualisch zu vertreten oder durch Vertrag zu verpflichten, dies steht besonderen Vertretern zu. Durch Delikt von Gemeindegenossen oder Vertretern kann eine Haftung der Gemeinde gar nicht herbeigeführt werden: quid enim municipes dolo facere possunt? (Ulp. D. 4, 3, 15, 1). Auch das den Koloniebürgern zugeschriebene gemeinsame Wald- und Weideland dürfen sie nur noch auf Widerruf nutzen [1].

Aus diesen, dem dürftigen theoretischen Bestand der Quellen am leichtesten entnehmbaren und im Sinn Justinians auf alle Körperschaften verallgemeinerten Sätzen hat die abendländische Doktrin den Begriff einer universitas gezogen, die den singuli auf das schroffste gegenübersteht; ganz auf sich selbst gestellt ist sie nur noch ein gedachtes Wesen, ein fingiertes Subjekt (Savigny) oder gar ein subjektloses Vermögen (Brinz).

Darin steckt, wie die neuesten dogmatischen Erörterungen ergeben, eine berechtigte Anschauung. Indessen wurde seit Gierke der genossenschaftliche Aufbau der deutschrechtlichen Genossenschaft entdeckt: Die Gesamtheit und die einzelnen sind innig verknüpft, die Mitglieder genießen das Körperschaftsvermögen mit, ziehen aus seiner Substanz nach der Auflösung der Genossenschaft, bisweilen sogar nach Austritt einen Anteil; die „Verbandspersönlichkeit" lebt „real" durch ihre „Organe", die Deliktsfähigkeit steht fest. So wird in der Wirksamkeit der Körperschaft eine Seite ausgestaltet, mit der sich ihre Selbständigkeit als eigener Rechtsträger vereinbart; beide zusammen ergeben ein reiferes Wesen, zumal da jetzt erst die bedeutsame Rolle aller juristischen Personen im öffentlichen Recht Beachtung findet.

Von der Fülle der modernen Gesichtspunkte aus betrachtet bietet aber auch das römische Rechtsleben nicht das einfache Bild, das man früher darin zu erkennen glaubte. Es paßt ungefähr auf die italischen Gemeinden der Kaiserzeit, nicht ohne weiteres auf die früheren und nicht auf die provinziellen, nicht auf den Staat, der mit der allerschärfsten Trennung von seinen Angehörigen zufolge seiner souveränen Überordnung die Fähigkeit verbindet, die Mitglieder zu seinen Lasten heranzuziehen, vollends nicht auf die Mannigfaltigkeit der privaten Vereine [2]. Aus den Inschriften sind Vereine bekannt, wo die Mitglieder Einlagen haben, über die sie in einem Beispiel (Bruns, fontes [7] n. 176 l. 6) durch Legat verfügen können; nach Marcian D. 47, 22, 3 pr. steht den Mitgliedern sogar unerlaubter Vereine ein Heimfallsrecht am Vermögen zu. In den Genossenschaften der Steuerpächter, die wenigstens Gai. D. 3, 4, 1 pr. unter die juristischen Personen stellt, ist eine weitreichende Beteiligung der socii an den Rechten der Pachtung sicher und an den Ausfällen glaublich. Über die Frage, ob auch Vereine für die Delikte ihrer Vertreter nicht haften, ist nichts bekannt. Im ganzen läßt sich sagen, daß die Römer die Selbständigkeit der juristischen Person nach außen verdienstlich herausarbeiten, ohne daraus

[1] Mitteis 342 u. N. 10. [2] Mitteis 345.

selber für das Verhältnis auf den Erwerb gerichteter Vereine zu ihren Mitgliedern übertriebene Folgerungen zu ziehen.

§ 25. **Entstehung und Rechtsfähigkeit.** Der römische Staat, dessen Körperschaftsnatur im Namen, populus Romanus, hervortritt, steht samt seinem Vermögen (aerarium) in der Republik unter den besonderen Normen, die er sich geschaffen hat, und unterwirft sich weder bei Verträgen noch Prozessen dem Privatrecht. Dies gilt noch in der Kaiserzeit von dem Staatsvermögen, das dem Ärarium verbleibt, während der unter die ausschließliche kaiserliche Verwaltung gestellte Teil (fiscus Caesaris) für seine Verträge dem Privatrecht folgt, die ordentlichen Gerichte allerdings im Lauf des Prinzipats immer mehr ausschaltet und sich eine große Fülle von Privilegien zuspricht.

Juristische Persönlichkeit hat in der Kaiserzeit ferner jede öffentliche Körperschaft: Vicus, Pagus und Gemeinde. Ihre Rechtsfähigkeit wird zu einer nahezu unbeschränkten[1]; Erben können sie nur deshalb nicht werden, weil sie keine „bestimmte Person" darstellen und zum förmlichen Erwerb der Erbschaft (cretio) außerstande sind (Ulp. 22, 5). Finanziell will man ja die Städte stärken, da sie als Rückgrat der kaiserlichen Steuerverwaltung herhalten müssen. Im ganzen werden die Gemeinden als Subjekte des Privatrechts behandelt, mit Ausnahmen, unter denen sich die aus der italischen Gemeindesouveränität stammenden „Lokationen", d. i. Verpachtungen und Werkverträge, erhalten[2]. Einschränkungen bedingt aber die verwaltungsrechtliche Aufsicht der Staatsbehörden[3], noch bedeutsamer der geringe Umfang der kommunalen Erwerbsbetätigungen.

In der Geschichte der privaten Vereine ist das meiste dunkel. Kaum zweifelhaft ist doch ihr Ausgang von der freien Körperschaftsbildung her. Dies gilt nicht von den collegia im engeren Sinn, denn dies sind Genossenschaften von Trägern öffentlicher Ämter und dem Privatrecht daher von Haus aus gar nicht angehörig; wohl aber von den sodalitates, den Bankettgesellschaften, die sich zu einem Kult, tatsächlich aber je länger desto mehr zu anderen Zwecken zusammenfanden. Das lebhafte südländische Naturell machte aus ihnen, zumal in den bewegten Zeiten der Bürgerkriege, leicht politische Klubs und Geheimbünde, zudem haben gewisse Verbindungen im Süden immer wieder aus Sittlichkeitsgründen zu Unterdrückungsmaßnahmen genötigt. Cäsar (Suet. Caes. 42) verbot den größten Teil der Sodalizien. Die dem Augustus zugeschriebene Lex Julia de collegiis hat dann offenbar wenig mehr zu ändern gehabt. Seither steht aber für den ganzen Bereich der Körperschaften (collegia im neueren Sinn) fest, daß sie der staatlichen Genehmigung bedürfen, die vom Kaiser oder vom Senat erteilt wird. Ohne solche bleibt nur eine Anzahl „alter und gesetzlicher Kollegien" (Sueton Oct. 32) aufrecht, worunter wir die Priester- und Beamtengenossenschaften und die alten Gewerbsinnungen zu verstehen pflegen. Später werden als minder gefährlich auch die Vereine der niederen Schichten (collegia tenuiorum) erlaubt, vorausgesetzt, daß sie einem uns nicht genau bekannten Zweck, vermutlich dem der Sterbekassen, dienen und nicht öfter als einmal im Monat Gelage abhalten[4]. Was nicht die generelle oder spezielle Genehmigung empfangen hat, ist unerlaubter Verein und schon deshalb zur Rechtsfähigkeit untauglich. Die Autorisation selbst: „quibus coire convenire collegiumque habere licet" dürfte rein polizeilich gedacht sein. Denn dafür, daß die Rechtsfähigkeit jemals noch eigens verliehen worden wäre[5], gibt es kein Zeugnis. Vielmehr

[1] Über Legate Nerva und Hadrian s. Ulp. fr. 24, 28. Universalfideikommisse SC. vor 117 oder 123. Paul. D. 36, 1, 27; Ulp. fr. 22, 5. Servitutenerwerb durch Sklaven Jav. D. 8, 1, 12. Stipulationserwerb durch Sklaven Ulp. D. 45, 3, 3 (puto valere: offenbar für irgendwelche spezielle fragliche Anwendung.)

[2] Näheres Mitteis, PR. 380—382.

[3] Unter diese gehören die Schenkungen der Gemeinden (Ulp. D. 50, 9, 4); daß auch die Schenkungen an sie (Mommsen, Jur. Schr. 3, 60; Mitteis 384 γ), ist nicht beweisbar. Über die Wirkung privater Errichtung von Bildsäulen in den Städten stritt man wegen des Fehlens des Übereignungsaktes, vgl. auch D. 43, 24, 11, 1: quasi publicata.

[4] Trajan, Plin. Ep. 10, 93 a. 111/113 für Anisus. SCC. über Coll. symphoniacorum und coll. funeraticium Lanuvinum n. 136, Bruns ⁷ n. 174, 175; Sept. Sev. für das ganze Reich: Marcian D. 47, 22, 1 pr. § 1.

[5] So Mitteis 399 ff., der das corpus habere bei Gai. D. 3, 4, 1 pr. § 1 als „Rechtsfähigkeit haben" auffaßt. Doch selbst, wenn dies zutrifft (dagegen, nicht dafür spricht m. E. „neque ⟨sodalicium⟩ neque collegium neque huiusmodi corpus" [falls echt] sowie Paul. D. 34,

verleiht sich diese sicherlich nach wie vor der Verein selbst, indem er gemäß der Satzung (Gai. D. 3, 4, 1) juristische Person sein will, d. h. einfach ein Vereinsvermögen (res communes, arca communis) „nach Analogie der Gemeinde" (Gai. D. 3, 4, 1) hat. In alledem hat sich in der Kaiserzeit nichts verändert; nur erlangen unter Marcus die Kollegien das Recht zur Sklavenfreilassung (D. 40, 3, 1), das bisher fehlte, weil es zivile Freilassung durch Stellvertreter nicht gab; und die Fähigkeit, Vermächtnisse zu erwerben (D. 34, 5, 20), trotzdem sie nicht certae personae sind. Die Erbfähigkeit bleibt ihnen dauernd vorenthalten (Diokl. C. 6, 24, 8). Alles das aber gehört nicht zum normalen Leben der Korporation und darf daher auf positive Gewährung warten. Auch die Städte haben ihre Legatsfähigkeit erst seit Nerva und Hadrian.

§ 26. **Stiftungen**[1] als juristische Personen sind der Antike fremd. Wohl entspricht dem antiken Sinn die Fürsorge für gemeinnützige Bestrebungen in hohem Maße; einst für sakrale Zwecke, in der Kaiserzeit vor allem für Verteilungen, Gelage und öffentliche Bauten, im Osten auch für viele Wettspiele werden große Summen ausgesetzt. Aber der Versuch, die Zweckwidmung dauerhaft zu gestalten, kleidet sich in andere Formen. Man übereignet das Stiftungsgut an einen Tempel, eine Stadt, einen religiösen oder weltlichen, oft erst zu gründenden Verein unter Auflage; wenn ein Erblasser an seine Freigelassenen ein Grundstück vermacht, das sie nicht an Fremde veräußern dürfen, sowie wenn das Haupt einer griechischen Philosophenschule das Schulgut von Todes wegen an einen Lieblingsschüler hinterläßt, der seinerseits für die gleiche Erhaltung sorgen soll, u. dgl. m., so sind dies fiduziarische Übereignungen gleich dem nachmaligen englischen Trust, ehe er aus sich die Stiftung entwickelt hat. Die römischen Juristen verlangen aber natürlich die Einhaltung der römischen Vergabungsformen; und die Inschriften zeigen auch, daß man die erst langsam teilweise beseitigten Schranken der Legate und Fideikommisse an Körperschaften zu berücksichtigen hatte. Eine besondere römische Schöpfung sind die Alimentarstiftungen der Kaiser[2] besonders von Nerva, Trajan und Hadrian, aber auch anderer bis mindestens Alexander Severus; der Kaiser läßt durch seine Beamten Gelder verwalten und die Einkünfte an Landstädte überweisen, die daraus Gaben für Kinderernährung und Erziehung verteilen; die Verwaltung versieht einen weiteren sozialen Zweck, indem sie die Gelder zu billigem Zinsfuß an bedürftige Landwirte auf Hypotheken ausleiht, manche meinen sogar: unkündbar. Eine auszeichnende Eigenschaft der römischen Verwaltung ist die strengere Staatsaufsicht über die Stiftungen.

II. Sachenrecht.

§ 27. **Sachen.** „Res" als Gegenstand von Rechten deckt sich in der Hauptbedeutung mit der „körperlichen Sache", der „Sache" schlechtweg des BGB. Doch mischen die Römer unbefangen auch die Rechte selbst unter die res.

Die römischen Einteilungen der Sachen sind meistens eigentlich gedacht als Einteilungen der Rechtssätze über Sachen. Sie drängten sich zum Teil von selbst auf, wie die in res mancipi, der Manzipation fähige Gegenstände, und res nec mancipi; jenes sind von alters her das römische, jetzt das italische Grundstück, die ländlichen Grundgerechtigkeiten, Sklaven und die italischen Zug- und Reittiere. Zumeist sind die theoretischen Zusammenfassungen durch die Popularphilosophie beeinflußt[3]; so die res communes omnium, das sind die freien Güter,

---

5, 20: corpori cui licet coire), so folgt aus der Gaisstelle nicht eine Zweiheit von Autorisationen. Auch paßt, was von K. Marcus berichtet wird, nur zu einer Erweiterung der Rechtsfähigkeit der erlaubten Vereine, nicht zu einer erstmaligen allgemeinen Gewährung, die Mitteis anzunehmen genötigt ist. Gegen Mitteis' Argumentationen wendet sich im übrigen das im Text Folgende.

[1] Pernice, Labeo 3, 56. 150; Brinz, Pand. [2] 3, 545; Mitteis, PR. 1, 414; Sarrazin, Etude sur les fondations dans l'antiquité, en particulier à Rome et à Byzance, Thèse Paris 1909. Ziebarth, Die Stiftung nach griechischem Recht, ZvglRWiss. 16, 249; 19, 298; Kohler, ebd. 17, 225; Laum, Stiftungen in der griechischen und römischen Antike, 2 Bde. 1914.

[2] Inschr.: Bruns, Fontes [7] 346; Lit. bei Kubitschek in Realenz., alimentarii pueri et puellae; dazu Pernice, Labeo 3, 164.

[3] Göppert, Über einheitliche, zusammengesetzte und Gesamtsachen, 1871. Sokolowski, Die Philosophie im Privatrecht 1 (1902). Die sachliche Selbständigkeit der römischen Rechtsregeln betont gegen Göppert zu schwach Brinz, Pand. 1 § 144, um so mehr gegen die Abwege Sokolowskis Rabel, Z. f. wiss. Philos. 1904 (April).

fast alle gar nicht Sachen im Rechtssinn; die Einheitssachen, zusammengesetzten Sachen und Sachgesamtheiten; die körperlichen Sachen und nicht körperlichen, d. h. Rechte, von denen u. a. gilt, daß sie nicht die Tradition vertragen (Gai. 2, 28); die individuell bestimmten (species, corpus certum) und nach Gattungsmerkmalen bezeichneten (genus). Was die Juristen so nach dem Maßstabe ihrer Allgemeinbildung auszudrücken bestrebt waren, stand längst fest.

Als oberste Einteilung betrachtet Gai. 2, 1 mit Recht die in res in nostro patrimonio und extra nostrum patrimonium, wenngleich die nähere Ausführung nicht sehr logisch ausfällt [1]. Die den Göttern formell geweihten Grundstücke und Kultgeräte (res sacrae et religiosae), ursprünglich auch die Mauern und Tore, sind als im Eigentum der Gottheit stehend dem Privateigentum glattweg unzugänglich und können daher auch nicht den Gegenstand einer gültigen Stipulation oder eines Kaufvertrags bilden. Viel weniger unzweideutig ist die Stellung der meisten heute sog. „res nullius humani iuris". Wenn die Gemeinrechtler anläßlich des Baseler Festungsstreites (1859) über Eigentum oder Hoheitsrecht des Staates an den öffentlichen Sachen streiten mußten, so lag die Unklarheit an den Zwitterzuständen, mit denen die klassischen Quellen arbeiten. Von den mit förmlichem Akt der Publicatio dem Gemeingebrauch gewidmeten Straßen und Plätzen, Theatern und Stadien ist sicher, daß sie dem Populus Romanus richtig gehören (Gai. 2, 11), aber es sind doch Sonderrechte daran konzessioniert [2], und diese sowie der jedem Bürger zustehende Gemeingebrauch sind durch viele Interdikte geregelt und geschützt. Die Landwege, Flüsse und Häfen werden je nach Gewohnheit [3] ähnlich behandelt, wobei das Flußufer mit zum Gemeingebrauch dient (Gai. D. 1, 8, 5), aber sobald das Wasser Inseln freiläßt oder abfließt, zeigt sich nach klassischer Ansicht bei den an nicht abgemarkte Ländereien (agri arcifinii) angrenzenden Flüssen ein Privateigentum der Uferanlieger am Flußbett [4], bei den Agri limitati neuerdings ein Aneignungsrecht des ersten Okkupanten (Ulp. D. 43, 12, 1, 6). Meer und Meeresküste werden in der doktrinären Aufzählung des späten Marcian (D. 1, 8, 2, 1) unter die von Natur freien Sachen gerechnet; aber das Fischen und das Bauen werden nur je nach Brauch erlaubt [5] und an dem Bau wird ein Privatrecht erworben, solange er steht. Wenn Neratius D. 41, 1, 14 pr. Meer und Küste für völlig frei okkupierbare herrenlose Sachen erklärt, umgekehrt Celsus D. 43, 8, 3 pr. § 1 für die Küste das Staatshoheitsrecht (imperium) zum Staatseigentum steigern möchte, so ist die moderne Meinungsverschiedenheit schon durchaus vorbereitet.

Die den Deutschen grundlegende Unterscheidung der beweglichen und unbeweglichen Sachen scheint von den Klassikern bezeichnenderweise gar nicht theoretisch formuliert zu sein [6]. Zwar hatte das alte Recht die Ersitzung, die Interdikte und Servituten an Grundstücken besonders ausgebildet und das Furtum auf bewegliche Sachen beschränkt, in der provinziellen Praxis entstand die Longi temporis praescriptio an Grundstücken. Im kaiserlichen Rom begegnen aber nur gelegentlich neue Besonderheiten wie die Veräußerungsverbote für Grundstücke. Die prätorischen Institute, besonders das in bonis esse (§ 45) und sogar das Pfandrecht gelten für alle Sachen gleichmäßig, trotzdem doch in der praktischen Anwendung Mobiliarhypotheken und Immobiliarfaustpfänder Seltenheiten sind [7].

Im übrigen durfte die Folgezeit aus den begrifflichen Bemühungen der Römer die Kategorien der verbrauchbaren Sachen (res quae usu non consumuntur als Gegenstände des

---

[1] Pernice, Die sog. Res communes omnium, Berl. Festg. f. Dernburg, 1900; Bonfante, Ist. 221 N. 2. Wappaeus, Zur Lehre von den dem Rechtsverkehr entzogenen Sachen, 1867; Eisele, Über das Rechtsverhältnis der res publicae 1873; Ubbelohde-Glück Buch 43, 44, T. 4; Manenti, Concetto della communio 1894; Ossig, Römisches Wasserrecht 1898; über res religiosae Fadda, Studi e questioni (1910 ex 1899) 1, 147.

[2] Z. B. Bruns, Fontes [7] n. 144, 188; näheres Mommsen, Jur. Schrift. 3, 101.

[3] Vgl. Lex Jul. Genet. und die Gromatiker, Mommsen, Jur. Schr. 1, 256.

[4] Hierzu von verschiedenen Gesichtspunkten Riccobono in Studi Schupfer Bd. 1; Herzen, Nouv. rev. 1905, 461; Brugi, Le dottrine giuridiche degli agrimensori romani (1897) 397; Buonamici, Riv. ital. 52, 1.

[5] Fischen nach Pachtung: Inschr. von Leeuwarden (Bruns, Fontes [7] n. 169); Ulp. D. 47, 10, 13, 7. Bauen mit Dekret des Prätors: Pomp. D. 41, 1, 50. Zur Meeresküste: Mommsen, Bull. 2, 130; Pampaloni, Bull. 4, 197; Ferrini, Pand. 263.

[6] Bonfante, Ist. 232 u. Zit.

[7] Manigk, in Realenz., hypotheca (SA. p. 1).

Nießbrauchs und der Leihe), der vertretbaren (res quae pondere numero mensura constant beim Darlehen), und teilbaren [1], der Haupt- und Nebensache, Zubehör, Frucht usw. entnehmen, und könnte noch künftig z. B. von der Sachgesamtheit für die Behandlung des Unternehmens als Einheit einiges lernen. Die Unklarheit der universitates facti et iuris ist unrömisch [2].

Lediglich altertümliche Bedeutung dagegen äußerte noch die nationale Zugehörigkeit der Sachen. Nur der italische Boden und die im römischen Machtbereich vorhandenen beweglichen Sachen sind des römischen Eigentums und der altzivilen Verkehrsgeschäfte fähig. Wie die kriegsgefangenen Römer, so scheiden die vom Feind okkupierten Kriegsmittel (außer den Waffen) und Grundstücke aus dem Verkehr und kehren mit ihrer Wiederbefreiung dahin iure postliminii zurück [3].

§ 28. **Publizität im Sachenrecht.** Die alten Rechtsübertragungsarten enthalten stets in ihren Förmlichkeiten genug Kundbarmachung für die Öffentlichkeit eines kleinen Orts, so auch in Rom die Manzipation vor fünf Zeugen — dahingestellt ob sie einst Repräsentanten des Volks der Quiriten waren — und einem Wagehalter, die In iure cessio vor dem Prätor. Überdies kennt man zunächst keine Sachenrechtsbestellung ohne Besitzübergabe, und gerade erst das auf diese folgende dauernde Haben, das jeder wahrnehmen kann (Gewere), ist entscheidend; daher kann der Veräußerer über dieselbe Sache auch nicht nachträglich mißbräuchlich anders verfügen. Unter entwickelteren Verkehrs- und Rechtsverhältnissen läßt sich alles das nicht aufrechterhalten. Wenn dann, und zwar dann erst bewußt für die Publizität des Sachenerwerbs gesorgt wird, so braucht es große Maßnahmen, die im Fahrnisrecht noch heute in Deutschland nicht erreicht sind; im Liegenschaftsrecht aber ist eine Grundbucheinrichtung nötig, deren technische Schwierigkeiten und ungeheure Kostspieligkeit nur eine höchststehende Verwaltung überwindet. Augustus ließ in Rom den öffentlichen und privaten Boden vermessen [4]; die Idee eines Zensus für alle Untertanen im Reich [5] und wohl auch die eines allgemeinen Reichskatasters dürfte ihm nicht fremd geblieben sein. Aber durchgeführt werden konnte ein den privatrechtlichen Interessen leidlich genügendes Grundbuch nur im Anschluß an die ausgezeichneten ptolemäisch-ägyptischen Flurbücher, bauend auf dem Erbe der griechischen Urkundenarchive und der alten ägyptischen Landvermessungskunst. Dort wurden von den Römern in den Gaumetropolen eigene Grundbesitzämter (βιβλιοθῆκαι) eingerichtet, getrennt von Steuerlisten und Landverzeichnissen, mit Zentralen in Alexandria, einem geregelten Geschäftsgang und in so wohl überlegter Beobachtung der Interessen des Grundstücksverkehrs [6], daß daneben die meisten mittelalterlichen Kirchen-, Stadt- und Landbücher als geringwertig erscheinen. Über das Maß, in dem die Eintragungen notwendig waren oder gar dem Buch ein öffentlicher Glaube zukam, sind wir freilich noch nicht hinreichend unterrichtet [7]. Selbst in dem unvergleichlich geordneten Nilland konnte man indessen der ständig einreißenden Verwirrung nicht Herr werden, die byzantinische Periode sah fast nichts mehr von den Bibliotheken. Aus dem übrigen Reich haben wir einige Spuren von Katastern, keine von Grundbüchern; begreiflich. Seltsam aber wirkt es auf uns, daß deren Mechanismus den erhaltenen Juristenschriften gänzlich unbekannt ist!

Ihr System läuft auf eine einheitliche Begriffsentwicklung hin und scheint alle Bedürfnisse des Kredits zu mißachten. Am schlimmsten im Hypothekenwesen, so müßte man schon nach den traurigen Erfahrungen denken, die Deutschland nach der Rezeption mit dem unsichtbaren Pfandrecht machte und an denen noch jetzt die romanischen Völker leiden. Vielleicht stand es im klassischen Rom nicht gar so arg. An Fahrnis blieb das Faustpfand immer vor-

---

[1] Doch ist D. 30, 26, 2 itp., Gradenwitz, Interpolationen 195.
[2] Kohler, ArchbürgR. 22, 4; Bonfante, Studi Scialoja 1, 549.
[3] Mitteis, PR. 134 f.
[4] Vgl. Suet. Oct. 32; inschriftl. Belege bei Mommsen, Jur. Schr. 3, 106 N. 46.
[5] Zu Luc.-Evang. 2, 1 stimmen die ägyptischen Tatsachen, Wilcken, Chrest. S. 235.
[6] Lewald, Beiträge zur Kenntnis des röm.-ägypt. Grundbuchrechts 1909; Eger, Zum ägyptischen Grundbuchwesen in römischer Zeit 1909; Preisigke, Girowesen im griech.-röm. Ägypten 1910; Klio 12, 402; Mitteis, Gdz. 90.
[7] Bes. Mitteis, Sitz.-Ber. sächs. Ges. d. Wiss. 1910, 249; Gdz. 106; Partsch, Gött. Gel. Anz. 1910, 754. Vgl. aber ZSavSt. 32, 426.

herrschend. Sicherungsübereignungen ohne Besitzübertragung und Hypothek, soweit sie überhaupt in die römischen Gewohnheiten überging, konnten verstärkt werden, indem der Gläubiger die Erwerbsdokumente miterhielt — ein überall mangels Register geübter Brauch. Dadurch war dem Verpfänder die anderweitige Veräußerung abgeschnitten und jeder Dritte gewarnt. Vor allem aber hatte der Verpfänder üblicherweise (Gai. D. 20, 1, 15, 2) wie auch oft der Verkäufer dem Erwerber zu erklären, welche Lasten auf der Sache liegen und er versicherte z. B. unter Eid sua esse seque possidere neque ea mancipia ali ulli obligata esse neque sibi cum ullo alio communia esse. Auch ohne Eid wird die wissentliche Veräußerung einer fremden oder belasteten Sache mit actio de dolo verfolgt und als furtum oder stellionatus schwer bestraft[1].

Eine der östlichen Einrichtungen aber, die aus dem Publizitätsgedanken hervorgehend Rechtserwerb ohne Rücksicht auf das Recht des Vormannes verschaffen, ragt in das römische Reichsrecht hinein. Es ist das Aufgebot durch Heroldsruf oder sonstige öffentliche Kundmachung einer Veräußerung oder Verpfändung, wonach Drittberechtigte durch Verschweigung ihr Recht gegenüber dem Erwerber einbüßen. Es findet Anwendung auf Erwerb der bergmännischen Mutung durch Ablösung der fiskalischen Rechte und nach ptolemäischem Vorbild auf jeden Erwerb aus der Hand des Fiskus[2], weil man vom Staate sicher kaufe.

§ 29. Eigentum[3]. Erst nach einer zweifellos langen und mühsamen Entwicklung hat sich das wahre Privateigentum am Grund und Boden durchgesetzt. Noch in der Kaiserzeit bildet es bloß in Italien die Regel, dort jetzt allerdings auch auf den ehemaligen Gebieten des öffentlichen Ackers, die noch bis Domitian formell nicht den tatsächlichen privaten Inhabern gehörten[4]. Eben für das Eigentum eines Römers an jeder hierzu geeigneten Sache richten aber die Juristen einen Begriff auf, der zu ihren größten Errungenschaften zählt. Er behandelt unter dem keineswegs alten Namen „rei dominium" bewegliches und unbewegliches Gut, originären und abgeleiteten Erwerb gleich und stellt den Eigentümer gegen Staat und Private unabhängig als einen unmittelbaren Herrn der Sache. Dieser einfache juristische Begriff war ein ebenso gewaltiger Fortschritt nach den primitiven Besitzrechten der Antike, als nachmals nach vielen Jahrhunderten ein Ansporn und Hebel zur Wegräumung der feudalen Bindungen des Bodens, bis heute ein unentbehrliches technisches Hilfsmittel der Rechtswissenschaft — wie gegen manche vermeintlich nationalökonomische oder logische Anfechtungen betont werden muß. Eine Definition geben die Römer gar nicht, die in ihrem Sinn gebildete herkömmliche Umschreibung genügt aber durchaus: das Eigentum ist die grundsätzlich unbeschränkte Herrschaft über eine (körperliche) Sache.

Hierin liegt vor allem die Absolutheit der Herrschaft gegenüber jedermann. Diese lernte man aus dem dinglichen Streitverfahren, namentlich seitdem es nicht mehr bloße Besitzrechte verfolgte. Der Kläger zieht gar nicht den Besitzer, sondern die Sache vor Gericht, und es ist nur ein Recht des Besitzers, sie durch Prozeß zu verteidigen; andernfalls erlaubt der Prätor dem Kläger, die bewegliche Sache wegzuführen (duci vel ferri iubere) oder an dem Grundstück Besitz zu nehmen (interdictum quem fundum). Dieser Mangel des Einlassungszwanges auf seiten des Beklagten schließt das Vorhandensein eines dinglichen Anspruchs aus[5]. Eben

---

[1] Zum Eide: Fibuz. Manzipation der Poppaea Note CJL. IV Suppl. p. 416 = Girard, Textes [4] 819; D. 47, 20, 4. Parallelen in Papyri bei Rabel, Haftung des Verkäufers 1, 86 N. 5, ZSavSt. 28, 352 N. 1. Zum Stellionat bes. Ulp. D. 47, 20, 3, 1. Eck, ZSavSt. 9, 75.

[2] Sog. Lex metallis dicta, Bruns, n. 113, 4 ff.; C. Just. 8, 25, 8 vgl. Tit. 10, 3; 10, 5. Partsch, ArchPapF. 5, 501. Über Ausschluß der Pfandgläubiger, die durch Programme aufgefordert wurden, Diocl. C. 8, 25, 6, Rabel, Verfügungsbeschränkungen 19, 21; Weiß, Pfandrechtl. Untersuchungen 2, 78. Zu den griechischen Quellen (Rabel, Partsch a. O.) gehört jetzt vielleicht auch Pap. Hal. („Dikaiomata") XI 3, Koschaker, Berl. phil. Woch. 1914, 554.

[3] Die sehr reiche Literatur zur Geschichte des Privateigentums in Rom und unter rechtsvergleichender Darstellung bei Costa, Storia 177 ff. Über die Vorstufen der Absolutheit des Eigentums Mitteis, PR 1, 88 u. Zit.

[4] M. Weber, Röm. Agrargeschichte (1891) 133; Brugi, Le dottrine giuridiche degli Agrimensori Romani 271. 281.

[5] Wlassak, ZSavSt. 25, 160.

darum hebt sich das Eigentum grunddeutlich von den relativen Rechten ab, die nur Personen unterwerfen, diese aber zur Streiteinlassung bei den Folgen des indefensum esse zwingen.

Nicht minder ist den Römern die Elastizität des Eigentumsbegriffs vertraut. Das Eigentum verträgt sich sowohl mit fremden, auf besonderen privatrechtlichen Erwerbsgründen beruhenden Rechten an der Sache (iura in re), als auch mit den gesellschaftlich zu allen Zeiten, obgleich in wechselndem Maß unentbehrlichen Beschränkungen. Zwar mag das römische Grundeigentum freiere Befugnisse enthalten haben als ein späteres, sicher war es minder eingeengt als das byzantinische stark sozial angehauchte. Es ist aber eine Fabel, daß es jemals schlechtweg willkürlich zu brauchen war, wie man denn überhaupt den Individualismus der alten Römer zu übertreiben pflegt. Der Prinzipat hat[1] dann alte und neue, gottesdienstliche, bau- und gesundheitspolizeiliche Vorschriften, sowie finanzielle, z. B. die Lasten der Straßenanlieger nach der Tab. Heracl. (45 v. Chr.) 32 ff., und noch andere Beschränkungen, wie den Gemeingebrauch an den Flußufern (J. 2, 1, 4) und an Privatwegen (während der Zeit, wo die öffentliche Straße unzugänglich ist, D. 8, 6, 14, 1), seit Sev. und Carac. den Notweg zum Grabmal gegen Entschädigung[2] und das in vielen Gesetzen festgelegte Verbot, aus Gebäuden kostbares Baumaterial zu verschleppen. Aus Menschlichkeit ist das Eigentum am Sklaven empfindlich beschränkt, aus volkswirtschaftlichen Gründen schon seit den zwölf Tafeln dem Eigentümer verboten, den verbauten Balken oder dienenden Rebpflock herauszuverlangen. Endlich gibt es schon einige Fälle von Enteignung im öffentlichen Interesse[3].

§ 30. Räumliche Grenzen des Eigentums. 1. Nachbarrecht. Zwecks deutlicher und möglichst breiter Grundstückstrennung wurde im alten Rom zwischen Äckern und Stadthäusern ein freier Zwischenraum (ambitus, finis) vorgeschrieben. Alt sind auch die Grenzscheidungsklagen (de fine und de loco) und die Theorie der gemeinsamen Mauer. Zahlreiche einzelne Rechtsbehelfe dienen der inneren Auseinandersetzung der Interessen: gegen die Regenwassermenge, die infolge von Arbeiten des Nachbarn abfließt, die Actio aquae pluviae arcendae; wegen der Gefährdung durch einen drohenden Zustand des Nachbarhauses oder Werke des Nachbarn nach einer Legis actio als modernes Rechtsmittel die Cautio damni infecti[4]; wegen der herüberragenden Wurzeln und Zweige die Actio de arboribus caedendis und der hinübergefallenen Früchte das Interdictum de glande legenda. Öffentlich- oder privatrechtliche Verbietungsrechte gegen Veränderungen werden durch die einstweiligen Verfügungen des Interdictum „demolitorium" ex operis novi nuntiatione[5] und das Interdictum quod vi aut clam gewahrt. Allgemeiner wehrt sich der Eigentümer gegen unberechtigte Einwirkungen auf seine Sachen, also auch unbefugten Eintritt in sein Grundstück mit Actio iniuriarum.

Mit alledem ist freilich nichts über das Prinzip ausgesagt, nach welchem die Konflikte der nebeneinander gestellten Eigentumsrechte entschieden werden sollen. Man hat ein solches in sehr verschiedenem Sinn aus den Quellen herausgelesen[6]. Ein Schikaneverbot gibt es nicht. Auch darauf, ob ein den Nachbar beeinträchtigender Gebrauch des eigenen Bodens nach den örtlichen Verhältnissen gewöhnlich ist (vgl. BGB. § 906), kommt es nicht an. Vielmehr darf kraft der Vollgewalt des Eigentums jeder auf seinem Grund nach Belieben schalten, auch dem andern das Wasser abgraben (Marc.-Ulp. D. 39, 3, 1, 12) und die Aussicht verbauen. Die Schranke liegt nach einigem Debattieren der Juristen nur darin, daß er nicht in das Nachbargrundstück

---

[1] Lusignani, Filangieri 23 (1898) 497. 574. Speziell zu den Baugesetzen Voigt, Ber.Verh. sächs. Ges. 1903, 185; Riccobono, Studi Fadda 1, 291 und Fontes 233, auch Essays in legal history (Oxf. 1913) 47.

[2] Ulp. D. 11, 7, 12 pr. („Antoninus" ist nicht Pius), in Verbindung mit der Ackerlimitation betrachtet von Brugi, Agrimensori 365.

[3] Costa, Storia 223.

[4] Zu beiden Lenel, Ed. 359, 360. Burckhard-Glück, Pand. 39/40, T. 3. u 2. Karlowa, RRG. 2, 479. Ao. aqu. pluv.: Baviera, Scr. giur. 1, 143.

[5] Burckhard-Glück, ebd. T. 1. Über die dunkle remissio (Lex Rubria c. 4 a. E.) O. Martin, Etudes Girard 1, 123. Über den symbolischen Steinchenwurf des Protestierenden Berger in Realenz., Iactus II.

[6] Jhering, Jahrb. f. Dogm. 6, 93; Hesse, ebd. 6, 423; 7, 400; Windscheid, Pand. § 169; Perozzi, Arch. giur. 53, 350; Riccobono, St. Fadda 1, 291 und besonders Bonfante, Riv. dir. civile 1911, 517; Ist. § 98; Riv. dir. commerc. 11 (1913) 614.

Körper wie „schweren Rauch" (Pomp.-Ulp. D. 8, 5, 8, 6), zusammengeleitetes oder verschmutztes Wasser (Ulp. D. 39, 3, 3 pr.) oder in die ausschließlich dem Nachbarn gehörende Mauer ruinöse Feuchtigkeit (Alf. D. 8, 5, 17, 2) senden darf: in suo enim alii hactenus facere licet, quatenus nihil in alienum immittat. Als Immissionen gelten aber nicht die unwesentlichen Beeinträchtigungen, die sich aus dem gewöhnlichen Zusammenleben ergeben.

2. Die Luftsäule über dem Grundstück dürfte zu den freien Gütern gehören, vorbehaltlich des gehörigen Schutzes des Erdbodens (solum) selbst[1] — besser als BGB. § 905. Dagegen reicht das Eigentum unter die Erdoberfläche. In den Provinzen ist aber Schürfung und Mutung auf den weitgedehnten kaiserlichen Ländereien nach älteren Vorgängen durch die Hadrianische Gesetzgebung freigegeben[2], was im 4. Jahrhundert zu verallgemeinerter Schachtokkupation führte. Nach Hadrian erhält dabei der Okkupant den Schacht zur Hälfte ohne Kauf. Nach demselben Grundsatz gibt Hadrian dem zufälligen Schatzfinder neben dem Grundeigentümer die Hälfte[3]; das gilt aber nur von dem Fund alter Herkunft, dessen Eigentümer unauffindbar ist, „so daß er schon keinen Eigentümer mehr hat" (Paul. D. 41, 1, 31, 1), sonst ist er nicht herrenlose, sondern fremde, ersitzbare und diebstahlsfähige Sache[4].

§ 31. Noch gilt die **nationale Beschränkung.** Das Dominium ex jure Quiritium hat die dreifache Voraussetzung des Römers, der im römischen Verkehr stehenden Sache und der geeigneten nationalen Erwerbsart. Der Peregrine wird aber vom Amtsrecht geschützt, das in den Provinzen nach dem Ausweis der Papyri die Unterscheidung ganz vergessen läßt. Am Provinzialboden steht das Eigentum dem Staate zu (Gai. 2, 7); das ist nicht etwa bloß eine theoretische Rechtfertigung der an den Praedia stipendiaria et tributaria (Gai. 2, 21) bestehenden Steuern gegenüber dem steuerfreien italischen Boden, sondern hat die engste Beziehung zu den vorrömischen, dem ländlichen Privateigentum höchst ungünstigen Zuständen[5], die durch den römischen Einfluß eher zugunsten der Bauern gebessert werden. Rom ist z. B. Rechtsnachfolger Hierons II. in Sizilien, der Attaliden und der Ptolemäer an deren ausschließlich oder vorwiegend in königlicher Grundherrschaft organisierten Ländereien. Nichts lag näher, als die Ordnung der Groß- und Kleinpacht und der Lehen mit dem älteren italischen System, daß öffentliches Land zu beschränkten Rechten vergabt wird, zu verschmelzen. In der Kaiserzeit ist aber ein von Gai. 2, 7 als Possessio et ususfructus charakterisiertes privates Quasieigentum neben dem Staats-, Kron- und Hausgut der Kaiser in weitem Maß anerkannt; die wichtigsten Grundsätze des Sachenrechts und der Rechtsverfolgung, sogar die Vindikation werden darauf analog angewendet[6].

Von den Erwerbsarten stehen Manzipation, Iniurezessio und Ersitzung (Gai. 2, 65), Vindikationslegat und Adjudikation im Iudicium legitimum nur Römern oder mit commercium begabten Nichtrömern zu. Die übrigen sind allen zugänglich.

§ 32. Den Nerv der römischen Eigentumslehre bildet die Rei vindicatio, die Klage des nicht besitzenden Eigentümers wegen Vorenthaltung des Besitzes. Die Intentio der Formel (formula petitoria) enthält nach dem Vorbild der Legis actio in rem nur die Eigentumsbehauptung des Klägers und zwingt diesen nicht, den Besitz des Beklagten zu beweisen. Wohl aber kann letzterer in jedem Stadium des Verfahrens den Mangel des Besitzes geltend machen, sei es durch Ablehnung der Streiteinlassung, sei es nachher, worauf er noch

---

[1] Pampaloni, Arch. giur. 48, 32. 59; Ferrini, Pand. p. 268.

[2] Hauptquelle die sog. Lex metallis dicta aus Vipasca, Bruns, Fontes [7] 113; M. Rostowzew, Stud. z. Gesch. d. röm. Kolonats bes. 356 f., 408. Sonst Lit. b. Girard, Textes [4] 879.

[3] I. 2, 1, 39; Spart. Hadr. 18. Cuq, Mélanges Gérardin 110; Kübler, ZSavSt. 30, 421. — Bonfante, Mélanges Girard 1, 123.

[4] Hiervon sprechen die meisten Stellen, auch Paul. D. 41, 2, 3, 3. Den römischen Begriff des Schatzes verteidigt Bonfante a. a. O. gegen Perozzi, zuletzt Riv. dir. comm. 8, 1, 263.

[5] Rostowzew, Studien z. Gesch. d. Kolonats, bes. 15, 234. 351; bag. Kniep, Gai. 2, 71—118.

[6] Gai. 2, 7. 21. 31. Frontin de controv., Lachm. p. 36. — Partsch, Longi temporis praescriptio 108. Klingmüller, Philologus 69, 71. Über den fraglichen Namen des Rechts Lenel, Ed. § 71; Partsch, Schriftformel (1905) 107.

immer freigesprochen, aber aus der Prozeßkaution haften würde. Dieses eigentümliche System wird bei Weigerung der Streiteinlassung durch das duci vel ferri iubere und das Interdictum quem fundum (oben § 29), ferner in mehreren Fällen durch eine zweite Klage auf Herausgabe vermutlich schuldrechtlicher Natur, die Actio ad exhibendum ergänzt [1].

Die Litiskontestation im Eigentumsprozeß begründet eine Obligation des Beklagten, die durch den Arbitratus iudicis gesteigert und von den Juristen näher ausgebaut wird, indem zwischen gerechtfertigter Rechtsüberzeugung des Beklagten und seinem schlechten Glauben analog dem SC. Iuventianum über die Erbschaftsklage des Fiskus (a. 129, D. 5, 3, 20) unterschieden wird. Inwieweit die wichtigen Lehren des Corpus iuris über den Ersatz von Früchten und verschuldeter Sachbeschädigung, andererseits von Verwendungen klassisch sind, ist gegenwärtig nur stückweise klargestellt [2]. —

Gegen Anmaßung von Servituten oder Nießbrauch dienen nur eigens proponierte Formeln mit der ebenfalls der Legisaktio entstammenden Behauptung, daß der Beklagte das Recht nicht habe („negatorische" Klagen [3]).

§ 33. Sachbesitz [4]. Wenn in Rom und bei uns der bloße tatsächliche Besitzzustand ohne Rücksicht auf das Recht zum Besitze geschützt wird, so könnte man sehr wohl über die Zweckmäßigkeit unserer ganzen Sachenrechtsordnung streiten; nicht zweifelhaft aber sollte sein, daß das absolute Eigentum den Besitzschutz zur notwendigen Ergänzung braucht, und daß speziell Rom diesen Schutz als Korrelat der vorgeschrittenen Eigentumsklage entwickelt hat. Andere Rechte und wohl auch das älteste römische lassen nur ein ungespaltenes und minder subtiles Besitzrecht (meum esse), zumal ein Recht aus dem älteren Besitz, verfolgen. Das scheint sogar noch in der Legis actio sacramento in rem durch, und possessio selbst ist ein vager Ausdruck, wie im heutigen Laiensprachgebrauch der „Besitz", possessor ist im älteren Sinn der Besitzberechtigte z. B. am Staatsland [5]. Wenn aber das nackte Recht durchzusetzen und vom Kläger zu beweisen ist, so darf dem Friedensstörer nicht der Anreiz gegeben werden, daß er sich durch Aneignung der Sache die vorteilhafte Beklagtenstellung verschaffe. Dunkel ist freilich die Herkunft des Interdiktenverfahrens, das die Römer zur Besitzverfolgung benützen; es sieht nicht aus, als ob es seit jeher zur Vorbereitung des dinglichen Prozesses, zur Verteilung der Parteirollen gedient hätte. Eher wird es vom magistratischen Schutz der nichtzivilen Besitzrechte herkommen [6].

---

[1] Hierzu bes. Lenel, Grünhuts Z. 37, 515, jedenfalls mit Recht gegen Beseler, Beiträge 1, 1; 2, 128; Stintzing in Festschrift für Wach (1913); Maria, Études Girard 2, 223. Das Nähere ist noch sehr fraglich. Die Actio ad exhibendum bedarf neuer Untersuchungen schon deshalb, weil die Kompilatoren sie oft zu der Rei vindicatio als Vorbereitung darstellen, während sie selbständige Funktionen gehabt haben könnte. (Vgl. § 41.) — Sicher ist die Eigentumsklage gegen den (sog. „fictus") possessor, qui ante litem contestatam dolo desiit possidere und qui liti se obtulit, nachklassisch. Partsch, De l'édit sur l'alienatio iud. mut. causa facta 34; Beseler, Beiträge 1, 28; Grabenwitz, Festg. f. Güterbock 305.

[2] Für die ganze Lehre einschließlich der Konkurrenz der Rei vindicatio mit persönlichen Klagen ist von Siber, Die Passivlegitimation bei der Rei vindicatio 1907 ein guter Anfang gemacht.

[3] Lenel, Ed. §§ 72, 73. Die von Lenel neuerdings anerkannte Actio prohibitoria ist zweifelhaft; Bortolucci, Bull. 21, 116; Segrè, Mél. Girard 1, 522. 564.

[4] Aus der immensen Literatur (Windscheid-Kipp, P. § 148 bis 1906) sind für das klassische Recht bes. zu nennen: Savigny, Das Recht des Besitzes [1] 1803 [7] (Rudorff) 1865; Jhering, Über den Grund des Besitzschutzes 1868; Der Besitzwille 1889; Bekker, Das Recht des Besitzes 1880; Alibrandi, Teoria del possesso (1871) = Opere 1, 215; Kniep, Vacua possessio (1885); Graf Pininski, Der Tatbestand des Sachbesitzerwerbs, 2 Bde. 1885/8; Ubbelohde-Glück, P. 43/44, 5 (1896); Cornil, Traité de la possession 1905; Sokolowski, Die Philosophie im Privatrecht, Bd. 2, 1907; Riccobono, Bonfante (Zitate in Istit. 332 ff.), Albertario (zuletzt Lo svolgimento dell' actio communi dividundo Pavia 1913) vielerorts.

[5] Bonfante, Studi Moriani 1, 169 glaubt: „Herrschaft" wegen des (nicht sicheren) etymologischen Zusammenhanges mit potestas. — Zum meum esse Lit. bei Rabel, Haftung des Verkäufers 50. 56.

[6] Zuerst bezeugt in der Nachbildung für die völkerrechtliche Schiedsgerichtsbarkeit des Senats, 2. Jahrh. v. Chr., Partsch, Die Schriftformel (1905) 3, vgl. 49. Eine verbreitete Auffassung, die noch Costa, Storia 241, teilt, leitet die Besitzinterdikte von dem Schutz der Possessores am Ager publicus ab, Mitteis, PR. 19, von griechischem Einfluß. Noch andere Lit. b. Windscheid-Kipp, § 148 N. 5, Ubbelohde-Glück 43/44, 4, 298.

Die klassische Lehre vom Besitz beabsichtigt schon eine leidliche Zusammenfassung, wie am besten der in die Ediktskommentare vor Ulpian eingeschaltete Exkurs de possessione et usucapione zeigt (Lenel, Ed. 24), woneben aber die Kommentare zu den Interdikten laufen; einer durchgreifenden Einheitlichkeit versagt sich noch die Grundverschiedenheit der einzelnen Bedeutungen des Besitzes. Diese treten neuerdings besser hervor, indem die gemeinrechtliche Unterscheidung von „juristischem", d. h. interdiktenmäßig geschütztem Besitz und „Detention" als unzureichend erkannt wird [1]. Vielmehr sind dreierlei Begriffe wichtig: 1. Possessio naturalis, detinere u. dgl. wird das reine Inhaben genannt, also das isolierte Haben der besitzunfähigen Sklaven und Hauskinder, der keinen Besitz genießenden Inhaber in fremdem Namen, und ebenso das physische Element jedes Besitzes, das von Savigny sogenannte „Corpus", die tatsächliche Gewalt. 2. Unter bestimmten Voraussetzungen, zu denen ein Besitzwille gehört, wird diese Inhabung vom Prätor mit Interdikten bekleidet, ohne daß er nach dem Rechte fragt (sog. „possessio ad interdicta"). 3. Endlich bildet das Innehaben im Verein mit anderen Voraussetzungen, zu denen regelmäßig nicht bloß der Besitzwille, sondern auch ein gerechter Grund (justa causa, § 39) zählen, den Tatbestand des volksrechtlichen Eigentumserwerbs durch Tradition von res nec mancipi, durch Okkupation, durch Ersitzung und eben deshalb auch der prätorischen Rechtslage des in Ersitzung begriffenen Erwerbers. Diese dritte Kategorie nennt Jul. D. 41, 5, 2, 1 ein iure civili possidere und stellt Ulp. D. 45, 1, 38, 7 der Possessio naturalis des Sklaven entgegen. Die Possessio naturalis ist eine Tatsache, die anderen beiden wegen des Erfordernisses eines juristisch erheblichen Willens zum Teil res iuris [2]. Dies ist aber keine Antwort auf die moderne Frage, ob der Besitz eine Rechtslage oder ein Recht sei. Die Römer sind solchen Fragestellungen um so ferner, da die ältere Possessio = berechtigtes Haben noch am provinziellen Privatland, am Ager vectigalis in Italien und an den vererbpachteten Domänen in Afrika zutage tritt.

Wir müssen uns demnach hüten, wo ‚possessio' schlechtweg erscheint, dem Worte einen ein für allemal feststehenden Sinn zuzumuten; die rechtlichen Vorteile jeder einzelnen Besitzkategorie waren eigens festzustellen. Am klarsten und sichersten erschien allezeit die Stellung des vollkommensten Besitzers; desjenigen, der die Sache in Wirklichkeit beherrscht, wie ein Eigentümer sie beherrschen darf. Dieser „Eigenbesitz" (BGB. § 872), das „tatsächliche Abbild des Eigentums" (Jhering), kann nur mit demselben Aufgebot eines Willens erobert werden (sog. Animus sibi habendi) wie das Eigentum selbst und dient nur eigentumsfähigen Personen an den im Verkehr stehenden Sachen. Es ist der Musterfall der Possessio im Zivilrecht und im Interdiktenrecht (interdicta de vi und uti possidetis bei Grundstücken, utrubi bei beweglichen Sachen, de precario). Etwas ganz anderes ist es schon, wenn dem Faustpfandgläubiger Possessio zuerkannt wird, aus einer Zeit her, wo es noch kein dingliches Pfandrecht gab; diese erstreckt sich durchaus nicht auf alle denkbaren Folgen des Besitzes (vgl. Mac. D. 2, 8, 15, 2, Paul. D. 41, 2, 1, 15), insbesondere läuft die Ersitzung weiter für den Verpfänder; doch ist gegen den creditor ad exhibendum zu klagen (Jav. D. 41, 3, 16, s. aber Ulp. D. 10, 4, 3, 15). Ein noch geringeres possidere wird dem Verwahrer streitiger Sachen zugeschrieben [3], nur damit er sich eben im Sinn des Sequestrationsvertrags wehren kann. Ebenso dem Prekaristen, d. i. demjenigen, der eine fremde Sache rechtlich auf Widerruf (Bittleihe) praktisch mit Dauerabsicht hat, z. B.[4] dem Käufer, der die Sache bis zur Preiszahlung einstweilen erhielt (Ulp. D. 43, 26, 20) oder dem Verpfänder oder Fiduzianten, der die Sache auf Bittleihe zurückempfing [5].

---

[1] Riccobono, ZSavSt. 31, 321; Bull. 23, 1. Wichtig schon Bonfante, Riv. ital. 16 (1893) 161; Teoria del possesso 1906; Ist. § 113. Albertario in Filangieri 1912, f. 5—8. Das folgende weicht aber z. T. von allen diesen Ansichten ab.

[2] Pap. D. 4, 6, 19; 41, 2, 49, 1; Ulp. D. 41, 2, 29; vgl. C. 7, 32, 10. Albertario a. a. O. und Last, JhJ. 62, 6—22.

[3] Jul. D. 41, 2, 39, et hoc — approbatum itp., Bonfante, Ist. 335, 2.

[4] Vielleicht vor allem dem vom Grundbesitzer angesiedelten Arbeiter, Dernburg, Pand. § 173, N. 1.

[5] Ulp. D. 43, 26, 6, 4, quaestio — possit offenbar Gloss. Im übrigen s. Riccobono, Bull. 23, 13 zu Jul. D. 13, 7, 29.

Dagegen ähnelt dem Eigenbesitzer der Vektigalist (§ 54), der das Gut nicht bloß vererben und verkaufen, sondern auch verpfänden kann [1], was nur einem Besitzer möglich ist.

Andere haben gar nicht „Besitz" (possidere), aber doch prätorischen Schutz ihrer Sachinhabung (esse in possessione). So der Nießbraucher, dessen Innehabung sogar einst von Cic. pro Caec. 32, 94 unbefangen als possidere bezeichnet war und dem nun die Besitzinterdikte als utilia gegeben werden (Ulp. D. 43, 17, 4 [obwohl itp.], Vat. 91). So seit Julian der Ehegatte an der vom anderen Eheteil geschenkten Sache (Paul. D. 41, 6, 1; Ulp. D. 43, 16, 1, 10), obwohl er nach Ius civile sie nicht besitzen kann (Paul. D. 41, 2, 1, 4). So auch die durch prätorische missiones aus allerlei Gründen in fremde Sachen Eingewiesenen (vgl. die glossierte Teilaufzählung in D. 41, 2, 10, 1), wofür jeweils eigene Interdikte dienen [2]. Zweifelhafter mag sein, ob der privatrechtliche Erbbauberechtigte possessorisch unabhängig vom Recht geschützt wird (Ulp. D. 43, 18, 1, 2) [3]. Endlich ist sicher von einem Besitz an Servituten keine Rede, jedoch deren Ausübung ist nicht bloß durch Interdikte gedeckt, sondern die Einräumung der Ausübung wird auch gelegentlich der Tradition analog gesetzt (Jav. D. 8, 1, 20 bis ‚esse'), und die Ausübung wird zur Grundlage einer Servitutenersitzung (§ 49). — An solche mit prätorischen Interdikten versehene Fälle, wie die vorstehenden, wenngleich nicht an alle, wird Gai. 4, 139 gedacht haben, wenn dort die Worte „aut quasi possessione" echt sind [4]. Sachlich läßt sich keinesfalls leugnen, daß die klassische Beachtung der tatsächlichen Machtausübung von Leuten, die nicht Besitzer sein können, die spätere Auffassung, daß sie gleichsam das Recht besitzen (Rechtsbesitz, iuris quasi possessio) wirksam vorbereitet.

§ 34. **Bloße Detention** haben insbesondere die lediglich obligatorisch Berechtigten: Verwahrer, Leiher, Beauftragter, Pächter und Mieter usw., mindestens ursprünglich auch der Superfiziar. Sie setzen nur den Besitz ihres Mitkontrahenten in dessen „Namen" fort und fast nur der Vertrag deckt sie gegen dessen Sachenrechts- und Besitzklagen [5]. Grundlage des klassischen Zustandes ist daher auch, daß die dinglichen Klagen und Interdikte sich nur gegen den Besitzer und nicht gegen den Inhaber alieno nomine zu wenden haben. Da Justinian auf dem gegenteiligen Standpunkt steht, macht er es unklar, wie weit die Klassiker von der Regel abwichen [6].

Davon unterscheidet sich einerseits die Gruppe der Besitzgehilfen, wie Sklave, Hauskind, hospes, amicus und ursprünglich der Procurator (Gai. D. 41, 2, 9), indem sie nicht einmal eine vertragsmäßige Stellung gegenüber dem Eigenbesitzer haben. Andererseits scheidet sich zum Teil ab, wer kraft der Herrschaftsnatur von Vormundschaft und Pflegschaft selbständig verwaltet, und den verwaltenden Tutoren und Kuratoren werden im Laufe der Zeit andere selbständige Geschäftsführer angegliedert. Aber das alles betrifft nur das Verhältnis zum Besitzer. Dritten gegenüber stehen alle ohne Besitz da (z. B. Pomp. D. 41, 2, 25, 1). Der Besitzer übt durch sie die Gewalt (Paul. D. 41, 2, 3, 8 u. ö.).

---

[1] Oft verkannt. Richtig Albertario, Filangieri 1912, Heft 11—12, der aber die schon bei Mitteis, Zur Gesch. der Erbpacht 27, verwerteten Alimentartafeln wieder übersieht.

[2] Einweisung damni infecti nomine ex secundo decreto begründet aber possessio und Ersitzung, Jul. D. 10, 3, 5 u. a.; dazu zuletzt Berger, Teilungsklagen 84; Arangio-Ruiz, Appunti sui giudizi divisori (1912) 10.

[3] Vgl. dagegen D. 43, 9, 1, 3 für das Int. de loco publico fruendo. Zur Sache Ubbelohde-Glück 4, 297. 302 und unten § 55.

[4] Albertario hält die Worte für ein Glossem, zuletzt in Filangieri 1914, fasc. 1, woselbst Literatur.

[5] Über die Exceptio aus dem Vertrage Last, JhJ. 62, 89, 153; für den Superfiziar Partsch, ZSavSt. 31, 431 (D. 43, 18, 1, 4 ist freilich itp.). Seit jeher hat natürlich der Inhaber aus eigenem dinglichen Recht eine Einrede gegen die Rei vindicatio; für den Usufruktuar Ulp. D. 7, 9, 7 pr. — In einzelnen Beziehungen gehen die Römer aber weiter; z. B. furtum usus nicht bloß gegen Faustpfandgläubiger und Usufruktuar, sondern u. U. sogar Kommodatar: Paul. D. 47, 2, 15.

[6] Lit.: Demelius, Exhibitionspflicht 1872; Siber, Passivlegitimation bei der Rei vindicatio 1907; Kübler, ZSavSt. 29, 481; Beseler, Beiträge, passim; Arangio-Ruiz, La struttura dei diritti sulla cosa altrui 1909 (SA. aus Arch. giur. 81, 82); Lenel, Grünhuts Z. 37, 515. 531; Riccobono ZSavSt. 31, 349; Last JhJ. 62, 119.

Man hat oft gefragt, wie dies zugeht, warum z. B. der Prekarist und der Nießbraucher Besitzschutz genießen, der Leiher und Mieter nicht. Jhering hat gewiß darin recht, daß die Römer die Interdikte nur aus besonderen Zweckgründen zuteilen, mit der Intensität des Besitzwillens (Savigny) hat ihre Verteilung nichts zu tun [1]. Aber aus dem verspäteten Aufkommen der freien Mieter und Pächter und ihrer untergeordneten sozialen Lage kann man wenig erklären. Eher haben die Juristen gedacht, daß alle Detentoren, die sich auf obligatorische Verträge einlassen, sich eben nur auf diese zu verlassen haben. Doch vielleicht dachten sie gar nichts derartiges. Von vornherein war der Eigenbesitzer und nicht sein Detentor die gegebene Partei wie für den ältesten Prozeß über das Besitzrecht so auch für die gespaltenen Prozesse über das Eigentum und über den Besitz. Insofern übrigens der possessorische Streit bestimmt war, die Parteiwollen für den petitorischen zu verteilen, ging er eben wie dieser nur den Eigenbesitzer an. Dabei blieb es für alle Regel.

§ 35. Die einzelnen Arten des Besitzes und der Detention unterscheiden sich nicht nach dem subjektiven Moment des Besitzwillens, sondern nach dem objektiven des **Erwerbsgrundes** (causa possessionis). Nach einer alten Regel kann sogar der Sachinhaber nicht durch seinen Willen eigenmächtig zum Eigenbesitzer aufrücken. Nemo sibi causam possessionis mutare potest [2] (Cels. D. 41, 2, 18 pr.). Damit wird dem Besitzer auf die einfachste Art die civilis possessio mit ihren Vorteilen, z. B. Ersitzung gegen Untreue gewahrt. Die Regel läßt sich aber im klassischen Recht nicht mehr allseits durchhalten.

Auch der Eigenbesitz charakterisiert sich vor allem durch die Grundtatsache seines Erwerbs (§ 39).

§ 36. **Erwerb des Eigenbesitzes.** Paulus lehrt vom Erwerb des zivilen Eigenbesitzes D. 41, 2, 3, 1: adipiscimur possessionem corpore et animo, d. h. wir erwerben den Besitz mit unserem Körper, womit wir die Sache unserer Herrschaft unterwerfen, und mit unserem Willen sie zu beherrschen. Diese Formulierung ist weder Paulinische Eigentheorie, noch etwa Justinianische Einschaltung, noch verdient sie die vielen Vorwürfe, die man ihr gemacht hat, indem man entweder nicht beachtete, daß bloß vom Eigenbesitz und nur von dessen Erwerb, nicht dem darauffolgenden Zustand die Rede ist, oder daß gegenüber sonstigen possessorischen Verhältnissen nichts Ausschließliches besagt wird.

1. Ob die tatsächliche Gewalt ergriffen ist, muß nach den Vorstellungen des Lebens und je nach der Natur und Lage der Sachen beurteilt werden; das beherzigen schon die Römer in zahlreichen, meist einwandfreien Entscheidungen. Ebenso sicher wissen sie im Einzelfall zwischen der einseitigen Erlangung und der Übergabe des Besitzes zu unterscheiden. Denn wenn der bisherige Besitzer mithilft, dürfen die Anforderungen an die tatsächliche Gewaltergreifung („Apprehension") herabgesetzt werden [3]. Unaufhaltsam beginnt schon in Rom jene allmähliche Abschwächung der körperlichen Besitzübergabe von Hand zu Hand, die bei uns schließlich dazu führte, daß BGB. § 854 Abs. 2 das vertragliche Einrücken in die Lage des Tradenten zu der Sache für eine genügende Verschaffung der Sachherrschaft erklärt, während in anderen Abzweigungen der Entwicklungslinie die Sachübergabe fingiert und beseitigt wurde. Das Corpus iuris enthält zahlreiche Entscheidungen zugunsten einer Verflüchtigung des „Traditionskorpus". Aber vieles darin ist nachklassisch oder interpoliert, der späte Niederschlag von Vulgarrechten. Die Klassiker scheinen doch noch verhältnismäßig nahe dem Ausgangspunkt haltgemacht zu haben. Sie verlangen wohl, trotzdem sie selber (in Überschätzung des Fortschritts) öfter von einem adquirere solo animo reden, noch eine wahre Erlangung der Gewalt, und erfordern deshalb überall die Gegenwart der Sache [4]. Unter dieser Voraussetzung genügt einverständ-

[1] Paul. D. 13, 7, 37 ist itp.; Riccobono, Arch. giur. 50, 270.

[2] Die sehr vielen Versuche zur Erklärung der Regel bei Galgano, I limiti subiettivi dell' antica usucapio (1913) 23—48.

[3] Aus der Lit. bes. Exner, Die L. v. Rechtserwerb durch Tradition 1867; Brunner, Z. Rechtsg. d. röm. u. germ. Urkunde 1880; Strohal, Sukzession in den Besitz 1885. Kohler, Grünhuts Z. 12, 1; 14, 162; Arch.bürgR. 18, 1. Biermann, Traditio ficta 1891. Neuere Lit. über die Urkunden bei Partsch, Z. ges. HandR. 70, 437.

[4] Riccobono, ZSavSt. 33, 259; 34, 159 (nur in Einzelheiten m. E. anfechtbar). Die größte Schwierigkeit verursacht C. 8, 53, 1 a. 210, itp. nach Alibrandi, Possesso 56 = Opere 1, 259; Riccobono 33, 287, aber sehr bezweifelbar restituiert.

liches Hinlegen von Geldstücken vor den Erwerber (Jav. D. 46, 3, 79), Bewachenlassen von Holzhaufen (Jav. 41, 2, 51), Beschreibung der Landgutsgrenzen vom Turme aus (Cels. D. 41, 2, 18, 2), Übergabe der Speicherschlüssel (Pap. D. 18, 1, 74, Paul. D. 41, 2, 1, 21), das Signieren von Balken und Fässern (Paul. D. 18, 6, 15, 1, nicht entgegen D. 18, 6, 1, 2). Daß die Sache nicht erst zu übergeben ist, wenn sie der Erwerber als Detentor schon hat (sog. „brevi manu traditio"), ist selbstverständlich. Aus der Entwicklung des Kaufrechts naturnotwendig ergibt sich das Gegenstück, das „Constitutum possessorium", bei dem der bisherige Eigenbesitzer sich durch bloßen Vertrag zum Inhaber für den Erwerber herabsetzt [1]; Celsus D. 41, 2, 18 pr. konstruiert es bereits als Besitzerwerb durch einen Gehilfen in der tatsächlichen Ergreifung. Es ist eine „Überwindung des Traditionsprinzips durch sich selbst" (Kohler), es durchbricht das System und sprengt es im späteren Recht, das uns hier nicht mehr beschäftigt. Bei uns, die wir das Institut nicht missen können, das römische Prinzip der auf die Tradition gebauten Fahrnisübereignung aber nicht missen wollten, liegt das eine mit dem anderen noch immer in offenem Kampf.

2. Besitzwille ist einfach der Wille zu einer dem Eigentumsgenuß gleichstehenden Herrschaft [2]. Daß er erfordert wird (entgegen BGB. § 854), schließt vom Erwerb die Wahnsinnigen und Schlafenden aus, in der Grundregel auch die freien Stellvertreter, wenn der Prinzipal nicht seinen Willen dazu erklärt. Der Unmündige bedarf nach der überwiegenden Ansicht des Vollworts des Vormunds [3]. Das ganze Erfordernis darf man um so weniger lebensfremd nennen, da das Vorhandensein des Willens leicht angenommen wird, z. B. nach Celsus D. 41, 2, 18, 2 im voraus bei Bestellung einer ins Haus zu bringenden Ware; die Beschränkung der Stellvertretung ist in den wichtigsten Fällen beseitigt worden und trifft gar nicht den Erwerb durch Gewaltunterworfene ex re peculiari.

§ 37. **Verlust.** „Wir verlieren den Besitz auf vielerlei Arten," sagt Paul. D. 41, 2, 30, 1, z. B. auch wenn die Sache durch Verarbeitung aufhört. Nicht aber, da der Besitzwille nur einmaliger Apprehensionsentschluß ist, wenn der Besitzer wahnsinnig wird oder die Sache vergißt. Zu dem neuen Entschluß, den Besitz aufzugeben, ist der Wahnsinnige sowie der Unmündige gar nicht imstande (Proc. u. Ulp. D. 41, 2, 27; 29). Nach der Formel der Spätklassiker ist es in der Tat möglich, den Besitz vel animo vel corpore zu verlieren [4], d. h. nicht bloß durch unfreiwilligen Verlust der Sachherrschaft (corpore solo), wie selbstverständlich, sondern auch durch bloßen Willensentschluß, also auch wenn man auf dem Grundstück bleibt. Das ist eine seltsame Regel, vielleicht nur eine ungeschickte Verallgemeinerung zutreffender Entscheidungen (z. B. Ulp. D. 41, 2, 17, 1 und betr. des Constitutum possessorium), verwandt der ebenso ungenauen römischen Annahme eines solo animo adquirere, wo in Wahrheit den Tatsachenerfordernissen genügt ist.

Ganz ebenso verhält es sich mit dem Sprichwort, man könne den Besitz ‚solo animo retinere'. Gemeint sind Fälle, wo für die feinere Betrachtung die Gewalt gar nicht unterbrochen ist, so in dem seit Proculus üblichen Beispiel der lebensgemäßen Entfernung von den Sommer- oder Winterweiden (D. 41, 2, 27; 43, 16, 1, 25; Gai. 4, 153 u. a.) oder bei dem Besitz von Grundstücken durch Sklaven und Pächter, die das Gut verlassen haben (Paul. D. 41, 2, 3, 8 u. a.). Praktisch wirksam wird diese Konstruktion erst, indem von ihr her, aber aus deutlichen Nützlichkeitsgründen (Pomp. D. 41, 2, 25, 2) gefolgert wird, daß gegenüber Dritten, die sich des freiliegenden Grundstücks willkürlich bemächtigen, der Besitz erst mit der Kenntnis

[1] Hauptanwendung: Vollendung der Schenkung Ulp. D. 6, 1, 77, Last, JhJ. 62, 162.

[2] Also eher die ψυχὴ δεσπόζοντος des Theophilos und Stephanos als der animus domini der älteren Gemeinrechtler. Aber die Römer stellen solche Fragen freilich nicht. Bonfante, St. Moriani 1, 182.

[3] Anders nach Just. D. 41, 2, 32, 2; 1, 3 i. f. Daß letzteres Fragment nur vom Interdiktenbesitz rede, behauptet Riccobono, Z. 31, 365, m. E. zu Unrecht. Sonst. Lit. oben S. 425 N. 2.

[4] Dies besagt Paul. D. 41, 2, 3, 6; l. 8 = D. 50, 17, 153 (das vielbestrittene „utrumque" in contrarium actum bedeutet „eines von beiden", Ferrini, Pand. 328, 2; Seckel-Heumann, Hdw., uterque), aber auch Pap. ebd. l. 44, 2, wo der Satz si modo eo animo inde digressi fuissemus, ne possideremus eine sehr treffende Erläuterung des „animo" gibt und schwerlich als itp. (Riccobono, Riv. ital. 14, 359) gelten darf.

und dem Aufgabeentschluß erlischt (Pap. D. 41, 2, 44, 2; 46, auch Paul. ebd. l. 3 § 8; anders noch Labeo in l. 6, 1).

§ 38. **Besitzschutz.** Der Eigenbesitzer und wer ihm gleichgestellt ist, erhält die prätorischen Besitzinterdikte unabhängig vom Recht und sogar ohne Rücksicht auf die im Zivilrecht so bedeutsame Qualität der Erwerbshandlung, mag er auch Räuber oder Dieb sein, nur nicht im Streit mit dem, den er durch Gewalt, Entwendung oder Bruch einer Bittleihe entsetzt hat [1]. Bei beweglichen Sachen entscheidet aber nicht der augenblickliche Besitzstand, sondern der im letzten Jahr länger behauptete, vielleicht weil Sklaven und Tiere zu rasch ihren Aufenthalt wechseln, vielleicht aus archaischen Gründen her. Dabei darf laut des Edikts (Lenel, § 264) die Besitzzeit des Erblassers und Verkäufers eingerechnet werden („accessio temporis"), was die Interpretation schrittweise auf andere Rechtsvorgänge ausdehnt (Gai. 4, 151; Ulp. D. 41, 2, 13, 6—11), ohne doch den modernen Begriff der Rechtsnachfolge aufzustellen.

§ 39. Justa causa. Wo der Eigenbesitz Eigentum zu vermitteln hat, muß er nach römischer Lehre im allgemeinen auf einem gerechten Grund (iusta causa possessionis) beruhen. Dies wird besonders für die Ersitzung (vgl. Pomp. D. 41, 3, 29) entwickelt. Eine offenbar langsam entstandene Liste zählt die Rechtfertigungsgründe, „Titel" auf, angefangen vom Kauf (pro emtore, D. 41, 4) bis zum Titel pro suo (D. 41, 10), der einige nicht benannte Titel in sich vereinigt. Desgleichen fordert die Tradition und daher auch der publizianische Erwerb eine iusta causa (Ulp. 19, 7) bestimmter Art; Fiducia reicht nicht hin [2]. Dieses Erfordernis hat den Modernen sehr viel Schwierigkeiten verursacht. Sicher ist das Folgende. Überall ist von Haus aus gefordert, daß das, was der Titel aussagt, gültig vorliege, z. B. der Kauf, die Schenkung, das Vindikationslegat. Daß es etwa ein sittenwidriges Geschäft ist, hindert der Regel nach nicht diese Gültigkeit und hemmt daher nicht die Tradition, sondern begründet nur eine Schuldklage auf Rückforderung. Andererseits ist die Tradition nichtig, die ein Ehegatte schenkungshalber an den anderen vornimmt, weil das Verbot der Schenkung unter Ehegatten alle Ausführungshandlungen ohne Unterschied ergreift. Dem Grundsatz widerspricht auch nicht eine Meinungsverschiedenheit über den Fall, wo der Geber einer Geldsumme zu schenken, der Empfänger Darlehen zu nehmen vermeint; da in dem Mehr das Minder liegt, kann die feststehende Ansicht zur Zeit Julians D. 41, 1, 36 a. E., von der nachmals Ulp. D. 12, 1, 18 abweicht [3], den Eigentumsübergang bejahen; wahrscheinlich übrigens (arg. l. 18) indem man dabei Darlehen annimmt und nicht einmal hier eine Tradition ohne Kausa. — Ebenso ist es kein wahrer Bruch mit dem Prinzip, sondern eine sinngemäße Ausnahme, daß Ersitzung möglich ist, wenn ein Ehegatte eine fremde Sache schenkt (Pomp. D. 41, 6, 3; Ter. Cl. D. 24, 1, 25) oder ein Vormund vom Mündel eine fremde Sache kauft (Serv. Paul. D. 41, 4, 2, 8, vgl. Scaev. D. 26, 7, 56); hier macht zwar das gesetzliche Verbot auch das obligatorische Geschäft nichtig, aber es ist zugunsten des Ehegatten und des Mündels erlassen, nicht des Eigentümers [4].

Die moderne Unsicherheit wird aber am meisten durch die Sonderart der einzelnen Causae possessionis hervorgerufen, die in der Kompilation verwischt erscheint. Am besten dürfte in den Quellen wahrzunehmen sein, daß der Vollzug des Kaufes der Erfüllung einer Stipulation entgegengesetzt ist. In Nachwirkung des Bargeschäftssystems denkt man Kauf und Übergabe der Ware als eine untrennbare Aufeinanderfolge; der Käufer erhält den Besitz pro emtore; der unmittelbare Erwerb des Eigentums durch Tradition (Paul. D. 41, 1, 31) oder der spätere durch Ersitzung (Afr. D. 41, 4, 11) setzen daher voraus, daß der Kauf gültig besteht.

[1] Daß infolge der „Clausula vitii" — nec clam nec vi nec precario alter ab altero — wirklich der fehlerhafte Besitzer verurteilt wurde, ergibt sich gegen Ferrini, Pand. 341, aus Ulp. D. 41, 2, 6, 1 retinet ergo possessionem u. a. vgl. Lenel, Ed. 453 N. 3.

[2] Paul. D. 41, 1, 31 pr.; Lenel, ZSavSt. 3, 114.

[3] Der Gedankengang der l. 36 ergibt sich aus der Beziehung des ersten Satzes auf Manzipation, Lenel, ZSavSt. 3, 178; Ed. § 107, Strohal, JhJ. 27, 364; Klingmüller, Begriff des Rechtsgrundes 90 N. 1. Dagegen zu Unrecht Eisele, JhJ. 23, 6; Siber in Leipz. Festschr. für Sohm (1914) 17 Note. In l. 18 ist zu beachten die m. E. zweifellose Interpolation im pr. i. f., Ulp. schloß wohl: condictione tenetur; und in § 1 i. f. sed — erit, was mit der byzantinischen Theorie der Konsumption zusammenhängt.

[4] Adler, JhJ. 33, 184; vgl. Last, JhJ. 62, 278.

Nach dem Muster des Kaufs geht z. B. das Vindikationslegat als Grundlage der Ersitzung (Pap. Paul. Ulp. D. 41, 8, 1—3). Dagegen empfängt man die Erfüllung einer Stipulation pro soluto. Dieser Titel ist in Ordnung, auch wenn die Stipulationsschuld nicht besteht, sondern von den Parteien nur irrtümlich angenommen wird. Daher vollzieht sich die Eigentumstradition und der Empfänger haftet nur mit Condictio indebiti auf Rückgabe. Wird unter denselben Voraussetzungen eine res mancipi bloß tradiert oder eine fremde Sache gegeben, so ist Ersitzung daran möglich (Nerat. Pomp. D. 41, 10, 3); im Gegensatz zum Kaufvollzug (Paul. D. 41, 4, 2 pr.; 41, 3, 48). Ähnlich genügt eine objektiv unbegründete Rechtsüberzeugung für die Ersitzung pro suo (Nerat. D. 41, 10, 5), nach der Natur dieses Titels, man denke z. B. an die Okkupation. Es ist also falsch gewesen, aus dem Tatbestand der Condictio indebiti zu folgern, daß die „iusta causa traditionis" kein ernstes Erfordernis sei, unrichtig ist auch die bestechendere Lehre, es werde nur das Einverständnis der Parteien über den Zweck der Hingabe verlangt [1]. Dies stimmt auch gar nicht mit der Ausdrucksweise der Quellen (Paul. D. 41, 1, 31) und der dem Julian D. 41, 1, 36 vorliegenden Theorie, daß der Dissens über das Grundgeschäft sogar die Manzipation — oder, wenn die Stelle echt ist, gerade die Tradition selbst — ungültig macht. Ein Problem ist es nur, warum der Titel pro soluto so abstrakt aufgefaßt wird; dies muß mit der Geschichte der Haftungslösungen zusammenhängen. Endlich ergibt sich, daß abgesehen von einer bei den Juristen selbst nicht durchgedrungenen Sonderansicht [2] ein „Putativtitel" regelmäßig für die Ersitzung nicht genügt. Die von der Juristenlehre angenommene Ausnahme für den gutgläubigen Kauf vom Unmündigen ohne Vormundsmitwirkung und vom Wahnsinnigen (Paul. D. 41, 4, 2, 15. 16 [et ideo etc. m. E. itp.]; Ulp. D. 6, 1, 7, 2) steht vielleicht im Zusammenhang mit andern Fällen, wo der gutgläubige Verkehr mit allgemein für geschäftsfähig gehaltenen Leuten geschützt wird (§ 109).

§ 40. Unter den **Eigentumserwerbsarten** [3] gebührt historisch und dogmatisch der erste Platz (wie in Dig. 41, 1) der **Aneignung**, dem Typus der Rechtserlangung durch Sachbesitznahme, des Erwerbs der possessio im älteren Sinn. Es ist eine präjuristische Erwerbsart, die vor der Entstehung der Begriffe „Eigentum" und „Besitz" in der gleichen Weise wirkt wie nachher, und die nichts weiter erfordert als den Besitzerwerb, weshalb sie ‚iure naturali' Römern und Fremden dient, natürlich nur den ersteren zum Dominium ex jure Quiritium. Juristisch genauer zu fassen war dabei das Objekt. Im befriedeten Staat kann man sich nur res nullius aneignen. Herrenlos aber sind die Bestandteile der gemeinfreien Natur einschließlich der Tierwelt, die privaten Feindessachen (Cels. u. Gai. D. 41, 1, 51, 1; 5, 7) und nach der Sabinianischen Lehre die vom Eigentümer preisgegebenen (res derelictae); seit Hadrian auch die Schatzhälfte des Finders, die andere Hälfte erhält der Bodeneigentümer von Rechts wegen [4].

Ein Jagd- oder Fischereirecht ist den Römern fremd [5]. Die Tiergärten und Fischweiher werden mit ihrem Inhalt besessen (Nerva-Paul. D. 41, 2, 3, 14). Sonst aber, selbst in Hegewäldern und offenen Privatgewässern sind die Tiere in natürlicher Freiheit und deshalb herrenlos und nach der siegreichen Ansicht durch das Ergreifen, nicht schon durch das Erlegen, erwerbbar. Auch die gezähmten Exemplare einer wilden Gattung, wie Pfaue, Hirsche, Bienen, werden herrenlos, sobald sie entflohen sind und die Gewöhnung an die Gefangenschaft ver-

---

[1] Jenes lehrte z. B. Exner, Rechtserwerb durch Tradition 316, dieses Ferrini, Pand. 398. Noch andere Ansichten bei den N. 2 genannten, ferner v. Mayr, RRG. 2, 2, 1 S. 78.

[2] Abweichend dürfte nämlich Jul. D. 41, 4, 11 unterschieden haben, ob der Irrtum des Käufers entschuldbar sei; nur ist der Nachsatz justinianisch, bei Nerat. D. 41, 10, 5 wohl der ganze Satz von quod tamen, Alibrandi, Possesso 124 = op. 1, 313. In D. 41, 10, 3 halte ich nur quia — possideam mit Pernice, Lab. 2, 1, 406 für itp.; anders Collinet, Nouv. rev. 24, 377; P. Krüger, h. l. Die Pandektisten (Windscheid § 178 N. 6, § 199 N. 6, vgl. aber N. 8) zogen diese Stellen vor, nicht mit Unrecht, vgl. Bonfante, Ist. 274.

[3] Czyhlarz-Glück, B. 41/42, 1 (1887); ital. mit wichtigen Zusätzen von Perozzi 1905.

[4] Insofern richtig Bonfante, Ist. 243.

[5] Nagler, Vgl. Darstellung des deutschen u. ausl. Strafrechts, bes. T. 8, 424; Rotering, ArchBürgR. 38, 153. — Ausnahme für Elefanten und Löwen wegen der Tierkämpfe bis 414 n. Chr.: C. Th. 15, 11, 1.

loren haben. Bloß macht sich, wer fremden Boden eigenmächtig betritt, also z. B. nicht der Pächter, mit den Eigentums-, Besitz- und Ehrverletzungsklagen haftbar.

§ 41. **Eigentumsänderung durch Sachänderung.** Geht eine Sache unter, so erlischt das Eigentum daran. Ebenso müssen andere körperliche Veränderungen der Sachen ganz von selbst (iure naturali) auf das Schicksal der Sachenrechte wirken; die einschlägigen Beobachtungen, an die sich zahlreiche rechtspolitische Zweifel anknüpfen, sind erst in der Moderne getrennte Lehren geworden.

1. Das einfachste Ereignis ist die Erweiterung der Sache und damit zugleich der Sachherrschaft durch Zuwachs (accessio). Hierzu ist erforderlich, daß die hinzukommende Sache sich als Nebensache darstellt und das Anwachsen innig genug erfolgt, um ihre Individualität zu zerstören. Der Erdboden ist immer Hauptsache (superficies solo cedit), er ergreift alles fest mit ihm Verbundene, die Bauten (inaedificatio), die Pflanzen, sobald sie Wurzeln schlagen (implantatio) und Saatkörner, sobald sie keimen (satio); sofern das Grundstück nicht durch Limitation ein für allemal begrenzt ist, auch das allmählich angelandete Erdreich (alluvio) und das „verlandete", d. i. angeschwemmte und organisch angewachsene Stück Boden (avulsio), das vom Fluß verlassene Uferland (alveus derelictus) und die freiwerdende Flußinsel (insula in flumine nata).

Entsprechend absorbiert die bewegliche Hauptsache die hinzukommende Nebensache, die Statue den neu angekitteten Arm, der Becher den neuen Henkel, der Leuchter den Zierat, das Schiff den Balken (Paul. D. 6, 1, 23, 2; 41, 1, 26 pr.). Die Schrift folgt dem Papier (scriptura), logischerweise auch die Malerei der Tafel (Gai. 2, 78, Paul. D. 6, 1, 23, 3), aber nach herrschender Klassikerlehre gilt wegen des höheren Werts [1] die Malerei als die Hauptsache. Nur scheinen sich betreffs der endgültigen Folgen dieser Ereignisse verschiedene Meinungen zu bekämpfen, die von den Kompilatoren in wenig durchsichtiger Weise überarbeitet werden. Nach Paulus D. 6, 1, 23, §§ 2, 5 scheint m. E. grundsätzlich stets das Eigentum an den Nebensachen zu erlöschen, aber die persönliche Actio ad exhibendum dem gewesenen Eigentümer die verlorene Sache oder ihren Wert wieder zu verschaffen [2].

Auf alle Fälle gerät die römische Akzessionslehre in einen Widerspruch mit der alten Regelung des tignum iunctum. Die Zwölftafeln (VI, 7) und ihre Interpretation verbieten nämlich aus volkswirtschaftlichen Gründen, die Trennung des eingebauten Balkens und der diesem gleich behandelten Baumaterialien zu verlangen [3]; sobald der Balken ohnedies wieder frei ist, steht seiner Vindikation nichts im Wege (Gai. D. 41, 1, 7, 10 usw.). Nachdem einmal die Juristen auf die Frage nach dem Eigentum verfallen sind, würde man eine solche Lösung nicht mehr erfinden, daraus erklärt sich auch ein etwas unsicherer Sprachgebrauch für das ruhende oder wieder auflebende Eigentum (Gai. l. c. gegen C. 3, 32, 2, 1 u. a.). Der praktische Gegensatz zu dem sonstigen Zuwachs, z. B. „dem Stein im Ring", beschränkt sich, abgesehen von dem abnormen Fall der Demolierung des Hauses darauf, daß hier die Actio ad exhibendum wegfällt (Paul. D. 10, 4, 6); und dies macht keinen tieferen theoretischen Einschnitt aus, da in beiden Fällen die Spätklassiker keinen abgesonderten Besitz des einen oder

---

[1] Paul. a. a. O. u. Just. J. 2, 1, 34. Sokolowski, Philosophie 1, 168 denkt an philosophische Ideen; Bonfante, Ist. 245 N. 1, an die Prokulianische Spezifikationstheorie, aber die „quidam" bei Gai. 2, 78 sind eher die Sabinianer (Kübler in Realenz., Rechtsschulen, S. A. 6).

[2] Ich halte nämlich in l. 23 für itp.: § 4; u. in § 5 die Worte et tunc vindicentur und, wie fast allseits anerkannt (Riccobono, Bull. 18, 209) ideoque — est, und glaube eher, daß Cassius über die ferruminatio ebenso dachte, wie Paulus über die ganzen Akzessionen, was Trib. verdrehte. Doch läßt sich dies hier nicht nachweisen. Die herrschende Meinung lautet völlig anders, vgl. Girard, Manuel 328; dazu über textura Arnò, Mél. Girard 1, 27.

[3] Auch bei unredlichem Einbau, der ursprünglich gerade gemeint war, so noch C. 3, 32, 2 a. 213. Dagegen itp. D. 6, 1, 23, 6 wie bekannt, und D. 41, 1, 7, 12 = J. 2, 1, 30. Über die Ersatzklage ao. de tigno iuncto besteht viel Meinungsverschiedenheit. Pernice, Labeo 2, 1, 317; Czyhlarz, Grünhuts Z. 21, 85; Riccobono, Arch. giur. 53, 521; 54, 265; Lenel, Ed. § 131; Pampaloni, Arch. giur. 30 u. 31, Bull. 21, 205; Sokolowski, Philos. 1, 131. Lenel, Ed. 320 (Dag. Riccobono, Bull. 20, 99).

anderen Beteiligten an solchen eingefügten Sachen mehr anerkennen, die Actio ad exhibendum aber davon unabhängig zulassen [1], wo sie nicht eben gesetzlich ausgeschlossen ist.

Der Begriff der Hauptsache und ob der Zuwachs in ihr aufgeht, wird möglichst im Einklang zugleich mit den Lebensvorstellungen und der antiken Begriffs- und Naturphilosophie zu bestimmen gesucht [2]; eigentümlichen Entscheidungen, die der letzteren allzu weit folgen, wie z. B., daß das Eigentum am Schiff dem am Kiel folgt (Jul. D. 6, 1, 61), kommt kein sehr großer Spielraum zu.

2. Anders bestimmen die natürlichen Ereignisse über das Recht an vermischten Flüssigkeiten, Getreidekörnern und geschmolzenen Metallen verschiedener Eigentümer. Ist die Verbindung schlechtweg löslich, so hat sich am Eigentum nichts geändert, die Sachen sind auf ihre frühere Form zu bringen, z. B. aes + argentum Call. D. 41, 1, 12, 1, plumbum + argentum Pomp. in D. 6, 1, 5, 1. Aber selbst wenn die Sonderung tatsächlich untunlich ist, das Getreide zweier Leute ohne ihren Willen vermengt ist (Pomp. bei Ulp. D. 6, 1, 5 pr.) oder Bronze und Gold legiert sind (ebd. § 1), Silber mit Silber (Pomp. D. 6, 1, 3, 2; 41, 1, 27 pr.), bleibt die Vindikation erhalten und wird nur zweckdienlich statt auf eine Spezies auf die quotenmäßig bestimmte Menge abgewandelt (vindicatio pro parte); denn „die Materie bleibt dieselbe". Haben dagegen die Eigentümer willentlich die Konfusion bewirkt, so werden sie Miteigentümer und erhalten die Actio communi dividundo (Pomp.-Ulp. D. 6, 1, 5 pr.; Gai. D. 41, 1, 7, 8). Einige Schriftsteller denken aber beim Überwiegen der einen Masse an Akzession (arg. Cass. D. 41, 1, 27, 2). Sehr passend wird das Geld ausgenommen, indem ein Empfänger durch Mischung mit seinem Geld Eigentümer wird (Jav. D. 46, 3, 78), wovon leider das BGB. abweicht.

3. Von diesen Grundanschauungen aus dürften zunächst die Juristen auch die Verarbeitung behandelt haben (vgl. noch Pomp. in D. 6, 1, 5, 1). Erst die Prokulianer glauben, wenn jemand aus fremdem Stoff eine der Art nach neue Sache (nova species) verfertigt, ihm das Eigentum geben zu sollen, weil diese Sache vorher noch niemandem gehört hat (D. 41, 1, 7, 7). Die Sabinianer bleiben dagegen bei der alten Lehre; für eine Rechtsveränderung liege noch nicht genügender Anlaß vor, wenn der Stoff eine neue Form erhält; denn er ist der Träger der Form (quia sine materia nulla species effici possit). Es sind nächst den einmal vorhandenen Anschauungen gewiß naiv praktische Gründe, die zur Lösung des Falles führen; der hier vorhandene Interessenkonflikt zwischen dem Kapitalisten und dem Arbeiter ist sachenrechtlich gar nicht lösbar und wird immer verschiedene Beurteilungen finden (vgl. BGB. § 950 mit Schw. ZGB. 726). Erst in letzter Linie sind bei der Formulierung auch philosophische Kunstausdrücke im Spiel; der Gegensatz der philosophischen Schulen aber hat hier nicht den geringsten sichtbaren, ja auch nur denkbaren Einfluß.

Eine Vermittlung versucht die berühmte „Mittelmeinung", wie Just. in D. 41, 1, 7, 7 (itp.[3]) und J. 2, 1, 25 sie nennt, die wir offenbar schon bei Paul. D. 41, 1, 24 treffen. Er leugnet die nova species, insofern der geformte Stoff, z. B. Gold, Erz — philosophisch ausgedrückt das κοινῶς ποιόν — erhalten bleibt und nur die näher bestimmte Form wechselt: materia manente species dumtaxat mutata sit, z. B. in eine Statue gegossen wird, aus der ja Rückverwandlung möglich ist. Er scheidet also aus der Prokulianischen Liste der Verarbeitungen einige Beispiele aus und erkennt andere an, wie die ins Schiff verschnittene Zypresse und die ins Kleid verbrauchte Wolle (l. 26 pr.), wo ebenso wie es nach Prokulianischer Akzessionslehre erfordert ist, die Form (qualitas) der Hauptsache siegt.

Die Sachenrechtssätze werden in der Justinianischen Kompilation allgemein durch schuldrechtliche Ersatz- oder Bereicherungsansprüche ausgeglichen. Sicher klassisch sind actio furti und condictio furtiva gegen den Dieb, exceptio doli gegen die Vindikation des neuen Eigentümers wegen des Aufwands, und im Falle der Maltafel auch eine „actio utilis" des nicht besitzenden Verlustträgers (Gai. 2, 78 [4]); dazu kommen nach der obigen Vermutung die a°.

---

[1] Riccobono, ZSavSt. 31, 353.
[2] Bonfante, Istit. 242, nimmt mit einigem Recht auch einen Schulgegensatz an.
[3] Perozzi-Glück 41, 538.
[4] Eine persönliche Klage: v. Mayr, ZSavSt. 26, 100; Lenel, Ed. 181 N. 10.

ad exhibendum wegen Akzession und wahrscheinlich noch in weiteren Fällen actiones in factum, die Just. D. 6, 1, 23, 5 verallgemeinert hat.

§ 42. **Fruchterwerb**[1]. Selbstverständliche Regel ist, daß die Bestandteile einer Sache wie vor so nach der Trennung dem Eigentümer derselben gehören (non iure seminis sed iure soli Jul. D. 22, 1, 25 pr.). Nur eine Gruppe daraus sind die regelmäßig wiederkehrenden organischen Erzeugnisse, Ernte, Obst, tierische Wolle und Tierjungen, Früchte im natürlichsten und engsten Sinn des Wortes. Die Sklavin scheut man sich, als fruchttragende Sache zu betrachten (Gai. D. 22, 1, 28, 1; Ulp. D. 7, 1, 68 pr.), weshalb die Sklavenkinder nicht den besonderen Fruchtberechtigten zufallen. In etwas weiterem Sinn ist auch die Ausbeute von Bergwerken und Steinbrüchen ‚in fructu'[2]. So der sachenrechtliche Begriff. Wo es sich um schuldrechtliche Befugnisse und Pflichten zur Fruchtziehung handelt, werden die Grenzen kasuistisch festgestellt. Die Erbschaft als Gegenstand der Hereditatis petitio umfaßt unter vielem anderen die sog. Zivilfrüchte (Ulp. D. 5, 3, 29 + D. 22, 1, 34), d. h. das Entgelt für veräußertes Fruchtrecht.

Anstatt dem Eigentümer der Stammsache fällt die getrennte Frucht dem Erbpächter am öffentlichen Boden kraft seiner eigentumsähnlichen Befugnisse zu (Jul. D. 22, 1, 25, 1 a. E.); ferner dem Nießbraucher, aber erst mit der wirtschaftlichen Aneignung („Perzeption", Jul. in D. 7, 1, 12, 5), weil er vom Eigentümer erwirbt, übrigens z. B. bei einer Herde die gefallenen Stücke aus den Jungen zu ersetzen hat und nur den Überschuß ins eigene Vermögen überführt (J. 2, 1, 38); endlich seit der Kaiserzeit, Sabinus noch unbekannt (arg. D. 47, 2, 48, 5), dem gutgläubigen Besitzer. Das letztere setzt sich durch, trotzdem ein Grundsatz: „Wer säet, der mähet" streng geleugnet wird — wenn er auch anderen Lehren nicht unbekannt ist (Pomp. D. 22, 1, 45) —; maßgebend ist die Sicherheit des Wirtschaftsplans, die in einem Lande ohne öffentliche Kundbarkeit der Bodenrechte von besonders schweren Gefahren bedroht wird. Daher findet man nach etlichem Streit nur denjenigen Besitzer fruchtberechtigt, der die Überzeugung von seinem guten Recht nicht bloß beim Besitzerwerb hat, wie die Ersitzung es erfordert, sondern auch noch bei der Trennung der Frucht, und andererseits ohne Rücksicht auf in der Sache liegende Ersitzungshindernisse (Paul. D. 41, 1, 48, 1). Justinian verdirbt diese wohldurchdachte Regelung, indem er dem vindizierenden Bodeneigentümer die augenblicklich noch vorhandenen Früchte zuspricht (J. 2, 1, 35), was im Prinzipat nur bei der Erbschaftsklage gilt und sich da durch die Bereicherungshaftung des titellosen Inhabers rechtfertigt.

Keine Ausnahme wird für den Pächter gemacht. Er erwirbt nur eben wie der Käufer einer Ernte oder wem schenkungsweise eine Fruchtgewinnung erlaubt ist auf Grund des Vertrags durch seinen Zugriff, demnach durch eine schrittweise vollzogene Tradition vom Eigentümer oder gutgläubigen Besitzer, so daß dessen tatsächliche Hinderung den Erwerb vereiteln kann[3].

Aber auch dem Interesse des Eigentümers selbst kann ein Fruchtrecht dienen. So hat in Rom der Besitzpfandgläubiger einer fruchttragenden Sache zuerst auf Grund eines ausdrücklichen Pactum antichreticum, aber wie es scheint seit der Severenzeit von Rechts wegen Befugnis und Pflicht, die Nutzungen zu ziehen und auf die Zinsen, sodann das Kapital der Schuld anzurechnen[4]; ebenso wird die Pfandfiduzia behandelt (Paul. 2, 13, 1 B) — die Rechte stets durch die gewöhnlichen Klagen mitgedeckt.

Im übrigen findet sich in der Antike sehr häufig die Einräumung eines Rechts auf Nutzung von Grundstücken und Tieren, Wohnungen und Sklaven, selbst auf Dienstknechtschaft freier Leute,

---

[1] Göppert, Über die organischen Erzeugnisse 1869; Alibrandi, Possesso 138 = Opere 1, 323. Czyhlarz-Glück 43/44, 1, 389; Pernice, Labeo 2, 347; Petrazycki, Die Fruchtverteilung (1892) 87; Lehre vom Einkommen 1, 1893; H. Reichel, JhJ. 42, 205; Riccobono, Studi Scialoja 1, 601; Herzen, Mél. Girard 1, 523.

[2] Paul. D. 50, 16, 77; Ulp. D. 24, 3, 7, 14. Der merkwürdige § 13, der ein Nachwachsen des Steins für möglich hält, ist zum Teil korrupt, Eisele, ZSavSt. 13, 146; Pernice, ZSavSt. 19, 103 N. 3, paßt aber nach Sokolowski, Philos. 1, 457, mineralogisch auf den Travertin.

[3] Ob auch durch bloßen Widerruf, wovon das gemeine Recht und leider noch BGB. § 956 ausgehen, ist mit Last, Jh. J. 63, 99 zu bezweifeln, obgleich über das Ausmaß der Interpolierung von D. 39, 5, 6; 47, 2 62, 8 gestritten werden kann.

[4] Manigk, Gläubigerbefriedigung durch Nutzung (1910), woselbst die Quellen auch zum folgenden.

sei es in Kombination mit Sicherungsrechten oder für sich allein als Pressionsmittel zur Auslösung, sei es zur Tilgung einer Schuld an Zinsen oder Kapital, sei es als Verzugsfolge. Aber die juristische Wirkung dieser Rechte ist sehr verschieden gemeint [1], und auch die römischen Juristen wenden nebst dem Pfandrecht nur mit Vorsicht die Usus- und Ususfruktrechte an (vgl. unten § 53); im übrigen handelt es sich lediglich um obligatorische Verträge.

§ 43. Tradition. Abgesehen von der Übereignung der res mancipi unter Römern wird das Eigentum oder Quasieigentum nach Reichsrecht durch die zweiseitige Besitzübergabe (§ 36) ex iusta causa (§ 39) vermittelt, für deren körperliche Erfordernisse hier gar nichts Besonderes gilt [2].

Aber das Traditionsprinzip ging niemals in das Bewußtsein des gräzisierten Ostens über, so energisch es auch durch die Kaiserkanzleien der dortigen Praxis wiederholt wurde (Diocl. C. 2, 3, 20). Man blieb an die Schriftform der Rechtsübertragung von Grundstücken, Sklaven, Kamelen und anderen wichtigeren Sachen gewöhnt, und dem mußte nachmals auch die Gesetzgebung Rechnung tragen [3].

§ 44. Ersitzung [4]. Daß durch Zeitablauf Macht zum Recht, Besitz zum Eigentum wird, kann keine Rechtsordnung entbehren, am wenigsten die römische, wo die Unsichtbarkeit der Rechtsmängel eine besonders hohe Ungewißheit ergibt, und zudem gerade die ältere Ordnung, wo wie in jedem urwüchsigen Recht auch der rechtmäßige Eigentumserwerber auf den Schutz des Vormannes (auctoritas) bis zur Ersitzung angewiesen war. Der weitere Gedanke an die Nachlässigkeit des dritten Berechtigten, der sich verhältnismäßig lange nicht um seine Güter gekümmert hat, herrscht in Rom nicht derart vor wie in der Verschweigung anderer Völker und nicht einmal wie in der Longi temporis praescriptio (P. Straßburg 22, Z. 22, s. u.). Doch war er maßgebend für die kurze Bemessung der Fristen in den Zwölftafeln; zwei Jahre für Grundstücke, ein Jahr für andere Gegenstände der Hausgewalt genügten in dem kleinen Rom jener Zeit für Nachforschungen des wahren Berechtigten. Diese Schnelligkeit des Ersitzungslaufs dürfte übrigens nach der Ausweitung des Reichs den praktischen Grund abgegeben haben, weshalb man die usucapio nicht auf die Nichtbürger und den Provinzialboden ausdehnte.

Gegenüber dem einfachen ‚usus' der Zwölftafeln ist die klassische usucapio ein mannigfach eingeschränkter Rechtserwerb. Gesetzgeberische Eingriffe, die aber vielleicht doch nur alte Anschauungen formulierten, hatten u. a. die Ersitzung beweglicher Sachen durch einen auf gestohlene und unterschlagene Sachen gelegten Bann nahezu ausgeschlossen und ebenso die gewaltsam besetzten Grundstücke ausgenommen (Gai. 2, 45, 49—51). Weitere Beschränkungen folgen aus der sehr feinen und bis heute mustergültigen juristischen Durchbildung der Lehre. Das Ziel der Ersitzung verlangt Eigentumsfähigkeit der Person und der Sache, ihr Zweck einen gerechten Grund zum rechtsgeschäftlichen oder Okkupationserwerb (iusta causa, oben § 39). Daneben ist die bona fides ein weiteres eigenes und wohl jüngeres [5] Erfordernis: Ersitzungs-

[1] Partsch, ArchPapForsch. 5, 512 gegen Manigk, a. a. O. — Über die Spekulation des Gläubigers bei solchen ihm zumeist sehr vorteilhaften Geschäften Kohler, Pfandrechtl. Forschungen 109, Manigk 56 N. 1; in Pap. Lips. 10 läßt der Gläubiger die μισθοκαρπεία 60 Jahre dauern.

[2] Es ist verwirrend, eine eigene Lehre vom Traditions-Korpus bei der Eigentumstradition aufzustellen, wie es auch BGB. §§ 929 S. 2, 930 tun. Celsus redet D. 21, 2, 62 pr. von der heute sog. brevi manu traditio gerade bei der reinen Besitzübergabe anläßlich einer Manzipation und D. 41, 2, 18 pr. vom sog. Constitutum possessorium in der Lehre de possessione et usucapione (Lenel, Cels. 234 u. 195).

[3] Oben S. 438 N. 4; dazu für Ägypten Mitteis, Gdz. 176; A. B. Schwarz in Festschr. f. Zitelmann (1913) u. Zit.

[4] R. Stintzing, Das Wesen von bona fides und justus titulus 1852. Bruns, Kl. Schriften 2, 257 (ex 1874). Bernhöft, Der Besitztitel 1875. Bonfante, Riv. ital. 15 (1892), 161, 321; Bull. 6, 85; Rend. Ist. Lomb. 39, 781;. Pernice, Labeo 2, 1, 391. S. Galgano, I limiti subiettivi dell' antica usucapio (Pubbl. Ist. giur. Univ. Napoli, 4) 1913.

[5] So von verschiedenen Gesichtspunkten Bonfante, Riv. ital. 15, 161, Karlowa, RGeschichte 1, 612; Rabel, Haftung des Verkäufers 1, 57 gegen die herrschende Meinung. (zuletzt Costa, Storia 231.) Galgano hält beide Erfordernisse für uralt.

besitz kommt nur demjenigen Besitzerwerber zu, der beim Erwerb überzeugt ist, den Eigentümer nicht in seinen Rechten zu schädigen. Spätere Kenntnis des Mangels schadet nicht („mala fides super veniens non nocet", im Gegensatz zum Kanonischen Recht)[1].

In der Kaiserzeit gibt es noch Reste alter titelloser Ersitzungen (pro herede, usu receptio), die mit der auf eine Kausa gebauten nur die ersten historischen Anfänge geteilt haben dürften; es sind bloß wenig bedeutsame Reste (Gai. 2, 54—61).

In die fühlbaren durch die nationalen Grenzen der Usukapion verursachten Lücken tritt die Einrede des langen ungestörten Besitzes (praescriptio longi temporis[2]) gegen dingliche Klagen. Dieses Institut ist vermutlich durch Kaiserkonstitutionen seit den Antoninen für provinzielle Grundstücke geschaffen und später, vielleicht unter Caracalla auf bewegliche Sachen ausgedehnt worden. Wer auf Grund eines gerechten Besitzanfangs (iustum initium) durch zehn Jahre oder wenn der Gegner in einem anderen Bezirk — in Ägypten: Gau — wohnt, durch 20 Jahre unangefochten besitzt, wird geschützt. Die Besitzzeit seines Rechtsurhebers darf er sich anrechnen, was von hier aus durch Sev. und Carac. auf die Usukapion angewendet sein soll (J. 2, 6, 1, 3). Bestritten, aber anzunehmen ist, daß guter Glaube nicht gefordert ist[3]. Eine schon in der klassischen vorbereitete Entwicklung hat dann die praescriptio der Ersitzung angenähert, bis Justinian beide verschmolz.

§ 45. Das sog. bonitarische Eigentum[4]. Hat ein Käufer vom Verkäufer die Sache unter den Voraussetzungen der Ersitzung erhalten, so wird er vom Prätor vor abgelaufener Ersitzungszeit mit exceptio doli oder rei venditae et traditae gegen den Veräußerer, mit einer Vindikation (actio Publiciana) gegen spätere und schlechtere Erwerber geschützt. Dies bezieht sich, teils nach dem Album, teils nach der Jurisprudenz, sowohl auf den Fall, daß die Manzipation von res mancipi unterlassen ist, als daß der Veräußerer von res mancipi oder nec mancipi des Eigentums entbehrt. Und dem Käufer stellt die Praxis natürlich andere Erwerber gleich, ebenso die Rechtsnachfolger, nicht aber alle Erwerber[5]. Die solcherart hergestellte Rechtslage gilt als ein eigentumsähnliches Vermögensrecht[6] (in bonis habere). Es dringt nicht gegen den Eigentümer durch (exco. iusti dominii), der nicht zugleich Auktor ist. Es kommt aber dem früheren Erwerber zu, wenn ein Nichteigentümer zweien hintereinander tradiert hat; hinwieder nicht gegenüber dem späteren Erwerber von einem anderen Nichteigentümer (Jul. Ulp. D. 6, 2, 9, 4; anders Nerat. D. 19, 1, 31, 2 wahrscheinlich itp.).

Die Actio Publiciana ist für Personen erfunden, die sonst ausschließlich auf die Interdikte angewiesen waren, bildet aber einen allgemein brauchbaren, sinnreichen Behelf für gutgläubige Erwerber neben der von schwieriger Beweislast gehinderten Eigentumsklage und den oft versagenden Besitzinterdikten und Diebstahlsklagen. Auch das BGB., wo der gute Glaube doch schon beim Besitzerwerb Eigentum zu verschaffen pflegt, kann eines solchen mittleren Anspruchs nicht entbehren; seine freilich deutschrechtlich gefaßte Fahrnisklage entspricht gesetzesökonomisch eben der Publiciana. — Die Formel eignete sich wegen ihrer Abhängigkeit von der Ersitzungsmöglichkeit nicht für das uneigentliche Eigentum am öffentlichen und Provinzial-

---

[1] Unbeschadet der singulär liegenden Ausnahme Ulp. D. 41, 10, 4 pr., wenn echt, was Riccobono, Studi Moriani 1, 388, Mél. Fitting 2, 476 gegen Pernice glaubt; der Schluß ist sicher itp., Buckland, Slavery 27. — Der Käufer muß beim Kauf gutgläubig sein; auch bei der Tradition nach Paul. D. 41, 4, 2 pr.; 41, 3, 48, s. aber Beseler, Beitr. 3, 198.

[2] Partsch, Die Longi temporis praescriptio 1906. Hauptquellen ein Reskript des Severus von 199 in P. BGU. 1, 267 und P. Straßb. 1, 22 = Mitteis, Chrest. 374; Bat. 7.

[3] So Partsch; dag. Mitteis, P. Straßb. S. 86; Gdz. 286, dem Wenger, ZSavSt. 27, 374; Lenel, Ed. 165 N. 6 folgen. Papin. D. 44, 3, 11 ist kaum echt.

[4] Huschke, Das Recht der publizianischen Klage 1874. Appleton, Histoire de la propriété prétorienne 1889. Erman, ZSavSt. 11, 212; 13, 173. H. Krüger, Beitr. z. L. von der Exceptio doli 1892. Zu Edikt und Formel Lenel, Ed. 164, Partsch, ZSavSt. 31, 413.

[5] Exc. rei donatae et traditae für den emptor secundus Paul u. Herm. D. 50, 17, 177; 21, 3, 3. Über den allgemeinen, aktiven, nicht passiven Übergang der Exc. Segrè, Riv. dir. commerc. 10, 2, 539.

[6] Cic. Ep. 13, 30, 1; Gai. 2, 40 divisionem accepit dominium. Im übrigen s. Bonfante, Bull. 8, 296.

boden. Ihr Grundgedanke mußte aber angepaßte Formeln hervorrufen[1]. Der Prätor schützt auch mehr oder weniger analog, wem er selbst das volle Sachenrecht gewähren möchte: den von ihm in eine Erbschaft Eingewiesenen und den Ersteher einer Konkursmasse, den Erwerber aus richterlicher Zuteilung, endgültiger Einweisung wegen damnum infectum u. a.

§ 46. Miteigentum[2]. Das Eigentum als das volle Recht an der Sache kann nicht zweien zugleich zustehen (Cels.-Ulp. D. 13, 6, 5, 15). Möglich ist aber eine Teilung der Herrschaft. Fragt man seit langem, wie sie zu denken sei: etwa als Teilung des Rechts oder als Teilung der Sache nach Atomen oder wie sonst, so hat darauf schon der größte republikanische Jurist Q. Mucius Scaevola (D. 50, 16, 25, 1) die weitaus brauchbarste Antwort gegeben: partis appellatione rem pro indiviso significari, d. h. die Teilung erfaßt nur die Sache, und diese nicht körperlich, sondern bloß gedachterweise. Das blieb römische Ansicht. Jeder Miteigentümer hat wahres Eigentum, also kann z. B. keiner eine Servitut an der Sache haben (Paul. D. 8, 2, 26); er hat Eigentum an der ganzen Sache (totius corporis); jedoch pro indiviso pro parte (D. 13, 6, 5, 15), ut intellectu magis partes habeant quam corpore (Ulp. D. 45, 3, 5). Ist dies auch für uns vorbildlich, so ist mehr besondere römische Konstruktion, daß die Teile sich durch das Zusammentreffen der Mehreren bilden, „partes concursu fiunt" (vgl. Ulp. D. 39, 2, 15, 18), woraus sich ohne weiteres ergibt, daß ein erledigter Anteil den Genossen anwächst[3].

Von einer Herrschaft der Mehrheit weiß der Römer hier nichts. Vielmehr stehen die Miteigner grundsätzlich voneinander unabhängig, soweit die Sache betroffen wird, dürfen sie nur alle zusammen handeln. Daher kann rechtsgeschäftlich jeder über seinen Anteil verfügen, die rechtlichen Schicksale der ganzen Sache können nur alle gemeinsam bestimmen[4]. Tatsächlich genießen und auf die Sache einwirken mit Erhaltungsmaßregeln, Umgestaltung oder wie immer — bloß die Reparatur von Gebäuden positivrechtlich ausgenommen — darf der einzelne nur wenn kein anderer es verbietet, jeder hat das Jus prohibendi (Sab.-Pap. D. 10, 3, 28; Marcell. D. 8, 5, 11; Pomp. D. 8, 2, 27). Dies dürfte sogar dahin zu verstehen sein, daß auch ohne Widerspruch oder gar Hinderung das eigenmächtige Handeln verpönt ist[5]. Da solcherart ein Mangel an Eintracht das gesunde Fortleben der Gemeinschaft unmöglich macht, sind die Juristen bestrebt, jederzeit die Auflösung bereit zu halten. Selbst eine Abmachung der Unteilbarkeit nur für eine bestimmte Frist wirkt nicht dinglich. Auch dient die Teilungsklage (actio communi dividundo), womit die Genossen ihre Einnahmen, Aufwendungen und Pflichtversäumnisse gegenseitig allgemein vergleichen können, eben erst zur endgültigen Auseinandersetzung[6]. Justinian hat dies alles geändert. Ihm steht der soziale Zweck der Gemeinschaft so hoch, daß er ihr fortdauerndes Funktionieren durch zahlreiche Mittel durchzuführen bemüht ist. Er gibt auch den Gemeinschaftern viele Klagen gegeneinander und gegen Dritte, von denen derzeit schwer festzustellen ist, wie viele die Klassiker kannten[7].

---

[1] Paul. D. 6, 2, 12, 2. Vgl. Rabel, Mél. Girard 2, 406 N. 2.

[2] Steinlechner, Das Wesen der Communio etc. 1876/8; Eisele, ArchZivPrax. 63, 27; Segrè, Riv. ital. 6, 353; 8, 145, 329; v. Seeler, Die L. v. Miteigentum 1896; jetzt aber bes. die unten ang. Lit.

[3] Dies ist freilich nur für Freilassung eines Sklaven durch einen Miteigentümer bezeugt, Dos. fr. 10; Ulp. 1, 18; Paul. 4, 12, 1. Bonfante, Rend. Ist. Lomb. 46, 831; Riccobono, Communio e comproprietà in Essays in legal history, Oxf. 1913, 53.

[4] C. 5, 12, 16; D. 50, 17, 26. — D. 8, 1, 2; 8, 3, 11; 19; 28; 8, 4, 18; 21, 2, 10; 39, 3, 10 pr. D. 11, 7, 41; 39, 1, 18 u. 5, 6; 10, 3, 6, 7.

[5] So mit Grund Perozzi, Istit. 1, 471 u. Mél. Girard 2, 371; Riccobono a. a. O. gegen Fadda, Studi Brugi 142; Bonfante, Rend. Ist. Lomb. 46, 665 u. Bull. 25, 196; Pacchioni, Riv. dir. commerc. X 1, 1030. — Die Hausreparatur steht unter Sonderrecht, Oratio D. Marci D. 17, 2, 52, 10; C. 8, 10, 4 (teilw. itp. Riccobono 86 N. 5), zu den Häusererhaltungsgesetzen gehörig (das. 46). Für die gemeinsame Mauer eigene Regreßklage Paul. S. 5, 10, 2 (von Riccobono 87 nicht wirksam verdächtigt), Bonfante, Rend. 684.

[6] Schrittweise erkannt von Pernice, ZSavSt. 19, 173; Berger, Zur Entwicklungsgeschichte der Teilungsklagen (1912) 221; Riccobono, Essays 77.

[7] Verschieden neuestens Bonfante, Bull. 25, 206; Riccobono 56. Zweifelhaft ist ferner, wem außer Eigentümern die Teilungsklagen zustehen. Zu alledem noch Arangio-Ruiz, Appunti sui giudizi divisori Roma 1912; Biondi, La leggitimazione processuale nelle azioni divisorie romane (Ann. Univ. Perugia) 1913; Albertario, Lo svolgimento storico dell' actio comm. div. in rapporto alla leggitimazione processuale, Pavia 1913.

§ 47. Die beschränkten dinglichen Rechte. Der ausgebildete römische Begriff des Eigentums, sämtliche denkbaren Herrschaftsbefugnisse über die Sache grundsätzlich in sich vereinigend, verträgt es, daß einzelne Befugnisse heraustreten und sich in fremder Hand zu besonderen Sachenrechten kristallisieren. Er verträgt es nach der Ansicht der Juristen nicht, daß der Eigentümer selber zugleich ein beschränktes Sachenrecht habe. Nulli res sua servit gilt für die Grunddienstbarkeit, entsprechendes für den ebenfalls zivilen Nießbrauch [1].

Das Eigentum ist ein absolutes Recht über die Sache. Aber die Römer haben diese Absolutheit nicht immer gekannt, und die beschränkten Rechte erblicken wir in der klassischen Periode auf verschiedenen Etappen des Weges vom relativen zum absoluten Recht. Sogar die altzivile Servitut ist noch nicht ein Recht auf Achtung der Rechtssphäre gegenüber allen Dritten, die Servitutenvindikation wendet sich grundsätzlich nur gegen den ‚dominus' des dienenden Grundstücks [2]. Der dingliche Charakter des Usufruktes wird wohl zu Unrecht für die Spätklassiker bestritten, aber wir sehen die Juristen ihn eben erst herausarbeiten. Vollends prägt sich die Herkunft aus bloßen schuldrechtlichen Beziehungen deutlich im Recht am Ager vectigalis aus und noch mehr im Platzrecht, von dem es derzeit zweifelhaft ist, ob es schon im Prinzipat dinglich geschützt war. Endlich ist das Pfandrecht zwar mehr und mehr als wirkliches dingliches Recht anerkannt, doch nur vergleichbar mit dem Publizianischen Quasieigentum als Reflex eines ausgedehnten prätorischen Rechtsschutzes; an keiner Stelle erscheint es den Servituten gleichgestellt.

Die theoretische Betrachtung der „Iura in re aliena" als Teilrechte und Beschränkungen gegenüber dem Eigentum hat zu dieser Entwicklung beigetragen, wie es beim Nießbrauch als einer ‚pars dominii' ersichtlich wird. Sie hat noch eine weitere Tendenz befestigt. Der Inhalt einer Servitut kann nur ein Dulden oder Unterlassen des Eigentümers des belasteten Grundstücks sein, nicht ein Tun (Pomp. D. 8, 1, 15, 1) [3]. Das BGB. nimmt deshalb neben der romanistischen Dienstbarkeit die deutschrechtliche Reallast auf. Aber das Altertum hat der letzteren entsprechende auf Liegenschaften ruhende Pflichten in Menge, auf Geld- wie auf Naturalabgaben. Nur hält der Römer einen Abgabepflichtigen nicht für den Eigentümer oder Eigenbesitzer; Ager vectigalis aus Staatsland, Praedia stipendiaria et tributaria gehören dem Staat.

§ 48. Dienstbarkeiten [4]. Ein Grundstück „dient" einem anderen, d. h. der jeweilige Eigentümer ist zugunsten des jeweiligen Eigentümers des andern beschränkt. Ausgehend von den sehr alten Durchgangsrechten (iter, actus, nachher via) und der ebenfalls alten Wasserleitungsgerechtigkeit (aquae ductus) entwickelte man nach den Bedürfnissen des landwirtschaftlichen Betriebs eine Anzahl von servitutes praediorum rusticorum, später auch infolge des engen Zusammenlebens in Dörfern und Städten von servitutes praediorum urbanorum [5]. Den Parteien steht es nur frei, ihre Modalitäten zu ändern, nicht aber beliebig neue Typen zu schaffen [6].

---

[1] Servitut: Afr. D. 8, 3, 33, 1 (insofern echt); Paul. D. 8, 2, 26. Usufrukt.: Ulp. D. 7, 6, 5, pr.; keine wahre Ausnahme Pap. D. 7, 1, 57. Mit dem Satz, daß der Usufrukt pars dominii ist, hängt dies nur mittelbar zusammen, vgl. auch Debray, Nouv. rev. 1910, 107.

[2] Baviera, Scritti giuridici 1, 141; Arangio-Ruiz, La struttura dei diritti sulla cosa altrui, SA. aus Arch. giur. 81/82. — Der Name „a° confessoria" ist itp., Segrè, Mél. Girard, 2, 511.

[3] Ausgenommen die Pflicht bei der Servitus oneris ferendi, die tragende Mauer instandzuhalten, D. 8, 2, 33; 8, 5, 6, 2, wenn dies überhaupt als Ausnahme gelten darf, vgl. BGB. §§ 1022, 1021 mit 1018. Über die Entstehung des Satzes: „servitus in faciendo consistere nequit" Pernice, ZSavSt. 5, 94; 19, 85. Karlowa, RRG. 2, 523; Scialoja, Arch. giur. 27 (1881) 145.

[4] Elvers, Die röm. Servitutenlehre 1856. Weitere Lit. bei Brugi-Glück, Libro VIII (1900) 1 und Costa, Storia 249. Zu den Wegerechten neuerdings Arangio-Ruiz, St. Brugi (1910); Segrè, Mél. Girard 2, 588 N. 2.

[5] Über die justinianische Verwirrung dieser Kategorien Bonfante, Ist. § 101 N. 1.

[6] Ebenso wenig dingliche Nutzungsrechte für bestimmte Personen außer dem Nießbrauch und Usus. Dagegen die Itp. Hierzu Cohnfeldt, Die sog. irregulären Servituten, Lpz. 1862; Perozzi, Sulla struttura delle servitu prediali (Roma 1888, mir nicht zugänglich); Scialoja, Riv. ital. 5, 39; Brugi-Glück 8, 118; auch Coviello, Arch. giur. 41, 285—311.

Die Lehren für die einzelnen Arten werden getrennt vorgetragen, manche Sätze dabei aber in einem solchen Ton von Allgemeingültigkeit vorgetragen, daß sie für größere Gruppen in Anspruch genommen werden dürfen, wenn nicht für alle Servituten. So ist es bei aller Rücksicht auf Justinianische Verallgemeinerungen keinesfalls den Klassikern innerlich fremd, wenn die Gemeinrechtler (nebst den schon im vorigen Paragraphen erwähnten Regeln) für alle Grunddienstbarkeiten folgendes verlangen: 1. Nützlichkeit des Rechts für das herrschende Grundstück (Nerat.-Ulp. D. 8, 3, 5), nicht bloß für den einzelnen Herrn, wobei Annehmlichkeiten wie Obstpflücken oder Spazierengehen noch nicht hinreichen (Paul. D. 8, 1, 8 pr.); 2. offenbar als Folge hiervon, eine gewisse Nachbarschaft der Grundstücke (Ulp. l. 5 cit.); 3. daß die Servitut dem dauernden Bedürfnis dauernd genügen könne, obgleich die Klassiker hieraus allerdings nur bei den Rechten auf Wasserablauf und an der Quelle folgern, das Wasser müsse natürlichen Ursprung haben und periodisch wiederkehren (perpetua causa) (Paul. D. 8, 2, 28; Ulp. D. 43, 22, 1, 4 [1]). Endlich ist es 4. unmöglich, die Dienstbarkeit vom herrschenden Grundstück abzulösen (Paul. D. 8, 4, 12; Ulp. D. 19, 2, 44), oder sie zu teilen, z. B. bei körperlicher Teilung des herrschenden oder dienenden Grundstücks (Paul. D. 8, 3, 23, 3; 8, 1, 8, 1; Ulp. D. 8, 4, 6, 1).

Insoweit damit die Zulassung der Dienstbarkeiten beschränkt wird, ist der Grund durchsichtig. Dauernde Bodenbelastung soll nur stattfinden, wo das herrschende Grundstück für sich allein seine Lebensbedürfnisse nicht befriedigen, das dienende ihnen ohne wesentliche Beeinträchtigung seines eigenen Betriebes genügen kann [2]. Diesem Postulat entsprechend sind auch Bestellungsverträge so auszulegen, daß der Eigentümer tunlichste Schonung findet (Cels. D. 8, 1, 9 u. a.).

§ 49. Entstehung und Ende. Bei der Bestellung von Servituten äußert sich das höhere Alter der ländlichen, indem sie noch in die Liste der res mancipi gelangt waren (Gai. 2, 29). Allen ist die Iniurecessio zugänglich, die Zurückhaltung bei der Manzipation (Paul. Vat. 51) des zu belastenden Grundstücks (deductio), Teilungsurteil und Legat. Durch formlosen Vertrag entsteht in Rom keine Servitut, auch keine prätorisch beachtete. Im provinziellen Verkehr werden die seit vorrömischer Zeit üblichen Verträge zum Gebrauch der Römer einfach mit Stipulation bekräftigt (pactiones et stipulationes) und dann als dinglich anerkannt (Gai. 2, 31). Die Tradition des Quasibesitzes, von der noch das Preußische Landrecht weiß, haben erst die Nachklassiker erfunden (D. 8, 1, 20 a. E. itp.[3]).

Entstehung von Servituten durch Ersitzung ist durch eine Lex Scribonia abgeschafft, rätselhaft, da sie fast ebenso nötig scheint wie die Eigentumsersitzung. Für Wasserleitung und Schöpfrecht besteht aber eine ausnahmsweise zweijährige Rückersitzung desjenigen, der durch Zeitablauf das Recht verlor (Paul. S. 1, 17, 2); für den Aquaedukt ist zugleich bezeugt, daß die lange Ausübung magistratisch wie eine richtige Bestellung behandelt wird (Pomp. D. 43, 20, 3, 4; Scaev. D. 39, 3, 26). Darüber hinaus muß es zur Severenzeit Actiones utiles gegeben haben, die einen Anfang zur späteren byzantinischen Ersitzung boten [4]. Dagegen steht der Untergang durch zweijährigen Nichtgebrauch fest (Paul. S. 1, 17, 1); bei städtischen erfolgt er erst, nachdem eine Zuwiderhandlung gegen das Recht dessen Ausübung unmöglich gemacht hat, durch Ersitzung der Freiheit (Gai. D. 8, 2, 6); was freilich mehr auf die unter den Urbanalservituten häufigen Verbotsrechte gemünzt scheint.

---

[1] Verwandt für den aquaeductus Ulp. D. 43, 20, 1, 5: aqua perennis. — Perozzi, Riv. ital. 14, 175; Ferrini, Arch. giur. 50, 388; Brugi-Glück 8, 55.

[2] Kohler, ArchZivPrax. 87, 179, 233.

[3] Lit. Perozzi, Riv. ital. 23 (1897) 1 u. 167; Rabel, Haftung des Verkäufers 1 (1902) 62; Mél. Girard 2, 387; H. Krüger, Die prätorische Servitut (1911); Collinet, Etudes historiques 1 (1912) 161; Peters, ZSavSt. 32, 595; Albertario, Filangieri 1912; Berger, Grünhuts Z. 40, 299. Auch die von romanischen Schriftstellern ins Altertum zurückverlegte destination du père de famille (Code civil franç. 693) ist weder klassisch (Riccobono, Riv. ital. 21, 380), noch von Just. als besondere Bestellungsart gemeint. Vgl. D. 8, 5, 20 pr. § 1; 8, 2, 41 pr.; 33, 2, 15, 1.

[4] Rabel (mit Partsch), Mél. Girard 2, 409—412. Über D. 39, 3, 1, 23 Peters, ZSavSt. 33, 598.

§ 50. **Der Nießbrauch**[1], ususfructus, entstand als letztwilliges Vermächtnis zur Versorgung einzelner Familienmitglieder, besonders der Witwe, ist aber den Juristen längst auch als Wertteilung unter Lebenden bekannt. Es ist das Recht an einer fruchttragenden Sache auf Fruchtziehung. Noch herrscht aber das Prinzip, daß das Maß der Früchte durch die Gewohnheiten des das Recht bestellenden Hausvaters beschränkt sei[2], und wird nur durch das billige Ermessen berichtigt. Um dieses problematische Recht zu einem Ius fundi zu machen, bedient man sich gern der Betrachtung, es sei ein Ausschnitt aus dem Eigentum, eine Pars dominii; das gilt ‚in multis casibus' (Paul.? D. 7, 1, 4), nicht immer (Pap. D. 7, 1, 33, 1). Sein Klagenschutz wird allmählich verbessert. „Besitzer" ist der Nießbraucher nicht, er erwirbt daher nicht durch den Nießbrauchsſklaven, ist nie ‚deiectus', sondern nur ‚expulsus', genießt aber in der Severenzeit die possessorischen Interdikte wegen Entziehung der Sache als utilia (Vat. 90, 91). Seine alte Klage aus dem Recht, Vindicatio ususfructus, gegen den ‚Dominus' fundi wird gegen Interdiktenbesitzer des belasteten Grundstückes zugelassen und er kann damit auch dem dominus zustehende Servituten verfolgen (Jul. Ulp. D. 7, 6, 5, 1). Allgemein gegen jeden Dritten geht sie nicht, auch scheinen ihm die dem Eigentümer oder Eigenbesitzer zustehenden Klagen aus Nachbarrecht oder Deliktsrecht noch verschlossen zu sein. Trotzdem ist es bereits ein wahres dingliches Recht (Cels. D. 7, 1, 2 ius in corpore[3]), nur kein so abgerundetes absolutes, wie es die nachklassische Praxis schuf und unter die neue Kategorie der „Servitutes personales" brachte[4].

Auf der andern Seite entwickeln sich die Verpflichtungen des Nießbrauchers gegenüber dem Eigentümer[5], die heute als gesetzliche gelten. Dafür gibt der Prätor außer den allgemeinen Rechtsbehelfen für Eigentümer eine Schadensersatzklage wegen einzelner schädlicher Unterlassungen (bes. Jul.-Ulp. D. 7, 1, 13, 2) und fordert schließlich das Stipulationsversprechen (D. 7, 9), ehe der Usufruktuar die Sache empfängt, daß er die Sache billigem Ermessen gemäß benutzen und nach Erlöschen seines Rechts zurückstellen werde. Wer ohne Cautio usufructuaria ausliefert, kann die Sache mit rei vindicatio zurückverlangen[6]. Daher ist wiederum unerfindlich[7], warum nicht schon Paulus in D. 7, 1, 1 definieren dürfte: Der Nießbrauch ist das Recht des Fruchtgenusses an fremden Sachen unbeschadet ihrer Substanz.

§ 51. **Uneigentlicher Nießbrauch**[8]. Aus Anlaß der häufigen Legate des Nießbrauchs an ganzen Vermögen anerkannte zu Beginn der Kaiserzeit ein Senatuskonsult, daß alle Sachen (omnia quae in bonis sunt), auch nicht fruchttragende, taugliche Gegenstände bilden; verbrauchbare Sachen fallen ins Eigentum des Nießbrauchers gegen die Kaution, daß er dieselbe Quantität zurückgeben werde (Ulp. 24, 27) oder was man vorzog, den Übernahmewert ersetzen werde (Gai. D. 7, 5, 7). Auch Forderungen läßt die herrschend gewordene Meinung als Objekt zu (D. 7, 5, 3).

§ 52. **Entstehung und Untergang.** Die normale Bestellungsart waren Legat und Iniurecessio, auch deductio, in den Provinzen Pactiones et stipulationes. Für den Nießbrauch ist es aber viel wahrscheinlicher als für die Servituten, daß in öfteren Fällen der Prätor auf formlos eingeräumte Ausübung eine Vindicatio utilis gewährte. Ein sicherer derartiger

---

[1] Venezian, Dell usufrutto, dell' uso e dell' abitazione 1, Nap. 1895; Pampaloni, Bull. 22, 109; Arangio-Ruiz, Arch. giur. 81, 428; Riccobono, Studi Brugi; Lezioni (s. Ganzucchi, ZSavSt. 30, 509); ZSavSt. 31, 343—5; Albertario, Rend. Ist. Lomb. 45, 465; Segrè, Mél. Girard 2, 579.

[2] Ulp. Vat. 70 (neu rekonstruiert von Riccobono, St. Brugi); 71; D. 7, 1, 15, 5.

[3] Neuerdings vielfach bestritten. Riccobono behauptet sogar, der klass. Ususfrukt beziehe sich nur auf die Früchte, nicht auf die Sache. Aber D. 7, 8, 23; 7, 1, 34, 2 haben damit nichts zu tun. Vgl. Arangio-Ruiz 437 N. 1.

[4] Longo, Bull. 11, 281, dem die meisten folgen; dagegen Costa, Storia 271 N. 2 (gegen welchen Albertario, Riv. ital. 50, 89) und Debray, Nouv. rev. 1910, 107 (gegen dessen Auslegung von D. 8, 2, 5 man bereits Lenel, Ed. 186 N. 7 vergleichen kann).

[5] De Ruggiero, St. Scialoja 1, 71; Bortolucci, Bull. 21, 110.

[6] Proc. Ulp. D. 7, 9, 7 pr.; das Verlangen der Kaution mit condictio ist itp., Lenel, Paling., Ulp. 2591. Weiteres mit Lit. bei De Francisci Συνάλλαγμα 333.

[7] Abw. Di Marzo, St. Fadda 1, 141.

[8] Hanausek, Die Lehre vom uneig. Nießbrauch 1879; Pampaloni, Bull. 19, 95.

Fall ist derjenige, wo ein Nießbrauchslegatar mit dem Fideikommiß belastet ist, den Genuß weiterzugeben [1].

Endigung tritt regelmäßig und spätestens mit dem Tode oder der Capitis deminutio des Nießbrauchers ein. Das Eigentum dauernd so gänzlich zu enthöhlen, würde eine den Römern ganz unsympathische Verschiebung des Eigentumswesens bedeuten. Deshalb fragte man sich, ob das Legat des Usufruktes an eine Gemeinde wirksam sei (Gai. D. 7, 1, 56), was aber bejaht wird, vielleicht schon mit der bei Justinian erscheinenden Grenze von 100 Jahren [2]. Nur diese Verknüpfung mit der Person war offenbar der Grund, warum der Nießbrauch als unübertragbar galt. Darin liegt ein logischer Fehler, denn die Höchstpersönlichkeit eines unvererblichen Rechts braucht nur zu bewirken, daß der Empfänger es im Umfang erhält, wie es der Übertragende hatte. Trotzdem betete noch das gemeine Recht — einen anderen Sinn hat BGB. § 1059 — die Formel nach, mit der die Römer die praktisch unentbehrliche Veräußerung unter prätorischem Schutz doch ermöglichten: der Nießbrauch sei zwar nicht der Substanz, aber der Ausübung nach übertragbar. — Endigung tritt u. a. auch mit einjährigem Nichtgebrauch an beweglichen Sachen, mit zweijährigem an Grundstücken ein.

§ 53. **Der Usus**, ein Recht des Gebrauchs (uti) ohne Fruchtziehung (sine fructu [3]) ist neben dem Usufrukt eine Abspaltung aus einem ehemaligen beide umfassenden vageren Begriff. Nicht der volle Genuß soll dem Eigentümer entzogen, sondern umgekehrt nur eine persönliche Benützung dem Usuar und seinen Angehörigen gestattet sein, wie es Erblassern oft erwünscht ist. Weiterübertragung ist daher auch der Ausübung nach unerlaubt [4]. Seit dem 1. Jahrhundert erkennt man in einzelnen Fällen dem Gebraucher einen bescheidenen Anteil an Früchten zu, worüber disputiert wird, bis Justinian daraus ein Gebrauchs- und Nutzungsrecht für die persönlichen Zwecke des Berechtigten und der Seinigen gestaltet [5]. Desgleichen erlauben die Klassiker dem selbst im Haus wohnenden Usuar einen Mieter mitaufzunehmen (Lab., Ulp. D. 7, 8, 2, 1), was Just. erweitert (D. 7, 8, 4 pr.; 8 pr.; 12 § 1).

Habitatio und operae servorum, woraus die spätere Lehre schließlich auch „Personalservituten" gemacht hat oder machen wollte [6], verursachen den Klassikern zunächst nur eine ausführliche Kasuistik als Unterarten von Usufrukt oder Usus [7] (C. 3, 33, 13) oder je nach Umständen als Gegenstände von Prekarium, Leihe oder sonstigen Verträgen (Gai. 4, 153; Pap. u. Scaev. D. 39, 5, 27; 32), zumal da mancherlei hellenistische Verträge zu klassifizieren waren (Pap. D. 7, 8, 10, 1). Immerhin wurden wohl seit Papinian dafür besondere Rechtssätze entwickelt. Mindestens haben danach die vermachten Sklavendienste die Besonderheit, daß sie durch Capitis deminutio des Legatars und durch Nichtgebrauch nicht erlöschen und daß sie vermietet werden können (Pap. D. 33, 2, 2; Ulp. D. 7, 7, 2). Vom Wohnrecht ist jenes interpoliert (D. 7, 8, 10 pr.; 4, 5, 10), dieses nur die Meinung des Marcellus (J. 2, 5, 5).

Im allgemeinen gilt für Entstehung und Endigung aller dieser Rechte dasselbe wie beim Nießbrauch.

§ 54. **Erbpacht** [8]. Die griechischen Tempel, die Könige und Priesterkollegien in Ägypten, die Stadt Rom, die Gemeinden und die kaiserlichen Domänenverwaltungen geben einen Teil

---

[1] D. 7, 4, 29, 2; 33, 2, 29; 7, 4, 4.

[2] Ob D. 7, 1, 56; 33, 2, 8 sachlich unecht seien (Fadda, Di Marzo, H. Krüger), kann man bezweifeln, Mitteis, PR. 377 N. 5.

[3] (Sab. -) Ulp. D. 7, 8, 2 pr.; 14, 1; D. 7, 9, 5, 1.

[4] Gai. D. 7, 8, 11. Ferrini, Pand. 481.

[5] Bes. D. 7, 8, 12 §§ 1. 2. Zu radikal einerseits gegen das Recht auf Früchte Riccobono, St. Scialoja 1, 579 (vgl. aber 601 f.); Pampaloni, Riv. ital. 49, 245; andererseits dafür Costa, Storia 269 N. 1.

[6] Pampaloni, Riv. ital. 52, 177.

[7] Perozzi, Ist. 1, 504; Riccobono, St. Scialoja 1, 588; Pampaloni 168. Über die χρῆσις und ἐνοίκησις der Papyri Berger. Z. vgl. RWiss. 29, 335.

[8] Die verwickelte und aus reichhaltigen Dokumenten bereits großenteils erschließbare Geschichte der Erbpacht in den antiken Ländern ist besonders gefördert von Mitteis, Zur Gesch. der Erbpacht, Abh. phil. hist. Kl. Sächs. Ges. Wiss. 20 (1901); Rostowzew, Gesch. der Staatspacht (1903) 96; Studien zur Gesch. des röm. Kolonats (1910). Zum justinianischen Mischgebilde

ihres Großgrundbesitzes aus der eigenen Regie und vertrauen die Gelände dem Betrieb eines dauernd am Grundstück interessierten Bebauers an, sei es nur wegen der Rente, sei es, um auch das Terrain nach langer Frist verbessert wiederzuerlangen. Daß auf der Erwerberseite der Kleinbauer Gelegenheit erhält, ohne das dem Vollwert entsprechende Kapital dem Eigentümer ähnlich gestellt zu werden, ist mehr unsere moderne als antike Sorge, wohl aber trägt häufig jemand sein eigenes Gut an eine Körperschaft auf, stiftungsweise oder gegen Rentenkauf, um es zur Erbpacht zurückzunehmen. Osten und Westen des römischen Reiches kennen sehr verschiedenerlei juristische Formungen des Erbpachtgedankens. Unter den italischen ist die wichtigste die Verpachtung von Staats- und Gemeindeland auf ewig oder hundert und mehr Jahre zu vererblichem und veräußerlichem Recht gegen Jahreszins (vectigal); ursprünglich waren es zu bebauende Ödländereien, in späteren Zeiten kommen immer mehr kultivierte Äcker in Erbpacht. Dieses Recht trägt wohl noch Spuren der Entstehung aus obligatorischem Pachtrecht; auch war, ob seine Bestellung auf Pacht oder Kauf beruhe, noch Gai. 3, 145 zweifelhaft; aber es ist doch bereits ein sicheres dingliches Recht. Der Vektigalist bekommt vom Prätor die meisten Klagen des Eigentümers als utiles, kann sein Recht verpfänden und zu Nießbrauch setzen; er ist possessor für die Interdikte und erwirbt die Früchte mit der Separation [1]. Dagegen bestimmt der Erbpachtvertrag die Verpflichtungen, deren Nichterfüllung zu seiner Entsetzung führen; und zwar haftet der jeweilige Besitzer für den Zins auch der Vergangenheit (Ant. u. Verus D. 39, 4, 7).

Hier und in der griechischen Emphyteuse waren ziemlich vollkommene Typen des geteilten Eigentums geschaffen; aber die juristischen Formen erhalten durch die sozialen Verhältnisse ihren Geist. Sobald in der Wirtschaft des Römerreichs der Verfall zunimmt, im 2. und 3. Jahrh., werden es Mittel, die Macht der Großen und die Hörigkeit der Landbauern zu befestigen. Ebenso überwuchern in dem reglementierten Verhältnis des urbar gemachten Rottlands auf den afrikanischen Domänen die Verpflichtungen der Bauern. Die Erbpacht mündet in den Kolonat.

§ 55. **Erbbaurecht** [2]. Was für agrikole Zwecke die Erbpacht, ist für städtische Bebauung das Platzrecht, wovon wir in Rom Beispiele aus der Republik und der Kaiserzeit kennen [3] und das von allen möglichen Grundeigentümern gegen Jahreszins (pensio, solarium) oder einmalige Abfindung verliehen wird. Eigentümer des erbauten Gebäudes ist der Grundeigner. Überhaupt ist das Recht zunächst nur vermöge des obligatorischen Grundgeschäfts, d. i. hier der Pacht, und prätorischer Interdikte, zumal an privatem Boden des Interd. de superficie geschützt. Doch gibt der Prätor außerdem causa cognita eine actio (Ulp. D. 6, 1, 75), die das Recht an der Oberfläche des Bodens den dinglichen nähert, so daß das Interdikt bloße Besitzschutzrechte zu übernehmen scheint (Ulp. D. 43, 18, 1, 2). Wirkliches Sachenrecht ist es im Prinzipat kaum; manche Stellen, die es dem Vektigalrecht angleichen, sind interpoliert. Man darf sich diese Rückständigkeit — da der Gegensatz zur Wohnungsmiete eher beträchtlicher war,

---

des Ius emphyteuticarium (C. 4, 66; D. 6, 3) bereits Pernice, ZSavSt. 5, 84; Lenel, Ed. § 70. Über die Entsetzung des Emphyteuta daselbst Carrara, Riv. ital. 50, 253. — Albertario, Il possesso dell' ager vectigalis Filangieri 37, 801.

[1] Vindikation D. 6, 3, 1, 1; Publiciana D. 6, 2, 12, 2; Vind. servitutis D. 8, 1, 16; Verpfändung: Traian. Alimentartafeln; Paul. u. Marcian D. 13, 7, 16, 2; 17; Scaev. D. 20, 1, 31. Legat: Ulp. D. 30, 71, 6. Usufrukt: Ulp. D. 7, 4, 1 pr. Possessor: Mac. D. 2, 8, 15, 1. Früchte: Jul. D. 22, 1, 25, 1 a. E. Dagegen wird das griechische emphyteutische Recht bei Ulp. D. 27, 9, 3, 4 (Schluß itp., Baviera, Mél. Fitting 2, 375) noch nicht als Ius praedii angesehen, Baviera, Scr. giurid. 1, 187 gegen Segrè, St. Moriani 2, 329.

[2] Wächter, Das Superfiziar- oder Platzrecht [2] 1860; Degenkolb, Platzrecht und Miete 1867; Coviello, Arch. giur. 49 (1892) 1; Baviera, Scr. giur. 1, 177 (1909 ex 1902); Segrè, Studi Moriani 2 (1906) 330; Arangio-Ruiz, Struttura (s. § 47 N. 2) 105; Beseler, Beiträge 1 (1910) 100—106; 3, 169 (unberechtigt); Berger, Entw.-Gesch. der Teilungsklagen (1912) 32; Albertario, Il pegno della superficie (Pav. 1911); Riv. ital. 50 (1912) 79; Il possesso del superficiario (Pav. 1912); Filangieri 37, 801. Die übertriebenen Interpolationsbehauptungen namentlich Beselers verkennen den oben § 47 beschriebenen Entwicklungsgang.

[3] Septem tabernae (Jordan, Topographie der Stadt Rom I 2, 378); Konzession an den Turmwächter Adrastus Bruno [7] p. 344; auch Vertrag von Pozzuoli ebd.

als der zwischen Erbpacht und Zeitpacht, welch letztere sich oft zur Erbpacht ausgewachsen hat — wohl nur aus der späteren und geringeren Verbreitung erklären und aus den noch heute nicht überwundenen Schwierigkeiten, wie das Bodenrecht entgegen der Maxime superficies solo cedit verselbständigt werden kann. Auch erwies sich noch die vervollkommnete Superfizies Justinians im Abendland als nicht lebensfähig.

III. Obligationenrecht.[1]

§ 56. Obligation[2]. Wie das deutsche Recht (Gierke oben 265) und andere alte Rechte ist auch das römische von den Grundbegriffen der Schuld und der Haftung ausgegangen. Zwar bleibt das besondere Verhältnis, in dem sie zu den altrömischen Instituten, zumal nexum und sponsio standen zurzeit noch sehr zweifelhaft. Auch wissen wir nicht, ob ‚debitum' jemals dieselbe Denkform darstellte, wie in den deutschen Quellen „Schuld". Doch sind nectere und später obligare deutliche Ausdrücke für die Haftung einer Person oder einer Sache (res obligatur), solvere liberare für die Lösung solcher Haftung: me a te solvo liberoque sagt die alte Formel Gai. 3, 174. Jedenfalls tritt uns auch bei den Römern die gedankliche Trennung zwischen dem Leistensollen (Schuld) und der Genugtuung für Nichtleisten (Haftung) entgegen. So entsprechen nach allgemeiner Ansicht z. B. die dem Staat gestellten Bürgen (praedes) und Pfänder (praedia subsignata) der universalgeschichtlichen Figur von Personen und Sachen, die der Zugriffsmacht des Berechtigten unterworfen werden, während der Schuldner ihr nicht unterliegt. Die gleiche reine Personenhaftung scheint den vas und vindex genannten Bürgen, die gleiche reine Sachhaftung der fiducia und dem pignus gemäß zu sein. Noch die Pfandverträge des 2. Jahrhunderts weisen Spuren davon auf; sämtliche römischen Sicherungen einer Forderung dürften einem „Obligationenrecht" im weiteren Sinn zuzurechnen sein.

Von den geschichtlichen Wegen, auf denen die Haftung des Schuldners sich einführte, wie z. B. der Selbstbürgschaft, haben wir hier nicht zu sprechen. Aber noch das klassische Recht der Schuldverhältnisse steht den archaischen Anfängen bei weitem näher als das justinianische und heutige Recht, weil dort der staatliche Zwang dem Gläubiger grundsätzlich gar nicht das verschafft, worauf die Schuld gerichtet ist. Vielmehr verwandelt sich die ursprüngliche Forderung schon im Zeitpunkt der Prozeßbegründung, indem sie durch den Litiskontestationsvertrag erlischt oder prätorisch als unwirksam behandelt wird und einem neuen Anspruch aus der Litiskontestation Platz macht (Gai. 3, 180). Sodann lautet das Urteil stets auf Geld, und endlich verwirklicht die Zwangsvollstreckung noch immer prinzipiell die Personenhaftung im strengen Sinn, die Haftung der Person mit dem Leibe, wenn auch nicht mehr mit dem Leben. Praktisch ist ja die Verstrickung längst schon wichtiger, insofern sie das Vermögen des Hafters erfaßt. Aber die Ausdrucksweise selbst noch der justinianisch bearbeiteten Quellen ist so sehr von der Auffassung des Obligierens als des obstringere alium durchsetzt, daß wir in ihrem Bann bis in die allerletzten Jahre den wesentlichen Zusammenhang der Schuldpflicht mit dem Vermögen des Schuldners gering geachtet haben. Im übrigen hat die römische Jurisprudenz gerade vermöge der ständigen prozessualen Betrachtung des staatlichen Rechtszwangs verstanden, die Gründe der Haftung tiefer zu erforschen, den älteren vagen Unrechtsgedanken zu spalten und den vom Delikt geschiedenen Vertrag herauszuarbeiten; ebenso den Inhalt der Schuld zu analysieren, deren Einheit in den Stadien vor und nach der Litiskontestation und u. U. sogar nach dem Urteil zu erörtern und möglichst herzustellen und so den Begriff der Leistung zu entdecken;

---

[1] Zur Lit. Windscheid-Kipp § 250 noch bes.: Creszenzio-Ferrini, Encicl. giurid. ital., Obbligazioni (1900). Zum speziellen Vortragsrecht wertvoll v. Schey, Die Obligationsverhältnisse des öst. allg. Privatrechts 1 (1890—1907).

[2] Perozzi, Le obbligazioni romane, prolusione Bol. 1903. (Gegen diese geistvolle, aber anfechtbare Schrift Pacchioni in seiner Übers.: Savigny, Le obbligazioni 1 [1912] 642—666). Marchi, Storia e concetto della Obbligazione romana, Roma 1911.

[3] Brinz, Pand. II, 1; Bekker, Aktionen 1, 7; Jh. J. 49, 51; Pacchioni, St. Schupfer 1, 203; in Savigny, Le Obbl. 487; Marchi, a. a. O.; Binder, Rechtsnorm und Rechtspflicht (1912); Cornil, Mél. Girard (1912) 1, 199. Ferner unten zu § 64. Lit. zu anderen Rechten bei Schreiber, Schuld und Haftung 1 (1914) 4.

und indem sie damit die materielle Grundlage fand, vereinigte sie auf ihr Schuld und Haftung zu einer höheren Einheit, die in ihrer Einfachheit und Vollendung alle Folgezeit besiegte.

Danach ist die Obligation das Verhältnis zweier Personen, kraft dessen der eine (debitor) dem andern (creditor) unter der Folge der eigenen Haftung etwas zu leisten hat; die Leistung wird im Anschluß an die Schriftformeln als dare, facere oder praestare beschrieben. Die Haftungsausdrücke: nectere, obligare, adstringere, iuris vinculum, contractus, ebenso die auf die Lösung der Verstrickung bezüglichen: solvere, liberare usf. betreffen nun zugleich die Schuld. Dies ist auch der Sinn der Definitionen unsicheren Alters J. 3, 13, 1 (Florent?); Paul? D. 44, 7, 3 pr.

Auf dare oder dare facere oportere schlechtweg sind aber nur Zivilklagen gestellt, und die berührten Vorstellungen beziehen sich denn auch nur auf das nach ius civile hergestellte und demnach von Rechts wegen (Gai. 4, 112) durch actio in personam geschützte Schuldverhältnis [1]. Doch ergibt das reiche Netz der von den Prätoren geschaffenen Schriftformeln analoge Schuldverhältnisse (actione teneri), wie die Juristen wohl erkennen [2].

Ansätze zu allgemeineren Theorien finden sich dennoch fast nur rücksichtlich der Klagen, nicht der Forderungsrechte; auch die Einteilungen gelten nicht sowohl, wie unter Justinian, den Obligationen, sondern den Aktionen (§ 58).

Wirklich spaltet sich durch die Art der Klageformeln das römische Schuldrecht geradezu in getrennte Teile. Von besonderer dogmatischer Kraft und geschichtlicher Nachwirkung sind dabei die iudicia, deren Intentio auf quidquid Num Num A° A° dare facere oportet ex fide bona geht, d. h. den Richter anweist, das Schuldverhältnis mit Berücksichtigung von Treu und Glauben zu beurteilen. Eine gewaltige Kluft trennt sie von den Aktionen aus Darlehen, Stipulation, Damnationslegat, dem Gebiete des nachmals sogenannten strengen Rechts. Das „bonae fidei-Recht" bedarf daher stets besonderer Rücksicht.

§ 57. Schuld ohne Aktio [3]. Schuldpflichten ohne vollständige normale Haftung des Schuldners erkennt man seit Julian (D. 46, 1, 16, 4 Ulp. 44, 7, 10) klar in den des Rechtszwangs beraubten Tatbeständen, die doch einzelne Wirkungen der Obligationen ausüben. Wer das leistet, was er so schuldet, kann es niemals als nichtgeschuldet (indebitum) zurückfordern, und wer es im Bewußtsein der fehlenden Klagbarkeit tat, hat nicht geschenkt. Einzelne dieser halben Verbindlichkeiten sind taugliche Grundlagen von Pfand- und Bürgenbestellung, Konstitut und Novation. Sicher klassisch sind darunter die Schulden von zivilrechtlich verpflichtungsunfähigen und nachträglich unfähig gewordenen Leuten: des Sklaven (Jul. D. 46, 1, 16, 4 u. ö.) der durch Hausgewalt verbundenen Freien untereinander (Afr. D. 12, 6, 38), des capite minutus (Ulp. D. 4, 5, 2, 2), nach späterer klassischer Lehre des Unmündigen ohne Vormundsgenehmigung (Jul.-Pomp. D. 12, 2, 42 u. a.). Justinian liebt diese Kategorie viel öfter und allgemeiner anzuwenden. Von ihm haben wir die fragwürdige Figur einer Naturalobligation übernommen, die zwischen bloß gesellschaftlicher und juristischer Verbindlichkeit schillert. Die Klassiker selber meinen mit dem Ausdruck naturalis obligatio nur irgendwelche Haftung, auch eine vollkommene mit actio ausgerüstete ohne positivrechtlichen Anhalt, und verwenden diese Figur bisweilen als reines Konstruktionsmittel (z. B. Paul. D. 36, 1, 61 pr. lin. 28, insofern wohl echt).

---

[1] Lenel, Ed. 260; Wlassak in Realenz., Actio 1, 306. — Arangio Ruiz, Formule con demonstratio (1912) 24, 31; Le Genti e la città (1914) 37. — Das dare oportere ist weder Schuld im Sinne von Brinz (so Binder 43) = zum Verfall gekommene Haftung, noch Schuld im deutschrechtlichen Sinn.

[2] Ulp. D. 13, 5, 1, 8; 46, 1, 8, 2. Zur Entwicklung der „actio" selbst Wlassak, Prozeßgesetze 1, 82; 2, 355, 12.

[3] Schwanert, Die Naturalobligation des röm. Rechts (1861); Pernice, Labeo 3, 1, 253; Bonfante, Foro Italiano 18, 3 (1893); Grabenwitz in Königsberger Festgabe für Schirmer (1900); Di Marzo, Circolo Giuridico 32 (1901); Brini, Mem. Acc. Bologna sez. giur. 1, 199; Perozzi, Istit. 2, § 127; Bonfante, Riv. dir. comm. 12, 2 (1914) 358. Stellen mit naturalis obligatio u. ä. bei Rotondi, Bull. 24, 50 N. 5. Darüber, daß ex pacto keine Naturalobligation entsteht, s. gegen Hellmann, ZSavSt. 13, 321 und Ferrini, Pand. 546: Girard, Manuel 642 N. 1.

A. Entstehungsgründe.

§ 58. Aktio und Obligatio. Die Grundeinteilung der persönlichen Klagen ist die in actiones ex delicto oder maleficio und ex contractu (Gai. 3, 88). Damit reicht man natürlich nicht dauernd aus, und man vergleicht mindestens mit den Deliktsklagen diejenigen aus verwandten Tatbeständen (quasi ex maleficio). Weiteres ist in den interpolierten Quellen nicht sicher zu erkennen, doch scheint Gai. D. 44, 7, 5 die den Vertrags- und Deliktsklagen ähnlichen Prozeßmittel zusammenzustellen und D. 44, 7, 1 pr. die Dichotomie durch eine Gruppe von variae causarum figurae zu ergänzen [1]. Jedenfalls fehlt mehr die äußere Übersicht der Entstehungsgründe für Obligationen, es fehlt weder die Erkenntnis, daß für die juristische Wesensart einer Obligation ihr Ursprung das bezeichnendste ist, noch das ständige Bestreben, die Entstehungstatsachen untereinander zu vergleichen. Dieser theoretische Gewinn fußt auf der gewohnten Fragestellung, ob aus einem Tatbestand eine bestimmte Aktio zustehe. Der Tatbestand, auf den der Kläger baut, entscheidet über das Recht auch im Ruhezustand; im Schuldrecht liegt es auf der Hand, daß die Bejahung einer Aktio als Prozeßmittel zugleich das durchzusetzende Recht auf die Leistung des Schuldners, das ius quod sibi debetur (Cels. D. 44, 7, 51) bejaht. Wo immer es darauf ankommt, wissen daher auch die Römer, was ein persönlicher Anspruch ist; sie haben nur keinen Namen für ihn und verdecken ihn durch die Aktio [2].

Die Paarung zwischen actio und obligatio kann sehr weitgehen, weil unter der letzteren fast immer nur das vollentwickelte mit Gerichtsschutz bekleidete Forderungsrecht verstanden wird, und weil man aus e i n e m Entstehungsgrund wie e i n e actio so auch nur eine Forderung hervorgehen läßt. Daher wird eine Einheit der Obligation (una eademque obligatio) auch dort angenommen, wo mehrere Einzelansprüche wahrnehmbar und gegebenenfalls durch besondere Mittel (praescriptio pro actore Gai. 4, 131) prozessual trennbar sind, oder wo eine Mehrheit subjektiver Beziehungen unverkennbar, aber die actio nur einmal anstellbar ist wie bei der Korrealobligation.

Im folgenden sollen die wichtigsten Quellen der Schuldverhältnisse aufgeführt werden, die nicht in andern Zusammenhang gehören, wie besonders das Damnationslegat und das Fideikommiß. Die große Menge der prätorischen Klagen läßt sich dabei nicht erschöpfen.

§ 59. Delikte [3]. Wie allgemein (Kohler oben S. 54 f.), so läßt sich auch bei der römischen Sühnung von Vergehen beobachten, daß noch die entstehende Justizhoheit des Staates mehr das Racherecht der verletzten Person oder Gruppe befriedigen will als ein Bedürfnis der Gesellschaft nach Strafe. Zunächst überwiegen daher die privaten Klagen auf Vergeltung wegen Übeltat (delictum privatum) über die öffentliche Strafverfolgung; zugleich aber sind sie die ältesten Mittel des privaten Obligationenrechts, wie wir seit Jhering glauben. Der Zug geht dann dahin, das öffentliche Strafrecht zu erweitern und dafür aus den Deliktsklagen eine Anzahl in das Vertragsrecht hinüberzuspielen — z. B. sogar die sogenannte actio auctoritatis des Manzipiumserwerbers, trotzdem sie auf den doppelten Kaufpreis geht —, eine Anzahl durch Tochtergebilde, jüngere Klagen, die nicht mehr Übeltat strafen wollen, überholen zu lassen — z. B. die actio rationibus distrahendis durch die actio tutelae —, um schließlich bei den verbleibenden und neu hinzukommenden Deliktsklagen in der privaten Genugtuung den Schadensersatz zu betonen. Das ist möglich, da sich diese Klagen, abgesehen von der Ehrenfolge der In-

---

[1] P e r o z z i, Obbl. behauptet, daß nicht bloß die Vierteilung (quasi ex contractu, quasi ex delicto) kompilatorisch ist, sondern auch die Dreiteilung; zustimmend M i t t e i s, PR. 86 N. 38. Dagegen K n i e p, Gaius 3, S. 46; B e t t i, Sul significato di contrahere in Gaio (Sanseverino 1912) 48 u. Bull. 25, 71; A r a n g i o - R u i z, Le Genti e la città 42 f. — Die Tutel und Negotiorum gestio als Kontrakte sind itp. in Paul. D. 44, 7, 49 u. D. 3, 5, 15 (P e t e r s, ZSavSt. 32, 265. 268 u. Zit.)

[2] W l a s s a k, Realenz. 1, 306. M i t t e i s, PR. 91 f.

[3] M o m m s e n, Röm. Strafrecht 1899; F e r r i n i, Diritto penale romano 1899 und in Encicl. del dir. penale I. — P e r n i c e, Labeo II; W. L e h m a n n, Über die Vermögensstrafen des röm. Rechts 1904; H i t z i g in Realenz. 4, 2438, Delictum; G i r a r d, Man. 391. — D e F r a n c i s c i, Studi sopra le azioni penali e la loro intrasmissibilità passiva, Mil. 1912; A l b e r t a r i o, Rend. Ist. Lomb. 46, 449—466; Bull. 26, 90.

samie, die weder alle noch nur die Deliktsklagen auszeichnet, in der Kaiserzeit nach der allmählichen Abmilderung der Rache in erster Reihe auf Geldleistungen richten. Die ganze Entwicklung ist in der modernen Romanistik folgerichtig (unten § 78), aber mit beklagenswerter Konsequenz so weit getrieben worden, daß die zivilrechtliche Folge der unerlaubten Handlungen völlig zu einem Ersatz des Vermögensschadens zusammenschrumpfte. Das BGB. (§ 253) hat bloß dürftige Ausnahmen, lediglich in Spezialgebieten wird diese Engherzigkeit durch die Zubilligung von Bußen korrigiert. Der eigentliche dogmatische Gedanke der Klassiker dürfte aber gerade noch der Buße entsprechen, soweit er sich von der historischen Bedingtheit lösen läßt. Die Juristen leben ja noch in den Resten des Racherechts, wo z. B. mehrere Klagen (z. B. actio furti und vi bonorum raptorum) auf ein Vielfaches des Sachwerts gehen und dabei die Sachverfolgung übrig lassen, der Hausvater berechtigt ist, Kinder, Sklaven und vierfüßige Haustiere zur Abfindung des Verletzten herauszugeben (Noxalhaftung) usf., vollends manche Klagen geradezu eine einzeln abzuwägende Geldgenugtuung auch für unschätzbaren Schaden bezwecken (a°. iniuriarum, sepulchri violati, int. quod vi aut clam u. a.). Vergeltung und Vermögensersatz mischt sich in dem Geldbetrag, der gefordert werden kann, in verschiedenen Dosen; aber er ist dort, wo der Klassiker noch eine Deliktsklage vor sich sieht, immer poena (ursprünglich Sühngeld). Zwar ist die Idee des reinen Ersatzes im Gegensatz zur Strafe den Römern keineswegs fremd; die persönlichen Zivilklagen werden nach ihrem Gegenstand unterschieden, je nachdem ob sie auf Strafe, auf Ersatz oder auf beides gehen (Gai. IV 6—9) [1]. Aber wiewohl bei einzelnen Delikten tatsächlich die Strafe auf den bloßen Ersatz des Schadens hinausläuft wie bei der Sachbeschädigung [2], das Ziel der Klage also res ist, nicht poena (Gai. IV 9), so gilt doch die Aktio auch in diesen Fällen nicht bloß als Klage aus Delikt, sondern auch als Strafklage [3].

Trotzdem die einzelnen Klagen sehr mannigfaltige Voraussetzungen haben und im engen Anschluß an den Wortlaut der maßgebenden, gewohnheitsrechtlich, gesetzlich oder prätorisch festgelegten Vorschriften behandelt werden, bleibt ihr allgemeines Wesen nicht unerkannt. Erfordert wird vollendete Verletzung einer Person oder Sache, und zwar regelmäßig durch positive Handlung, Rechtswidrigkeit (iniuria = sine iure) und in vorgeschrittener Rücksicht auf die inneren Momente beim Täter Verschulden, meist Vorsatz, seltener bloße Nachlässigkeit.

Die Rechtssätze sind fast durchaus noch aus den Nachwirkungen des Racherechts zu erklären. So u. a. 1. die prinzipielle Unvererblichkeit der Klage auf beiden Seiten. Prätor und Juristen verkehren dies freilich durch zahlreiche Ausnahmen zugunsten der Erben des Verletzten ins Gegenteil, so daß nur solche Klagen als aktiv unvererblich übrig bleiben, die der Vergeltungszweck besonders stark beherrscht, die heute sog. a^es vindictam spirantes, z. B. a° iniuriarum Gai. 4, 112 a. E. Auf seiten des Täters aber erlischt der Strafanspruch stets durch Tod; nicht durch Capitis deminutio oder Freilassung, die die Rache nicht hinderten [4]. Vom Überlebenden holt man die Sache oder deren Wert nach sachenrechtlichen Grundsätzen. In einigen Fällen gibt der Prätor freilich besondere actiones in factum gegen die Erben [5], die Wurzel der nachklassischen Bereicherungshaftung der Erben aller Deliquenten. 2. Ferner haften mehrere Mittäter kumulativ auf den vollen Betrag der Strafe, ohne Rücksicht darauf, ob dem Verletzten infolgedessen der Schaden mehrfach eingebracht wird. Dies gilt bei Körperverletzung für die actio damni iniuriae, auch wenn mehrere sukzessive einem Sklaven tödliche Streiche versetzen (Jul. D. 9,

---

[1] Ganz anders Just. J. 4, 6, 19 mit seinen Actiones mixtae. S. De Francisci a. a. O. und Albertario, Bull. S. 103.

[2] Die Bemessung des Schadens nach dem Zeitpunkt des höchsten Wertes im letzten Jahre gemäß der Lex Aquilia, 1. Kap., oder in den letzten 30 Tagen gemäß der Interpretation des 3. Kapitels hält erst Just. J. 4, 6, 19 für eine pönale Steigerung des Ersatzes; vielmehr ist dies ein Versuch zur Ausmessung des wahren Schadens.

[3] Vgl. bereits Hitzig a. a. O. De Francisci 8. Albertario, Bull, S. 97.

[4] Gai 4, 112; für Honorarklagen Cass. D. 44, 7, 35 (von ut tamen itp., wie allg. anerkannt). — D. 4, 5, 2, 3; 44, 7, 14. — Ulp. D. 47, 1, 1 pr. (sed enim — re exhibita m. E. itp.).

[5] Auf das simplum aus Depositum „necessarium" D. 16, 3, 1, 1; auf das, was an die Erben gelangt ist, aus dolus (Gai. u. Paul. D. 4, 3, 26; 29), metus (Gai D. 4, 2, 19) De Francisci 81—86, und mindestens noch ex causa interdicti unde vi (Ulp. D. 43, 24, 15, 3). Daß bei Dolus und Metus die Beschränkung der Haftung auf die Bereicherung, im letzten Fall die Vererblichkeit interpoliert sei (Albertario), ist nicht nachgewiesen.

2, 51, pr.), und bereits nach republikanischer Lehre auch, wenn der Kausalzusammenhang zwischen der Handlung des einzelnen und dem Tod nicht geklärt ist[1].

§ 60. Einzelne Delikte. Aus der großen Menge der Privatdelikte ragen in der klassischen Lehre vier hervor (Gai. 3, 182), deren Typen auf Gesetzen beruhen und deren meist sehr alte Bedeutung durch das inzwischen aufgekommene Strafrecht und die entwickelten Vertragsklagen nicht geschwächt erscheint.

1. Die Iniuria[2], deren Geschichte die reinste Erinnerung an die staatliche Ordnung und Milderung der Privatrache aufbewahrt und viele Verwandtschaft mit griechischen Einrichtungen aufweist, ist auch dogmatisch bedeutsam. Sie soll möglichst alle Gewalttätigkeiten gegen die Person und Persönlichkeit in sich umfassen, und die Buße bietet Genugtuung für moralischen Schaden. Daß freilich wirksamer als der schönste zivilrechtliche Schutz der Ehre Körperstrafen eingreifen, wie sie die Behörden üben, lernt man aus den Bittschriften der Papyri und der dürren Strafenaufzählung Hermogenians D. 47, 10, 45.

2. Furtum[3], eigentlich nur der Diebstahl an privatem Gut, ist von den Juristen in Ausfüllung vieler Lücken der Gesetzgebung zu einem umfassenden Vermögensdelikt an Mobilien ausgestaltet, so daß die „diebische Zueignung" (contrectatio) z. B. auch umfaßt: wissentliche Annahme nicht geschuldeter Zahlungen (Scaev. D. 13, 1, 18 u. a.), Zerstörung von Schuldurkunden (Lab. u. Ulp. D. 47, 2, 31, 1; 27, 3 u. a.), dolose Leihe zu schwerer Maße an den Verkäufer durch den Käufer (Mela-Ulp. D. 47, 2, 52, 22); endlich auch die Zueignung des „Gebrauchs oder Besitzes" (Paul. D. 47, 2, 1, 3), deren sich besonders der nichtbesitzende Eigentümer, z. B. der Faustpfandverpfänder, schuldig machen kann. Eine Einschränkung scheint seit Sabinus das Erfordernis der gewinnsüchtigen Absicht zu bezwecken[4]; es ist aber in manchen Anwendungen erst von den Kompilatoren verwertet. Die Strafklage (actio furti) auf das 2—4fache des Sachwerts — abgesehen von Sonderfällen —steht nach verbreiteter Formel dem zu, dessen Interesse durch den Diebstahl verletzt ist (cuius interest rem non perire Gai. 3, 203; Paul. 2, 31, 4). Grundsätzlich ist dies aber der Eigentümer oder der Eigenbesitzer oder derjenige, der wegen des dieblichen Verlustes einem andern haftet[5], je nach Lage des Falles.

3. Für die Sachbeschädigung[6] einschließlich der Tötung und Körperverletzung von Sklaven fordert man nach der Lex Aquilia außer der Widerrechtlichkeit, dem positiven Handeln und dem Verschulden ein „damnum corpori corpore datum", körperliche Verletzung — Zerreißen, Zerbrechen, Verbrennen — des Körpers der Sache. Die Jurisprudenz gewährt aber eigene Klagen, z. B. wenn nicht unmittelbar körperlich eingewirkt, aber die Todesursache gesetzt ist (Hinreichen von Gift, Ulp. D. 9, 2, 7, 6; 9 pr.) oder nicht der Körper verletzt, aber sonst die Sache geschädigt ist (Ins Wasser werfen, ebd. 27, 21; D. 19, 5, 14, 2; 23). Selbst wegen Verletzung freier Hauskinder wird Klage gegeben (Ulp. D. 9, 2 l. 5, 3; l. 7; nicht aber wegen

---

[1] Vgl. DStG. § 227 gegenüber BGB. §§ 830, 840. Jul. und Ulp. D. 9, 2, 51, 1; 11, 2 (mit Ausnahme des Schlußsatzes echt). Über l. 51 § 2 itp. Kübler, Kr. Vjschr. 3. F. 13, 7; Appleton, Nouv. rev. 1910, 770. Weginterpolierung der kumulativen Haftung zugunsten der solidarischen behauptet ausnahmslos Bonfante, Ist. 367; zustimmend Albertario, Bull. 26, 105.

[2] Landsberg, Iniuria und Beleidigg. 1886. Hitzig, Iniuria 1889. Huvelin, Mél. Appleton 1903, 369. Pernice, Labeo 2, 1, 22. R. Leonhard, Der Schutz der Ehre im alten Rom 1902. Maschke, Die Persönlichkeit des röm. Iniuriensystems 1903. Varcasia, Enc. giur. ital. 8, 2 (1913) 1. Über die noxale Klage Naber, Mél. Gérardin, 467 u. Zit. Zum Edikt jetzt bes. Lenel, Ed. §§ 190—197. Partsch, Schriftformel 28; Negot. gestio 56; ArchPapF. 6, 54—62.

[3] Schirmer u. P. Krüger, ZSavSt. 5, 207, 219. Pampaloni, Studi sopra il delitto di furto 1 (1894). Hitzig, ZSavSt. 23, 315 u. Realenz. 7, 384.

[4] Hitzig, ZSavSt. 23, 317.

[5] Pomp. D. 10, 2, 47, 1; Ulp. D. 47, 2, 14, 16; 12, 1. Schulz, ZSavSt. 32, 23.

[6] Pernice, Zur Lehre von den Sachbeschädigungen 1867. v. Tuhr, Zur Schätzung des Schadens in der Lex Aquilia 1892. Über die Aktivlegitimation anderer als der Eigentümer De Medio, St. Scialoja (1905) 1, 27—70. Debray, Nouv. rev. 1909, 643—703. — Über Formel und Ziel der Actiones utiles Lenel, Ed. § 77, II. Über die Actio confessoria ex lege Aquilia Segrè, Mél. Girard 2, 512. Über interessante nachklassische Lehren Rotondi, Teorie postclassiche sull' actio legis Aquiliae, Annali Univ. Perugia fasc. 2 (1914).

des freien Eigenberechtigten l. 13 pr. itp., De Medio). So wird, abgesehen von den Unterlassungen, kasuistisch ein ziemlich weiter Bereich der Schadenzufügungen an körperlichen Sachen versorgt[1], jedenfalls genügend, um die gemeinrechtliche Zusammenfassung zu ermöglichen (vergl. BGB. § 823).

4. Geschichtliche Nachwirkung knüpft sich außer an die in der klassischen Hauptliste noch erscheinenden Klagen wegen Raubes (Lenel Ed. § 187) zumal an die prätorischen Ediktsbestimmungen über den Zwang und Betrug[2]. Es muß hier genügen, zu erinnern, daß die actio doli und die ihr entsprechende exceptio ein ungemein beliebtes Auskunftsmittel sowohl der Klassiker als aller Folgezeit war, um die Lücken des Prozeßmittelsystems auszufüllen.

§ 61. Verträge. 1. Das klassische Obligationenrecht ist trotz seiner Feinheit und Mannigfaltigkeit noch völlig beherrscht von der historischen Tatsache, daß die Prozeßmittel sich langsam und schwierig in einzelnen Typen entwickelt haben. Oft ist zunächst bloß eine prätorische Klage dagewesen, deren Tatbestand erst unter ihrem Schutze allmählich zum zivilen Klagegrund aufwuchs, so daß sich im klassischen Recht die rein prätorische actio in factum concepta und die dem Zivilrecht gehorchende actio in ius concepta nebeneinander finden (bes. Gai 4, 47). Wo nun eine zivile Klage vorhanden ist, erkennen die Juristen es selbstverständlich leicht, wenn den Tatbestand ein Vertrag bildet. Dies ist die Gruppe der contractus[3], die noch Gai 3, 88 f. einzig neben die Delikte stellt. Unter ihnen wird, da das Zivilrecht dauernd dem Prinzip des Formzwangs der Verpflichtungen huldigt, lediglich nach der Form unterschieden, die der Vertrag braucht, um zivile Klagen hervorzurufen: sie werden re, verbis oder litteris geschlossen, nur vier bereits formlos, consensu.

2. Außer dieser festen Gruppe anerkannter und im einzelnen benannter Verträge hat zivilrechtliche Wirkung ohne Formvorschrift als Rest alter Gewohnheit der Sühnevertrag, mit dem einst die Privatrache, jetzt die Deliktsklagen wegen furtum und iniuria abgelöst werden (Paul. D. 2, 14, 17, 1); er heißt Friedensschluß (pactio, pactum) gemäß dem ältesten Sinn des Wortes. Aus dem Vergleich, mit dem eine sonstige Schuldklage aufgehoben werden soll, in der Folge aus jedem Vertrag, mit dem ein bestehendes Schuldverhältnis abgeschwächt werden soll (pactum de non petendo), läßt eine Ediktsbestimmung (Ulp. D. 2, 14, 7, 7) grundsätzlich — mit gewissen Unterscheidungen — eine Einrede folgen.

3. Im übrigen besitzt der Begriff des Schuldvertrags eine geringe Geltung. Von den zahlreichen prätorischen Formeln für Schuldklagen lassen sich einige wenige auf „Vertrag" zurückführen (sog. „pacta praetoria"); wir werden sie gelegentlich berühren. Systematische Bedeutung haben die Klagen (§ 74), aus denen nachmals die byzantinische Lehre die umfassende Kategorie der Actiones praescriptis verbis bildete; in einzelnen der betreffenden Tatbestände dürfte schon die Analyse der Klassiker Verträge von der Art erkennen, die dann bei Justinian als Kontrakte ohne zivilrechtlichen Namen (D. 19, 5, 3), ἀνώνυμον συνάλλαγμα (Bas. 20, 4, 3) das System der gegenseitigen Verträge abschließen sollen. Im allgemeinen wird von Verträgen nur negativ ausgesagt, daß die formlose Vereinbarung, pactum im spätesten klassischen Sinn, keine Klage erzeugt: ex pacto actionem non nasci[4].

§ 62. Realverträge. In der nachklassischen Kategorie der Obligationes re contractae (J. 3, 14) fließen zwei Gruppen von Tatbeständen zusammen, die vorher unterschieden werden und einst völlig getrennten Ursprung hatten. Auf der einen Seite steht das sog. formlose

---

[1] Über die Neigung der Kompilatoren, die Fälle zu vermehren und die Hülfsklagen als actiones utiles legis Aquiliae unter einen weiten Vermögensdeliktsbegriff zu ziehen, Rotondi 51.

[2] Das Fehlen der Arbitrarklausel in der Actio doli und Actio quod metus causa behauptet Biondi, Studi sulle actiones arbitrariae 1 (1913). Dagegen zunächst wegen der letzteren Lenel, Festschrift f. Sohm (1914) 208. Über die Subsidiarität der Actio doli Siber, Passivlegit. bei der rei vind. 187.

[3] Zur Terminologie Mitteis, PR. 146—153 u. Zit.; Fehr, Beiträge z. röm. Pfandrecht 56 N. 8; Betti und Arangio-Ruiz (oben § 58). Über den byzantinischen Einschlag Rotondi, Bull. 24, 1. — Zu den pacta Kniep, Praescriptio und pactum (1891) 64.

[4] C. 2, 3, 10 = 5, 14, 1 a. 206 oder 227. Daher die nachklassische Regel nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem, Just. in D. 2, 14, 7, 4 (Perozzi, St. Schupfer 1, 185); Diocl. (?) C. 4, 65, 27.

Darlehen (mutuum); das alte Darlehen per aes et libram (nexum) besteht nicht mehr. Die Sabinianer stellten das mutuum mit dem Empfangen einer Nichtschuld zusammen, was Gai. 3, 90 mit der berechtigten Kritik wiedergibt, das erstere sei ein auf Schuldbegründung gerichteter Vertrag und das letztere nicht. Aber die Gemeinsamkeit des Darlehens mit diesem wichtigen Fall einer ungerechtfertigten und deshalb rückforderbaren Vermögensleistung ist dennoch klar und wird schon durch die Prozeßformel erwiesen, die für eine Darlehensklage den gleichen Wortlaut hat: Si paret Num Num Ao Ao C. dare oportere etc., wie in allen bis (mindestens) ins 1. Jahrhundert n. Chr. anerkannten Fällen einer sog. „ungerechtfertigten Bereicherung" (condictio auf certum). Vor allem setzt die Haftung des Schuldners überall von Haus aus eine Hingabe (dare) des Klägers und einen entsprechenden Empfang des Beklagten (habere) voraus, wie es noch in der Kaiserzeit deutlicher Grundsatz und praktisch das Häufigste bei den Bereicherungsklagen ist [1]. Auch greifen die Juristen in den Fällen beabsichtigten, aber gescheiterten Darlehensvertrages z. B. weil ungenügende Geschäftsfähigkeit oder Dissens (Jul. u. Cels. D. 12, 1, 19, 1; 32), den Vertrag hindert, auf die Rückforderung aus dem bloßen Geben und Haben zurück. Wie es einstmals zur Ausbildung dieser Haftungen gekommen war, ist noch dunkel, wenngleich sie irgendwie auf der Idee des Delikts des zu Unrecht Behaltenden beruhen müssen [2]. Spätestens aber gaben ihnen die Leges Silia und Calpurnia die Klagbarkeit durch Legis actio (Gai 4, 19).

Die andere Gruppe wird von dem westgotischen Paul. S. 2, 4 unter dem Titel: De commodato et deposito pignore fiduciave zusammengefaßt. Es sind sämtlich mehr oder weniger spät als Verträge erkannte Tatbestände ursprünglich nur prätorischer Klagen. Im Julianischen Album werden aber bereits die Klagen aus Leihe und Pfand (Lenel, Ed. §§ 98, 99) mit anderen unter der Rubrik de rebus creditis der condictio auf certum nachgeschickt, während Hinterlegung und Treuhandsübereignung bei den bonae fidei iudicia erscheinen (Lenel, §§ 106, 107). Auch wird mindestens die Leihe als ‚re obligari' mit dem Darlehen verglichen (Gai. D. 44, 7, 1, 3). So ist die Verschmelzung der Verträge, die nebst dem Konsens der Parteien eine Sachhingabe verlangen und eine Rückgabe der Sache selbst (ipsa res, Gai. a. a. O.) oder von ebenso viel der gleichen Sache bezwecken, bei den Klassikern in die Wege geleitet. Ob Rückgabe der Sache selbst, macht nichts aus, wie man sieht. Im Gegenteil wird wegen jener Ediktsrubrik betont, daß alle Geschäfte, wo man einem anderen einen Wert gegen Rückerstattungspflicht anvertraut, Kreditgeschäfte seien (Ulp. u. Paul. D. 12, 1, 1, 1; 2, 3).

1. Fiducia [3]. Der fiduziarische Nebenvertrag (pactum fiduciae) zu einer Manzipation oder Iniurecessio einer res mancipi entspricht unserer Übereignung zur treuen Hand und ist wie diese am gebräuchlichsten als Sicherungsübereignung (fiducia cum creditore) — ein Gläubiger erhält Eigentum an einem Grundstück oder Sklaven und ist schuldrechtlich verpflichtet, es zurückzuübertragen, sobald er rechtzeitig befriedigt wird —, begegnet aber auch oft, um eine gewaltunterworfene Person oder Sache in die jeweilige Hut und Verfügung eines Vertrauensmannes zu stellen (fid. cum amico) [4]. Die Treuhand der letzteren Art ist ein Haupthebel älterer Rechtsverkehrszustände. Während aber bei anderen Völkern, die das dingliche Recht nicht so klar ausprägen, die Sache nur bedingungsweise übereignet zu werden pflegt, zeichnet sich die römische Fiduzia durch die scharfe Heraushebung des dinglichen Übertragungserfolges von der begleitenden bloß schuldrechtlichen Abrede auf Rückübertragung aus; nur die „Pfand-

[1] Dies ist als berechtigter Kern den oft nicht richtig gewürdigten Schriften H. H. Pflügers zu entnehmen (unten § 76).

[2] Die deutschrechtliche Empfangshaftung (Gierke, Schuld und Haftung 81, 130) bedarf wohl selbst noch weiterer Prüfung. Sicher ist res nicht „Tatsache", wie v. Mayr, RRG. II 2, 2, 53 annimmt. — Die Römer selbst sehen die Pecunia numerata als natürliche Quelle und Endigung der Obligation an, Paul. D. 45, 1, 126, 2; Pomp. D. 46, 3, 107, vgl. Wlassak, Negot. gestio 67. Über interpolierte Stellen mit „obligatio rei" Arangio-Ruiz, Le genti e la città 49.

[3] Lenel, ZSavSt. 3, 104; Oertmann, Die Fiducia 1890; Manigk in Realenz. 6, 2287. Spezielle Fragen bei Mitteis, PR. 1, 163; Senn, Etudes Girard 1, 283.

[4] Gai. 2, 60; Boeth. 4 in Cic. Top. 10, 41; Ulp. D. 27, 3, 5 (Segrè, St. Fadda 6, 387). Scaev. D. 45, 1, 122, 2. Weitere Stellen: Lenel, a. a. O. 177; Grabenwitz, ZSavSt. 9, 402; Niemeyer, ZSavSt. 12, 297; Pernice, Labeo 3, 1, 128. 135. 264 N. 1; Manigk 2301 u. Zit.; vgl. Kübler, Mél. Girard 2, 43.

fiduzia" hat das formelle Recht des Treuhänders einigermaßen dem Zweck angepaßt, also geschwächt. Nicht hieraus übrigens, sondern wohl aus der unausgebildeten Besitzlehre älterer Zeiten erklärt sich, daß der Fiduziant die hingegebene Sache ohne Furtum besitzt (Gai. 3, 201) und leicht rückersitzt (Gai. 2, 59, 60).

2. Commodatum, depositum, pignus[1]. Gegenüber dem den wirtschaftlichen Zweck überschießenden fiduziarischen Geschäft liegt ein Fortschritt in der Möglichkeit, ein dem Zweck angepaßtes Recht zu bestellen. Daher setzen die Kompilatoren, die das fidi fiduciae dare nicht mehr lebend finden, an Stelle der Übereignung zur Sicherung die Verpfändung, statt der Übereignung zur Verwahrung oder zum Leihgebrauch das bloße dare servandum oder utendum. Indessen darf nicht bloß im entwickeltsten Recht ein guter Platz für die Treuhandgeschäfte aller Art bleiben, sondern auch geschichtlich hat nicht etwa die Fiduzia die Pfand-, Verwahrungs- und Leihevertrage erzeugt. Sie sind vielmehr als Reflex von prätorischen actiones in factum zur Anerkennung gelangt, abgesehen von der Zwölftafelklage wegen Untreue des Verwahrers in Notfällen (sog. Depositum miserabile). Zuerst erhielt dann das Depositum die in ius konzipierte Formel (Gai. 4, 62), die die zivile Haftung voraussetzt, während die in factum gestellte durch ihre Abwesenheit veranlaßt war. Alle diese Verträge haben aber im Julianischen Album schon iudicia bonae fidei zur Folge[2].

§ 62. **Die Darlehenshingabe**[3] dachte man sich ursprünglich von Hand zu Hand. Die ausgebildete Theorie verschärfte dies noch, indem sie Eigentumstradition und daher Eigentum des Darleihers forderte (Paul. D. 12, 1, 2, 4), ließ aber andererseits Ausnahmen zu. Insbesondere kann auf Anweisung des Darleihers ein anderer, und zwar seine eigenen Geldstücke zahlen; ferner ist gegen Julian angenommen, daß aus irgendeinem Grund geschuldetes Geld durch nachträgliche Vereinbarung als Darlehen stehen bleibe[4]. Beides ist praktisch unentbehrlich, das letztere, unsere Schuldumwandlung, wurde im Orient durch fiktive Darlehensschuldscheine bewirkt[5]. Die Römer konstruierten aber beides mit Vorliebe — es gab verschiedene Versuche — durch eine Fiktion doppelter Zahlung, dort Zahlung durch die Hände des Anweisenden (Durchgangstheorie, Cels. D. 24, 1, 3, 12 u. v. a.), hier Hin- und Rückzahlung.

Auch wenn jemand in Darlehensabsicht eine Sache zum Verkaufe hergibt, damit der erlöste Preis Valuta sei, wird mindestens vom Augenblick der Kaufpreiseinziehung ab Darlehen anerkannt. So wichtig dies für die Formel ist, so interessieren sich aber die Juristen mit Recht noch mehr für die Entscheidung, daß in diesem und verwandten Fällen mit der Hingabe der Sache die Gefahr ihres zufälligen Verlustes jedenfalls auf den Kreditnehmer übergeht, auch ehe etwa „Darlehen" zugegeben wird[6]. Eben dies ist die Hauptfrage, falls aufbewahrungshalber Gelder unverschlossen zu beliebigem Gebrauch gegen seinerzeitige Rückgabe in genere gegeben werden, wie es an Banken zu geschehen pflegt (sog. „depositum irregulare"). Da hier selbstverständlich Eigentum übergeht, steht das Geld auf Gefahr des Empfängers (Paul. Coll. 10, 7, 9), ebenso wie wenn auf echte Depositalgelder der Zugriff von vornherein (Ulp.

[1] Pernice, Labeo I 424, II 2, 154. Voigt, RRG. 1, 621. Karlowa, RRG. 2, 1310. Ferrini, Arch. giur. 52, 469; 53, 41. 257. Segrè, St. Fadda 6, 331. De Ruggiero, Bull. 19, 5. — Rotondi, Arch. giur. 83, 269; Riv. ital. 45, 3; 51, 146; Arangio-Ruiz, Formule con demonstratio (1912) 23; De Francisci, Azioni penali 24. — Kein Hinterlegungsvertrag ist die gerichtliche Hinterlegung. Auch hat der durch sie zu befriedigende Gläubiger keine Privatklage (byz. actio utilis) De Ruggiero, in Studi economico-giuridici Cagliari 1 (1909) 121.

[2] Kommodat: Gai. 4, 47; Pignus: Lenel, Ed. S. 247; dagegen freilich Arangio-Ruiz 16 ff.

[3] Huschke, Die Lehre des röm. Rechts vom Darlehen 1882.

[4] Ulp. D. 12, 1, 15 gegen Afr. D. 17, 1, 34 pr. (Schluß von et in proposito m. E. itp.). Die große Literatur der Antinomie bei Windscheid, P. § 340 N. 11; Wendt, Anweisungsrecht 30; Kohler, ArchzivPrax. 98, 347; Last, Jh. J. 62, 63.

[5] Unten § 66. Über Ulp. D. 4, 4, 40 pr.; Diocl. C. 4, 2, 6 ZSavSt. 28, 322. 342.

[6] So Jul. D. 17, 1, 34, der m. E. Darlehensklage überhaupt versagt, „dennoch" (tamen) die Gefahr des Geldes dem Kreditnehmenden auferlegt. In letzterem besteht Übereinstimmung. Ulp. D. 12, 1, 4 pr.; 11 pr. (Nerva); für die res aestimata D. 19, 5, 17, 1; vgl. auch Paul. S. 2, 4, 4.

D. 12, 1, 4 pr.) oder nachträglich (eod. 9, 9 u. a.) gestattet wird. Andererseits paßt auf diesen Kredit nicht das Privileg der Depositalgläubiger im Konkurs einer Bank (Ulp. D. 16, 3, 7, 2; 42, 5, 24, 2). Fraglich erscheint den Juristen, ob und wann man Actio depositi auf Rückzahlung geben dürfe, wovon auch abhängt, ob formlos vereinbarte Zinsen — die die Banken auch bei täglich rücknehmbarem Geld vergüten können — den Schutz der bonae-fidei-Klage mitgenießen. Ich glaube, Pap. D. 16, 3, 24; 25, 1 verneint diese Frage, Paul. D. 16, 3, 29, 1 bejaht sie [1]. Die durchgreifende Unterscheidung des gemeinen Rechts zwischen uneigentlicher Hinterlegung und Darlehen [2] ist sowohl den Urkunden als den Juristen fremd.

§ 64. Stipulation [3]. Huldigt das Kaiserrecht noch dem Formenzwang, so schafft die einfache immer schmiegsamer werdende Form der Stipulation die systemgemäße Abhilfe. Nur noch mündliche Wechselrede in Frage (stipulari) und Antwort (promittere) wird verlangt, in welcher Sprache immer und ohne daß die Antwort der Frage wörtlich angepaßt sein muß (Ulp. D. 45, 1, 1, 2 u. 6). Die übliche Niederschrift enthebt sogar bereits des Nachweises, daß der mündliche Abschluß vorherging (Paul. S. 5, 7, 2). Als Inhalt ist jede Leistung zugelassen. Gewissen Schwierigkeiten, die entstehen, wenn der Schuldner an einem anderen Ort als an dem vereinbarten Erfüllungsort belangt werden soll, beugt die prätorische Actio de eo quod certo loco dari oportet vor [4].

Übrig bleibt der Stipulation die Eigenschaft, daß sie den Willensentschluß und den Inhalt des Versprechens scharf zum Ausdruck bringt und den Parteien die Möglichkeit bietet, so viel oder so wenig es ihnen beliebt, von den Gegenverpflichtungen und den wirtschaftlichen Zusammenhängen in das Versprechen aufzunehmen. Die Stipulation kann sich auf das nackte einseitige Versprechen eines Gegenstandes beschränken, z. B. C. mihi dare spondes?; dementsprechend lautet die Formel: Si paret Num Num Ao Ao C dare oportere etc. Diese Muster- und Schulbeispiele werden jedoch im Leben, wie die erhaltenen Belege zeigen, kaum jemals praktisch. Die formelle Einseitigkeit und die lediglich fakultative Abstraktheit dieser Form braucht eben nicht schrankenlos ausgenutzt zu werden. Es genügt, daß der Gläubiger sich im Prozesse auf das Versprechen stützen und dem Beklagten den Nachweis etwaiger Mängel des Grundgeschäfts oder seiner Ausführung (exceptio) zuschreiben kann. Insofern und wegen der Strenge der Auslegung ist die Stipulation nach ihrer Verkehrsbedeutung dem heutigen Wechsel vergleichbar. Weiter reicht der Vergleich ohnedies nicht, weil das moderne Wertpapier in dritter Hand den neuen Gläubiger vor Einreden des Schuldners aus dem Grundgeschäft zu schützen pflegt und daher auf weitergehende Abstraktion Gewicht legt, der römische Zessionar aber als Stellvertreter des ursprünglichen Gläubigers auftreten muß.

---

[1] Vgl. Gord. C. 4, 34, 4. Für Actio certae creditae pecuniae war offenbar Alfen D. 19, 2, 31 Zeile 28, vgl. für die im Text berührte Parallele Ulp. D. 12, 1, 10; 16, 3, 1, 34 (trotzdem „ab initio" wohl itp. ist). Nicht treffend wird die bei Niemeyer, Depositum irregulare, 1889, richtig formulierte Frage heute meist so gestellt, ob das Depositum irregulare ein klassisches Institut sei: dagegen Naber, Mnemosyne 34 (1906) 59; Longo, Bull. 18, 121; Rotondi, Bull. 24, 96, dafür Segrè, Bull. 19, 209; Kübler, ZSavSt. 29, 204; Costa, Storia 370; Collinet, Et. hist. 1, 114; Appleton, Revue générale 1913, 54. — M. E. ist in D. 16, 3, 24 nicht bloß, wie sicher, der Schluß, sondern alles von et est quidem an itp., das Vorhergehende echt, Pap. oder Nota (Lenel, Pap. 167). Daraus folgt nicht, daß Pap. für die Zinsenpflicht ist, sondern das Gegenteil.

[2] Insofern s. gegen Niemeyer a. a. O.: Mitteis, ZSavSt. 19, 208. — Über die Papyri Mitteis, Gbz. 257 mit Lit., dazu Costa, Rend. Acc. Bologna 1910/11 über P. Oxy 1039.

[3] Über die Entstehung der ältesten Stipulationsart, der Sponsio, neuerdings: Levy, Sponsio, fidepromissio, fideiussio 1907. Mitteis, Festschrift f. Bekker (1907) 109, Röm. PR. 266; Collinet, Mél. Gérardin 75; Pacchioni in Savigny, Obblig. 1, 612. 640. Mit Recht sucht man jetzt ihren Ursprung nicht mehr in sakralen, sondern in gerichtlichen Verträgen, ihre Funktion in einer Parallele zum deutschen Treugelöbnis. Anders noch Girard, Manuel[5] 485; Huvelin, St. Fadda 6, 77.

[4] Das Nähere ist streitig. Lenel, Ed. 234; Beseler, Das Edictum de eo usw. 1907; Beitr. 2, 169; Biondi, Sulla dottrina dell' ao. arbitraria 1911; Studi sulle actiones arbitrarie etc. 1 (1913); Bull. 26, 5, 153; Arangio-Ruiz, Bull. 25, 130; 26, 147. Sicher (gegen Ruiz) wurde das Ortsinteresse des Schuldners berücksichtigt, da es der Zweck der Formel war, die Plus petitio zu vermeiden, wahrscheinlich (gegen Biondi) seit Lab.-Jul. in D. 13, 4, 2, 8 auch das des Klägers.

Seit einem positivrechtlichen Eingriff anscheinend Caracallas ist aber der Stipulationsgläubiger, trotzdem er eine Urkunde hat, schlechter gestellt, indem er auf die Einrede der nicht gezahlten Valuta deren Hingabe zu beweisen hat. Vermutlich hat dazu die auch heute z. B. von Hypothekengläubigern geübte Praxis geführt, daß der Schuldner den Schuldschein aushändigen muß, ehe er das Darlehen empfängt [1]. Außer der zeitlich nicht beschränkten exceptio (arg. Alex. C. 4, 30, 8, 1) kann der Aussteller die urkundliche Empfangsbestätigung binnen eines Jahres durch einen Schriftsatz im außerordentlichen Verfahren entkräften (querela non numeratae pecuniae) [2]. Griechischen Auffassungen aber wird erst Justinian gerecht, indem er u. a. nach dem Fristablauf die Urkunde als solche schlechtweg verpflichten läßt (C. 4, 30, 8, 2 itp.) — ein bezeichnender Gegensatz zu der Abschwächung in der abstrakten Wirkungsfähigkeit der Stipulation.

§ 65. **Andere Verbalverträge** sind nach Gai. 3, 95 f. die Dictio dotis und das Iusiurandum liberti, obwohl bei beiden Verträgen nur die Rede des Versprechenden formalisiert ist. Die dictio [3], z. B. centum tibi doti erunt, ist eine alte Art der Mitgiftbestellung, womit die Braut oder ihr väterlicher Aszendent eine Summe oder Sache dem Bräutigam verspricht und wird auch angewendet, um einen Schuldner der Braut durch seine dictio zum Schuldner des Bräutigams zu machen, sowie um eine Forderung gegen den Bräutigam mitgifthalber zu erlassen. In der klassischen Zeit folgt sie den Regeln der Stipulation. Der Eid des Freigelassenen [4], womit er dem Freilasser Dienste oder Geschenke verspricht, kann vermutlich als Wiederholung eines Eides im nicht zivile Verpflichtungen erlaubenden Sklavenzustand prätorisch erzwungen werden (Cic. ad Att. 7, 2, 8; Ven. D. 40, 12, 44 pr.). Es ist das einzige Beispiel eines promissorischen Eides in Rom. Die Klage, die der Prätor nach Ulp. D. 38, 1, 2, 1 zusagt, scheint sich ebenso auf Eid wie auf eine Stipulation stützen zu können, dürfte aber amtsrechtliche Natur haben.

§ 66. Litterarum obligatio. Was die Stipulation für den Römer ist, die allgemeinste Form der Verpflichtung, ist für den hellenistischen Kulturkreis in der Kaiserzeit die schriftliche Verkörperung des Versprechens [5]. Die Errichtung einer Urkunde bedeutet zwar an sich zu allen Zeiten nur eine Beweissicherung (sog. schlichte Beweisurkunde), die je nach dem verwendeten Hilfsapparat: öffentliche Errichtung oder Beglaubigung, Zeugen, Siegel, Unterschriften usf. verschieden stark ausfällt. Und damit hat es nach dem römischen Gedanken sein Bewenden [6]. Aber die griechische Gewohnheit pflegt das Zustandekommen der Rechtsgeschäfte selber an dasjenige der Urkunde zu knüpfen (sog. Dispositivurkunde). Durch die schriftliche Erklärung bindet sich der Versprechende, was im Laufe der späteren Kaiserzeit auch äußerlich hervortritt, indem er in der Urkunde immer öfter in der ersten Person redet: ὁμολογῶ πεπραχέναι und schließlich sogar πιπράσκω, also das Verfügen durch die Urkunde ausdrückt. Die Urkunde vermag also, was die Obligationen angeht, selbständig zu verpflichten; dies lassen

---

[1] Gneist, Formelle Verträge 277. Rabel, ZSavSt. 28, 334. Anders Pernice, ZSavSt. 13, 285; Frese, ZSavSt. 18, 270. Ders., Aus dem gräko-ägyptischen Rechtsleben (1909) 24 erklärt mit Recht C. 4, 30, 1 für itp., aber m. E. nicht überzeugend auch die bisher als terminus ante quem geltende const. 3 C. 4, 30 a. 215.

[2] Vgl. C. Hermog. 1, 1. Collinet, Nouv. rev. 1909, 72. — Gegen die von Gneist 63 begründete Auffassung der Querel = contestatio hat Collinet, Et. hist. 1, 73 N. 1 eine Polemik angekündigt.

[3] Berger, Bull. Acad. Cracovie, avril 1909 u. Zit. Italien. Lit. bei Fadda, parte gen. 285.

[4] Lenel, Ed. § 140; Biondi, Iudicium operarum 1913 (S. A. Annali Univ. Perugia 1, 1914); Thélohan, Et. Girard 1 (1913) 355 u. Travaux juridiques .. Univ. Rennes 4 (1912) 195.

[5] Zum Folgenden Mitteis, Reichsrecht und Volksrecht, 459—498; Gdz. 49, 116; Rabel, ZSavSt. 28, 312—344; anders Frese, ZSavSt. 18, 252. Anders auch Partsch, Griech. Bürgschaftsrecht; Z. ges. HandR. 70, 447. 475—478, insofern er arg. Dem. 35, 13, 43; 56, 16, 26 meint, nur die Klausel: „diese Urkunde soll kräftig (κυρία) sein", mache die Urkunde zur ausschließlichen Grundlage für die Beurteilung des Rechtsverhältnisses.

[6] Riccobono, ZSavSt. 34, 164; über die Beweiskraft der Privaturkunden Jörs, ZSavSt. 34, 144. 152.

die Römer für Peregrinen als Litterarum obligatio gelten (Gai. 3, 134). Am schärfsten prägt sich diese Wirkung in den fiktiven Empfangsbestätigungen aus — nicht etwa auf wunderliche Art, wie es der späte Scholiast Pseudo-Asconius in Verr. 2, 1, 36 auffaßte; es handelt sich um dieselbe Erscheinung, wie heute, wenn ein beliebiger Schuldschein sich „Darlehensschuldschein" nennt. Der Empfang eines Darlehens oder einer Mitgift wird bestätigt, während Umwandlung bisheriger Schulden, Schenkung, Bürgschaft usf. bezweckt ist; man will eben das Schuldverhältnis den Darlehens- oder Dotalgrundsätzen unterstellen. Ebenso kann durch fingierte Quittung ein Erlaß vollzogen werden. Immer bleibt sicherlich nach allgemeinen Prinzipien dem Aussteller die Einrede aus inneren Mängeln des Verhältnisses, wie die Exc°. doli gegenüber der Stipulation.

Der hier klar vorhandene Gedanke muß auch dem einzigen Fall einer Litterarum obligatio der Römer[1] zugrundeliegen. Indem der Hausvater in seinem Hausbuch die Bezahlung einer ausstehenden Forderung als Einnahme und die Wiederauszahlung als Darlehen an denselben Schuldner oder an einen anderen fiktiv beurkundet, begründet er eine Forderung gegen diesen (Gai. 3, 128). Das Nähere ist dunkel. Die griechischen Bankiergebräuche erstrecken sich allerdings auch auf Rom, wohin griechische Trapeziten sie brachten, und dazu gehört die Führung ordentlicher Handelsbücher mit manchen juristischen Folgen der Kontokorrentbuchung (ratio mensae, Scaev. D. 2, 14, 47, 1 u. ö.)[2]. Allein damit kann der dispositive Eintrag in den Codex accepti et expensi von Privatleuten nur sehr mittelbar zusammenhängen, da er nur zögernd und teilweise den Peregrinen eröffnet wird (Gai. 3, 133) und im Osten keine Spur hat.

Ihrerseits ist die selbständige urkundsmäßige Verpflichtung römischen Bürgern nicht erlaubt. Daher versieht man für die Neurömer seit der Constitutio Antonina und die dem griechischen Verkehr sich gern anschmiegenden Römer überhaupt die Urkunden mit einer angehängten Stipulationsbestätigung, worauf die Reskripte noch Diocletians ängstlich achten. Damit aber ist den Erfordernissen genügt; verpönt ist nur die die Stipulation ersetzende Kraft der Urkunde, weder die geschäftsvollendende, die überall stattzufinden pflegt, wo die Parteien eine Beurkundung in Aussicht nehmen (Just. C. 4, 21, 17, BGB. § 154, 2), noch die abstrakte Wirkung. Für Römer ist also die Urkunde nur entweder Anerkennung (Justin C. 4, 30, 13) oder Beweis eines Rechtsakts. Die Spätzeit aber sollte in eigentümlicher Weise zu dem Gedanken des Literalkontrakts zurückkehren[3].

Wertpapiere hat das Altertum nach unserer bisherigen Kenntnis nicht, sondern nur Urkundenklauseln, die der mangelhaften Forderungsabtretung und Stellvertretung nachhelfen, aus denen aber wahrscheinlich nachmals die mittelalterlichen Exaktions-, Order- und Inhaberklauseln entstanden sind[4]. Sehr häufig sind dagegen in der griechischen Welt Legitimationszeichen, Briefe oder Marken (σύμβολα) zur Kennzeichnung eines Empfängers, an den der Schuldner mit befreiender Wirkung leistet[5]; in Rom können die nach griechischem Muster als Theaterkarten, bei Korn- und Geldverteilungen u. dgl. als Gutscheine verwendeten tesserae[6] nicht anders behandelt worden sein.

§ 67. Der Kauf[7] ist nebst dem Darlehen das Hauptgeschäft des Verkehrs seit Beginn der Geldwirtschaft. Zunächst ist er aber überall Bargeschäft; Ware und Preis werden auf der Stelle gegeneinander ausgetauscht. So unerschütterlich ist diese Grundfigur in den Vorstellungen, daß sie im östlichen und westlichen Mittelalter zähe festgehalten wurde, trotzdem

---

[1] Keller, Inst. 107; Sells Jahrb. 1, 115; Mitteis, ZSavSt. 19, 230. Weitere Lit. b. Costa, Storia 345; Pflüger, Ciceros Rede pro Q. Roscio com. 101.

[2] Über das Bankwesen: Mitteis, Trapezitika, ZSavSt. 19, 198; Breccia, Riv. di storia antica 7 (1903) 308; Preisigke, Girowesen im griechischen Ägypten 1910.

[3] Ferrari, Atti del R. Ist. Venet. 69, 743. 1195; Binder, Studi Brugi 339; Collinet Et. hist. 1, 59; Appleton, Revue générale 37, 50. Vgl. oben § 64 a. E.

[4] Hitzig, ZvglRechtsw. 19, 22; Rabel, DLitZtg. 1906, 2998; Freundt, Wertpapiere im ant. u. frühmitt. Rechte (1910); Partsch, ZgeSHR. 70, 471.

[5] Partsch, a. a. O. 482 u. Zit.

[6] Rostowzew, Klio, 3. Beiheft (1905), juristisch noch nie gewürdigt.

[7] Bechmann, Der Kauf, 3 Bde., 1876—1905. Brini, Mem. Acc. Bologna sez. giur. 6 (1911/12) 3. Über den griechischen Kauf und C. 4, 21, 17 Partsch, Gött. Gel.-Anz. 1911, 713.

die Römer längst darüber hinaus zum reinen schuldrechtlichen Vertrag gedrungen waren. Die Emtio venditio ist nicht bloß dies, sondern kommt auch ohne jeden Formzwang mit der irgendwie erklärten Einigung über Ware und Preis zustande. An die überwundene Vergangenheit erinnern allerdings manche Reste im Kaufrecht. So kommt sicher von der Bargeschäftsbetrachtung her, daß erst Kauf und Tradition zusammen Übereignung und Ersitzung ‚pro emtore' schaffen (oben § 39; vgl. S. 446, 1) und daß der Eigentumsübergang mindestens noch in der Republik durch die Preiszahlung oder Sicherstellung bedingt war, vielleicht noch anderes. Auch macht sich bemerkbar, daß der formlose Kauf lange Zeit nur mittelst unterstützender Stipulation künftiges Einstehen für Entwehrung bewirkte (s. noch Nerat. D. 19, 1, 11, 8).

Die Grundsätze sind natürlich in erster Linie für den ältesten Kaufgegenstand, die körperliche verkehrsfähige Sache entwickelt. Aber auch Servituten, Usufrukt, Forderung, Erbschaft werden sinngemäß behandelt [1]. Künftige Sachen entschließt man sich als Objekt nur unter der Rechtsbedingung ihrer Entstehung anzuerkennen, es sei denn die Chance selbst gekauft [2]. Endgültig gefunden ist die Gliederung der Verkäuferpflichten [3]. Der Verkäufer einer körperlichen Sache hat 1. an der Sache fehlerfreien Besitz zu verschaffen, so gut, daß der Käufer im Besitzprozeß gegen jedermann siegen kann (Jul. in D. 19, 1, 11, 13); 2. die Übereignungshandlung vorzunehmen, Manzipation, an res nec mancipi Tradition (D. 19, 1, 11, 2; Gai. 4, 131 a; Paul. S. 1, 13 a, 4); 3. nach der Übergabe wegen Mangels des Eigentums oder Belastung derselben durch fremde Rechte, Dienstbarkeiten ausgenommen, einzustehen, freilich nicht wie heute nach BGB. ohne weiteres, sondern grundsätzlich nur, nachdem der Rechtsmangel den Käufer des ruhigen Habens beraubt hat (Eviktion), praktisch übrigens in allen Fällen eines genügenden Interesses des Käufers; und er haftet 4. wegen arglistigen Verschweigens von Rechts- und Sachmängeln und nach gelegentlichen Entscheidungen auch wegen sonstigen Verschuldens im Kaufabschluß und in der Erfüllung, 5. wegen gewisser Sachmängel.

Mit den heutigen Rechtssätzen verglichen haben die römischen im einzelnen manchen Vorzug und manchen Nachteil, schwer gegeneinander abwägbar, da unser gewohntes Recht von historischen Zufälligkeiten fast ebenso sehr durchsetzt ist wie das klassische. Am wenigsten befriedigt wohl die alte Regelung der Sachmängel [4], so oft den Verkäufer nicht dolus trifft. Zwar der Grundsatz des Corpus iuris, vom schuldlosen Verkäufer lediglich Kaufpreisrückstellung oder Preisminderung zu verlangen, nicht Schadensersatz, ist so gesund, daß er widerspruchslos in die neuesten Gesetzgebungen übergehen durfte. Aber es fragt sich, wieweit er schon in Rom galt. Das Edikt der Ädilen, in den senatorischen Provinzen das nachgebildete der Quästoren bezog sich nur auf den besonders wichtigen und ein wenig verdächtigen Sklaven- und Zugviehhandel auf dem Markte, und hier äußerte sich noch der Strafcharakter der von ihnen gewährten Klagen. Inwiefern die Actio empti tauglich war, einzugreifen, ist ungewiß [5]. Zugrunde liegt der urwüchsige Gedanke: Wer den Beutel auftut, tue die Augen auf, man kauft die Sache, wie sie eben ist, „tel quel", τοῦτο τοιοῦτο (Papyri). Selbst die Urkunden begnügen sich mit denselben Zusicherungen des Abhandenseins bestimmter typischer Fehler von Sklaven und Vieh, die die Ädilen zur gesetzlichen Haftung erhoben haben, ja selbst diese Haftung

[1] Z. B. Anwendung der Stip. vacuam possessionem tradi (D. 19, 1, 3, 1) auf Servituten (D. 19, 1, 3, 2), später der dieser Stip. entsprechenden Haftung aus Actio emti (D. 19, 1, 11, 13) auf Servituten (D. 8, 1, 20). Vgl. Mél. Girard, 2, 397.

[2] Pomp. D. 18, 1, 8 „emtio rei speratae" gegen „emtio spei" (D. 18, 4, 11 ist aber itp., Vassalli, Misc. I), z. B. Fischzug Ulp. D. 19, 1, 11, 18. Segrè, Mél. Girard 2, 553 N. 2; Berger in Realenz., Iactus III.

[3] Zu 1—3: Eck, Die Verpflichtung des Verkäufers zur Gewährung des Eigentums, 1874; Girard, Nouv. rev. 1882—1884; Rabel, Haftung des Verkäufers wegen Mangels im Rechte 1 (1902); Ruggiero, Bull. 14, 93; De Medio, Bull. 16, 1.

[4] Wlassak, Negotiorum gestio (1879) 175. Hanausek, Die Haftung des Verkäufers für die Beschaffenheit der Ware I (1883). Kniep, Praescriptio und pactum 163. Haymann, Die Haftung des Verkäufers für die Beschaffenheit der Kaufsache (1912). Partsch, ZSavSt. 33, 600. De Francisci, Azioni penali 25. Manche Rätsel, wie z. B. das von D. 21, 1, 45 (dazu zuletzt Schulz, ZSavSt. 33, 59 N. 4), sind noch nicht gelöst. Ausgeschlossen ist, daß der Verkäufer immer den Preis doppelt zu erstatten hatte; vgl. z. B. D. 21, 1, 31 §§ 16, 17.

[5] D. 21, 1, 1 pr. und 63 itp.; Kniep, Praescriptio und pactum 163; Haymann 37.

[6] Haymann 93 verneint dies überhaupt.

wird nach Pomp. D. 21, 1, 48, 8 gern wegbedungen (venditio simplaria, ἁπλῆ ὠνή), in der ägyptischen Praxis beim Tierkauf abgelehnt, beim Sklavenkauf auf die Epilepsie beschränkt [1]. Dagegen helfen die griechischen Kaufformulare des Ostens sehr ausgiebig rücksichtlich der Rechtsmängel aus; auch braucht man in Rom bloß die Stipulation fundum dari beizufügen, um eine Haftung auf Eigentumsverschaffung schlechthin zu erzielen [2]. Der unklare Begriff der Zusicherung aber, der das neuere Recht verunziert, darf den Klassikern nicht angerechnet werden. In Rom gründet sich die actio empti nur auf den Spruch des Manzipationserwerbers (dicta in mancipio), auf Stipulationen und auf zweifellos und einverständlich dem Kaufvertrag einverleibte Zusicherungen, niemals weder die Kaufklage noch die Wandlung auf einseitige oder gar stillschweigende Erklärungen [3].

Eine Ergänzung bieten dem klassischen Rechtszustand noch die altertümlichen Klagen aus der vollzogenen Manzipation wegen Eviktion (sog. actio auctoritatis) und wegen unwahrer Grundstücksmaßangabe (actio de modo agri).

§ 68. **Die Miete** [4] (locatio conductio) hat drei Abarten, Miete oder Pacht einer Sache (rei), Miete der Dienste eines Arbeiters (operarum) und Bestellung einer Werkleistung (operis). Dabei heißt locator der seine Dienste vermietende Arbeiter sowie der Sachvermieter, dagegen nicht der Unternehmer, sondern der Besteller eines Werkes. Diesen eigentümlichen Sprachgebrauch erklärt man aus den locationes der Zensoren, die sowohl Grundstücke, Zölle, Steuern als öffentliche Arbeiten „plazieren", unterbringen; es ist aber fraglich, ob jemals die Gemeindeverträge das Privatrecht beeinflußten. Die Terminologie stammt wahrscheinlich so wie die entsprechende griechische (ἐκδιδόναι—ἐκλαμβάνειν) vom körperlichen Hingeben der Sache (locare rem) des Dienstmanns und seiner Dienste (se et operas suas locare) und des Werkmaterials [5]. Die Gleichstellung von Sachen und Arbeitskraft ist aus ihrer Begrenzung verständlich: sie gilt nur von Operae illiberales, den Diensten des niederen Volks der „Sklaven, Freigelassenen und Gewerbetreibenden". Das kann natürlich heute nicht hindern, auch Rechtsanwälte und Ärzte nach den einmal gefundenen Rechtssätzen über den Austausch von Arbeit und Geld zu behandeln. Aber diese Rechtssätze selbst verlangen eine andere Klassifizierung der Arbeitsverträge, als jene schon in Rom überlebte Dreiteilung, die sich doch bis ins Bürgerliche Gesetzbuch weiterschleppte [6].

Geleistet hat dagegen die römische Schuldoktrin außer der Gewinnung der formlosen Bindung vor allem die säuberliche Scheidung zwischen der Überlassung eines Kapitals als Kauf und derjenigen einer Nutzung als Pacht, während beides vorher und bei anderen Völkern durcheinander ging. Ebenso erkennt sie das in der Geldwirtschaft diese Geschäfte scharf charakterisierende Erfordernis des Geldäquivalents (merces, Gai. 3, 142), so daß die Pacht mit der Fruchtbeteiligung des Grundherrn (Teilpacht) als Ausnahme übrig bleibt [7]. — Ein Mieter oder Pächter ist rein auf sein persönliches Recht gegen den Vertragsgegner gewiesen; ein dritter Erwerber der Sache kann ihn vertreiben, Kauf bricht Miete [8].

---

[1] Mitteis, Gdz. 193; ZSavSt. 32, 348.

[2] Rabel, a. a. O.; Berger, Die Strafklauseln in den Papyrusurkunden 1911.

[3] Partsch, ZSavSt. 33, 607.

[4] Mommsen, ZSavSt. 6, 260 = Jur. Schr. 3, 134; Pernice, ZSavSt. 9, 238; C. C. Burckhardt, Zur Gesch. d. Locatio conductio 1889; Deschamps, Mél. Gérardin. — Crome, Die partiarischen Rechtsgeschäfte 1897. Rostowzew, Gesch. der Staatspacht 1903; Studien z. Gesch. d. röm. Kolonats 1910. — Zu den Papyri über Pacht Costa, Bull. 14, 51; Waszynski, Die Bodenpacht 1 (1905); Costa, Mem. Acc. Bologna sez. giur. 7, 3.; über Wohnungsmiete Berger, ZvglRechtsw. 29, 321; Dienstvertrag Costa, Mem. cit. 6, 63. Vergleich mit Babylon Kohler, ZvglRw. 29, 416.

[5] Diese Beobachtung machte Partsch.

[6] Dies erscheint durch Lotmar, Der Arbeitsvertrag, dargetan; er glaubt freilich (2, 920), der röm. L. c. operarum den Zeitlohn und der L. c. operis den Akkordlohn als eigentümlich zuschreiben zu dürfen.

[7] Die Formulierung stützt sich auf die Diskussion: Ferrini, Rend. Ist. Lomb. II 26 (1893) 187; ArchZivPrax. 81, 1; Longo, Mél. Girard 2, 105; Berger, Kr. Vjschr. 52, 115.

[8] Gai. D. 19, 2, 25, 1; Alex. C. 4, 65, 9; Costa, Riv. dir. comm. 12, 1, 197. — Über die Gefahr u. § 92.

Der Werkvertrag des Reeders mit den Befrachtern wird von den Juristen künstlich benutzt, um das griechische Recht der großen Haverei aufzunehmen; wenn in der Seenot Waren geopfert werden mußten, ist der Schaden vom Reeder auf alle Interessenten einschließlich des Schiffseigentümers gleichmäßig zu verteilen, dafür sorgt die Actio locati des geschädigten Befrachters gegen den Transportunternehmer und dessen Actio conducti gegen die anderen Kunden (Paul. D. 14, 2, 2 pr.; § 2)[1].

§ 69. **Die Gesellschaft**[2] (societas) ist von den Römern zu der Grundfigur aller wirtschaftlichen Vereinigungen ohne körperschaftliche Natur herausgearbeitet worden. Sie wird durch den Vertrag begründet und erzeugt an sich nur Schuldrechte und -pflichten und nur unter den Gesellschaftern. Offenbar aber kommt sie von der ältesten Assoziationsform der Privatwirtschaft, der Hausgenossenschaft der ungeteilt fortwirtschaftenden Brüder (consortium) her. Daraus erklärt sich am besten: daß eine sancta religio societatis herrscht und Verurteilung wegen doloser Pflichtenverletzung infam macht; daß das Verhältnis mit dem Tode und der Capitis deminutio jedes Gesellschafters erlischt (Gai. 3, 152); daß die allgemeine Gütergemeinschaft, die dem consortium am nächsten steht, der Musterfall der prätorischen Formel ist und daß zuerst bei ihr, sodann (Sab.-Ulp. D. 17, 2, 63 pr.) bei jeder Gesellschaft der Gesellschafter die Rechtswohltat des Notbedarfs genießt[3]. Ob aus gleichem Anlaß oder nicht, ist es eine jedenfalls zweckmäßige Regel, daß jeder Gesellschafter mit demselben Anteil partizipiert, wobei nicht einseitig die Kapitaleinlagen, sondern auch die Arbeit Rücksicht finden (Ulp. D. 17, 2, 29 pr. § 1; vgl. l. 6; l. 80; Bruns n. 171 a. 167). Ursprünglich dem landwirtschaftlichen Familienbetrieb dienend, wird die Societas mit dem Verkehr und der Geldwirtschaft Instrument des Handels und Gewerbes, eine geschäftliche Verbindung von Unternehmern. Trotzdem bleibt die Regelung etwas lückenhaft, namentlich was die Geschäftsführung angeht. Offenbar steht diese grundsätzlich nur allen zusammen zu, wie bei der Communio; Mißhelligkeiten führen wie dort zur jederzeitigen Auflösung, nur daß unter Umständen der Kündigende Schadensersatz schuldet (D. 17, 2, 65, 3—6). Auch besorgt vermutlich so wie die Actio communi dividundo die Actio pro socio nur die Schlußauseinandersetzung und verfolgt nicht einzelne Leistungen während der Gemeinschaft (oben § 46).

§ 70. **Der Auftrag**[4] (mandatum) ist die späte juristische Fassung einer jener Gefälligkeitsvereinbarungen, die es gibt, ehe Verkehr und Rechtsgeschäfte aufkommen. Auch hier bleibt die Herkunft entscheidend, indem die Unentgeltlichkeit des Dienstes strenge festgehalten wird (Jav., Paul. D. 17, 1, 36, 1; 1, 4). Als freilich die Unentgeltlichkeit der „liberalen" Dienste der Anwälte und Philosophen nicht mehr den gesellschaftlichen Zuständen entsprach und man sie doch nicht unter die Dienstmiete einreihen wollte, ließen die Kaiser das Mandat bestehen, das Honorar jedoch immer nur im außerordentlichen Verfahren einklagen (Sev.-Car. C. 4, 35, 1). Der Beauftragte soll also aus der Durchführung des Auftrages weder Gewinn noch Verlust haben. Dolose Verletzung macht ihn infam. Gegenansprüche aus Verwendungen (Paul. D. 17, 1, 26, 6), d. i. Auslagen samt Zinsen, auf Ersatz oder auf Befreiung von eingegangenen Verbindlichkeiten macht er mit Actio mandati contraria[5] geltend. Während

---

[1] Goldschmidt, ZHandR. 35 (1889) 41; Ashburner, Νόμος Ῥοδίων ναυτικός (Oxf. 1909) Vorwort p. CCLVIII; jetzt bes. Berger in Realenz., Iactus I mit. Lit.

[2] Lit. fast nur über den Ursprung: Lastig, ZHandR. 24, 400; Leist, Z. Gesch. d. röm. societas 1881; Poisnel, Nouv. rev. 3 (1879) 43, 531; Pernice, Lab. 1, 443; ZSavSt. 3, 48; SitzBer. Berl. Ak. 1886, 1195; Ferrini, Arch. giur. 38 (1887) 3; De Medio, Contr. alla storia del contratto di società in Roma 1901; Trumpler, Die Gesch. der röm. Gesellschaftsformen 1906; Costa, Storia 376. Zur Verschuldenshaftung unten § 86 und Brasshoff in Wiener Studien 24, 2. Heft.

[3] „da die Gesellschaft das Recht einer Art Brüderlichkeit in sich enthält" D. 17, 2, 63 pr. Ulp. oder Trib.? Das Vorangehende ist echt, Lenel, Ed. 288.

[4] Eine moderne Monographie fehlt.

[5] Zum Namen bes. Gai. D. 3, 3, 46, 5; Pap. D. 17, 1, 54, 1 (erst ut tamen — venditorem itp.); Ulp. eod. 12, 7; zur Sache Ulp. u. Paul. eod. 12, 9; 45 pr. — Über den Schulstreit wegen der Überschreitung eines unteilbaren Auftrags Gai. 3, 161; Riccobono, Bull. 7, 230; Ferrini, Bull. 13, 183.

der Auftrag im Interesse des Beauftragten als Rat gilt und keine Mandatklagen hervorbringt[2], erkennen die Klassiker seit Sabinus als Ausnahme hiervon (Gai. 3, 156) den Kreditauftrag[3] an: „Kreditiere dem X. auf meine Gefahr 1000", womit der Mandator eine Art Bürgschaft für die aufgetragene Kreditgewährung übernimmt. Auf Mandat beruht auch, wenn nicht ein besonderer Grund vorliegt, z. B. Hausgewalt, die Anweisung[4] für eigene Rechnung (delegare, iubere), die in den Quellen nur als solche eines Gläubigers an seinen Schuldner vorkommt, einem Dritten zu zahlen oder stipulationsweise zu versprechen. Umgekehrt hat nichts mit dem Auftrag zu schaffen das iussum im Sinn der Ermächtigung an einen Dritten, sich mit jemand anderem in ein Geschäft einzulassen, z. B. als Inkassovollmacht: ihm mit Wirkung gegen den Erklärenden (Prinzipal) zu zahlen (§ 119).

§ 71. **Nebenverträge** (sog. „Pacta adjecta") sind Vereinbarungen über akzidentelle Punkte (adminicula), die dem typischen Tatbestand eines Vertrags gleichzeitig (in continenti) oder nachträglich (ex intervallo) beigefügt werden, z. B. über Zinsen- oder Ratenzahlung. Die Bonae-fidei-Formeln fordern ohne weiteres Berücksichtigung aller Klauseln des Vertrags (pacta conventa inesse bonae fidei iudiciis), so daß man auch ihretwegen klagen kann; auf nachträgliche kann man sich ohne weiteres nur berufen, wenn sie die „Obligation mindern", z. B. der Verkäufer auf die Klausel, er brauche die Gewährleistungsstipulation nicht zu leisten; dagegen benötigt z. B. der Käufer eine technische exceptio pacti für die erhöhende Zusatzverabredung, daß der Verkäufer mit Bürgen die Stipulation abzulegen habe. Zweifelhaft bleibt für Pap. D. 18, 1, 72 pr. die nachträgliche Änderung des Preises, da der Preis ein wesentlicher Punkt des Kaufvertrages ist. Pomp. und Paulus versuchen aber zu helfen, indem sie Aufhebung des Kaufs und Eingehung eines neuen konstruieren[5]. Noch viel spröder verhalten sich die des Hinweises auf die fides bona ermangelnden Formeln. Namentlich ist dauernd das Zinsversprechen ohne Stipulation beim Darlehen wertlos.

§ 72. **Geschäftsführung ohne Auftrag**[6]. Der Prätor regelt im Edikt de negotiis gestis die Verantwortlichkeit des freiwilligen Prozeßstellvertreters, wobei an einen sämtliche Prozeßangelegenheiten (negotia) ohne Auftrag besorgenden Freund eines Abwesenden gedacht ist. Die Juristen ordnen danach jede Geschäftsführung, die nicht durch spezielle Formeln gedeckt ist, indem sie die Voraussetzungen vermindern, zum Teil actiones utiles bilden. Letzteres insbesondere auch, wenn der Gestor nicht freiwillig (sua sponte et nulla necessitate cogente) eingegriffen hat, wie der Nichtberechtigte, der in der Meinung, Vormund oder Kurator zu sein, handelte (Paul. 1, 4, 8; Pap. D. 3, 5, 30, 5 u. a.). Jedenfalls haftet als Gestor der Curator prodigi, furiosi, minoris[7]. Daß der Geschäftsführer nur sein eigenes Interesse im Auge hatte, z. B. ein Scheinerbe, und daß er tatsächlich nichts im fremden Interesse leistete (sog. unechte Geschäftsführung und verwandte Tatbestände), schließt die klassische negotiorum gestio nicht aus. Die Absicht, die fremden Geschäfte im fremden Interesse zu führen, als allgemeines Erfordernis haben erst die Byzantiner, die hier einen „Quasikontrakt" erblicken und dazu einen

---

[2] Gegen Mancaleoni, Riv. ital. 27, 367; Filang. 26 (1901) 88 f.: Segrè, Riv. ital. 28, 222.

[3] Sokolowski, Die Mandatsbürgschaft 1891; Bortolucci, Studi romanistici (1906) 83.

[4]) Wendt, Das allg. Anweisungsrecht 1895; De Ruggiero, La delegazione, SA. arch. giur. 63, Mod. 1899; s. Lit. zu § 96.

[5] Rotondi, Bull. 24, 106, bes. über Ulp. D. 2, 14, 7, 5 u. 6 itp., vgl. mit Pap.-Paul. D. 18, 1, 72 pr.

[6] Wlassak, Zur Geschichte der Negotiorum gestio (1879). Lenel, Ed. § 35. Cogliolo, Trattato .. della administrazione degli affari altrui 1890; Pacchioni, Trattato della gestione degli affari altrui 1893; Karlowa, RRG. 2, 667; Peters, ZSavSt. 32, 263; Partsch, Studien zur Negotiorum gestio I (1913) = Sitz.-Ber. Heidelb. Akad. 1913, 12 mit sonstiger Lit. (dem das Nachstehende folgt).

[7] Gingen nur gegen den Curator minoris schon die ediktalen Musterformeln, und dies, weil er, wie neuerdings behauptet wird, keine Geschäftsführungspflicht hatte? dafür verwendet Partsch 68 Thal. zu C. 2, 18, 8. Ferner glaubt er 46 ff. an eine A° neg. g. utilis als Ersatz für die nach seiner Ansicht fehlende A° tutelae contraria.

entsprechenden Parteiwillen benötigen[1]. Wegen der Haftung des gestor (actio neg. gest. directa) ist zu unterscheiden, je nachdem ob er, wie es der ältere Typus wollte, allgemeine Geschäftsführung übernahm — dann haftet er für Unterlassung derjenigen Geschäfte, die der Dominus zu besorgen gewohnt ist (Ulp. D. 3, 5, 5, 14); oder nur einzelne Geschäfte — dann darf er diese nicht schädigend verlassen (deserere, Pap. D. 3, 5, 30, 2)[2]. Auch diese einfachen Grundsätze sind im neueren Recht durch Verschnörkelungen verdorben. Für Gegenansprüche dient die actio contraria. Vermutlich beide Klagen haben neben der Formula in factum concepta bereits bonae-fidei-Formeln.

§ 73. **Altersvormundschaft**[3]. Aus den zahlreichen Epochen der Geschichte erübrigen bei den Klassikern verschiedene Mittel, um den Vormund zur ordnungsmäßigen Verwaltung des Mündelvermögens anzuhalten. Daß sie sich nun häufen, verschlägt um so weniger, als die Antike dauernd den Vormündern ein berechtigtes Mißtrauen entgegenbringt. Beim Antritt des Amts müssen diejenigen Vormünder, die nicht durch das Vertrauen des Vaters testamentarisch berufen oder von einem höheren Magistrat nach Untersuchung erwählt worden sind, nach Ermessen des Prätors Kaution mit Bürgen stellen (stipulatio rem pupilli salvam fore, Gai. 1, 199 f.)[4]. Zum Tätigwerden ist der in Rom ernannte Vormund seit Mark Aurel (Ulp. Vat. 155; D. 26, 7, 1, 1) von selbst verpflichtet. Auch wird es dem Vormund verübelt (Ulp. D. 26, 7, 7 pr.), wenn er nicht ein Inventar des Mündelvermögens (Bsp. P. Oxy 1269) errichtet. Während der Amtszeit kann Absetzung erfolgen[5]. Für die gehörige Verwaltung sorgt die nach Beendigung der Tutel (Ulp. D. 27, 3, 1, 24) anstellbare actio tutelae des gewesenen Mündels, neben welcher von den Zwölftafeln her die Strafklage de rationibus distrahendis wegen Untreue in der Rechnungslegung besteht und die allgemeinen Deliktsklagen jetzt auch konkurrieren, da der Vormund nicht mehr Herr des Vermögens ist. Die actio tutelae hat aber gewisse, wenn auch jetzt sehr verengte Lücken, z. B. verfolgt sie nur eine schon geschehene Geschäftsführung (gessisse), wobei es nun genügt, daß der Vormund irgendeine Gestionshandlung gesetzt hat, um ihn wegen genereller Verwaltungspflicht einschließlich geschehener Unterlassungen (Sab.-Cass.-Pap. D. 26, 7, 37 pr.) in Anspruch zu nehmen. Im übrigen wird teils mit actio tutelae utilis, teils mit actio negotiorum gestorum utilis nachgeholfen[6]. Man erreicht damit eine ziemlich vollständige Verantwortlichkeit für eine zweckmäßige Wahrung des Vermögens und Anlegung der Kapitalien, so daß der Tutor auch die Zinsen aufzuspeichern hat, natürlich nicht ohne dem Mündel Unterhalts- und Erziehungskosten angemessen den Verhältnissen (Paul. D. 26, 7, 12, 3) zu leisten. Dazu kommen zahlreich herausgebildete feste Verbote. Der Vormund kann nicht gültig sein Vollwort in eigener Sache geben (Gai. 1, 184) und Geschäfte mit dem Mündel machen; für Prozesse mit ihm wird letzterem ein eigener Tutor bestellt (Ulp. 11, 24). Seine Verfügungen sind vielfach eingeschränkt (§ 118, 2). So ist es kein Zufall, daß gerade die Actio tutelae schon in der Severenzeit nicht bloß wegen dolus, sondern auch culpa haftbar macht (§ 86). Der Mündel genießt übrigens ein persönliches Konkursprivileg, das ihm gegen den Vormund am meisten zugute kommt, und ein Pfandrecht an den von seinem Geld erworbenen Sachen[7]; endlich wegen eines Ausfalls, den er am Vormund und dessen Bürgen erleidet, eine „subsidiäre Klage" gegen die Unterbehörden, die einen zahlungsunfähigen Vormund zur Ernennung vorgeschlagen oder insolvente Bürgen angenommen haben (Ulp. Fragm. Straßb. II).

---

[1] Partsch wird dies im 2. Teil seiner Studien näher darlegen. Vgl. schon Peters 265. Anders Segrè, St. Brugi S. A. 19.

[2] Peters 269.

[3] Lit. s. § 22; über die Verhältnisse bei Vorhandensein mehrerer Vormünder bes. Peters, ZSavSt. 32, 229; Taubenschlag, Vormundschaftsrechtliche Studien (1913) 11 ff. (Zu dieser Schrift vgl. Kübler, Kr. Vjschr. 52.) Über den Scheintutor und die Justinianische Actio protutelae Peters 243; Partsch, Stud. z. Neg. gest. 62.

[4] Rotondi, Appunti sulla stipulatio rem p. s. f. 1912. Taubenschlag 24.

[5] Accusatio wegen crimen suspecti tutoris und postulatio mit folgender remotio, Taubenschlag 27—46.

[6] Peters 188—190. Partsch 47.

[7] Solazzi, Bull. 22, 68; Peters 192.

Bemerkenswert ist bei allen Geschäftsführungsklagen wegen einer ganzen Vermögensverwaltung, daher auch bei Ao. neg. gest. und tutelae, daß außer ihr vorhandene spezielle Klagen, z. B. aus einem Depositum des verstorbenen Mündelvaters beim Vormund, während der Gestion grundsätzlich nicht angestellt werden, weil der Gestor sie selber zu befriedigen hat (a semet ipso exigere) und dafür mit der generellen actio haftet (sog. Devolvierung)[1].

§ 74. **Innominatverträge**[2]. Wenn ein gegenseitiger Vertrag geschlossen war, der in keine der feststehenden mit Formeln bewehrten Kategorien fiel, so war juristisch nichts vorhanden. Leistete ein Teil dennoch, so stand ihm beim Ausbleiben der Gegenleistung nur die condictio auf Rückgabe zur Verfügung. Dies ist unbestritten der Rechtszustand zu Beginn der Kaiserzeit. Auf der anderen Seite ist es unzweifelhaft nicht mehr klassisch, wenn unter Justinian grundsätzlich aus allen gegenseitigen Verträgen, die nicht an sich wirken, für die vorleistende Partei eine bonae-fidei-Klage auf Erfüllung fließt, welche actio praescriptis verbis heißt und mit der condictio wahlweise konkurriert. Zweifelhaft ist, welche Wurzeln diese so anerkannten „unbenannten Verträge" auf do ut des, do ut facias, facio ut des, facio ut facias in der Jurisprudenz des Prinzipats haben. Zwei oder drei Gruppen von Klagen, die nachmals in jene Sammelkategorie der Actio praescriptis verbis fielen, dürften aber aus den schwer interpolierten Quellen ersichtlich sein. Erstens fühlte man sich in Ausnahmefällen veranlaßt, dem vertragstreuen Teil an Stelle der nicht mehr durchführbaren Rückforderung ein anderes Rechtsmittel zu geben. So, wenn er einen Sklaven freigelassen hat (was nicht widerruflich ist) und ihm die Gegenleistung versagt, etwa der dafür eingetauschte Sklave evinziert wird; Julian gibt eine actio in factum (Bericht in D. 2, 14, 7, 2 und 19, 5, 5, 2 a. E.), eventuell eine actio de dolo (auch Diocl. C. 2, 20, 4). Worauf diese Klagen gingen, wissen wir nicht, sondern nur, daß Paulus in solchen Fällen die Klage auf das Interesse einrichtete: quanti interest mea servum habere quem manumisi (D. 19, 5, 5, 5), also das negative Interesse; aber das ist eine Festlegung, die den schärferen Schadensbegriffen höchstens gerade des Paulus entspricht. Oder wenn Sklavendienste gewährt werden, so daß man andere Dienste dafür erhalten soll, so erkennt, wie es scheint, Marcian die Analogie des Sachtausches an, erlaubt aber an Stelle der Rückforderung der nicht mehr rückgängig zu machenden Dienste ein „praescriptis verbis agere", wie es im Justinianischen Text D. 19, 5, 25 heißt.

Zweitens ist der Fall der Eviktion aber auch bedeutsam beim vollzogenen Tausch von Sachen gegeneinander. Hier erhält der Vertragsteil, der Eviktion durch einen Dritten erlitten hat, eine Formel nach Analogie der Kaufklage[3]. Diocl. C. 4, 64, 2, wo der Tausch dem Kauf gleichgestellt wird, dürfte nur ein beschränkteres Anwendungsgebiet haben (cf. Diocl. eod. l. 7). Aber bis zu einem gewissen Grad muß die Analogie durchgeführt worden sein. Die Sabinianer wollten sogar den Tausch als Abart des Kaufs behandeln[4], um ihn zu einem Konsensualkontrakt zu erheben. Dies drang freilich nicht durch.

Endlich ist in einer Anzahl von Fällen, — die wir zum Teil als sachlich, sämtlich als formell interpoliert betrachten, nicht aber sämtlich streichen dürfen —, wo die vorhandenen Formeln sämtlich auf zwischengelagerte Tatbestände nicht recht paßten, so daß man zweifelte, welche heranziehbar sei, eine Klage auf die Gegenleistung gegeben worden; bisweilen, bes.

---

[1] Peters a. a. O.

[2] Grabenwitz, Interpolationen 123; Pernice, ZSavSt. 9, 248; Labeo 3, 88; Lenel, Ed. 1. Aufl. 237; 2. Aufl. 292; Naber, Mnemosyne 22 (1894) 68—86; Audibert, Mél. Gérardin 21; Mél. Fitting 1, 37; Perozzi, Istit. 2, 278; Beseler, Beiträge 2, 156; Longo, Mél. Girard 2, 114; Rotondi, Bull. 24, 101—106; De Francisci, Συνάλλαγμα 1, Pavia 1913. Zur vorjustinianischen byzantinischen Datierung der Lehre der Ao praescr. verbis, Basilika, Heimbach 4, 593; 1, 695 (Eudoxius u. Patricius) Naber 71; Francisci 330; vgl. auch Schulz, Festg. f. Zitelmann (1913) 11.

[3] Paul. D. 19, 4, 1, 1; Diocl. C. 8, 44, 29; auch Gord. C. 4, 64, 1 Satz 1 s. Rabel, Haftung des Verkäufers 1, 122—124. Ganz anders Francisci 155, indem er m. E. viel zu viel schablonisiert.

[4] Paul. D. 18, 1, 1, 1; D. 19, 4, 1 pr.; Gai. 3, 141. Hiervon (actio emti) versteht Perozzi 282 auch Aristo u. Mauric. in D. 2, 14, 7, 2, die von obligatio reden. Aber die Polemik des Celsus D. 12, 4, 16 gegen die andere „obligatio" als die kondiktionenmäßige paßt hierauf keinesfalls, da hier wirklich Geld gegeben wird, wie es die Prokulianer verlangen. Über diese zweifelhafte Stelle Lit. bei Appleton, Rev. générale 36 (1912) 481; Francisci 126.

von Julian als actio in factum concepta gebildet, von anderen vermutlich anders. Die Lehre war eben im vollen Fluß. Eine solche Formel war im Edikt selbst aufgenommen: actio de aestimato aus der Verkaufskommission mit limitiertem Verkaufspreis, irrig bei uns „Trödelvertrag" genannt[1]. Andere bildete man mangels passender Formeln: weil die locatio conductio nach der herrschend gewordenen Theorie Geldvergütung (Ulp. D. 16, 3, 1, 9[2]) oder weil sie merces certa verlangte (Gai. D. 19, 5, 22 cf. Gai. 3, 143); weil es keine societas war, wenn das Eigentum dem Gemeinschaftsinteressenten nicht bleibt (Jul. D. 19, 5, 13, 1); weil actio furti und condictio nach der Sabinus bekämpfenden Ansicht gegen den Verwahrer eines Wettpreises versagten (Ulp. D. 19, 5, 17, 5)[3], ebenso wie gegen den Sequester einer streitigen Sache (Pomp.-Ulp. D. 4, 3, 9, 3) usf.

Ein abgerundetes Gebiet hatten weder diese Formeln noch vollends die „unbenannten Verträge". Aber es lag sicherlich genug vor, um beide Verallgemeinerungen vorzubereiten. Vom Formellen ist auch sicher, daß die Justinianische Kategorie der „actio in factum civilis id est praescriptis verbis" aus den klassischen actiones in factum unter Hereinziehung von Fällen klassischer ziviler Klagen hervorgegangen ist[4].

§ 75. Daß **einseitige Versprechen** binden, gilt nur in seltenen erklärlichen Ausnahmefällen. Die dictio dotis gehört nicht dazu. Das Gelübde an eine Gottheit (votum) (Ulp. D. 50, 12, 2 pr.) ist seit altersher, die Zusage eines gemeinnützigen Werks an eine Stadt (pollicitatio) von den Kaisern anerkannt; aber nicht bloß ist die Ablehnung durch Priester oder Stadt möglich, während eine sofortige mündliche Annahme praktisch oft undurchführbar wäre, sondern die Einschränkungen, die wir bei der pollicitatio noch vorfinden, zeigen, daß das verpflichtende Element teils in einer Gegenleistung (ob honorem decretum sibi vel decernendum, Ulp. D. 50, 12, 1, 1), teils in der arrha-ähnlichen Teilleistung (opus coeptum, pecuniam: si solvere coepit[5]) erblickt wurde.

§ 76. Eine wirksame Ergänzung des Systems bildet schon im klassischen Recht die Rückforderung wegen **ungerechtfertigten Habens**[6]. Die republikanischen Juristen gingen offenbar von einer Deliktshaftung aus, von der getroffen ist, wer aus Diebstahl (condictio furtiva) oder sonst aus unsittlichem Grund (ex iniusta causa, veteres bei Sab. in D. 12, 5, 6) eine Sache erwarb und hat. Darüber ist man hinausgelangt. Die condictio als eine ihren Klagegrund nicht nennende Formel war trefflich geeignet, die Fälle zu decken, wo man eine Rückforderung gewähren wollte, nicht weil der Kläger einen besonderen Grund des Forderns, sondern weil der Beklagte keinen hinreichenden Grund des Behaltens hat. Dies hatte freilich wichtige Schranken. Außer der fortan singulären cond. furtiva und den aus Rechtsgeschäften

---

[1] D. 19, 3, 1; 19, 5, 13 pr. Lenel, Ed. § 112 mit Lit.; ital. Lit. bei Bertolini, Appunti 403; Arangio-Ruiz, Formule con demonstratio (1912) 22; Samter, Richtförml. Gerichtsverfahren 36. — Gegen die Echtheit weiß selbst Beseler, Beitr. 2, 161, nichts vorzubringen, was ihn nicht abhält, sie trotzdem zu leugnen. Dagegen muß freilich vorläufig darauf verzichtet werden, mit Lenel in der Ao. aestimatoria den sicheren Urfall der praescripta verba zu erblicken.

[2] Vgl. Berger, Krit. Vjschr. 52, 114; mit dem einfachen Streichen des quod si — actio (De Francisci 173) ist es nicht getan.

[3] Aus dem erlaubten Spiel selbst steht keine Klage zu; aus der Wette auch nur, wenn sie in Stipulation gekleidet ist; Manenti-Glück, Comm. 11, 533 gegen die frühere Ansicht.

[4] Bonfante, Istit. 470; vgl. Lenel a. a. O. Der Weg der Entwicklung soll aber erst aufgeklärt werden, was De Francisci für den zweiten Band verspricht.

[5] Ulp. D. 50, 12, 6, 1 darf nicht korrigiert werden, s. Paul. D. 50, 4, 16, 1; vielmehr ist D. 50, 12, 1 pr. [vel pecuniam daturum] itp. — Sonst vgl. Pernice, Berl. Sitz.-Ber. 1885, 1146; Leonhard, Irrtum[2] 1, 31; Brini, Mem. Acc. Bologna S. g. 2, 3; Fadda, Parte generale 287; Mommsen, Jur. Schr. 3, 61; Mitteis, PrivR. 1, 384.

[6] Für das materielle Recht sind aus der großen Kondiktionenliteratur am wichtigsten: Erxleben, Die Condictiones sine causa 1850, 1853; Witte, Die Bereicherungsklagen 1859; Pfersche, Die Bereicherungsklagen (1883); Pernice, Labeo 3, 201; v. Mayr, Die Condictio des röm. Privatrechts 1900; ZSavSt. 24, 258; 25, 188; v. Koschembahr-Lyskowski, Die Condictio als Bereicherungsklage 1903. 1907; Pflüger, Ciceros Rede pro Q. Roscio com. 1904; Condictio und kein Ende (aus Bonner Festschrift f. P. Krüger) 1911; Benigni, Arch. giur. 75 (1905) 309.

entstehenden gleichlautenden Formeln bleibt es bei dem grundsätzlichen Erfordernis, daß der Kläger die geforderte Summe oder Sache dem Beklagten gegeben hat (pecunia data Cic. pro Rosc. com. 5, 14). Dahin fällt, was irrtümlich als geschuldet geleistet wurde (cond. indebiti); was in Erwartung einer vertraglichen Gegenleistung (sog. Innominatverträge) oder eines Ereignisses (z. B. einer Ehe als Mitgift) gegeben wurde (ob rem, causam); oder zur Ausführung eines nichtigen für gültig gehaltenen Geschäftes; oder aus unerlaubtem oder unsittlichem Grunde. Nur ob die Juristen von diesem Erfordernis doch Ausnahmen zuließen, mag bestritten werden. Eine weitere Schranke bestand offenbar im Anschluß an die Legisaktionengesetze (Gai. 4, 19); condictiones sind nur auf certa pecunia und certa res anerkannt. Vermutlich ist diese Schranke überwunden, vielleicht sogar seit spätestens Hadrian (bei Just. sog. condictio incerti [1]). Aber auf alle erdenklichen Fälle mißbilligenswerten Habens nach formell korrektem Rechtsübergang erstreckten sich die Kondiktionen weder im klassischen, noch selbst im Justinianischen Recht trotz dessen außerordentlich starker Verallgemeinerungen durch generelle Behelfe (sog. cond. ex lege, c. generalis, rei vindicatio utilis, subsidiäre actio in factum) und eine scholastische Rubrizierung der Kondiktionenfälle.

Als Ziel dachte man die Rückgabe der Sache oder ihres Wertes; je nach Lage des Falles berücksichtigte man einen Zuwachs, eine unverschuldete Wertverringerung, worüber aber viele Zweifel bleiben [2]. Der moderne Begriff der „Bereicherung" (BGB. § 818) geht auf byzantinische Lehren, diese gehen vermutlich weniger auf die alten Kondiktionen als auf einzelne andere Klagen zurück, wo der Beklagte zu geben hatte, um was er locupletior factus est. Nicht ohne weiteres gleichbedeutend damit sind die Klagen auf id quod ad eum pervenit (z. B. wegen Delikts, § 59) [3].

B. Objekte und Subjekte.

§ 77. **Erfordernisse der Leistung.** Das altrömische Schuldverhältnis braucht Bestimmtheit des Beziehungsgegenstandes wie auch der Personen. Die zu leistende Einzelsache und dementsprechend die Gattung der gattungsmäßig bezeichneten Ware muß daher in der Außenwelt (in rerum natura) existieren [4], und zwar jedenfalls zu Anfang der Obligation, weiter zur Zeit der Litiskontestation, sofern nicht eine wichtige Ausnahme der veteres zu Lasten des pflichtverletzenden Schuldners eingreift (§ 86). Der gestorbene Sklave, ein Hippocentaurus, dessen Gattung es ja nicht gibt (Gai. 3, 97; J. 3, 19, 1), sind nicht taugliche Gegenstände einer Stipulation oder eines Legats. Das gleiche gilt von den nicht verkehrsfähigen Sachen, z. B. einem Begräbnisplatz (Paul. D. 45, 1, 91, 1), von der dem Gläubiger schon gehörigen Sache [5] und gilt auch von dem Tun, das die Natur nicht erlaubt (Paul. D. 45, 1, 35 pr.). Man faßt dies auch mit Benutzung der philosophischen Lehre vom Unmöglichen (ἀδύνατον, Lab. Jul. D. 28, 7, 20 pr.; 30, 104, 1) in die Maxime zusammen: impossibilium nulla obligatio (Cels. D. 50, 17, 185). Unmöglich ist, was den Gesetzen der Natur widerstreitet und im Objekt liegt; wo dagegen nur die Fähigkeiten des Schuldners versagen, wie beim Versprechen eines

---

[1] Neuerdings gewinnt die schon einmal besiegte Meinung, daß die condictio auf ein incertum sachlich unklassisch sei, wieder die Oberhand. Lit. bei De Francisci, Συνάλλαγμα 58. Sie ist schwerlich haltbar.

[2] Für die herkömmlichen Behauptungen (s. sogar Girard, Man. 621 N. 1) sind die Quellen nicht einmal betreffs der cond. indebiti schlüssig. Andererseits ist in die verstreuten und vermehrbaren Interpolationsvermutungen noch keine Ordnung gebracht.

[3] Vgl. F. Schulz, Die actiones in id quod pervenit etc., Diss. Breslau 1904/5. — In zahlreichen Noten scheint Albertario (bisher Rend. Ist. Lomb. 46, fasc. 6, 7, 10, 13, 15 und Bull. 26, 90 [alles 1913]) und im nächsten Heft eine künftige These vorzubereiten, daß die Bereicherung als Gegenstand dieser Klagen stets kompilatorisch sei. Das ist sicher eine Übertreibung. So kann der oft besprochene Inhalt des Reskriptes des Pius D. 26, 8, 1 pr. u. a. nicht erfunden sein; auch nicht gänzlich die auf Labeo zurückgeführte Bereicherungshaftung des Erben, vgl. Levy, Sponsio 54 und oben § 59.

[4] F. Mommsen, Beiträge zum Obl.-R. 1 (1853): Brinz, Krit. Überschau 5 (1858) 278; Pand. [2] 2, §§ 245 f., 265 f., 276 f.; Hartmann, Die Obligation 1875, Jh. J. 22, 417; Rabel, Mél. Gérardin (1907) 473; in Festg. f. Bekker (1907) 171, vgl. Rheinische Z. 3, 467.

[5] Gai. 3, 99. Ausnahme: Marcell D. 45, 1, 98 pr. = (interpol.) D. 18, 1, 61.

fremden Sklaven, den der Eigentümer nicht verkaufen will, wo bloß difficultas dandi, nicht dari non posse vorliegt, besteht die Obligation [1].

Damit hat die Lehre von den bonae-fidei-Klagen den Ausgangspunkt gemeinsam, aber nur diesen. Beim Kauf insbesondere muß das Objekt bestehen; deshalb trifft z. B. ein Untergang der Sache vor dem Eintritt einer aufschiebenden Bedingung nicht den Käufer (Paul. D. 18, 6, 8). Aber trotzdem (Pomp. D. 18, 1, 8) werden künftige Sachen, z. B. Früchte, zugelassen. Ebenso gilt der Kauf des partus einer ancilla sterilis (Paul. D. 19, 1, 21 pr.), einer nicht bestehenden Forderung [2], und wiewohl Verkehrsunfähigkeit der Sache natürlich als eigenes Hindernis zu wirken imstande ist, wohl auch der Kauf des freien Menschen (§ 87). Jedenfalls ist hier von dem erweiterten Erfordernisse der „Möglichkeit der Leistung" keine Rede, sondern die legislativpolitischen Gründe zur Unwirksamkeit, die sich in der Stipulationslehre hinter jener rohen Regel verstecken, treten besser hervor: die Erwägung von Betrug, Scherz, Schenkung, Irrtum, Verschulden, Verstoß gegen die gute Sitte, Mangel liquidierbaren Schadens. Grundsätzlich muß, wie die Römer wissen, wer etwas versprochen hat, es leisten oder den Wert zahlen. Niemals hätten daher die gemeinrechtliche Doktrin und das BGB. sich die in Rom überholte Stipulationslehre zum Muster der Verkehrsordnung wählen dürfen, um so weniger, da Justinian noch viel mehr dem Willen der Parteien oder des Erblassers Rechnung trägt [3].

Die gesetzlichen Verbote bewirken meistens nur eine prätorische Entkräftung der Klage. Daß die Verpflichtung nicht gegen die guten Sitten [4] verstoßen dürfe, ist zwar vor Diocl. C. 8, 38, 4 nirgends allgemein formuliert, aber für die Juristen selbstverständlich, (z. B. Gai. 3, 157; Paul. D. 18, 1, 34, 2) — natürlich mit sehr viel bescheideneren Ansprüchen an die Vertragsschließenden als heutzutage.

§ 78. **Fortsetzung.** Die Römer setzen ein **vermögenswertes Interesse** des Gläubigers an der Leistung voraus [5]. Das ergab sich von selbst aus der Geldverurteilung im Formularprozeß. Keine Ausnahme bedeutet es, daß Strafklagen auf Buße wegen Verletzung unwägbarer Rechts- und Lebensgüter zustehen; dies folgt aus ihrem Rache- und Strafelement, so daß mit der Milderung ihres Strafcharakters die Entschädigung für den immateriellen Schaden in der Buße nicht etwa stärker hervortritt, sondern sich verflüchtigt. Keine Ausnahme ist es auch, wenn nach einem fruchtbaren Gedanken des Sabinus in entgeltlichen Verträgen eine nicht in Geld ersetzbare Leistung (z. B. Bestrafung des Kaufsklaven durch den Käufer) nach den pekuniären Opfern veranschlagt wird, die der Gläubiger sich ihretwegen im Vertrag auferlegte (Pap. D. 18, 7, 6, 1); daher auch wenn der Mieter einen Abzug vom Mietgeld wegen schadhafter Türen und Fenster und vom Nachbarn behinderten Lichtes machen darf (Gai. D. 19, 2, 25, 2). Übrigens gelten die römischen Dogmen nicht so eigensinnig durch das ganze Recht hin, daß nicht da oder

---

[1] Sab. u. Venul. D. 45, 1, 137, 4 u. 5 (zum Wortlaut und zu Pap. D. 35, 1, 72, 7: Kübler, ZSavSt. 30, 431); Ulp. 24, 8.

[2] Cels.-Ulp. D. 18, 4, 4. Bei nichtbestehender Erbschaft ist der Kauf nichtig (Plaut., Jav., Paul. D. 18, 4, 7—9), aber nach l. 8 u. 9 ist außer dem Kaufpreis noch das „Interesse", d. h. die Aufwendungen des Käufers zu erstatten (in l. 8 [et si quid in eam rem impensum est] wahrscheinlich interpoliert, um dem si quid emtoris interest l. 9 weitergehende Bedeutung zu geben). Anders Vassalli, Miscellanea I (1913).

[3] Z. B. Res extra commercium unten § 87; Fideikommiß der dem Fideikommissar von einem Dritten geschenkten Sache D. 32, 21, 1; Gradenwitz, Interpol. 205. Di Marzo, Bull. 15, 100.

[4] Lotmar, Der unmoralische Vertrag 1896. Die Anschauung, daß ein Vertrag über die Erbschaft eines lebenden Dritten unsittlich sei (Diocl. a. a. O.) hat Wurzeln im Prinzipat (D. 45, 1, 61; 36, 1, 28, 4 mit 28, 6, 2, 2; Riccobono, ZSavSt. 34, 183 N. 1), ist aber erst nachher geprägt, Vassalli, Miscellanea I; unklassisch ist, daß eine elterliche Teilung darunter fällt, C. Theod. 2, 24, 2, Rabel, Elterl. Teilung 527.

[5] Dies wurde oft bestritten, besonders wirksam von Windscheid, Pand. § 250 N. 3; Jhering, Ges. Aufs. 3, 87 und gegen Hellwig, ArchZivPrax. 86, 226 von Kohler, ArchBürgR. 12, 1. 44 bestritten; diese Ausführungen behalten historischen und dogmatischen Wert. Weitere Lit. zu den Quellen Pernice, Lab. 3, 172; Coviello, Filangieri 22, 664; Ferrini, Pand. 523; Marchi, Bull. 16, 206. 282. Pernice und Ferrini haben freilich gezeigt, daß D. 40, 7, 9, 2 und D. 45, 1, 38, 17; 95 nicht mehr als Hauptstützen des Satzes im Text dienen dürfen.

dort ganz gelegentlich die Affektionsinteressen Rücksicht finden könnten[1]. Das macht jedoch für das grundlegende Prinzip wenig aus, das denn in der heutigen Zeit das entgegengesetzte sein sollte.

Worin sich aber der Grundsatz hauptsächlich äußert, das sind nicht die kleinen Abmachungen über den gesellschaftlichen Verkehr von Nachbarn u. dgl., woran die alten Juristen nicht denken, das ist auch nicht der Ausschluß der Verträge auf Leistung an Dritte, der viel tiefer in dem Wesen der alten Obligation verankert ist, sondern anderes, z. B.: 1. Das unmittelbare Eigeninteresse des Gläubigers kann nachträglich verlorengehen. Z. B. der Käufer einer Sache übereignet sie oder auch verkauft sie bloß weiter. Dann behält er die Stipulationsklage wegen einer Eviktion, die die Sache noch bei ihm selbst trifft, nur wenn er seinerseits dem Nachmann wegen der Unmöglichkeit der Tradition haftet (Ulp. D. 21, 2, 33); wegen einer Eviktion, die dem Nachmann begegnet, insofern er das mangelnde habere licere desselben zu vertreten hat (Paul. D. 21, 2, 41 pr.) — also hat die Klage z. B. nicht, wer weiterverschenkt hat. Nur zögernd wird es als genügend angesehen, daß der Käufer an dem zur Dotierung seiner Tochter weitergegebenen Grundstück als einer dos recepticia interessiert ist[2]. 2. Desgleichen kommt es auf das Haftungsinteresse eines Vertragsgläubigers an, der im eigenen Namen, aber im Interesse eines Dritten, z. B. als Mandatar, kontrahiert hat und nun wegen Vertragsbruchs klagen will[3]. Er kann dies, insofern er dem Dritten haftet, wie Ulp. D. 45, 1, 38, 20 u. 23, für die Stipulation, im übrigen Jav. D. 3, 5, 27; Ulp. D. 17, 1, 8, 3 lehren[4]. Daß er die hiernach begründete Forderung auf den Dritten übertragen darf, folgt aus der Stellung des römischen Zessionars als Mandatars von selbst, ohne daß an die Abtretung einer beim Zedenten inhaltsleeren Aktio zu denken wäre, die erst der Zessionar mit seinem Interesse anfüllen würde. Der letztere klagt das mittelbare Interesse seines Mittelsmannes ein, das zugleich sein eigenes unmittelbares ist.

§ 79. Teilbarkeit[5]. Man teilt die Stipulationen und Legate ein, je nachdem ob ihr Gegenstand teilbar ist (Paul. u. Ulp. D. 45, 1, 2; 85; 72), d. i. ohne Beeinträchtigung des Werts eine Sache in körperliche Stücke, ein Recht in ideelle Teile, ein Tun in sukzessive Leistungen (nicht z. B. Besitzübergabe Ulp. D. 45, 1, 72) zerlegt werden kann, ein Unterlassen auch bei teilweiser Zuwiderhandlung Wert behält (z. B. D. 45, 1, 2, 6). Für diese Frage entscheidet nach philosophischer Formulierung, ob der Teil die eigentümliche Gestalt propriam formam = εἶδος (Gai. D. 35, 2, 80, 1) des Ganzen trägt. Teilbare Schuldverhältnisse zerfallen grundsätzlich unter mehrere Gläubiger und Schuldner. Unteilbare führen nach der Logik der Formel zur Klage jedes Gläubigers oder gegen jeden Schuldner, da die Intentio paßt. Den unbefriedigenden Folgen suchen die Juristen, wie es scheint, auf mehreren Wegen, besonders mit Hilfe von richterlich auferlegten Kautionen zu entkommen.

§ 80. Wahl- und Gattungsschuld[6]. Je nachdem ob die geschuldete Sache im einzelnen bestimmt oder unter mehreren zu wählen oder nach Gattungsmerkmalen bezeichnet ist, unter-

---

[1] Damit sind namentlich einzelne Nachweise bei Kohler a. a. O. gemeint.

[2] Nur dies besagte Paul. D. 21, 2, 71 (interp. Pernice 3, 185 N. 2). Das Formular der Stip. duplae pflegte den Fall der Eviktion bei dem, ad quem res pertinebit, vorzusehen; dieser Wortlaut genügt offenbar den Juristen noch nicht. Zu D. 21, 2, 33 s. Rabel, Haftung des Verk. 99 N. 4 gegen Bekker.

[3] Lit. Zimmermann, Neues Archiv f. Handelsrecht 1 (1858) 48; Crome, Partiarische Rechtsgeschäfte 300; v. Tuhr, Grünhuts Z. 25, 529, Krit. Vjschr. 43, 582; Hellwig, Verträge auf Leistung an Dritte 82; Regelsberger, Jh. J. 41, 251; Rabel, Festschrift für Bekker 187.

[4] Nach D. 3, 5, 27 ist, wer auf Mandat des Mandatars Geschäfte führt, nicht negotiorum gestor des ersten Mandanten (s. dazu Partsch, Studien zur Negotiorum gestio 1, 15); in D. 17, 1, 8, 3 führte das Glossem tenetur autem quia agere potest (Wlassak bei Rabel a. a. O. 189) irre.

[5] Ubbelohde, Die Lehre von den unteilbaren Obligationen 1862; Rümelin, Die Teilung der Rechte (1883) 171; Arnò, Le obbligazioni divisibili ed indivisibili (1901), widerlegt durch Segrè, St. Scialoja 1, 256 N. 3 (bes. zu D. 30, 86, 3); Debray, Revue générale 32 (1908) (bes. zu D. 45, 1, 4, 1). Über D. 45, 1, 72 pr. itp. Ferrini, Pand. 528; andere itp. Stellen Bonfante, Ist. 359 N. 2. Zu den Kautionen Berger, Teilungsklagen 148.

[6] Pescatore, Die sog. alternative Obligation 1880; Ferrini, Pand. 530; Vassalli, Delle obbligazioni di genere, Tor. 1904; Buonamici, Riv. ital. 49, 35; Schulz, Kr. Vjschr. 50, 71.

scheiden wir Spezies-, Alternativ- und Genusschulden. Bei alternativen Stipulationen (Stichum aut Pamphilum dare spondes?) und Legaten, und nach ihrem Muster (Ulp. D. 23, 3, 10, 6) Käufen, hat im Zweifel der Schuldner die Wahl, da er frei ist, soweit er nicht besonders gebunden erscheint. Nachträglicher Untergang einer Sache läßt die andere in der Schuld. Aus beidem zusammen folgt eine nachmals Tribonian anstößige Schutzlosigkeit des Gläubigers, wenn der Schuldner zuerst eine Sache zerstört und nachher die andere zufällig untergeht [1]. Die Wahl wird durch die Leistung geübt und, wenn sie dem Gläubiger zusteht, auch durch Litiskontestation, bei Legaten durch eine vom Erblasser angeordnete dictio (D. 30, 84, 9); formlos wahrscheinlich nicht; aus prozessualen Gründen [2]. Anders, wenn in der Wahlerklärung des Schuldners ein Konstitut liegt (Pap. D. 13, 5, 25 pr.). Jedenfalls änderte Justinian dies; auf bonae-fidei-Klagen bezieht es sich gar nicht (Paul. D. 18, 5, 4), so daß die gemeinrechtliche Streitfrage über den Rücktritt von erklärter Wahl (ius variandi) wieder einmal überholte Entscheidungen benutzt.

Während bei der Wahlschuld sämtliche Gegenstände ‚in obligatione' sind, ist als Gegenstand der Gattungsschuld (z. B. hominem dari) ein abstraktes Objekt gedacht; in obligatione ist die gesamte Gattung. Unter andern Konsequenzen [3] erlischt die Obligation nicht durch Untergang noch so vieler einzelner Sachen, sondern erst der Gattung („genus perire non censetur"), und beim Gattungskauf, den einzelne Stellen immerhin berühren [4] — die Großhandelsgeschäfte spielen sich in Stipulationen ab — trägt der Käufer bis zum Zumessen die Gefahr des inneren Verderbs nur der ganzen Gattung. Dies gilt sinngemäß ebenso von dem Kauf einer Quantität aus einem individuellen Vorrat; nicht dagegen vom Kauf einer bestimmten, aber erst zu messenden Menge mit Preisbestimmung nach Einheiten (emtio ad mensuram), der Spezieskauf ist (arg. Pap. Vat. 16 u. a.).

§ 81. Auf **Zinsen** [5] kann eine Stipulation oder ein mit bonae-fidei-Klage gedeckter Vertrag gerichtet sein; ein sonstiges pactum erzeugt Schuld, aber nicht Klage (Carac. C. 4, 32, 3; Paul. Sent. 2, 14, 1). Im übrigen kennen die Römer bereits sehr viele Gründe für die Verpflichtung, von einem widerrechtlich vorenthaltenen oder benützten oder auch nur im normalen Lauf einer Verwaltung anlegungsfähigen Kapital Zinsen zu zahlen. Meistens ist dafür aber keine besondere Klage gegeben (usurae quae in obligatione consistunt), sondern die Abmessung dem Ermessen des Richters im Prozeß über die Hauptforderung überlassen (usurae quae officio iudicis praestantur) [6].

Den Wucher zu bekämpfen, hatten mehrfach römische Zinsgesetze versucht. In der Kaiserzeit sind bis auf Alex. Severus (Vit. Alex. 26) 12 % (centesimae usurae) das gesetzlich erlaubte Höchstmaß; verboten ist ferner das Ausbedingen von Zinseszins im Vorhinein (Anatokismos) [7], im Gegensatz zum Zinskapitalisierungsvertrag, und rückständige Zinsen hören zu laufen auf, wenn sie die Höhe des Kapitals erreicht haben (ne ultra alterum tantum) (C. 4, 32, 10.) Mit

---

[1] Pap. D. 46, 3, 95, 1 allgemein als itp. angesehen, abw. nur Mitteis, PR. 1, 319. Just. erlaubt auch dem Schuldner, an Stelle der untergegangenen Sache den Wert zu leisten, D. 30, 47, 3 u. a., Scialoja, Bull. 11, 61.

[2] Paul. D. 2, 14, 27, 6, itp. von „nam ut" ab, Eisele, ZSavSt. 18, 12 (anders Kalb, Juristenlatein 71; noch anders Ferrini, Pand. 533 N. 1), läßt aber aus dem sed si einen Rückschluß zu. Pomp. D. 45, 1, 112 pr. unterscheidet nach der Stipulationsformel, denkt aber m. E. nur an electio durch Litiskontestation.

[3] 1. Marc. D. 46, 3, 72, 4; 67. 2. Streitfrage C. 4, 5, 10. 3. Paul. D. 45, 1, 128 Satz 2. 4. Der Erbe darf dem Legatar aus der vermachten Gattung auch das schlechteste Stück liefern, Jav. D. 17, 1, 52; Paul. D. 33, 6, 4, dag. itp. D. 30, 110 (Segrè, Ferrini, P. Krüger u. a.).

[4] Haymann, Haftung des Verkäufers 71; Beseler, Beitr. 3, 200.

[5] Savigny, System VI § 268 f.; Verm. Schriften 1 (1850) 386; Carus, Die selbständige Klagbarkeit der gesetzlichen Zinsen (1876); Fadda, Riv. ital. 2, 355; 3, 7; Petrazycki, Lehre vom Einkommen 2, §§ 10 ff.; Klingmüller, ZSavSt. 22, 68; Mitteis, Gdz. 118. Über versura v. Costa, Corso 365 (= mutuum) gegen frühere Ansichten. Sonstige Lit. bei Perozzi-Glück 22 (1906) 1. — G. Billeter, Geschichte des Zinsfußes im griech.-röm. Altertum bis auf Justinian, 1898. Beloch, Hdw. d. Staatsw. [3] 8, 1017.

[6] Hermog. D. 19, 1, 49, 1; Gord. C. 4, 34, 4; Pap. D. 16, 3, 24; Paul. D. 19, 2, 54 pr.; Fadda a. a. O.

[7] Über Zweifel Girard, Man. 518, 1. Nach v. Mayr, RRG. II 2, 2 S. 25, soll das klassische Recht weder Verbot der Zinseszinsen, noch eine Beschränkung des Zinsenlaufs kennen.

letzterem beidem stimmen die Papyrusurkunden überein; auch ist dort der 12 % ige Zinsfuß der häufigste, aber unter dem Gesichtspunkt der Vertragsstrafe kommen viel höhere Sätze vor.

§ 82. **Subjekte.** Die Person des Gläubigers und Schuldners müssen bestimmt sein, in der Regel einzeln bestimmt. Daß ein Damnationslegat nicht einer persona incerta zugedacht werden kann [1], ist sicherlich nur ein Ausfluß dieses alten Dogmas. Ausnahmen entstehen hauptsächlich durch die mehr oder weniger durchgreifende Ausbildung von Sachhaftungen zu an die Sache gebundenen Pflichten, wie z. B. tributum, vectigal, solarium, Noxalschuld, Verpflichtung mit actio aquae pluviae arcendae [2], wo der jeweilige entsprechend qualifizierte Inhaber der Sache beklagt werden kann.

Da die Obligation mindestens einen Gläubiger und einen Schuldner voraussetzt, erlischt sie durch Vereinigung von Forderung und Schuld in einer Hand (Confusio) [3], z. B. Beerbung; doch darf dies nicht zu doktrinären Folgerungen führen (vgl. z. B. § 108).

§ 83. **Mehrheit der Schuldner oder Gläubiger** bedeutet, daß dieselbe Leistung von mehreren oder an mehrere geschuldet wird; der Gläubiger soll größere Sicherheit für Belangbarkeit und Zahlungsfähigkeit erhalten, von mehreren Gläubigern soll jeder sein und aller Interesse verfolgen dürfen. Beides kann durch Rechtsgeschäft bewirkt werden. Auf der Schuldnerseite tritt der gleiche oder ein ähnlicher Erfolg auch von Rechts wegen nicht selten ein; so haftet unter den Erbschaftsbeteiligten für die Opfer (Cic. de leg. 2, 48) und unter den Mitgliedern von Sklavenhändlergesellschaften für ädilizische Mängel (D. 21, 1, 44, 1), wer den größten oder nicht den kleinsten Anteil hat, auf das Ganze. Sehr häufig sind in der Antike die verwaltungsrechtlichen Gemeinhaftungen von Einwohnern, Bürgen oder Beamten. Die Bankhaltergenossen haften solidarisch (Auct. ad Her. 2, 13, 19). Die Quellen lassen aber eine Zusammenfassung durchaus vermissen. Eine abgerundete Lehre — die der Korrealität — haben nur die Stipulationen, die durch eigene sinngemäße Form: auf die Frage des Stipulanten die Antworten der Promittenten, auf die Fragen mehrerer eine Antwort — ihre Einheit empfangen (una stipulatio); analog gehen die ebenso formal deutlichen Damnationslegate: Titius aut Maevius Sempronio X dato (Pomp. D. 30, 8, 1). Die mehreren rei promittendi sind jeder auf das Ganze (in solidum) verpflichtet, der Gläubiger kann beliebig wählen oder teilen (Ulp. D. 45, 2, 3, 1). Die Obligation ist eine, daher wird sie durch die zivilrechtlichen Erlöschungsgründe, wenn sie auch nur unter Mitwirkung eines Schuldners gesetzt werden, vernichtet, durch Verschulden eines Schuldners „verewigt" (§ 86) [5]. Diese Regel ist nur konsequent, daß sie aber fortbesteht, erklärt sich aus dem Formalismus der Tilgungsarten, die darauf angelegt sind, von einer Person vorgenommen zu werden und die Obligation gänzlich zu zerstören. Man denkt denn auch im Gegenteil nicht bloß die Einreden aus stipulatio oder pactum de non petendo (Stundung, Erlaß)

---

[1] Gai. 2, 238. Ulp. 24, 18. Paul. S. 3, 6, 13. Anders Just. J. 2, 20, 25.

[2] So sind die Belege von Ferrini, Pand. 549, für die von ihm sog. Obligatio ambulatoria und teilweise die von Perozzi, Ist. 2, 111, aufzufassen, wobei im einzelnen manches einzuschränken wäre.

[3] P. Kretschmar, Die Theorie der Konfusion 1899.

[4] Die Literatur des gemeinen Rechts war seit Keller, Litiskontestation u. Urteil 1827; Ribbentrop, Zur Lehre von den Korrealobligationen (1831) äußerst umfangreich und verworren, obgleich noch heute dogmatisch wertvoll. Neue Erkenntnisse schufen allmählich die textkritischen Arbeiten: Ascoli, Studi e doc. di storia e diritto 11 (1890) 121; Bull. 4 (1892) 287; Eisele, ArchZivPraz. 77 (1891) 374; 84, 295; Binder, Die Korrealobligationen (1899); Ferrini, Pand. 555; Alibrandi, Opere 180. Ferner Mitteis, Individualisierung der Obligation 1886; Grünhuts Z. 14, 419. Leider wird der einen Frage, in welchen Fällen die Litiskontestation die gesamte Obligation zerstöre (sog. „Korreal"- im Gegensatz zu den „bloßen Solidarobligationen") noch immer eine etwas übertriebene Bedeutung beigelegt. Übersichten über die Ansichten zu dieser Frage bei Pacchioni, Savigny Obblig. 1, 665—746 (ex 1900), dazu aber die Itp.-Behauptungen von Perozzi, Ist. 2, 106 und Bonfante, Ist. 367.

[5] Zahlung; Litiskontestation (noch erhalten in D. 46, 8, 1; 45, 2, 2, meist weginterpoliert), gleichstehend der geschworene Konventionaleid (D. 12, 2, 28 pr. § 3); Novation; Akzeptilation (arg. Lex Aquilia 2. Kap. Gai. 3, 215; D. 46, 4, 16 pr.), dazu Mitteis, PR. 1, 265; anders Rabel, ZSavSt. 27, 332; Verschulden eines Mitschuldners Pomp. D. 45, 2, 18, gegenteilig für Mora Marci. D. 22, 1, 32, 4; Paul. D. 50, 17, 173, 2, aber nach Perozzi 109 N. 4 itp. Wegen der aktiven Seite über LC. u. Novation Ven. D. 46, 2, 31, 1.

oder Aufrechnung als bloß persönlichen Ausschluß eines Schuldners, sondern auch Capitis deminutio und zögernd die Confusio [1]. Schlimm erschien nachher Justinian mit Recht die „gesamtzerstörende" Wirkung der Prozeßbegründung gegen einen Mitschuldner, und er hob sie auf (C. 8, 40, 28, 2). Immerhin darf der Gläubiger teilen oder die mehreren Schuldner gemeinsam belangen (vgl. z. B. D. 46, 7, 5, 7); man läßt wohl auch (wie in dem freilich anders liegenden Fall Ulp. D. 15, 1, 32 pr., frag. Straßb. B. Ia) gegen die occasione iuris befreiten Mitschuldner eine restitutorische Klage zu.

Im übrigen scheint das dürftige und durch Interpolationen schwer entstellte Material zu ergeben, daß mehr oder weniger — durchaus nicht schlechthin! — nach Analogie der duo rei stipulandi vel promittendi behandelt werden: die gemeinschaftlichen Verwahrer und Leiher [2] und nicht unstreitig und hier sicher ohne Konsumptionswirkung der Litiskontestation Kreditmandanten desselben Darlehens (Pap. D. 46, 1, 52, 3) und Mitvormünder (Jul. D. 26, 7, 18, 1 u. ö). Daneben dürften die Klassiker die bei uns sog. unechten Gesamtschuldverhältnisse doch auch kennen, wo sich mehrere selbständige, unter einander beziehungslose, z. B. auf Ersatz desselben Schadens gehende Obligationen lediglich im identischen Objekt treffen, natürlich daher erst durch Befriedigung (perceptio) erlöschen; aber unter den Fällen, die nach justinianischem Recht dahin gehören, befindet sich kein unverdächtiges Zeugnis; vielleicht verschaffen insbesondere Delikte mehrerer Täter noch im Prinzipat stets nebeneinander dem Verletzten häufbare Klagen.

Das Vorherrschen der Stipulation erklärt sich sehr einfach daraus, daß in der Praxis die Gesamthaftung von mehreren Schuldnern oder Bürgen nahezu ständig ausdrücklich übernommen wird. In den Papyri dient hierzu die Form der gegenseitigen Verbürgung [3], wozu aber nach römischem Personalrecht offenbar die Schlußstipulation gehört. Diese mutua fideiussio scheidet Pap. D. 45, 2, 11 von der Korrealität, der er sie aber zum Teil angleicht.

Die Solidarverhältnisse haben keine Wirkung nach innen. Für die Beziehungen unter den correi entscheidet das zwischen ihnen zugrunde liegende Rechtsverhältnis, das bloß mittels der regelmäßig erzwingbaren Abtretung der Aktio des Gläubigers an den in Anspruch genommenen Mitschuldner gestärkt werden kann. Umgekehrt äußert das Rückgriffsrecht eines Mitschuldners grundsätzlich keine Wirkung gegen den Gläubiger, jedoch mit Ausnahmen [4].

§ 84. Akzessorische Parteien. Die Stipulationsformen unterscheiden von der Ebenbürtigkeit mehrerer Gläubiger oder Schuldner gegenüber der andern Partei scharf den Nebengläubiger (adstipulator, frägt den Schuldner: idem mihi dari spondes?), dem im Interesse des Hauptstipulanten mit versprochen wird und der als ein Treuhänder nur ein höchstpersönliches Recht erhält [5]; und den Nebenschuldner, Bürgen (den der Gläubiger fragt: idem mihi dari spondes?), endlich den adjectus solutionis causa (mihi aut Titio X dare spondes), der als Zahlstelle dient (Scaev. D. 45, 1, 131, 1).

§ 85. Subjektwechsel. So vertraut den Juristen der Gedanke der Klageabtretung ohne Mithilfe des Schuldners ist, so sind sie doch zur Ausführung auf den Notbehelf angewiesen, daß der Erwerber als Vertreter im eigenen Interesse (cognitor oder procurator in rem suam) bestellt wird (Gai. 2, 39). Seine Stellung ist gebrechlich solange, bis er mit dem Schuldner die

---

[1] Paktum: Passivseite Jul. D. 46, 3, 34, 11 u. ö., Aktivseite Paul. D. 2, 14, 27 pr.; Aufrechnung: Pap. D. 45, 2, 10; Cap. demin.: Pomp. D. 45, 2, 19; Confusio: Paul. D. 46, 1, 71 pr.

[2] Sicher betreffs der Verschuldenshaftung, Depositum Ulp. D. 16, 3, 1, 43, Kommodat Ulp. D. 13, 6, 5, 15, beides wegen der Unteilbarkeit der Leistung, aber wohl erst recht, wenn ein die Schuldner gleichmäßig zur custodia verpflichtendes Paktum vorliegt, arg. Pap. D. 45, 2, 9, 1, wo culpa für custodia itp. ist. Dagegen ist die Verallgemeinerung auf ceteri contractus in l. 9 pr. sicher itp., vermutlich noch mehr daselbst, ebenso die Korrealität beim Darlehen in Paul. D. 46, 1, 71 pr. auf Stipulation zu beziehen, in Diocl. C. 4, 2, 5; 9; 12 „vel re" u. dgl. itp. Radikal in dieser Richtung Perozzi, Ist. 2, 106.

[3] Mitteis, Reichsrecht u. Volksr. 183; Gdz. 113 u. S. XI; Bortolucci, Bull. 17, 305; Braßloff, ZSavSt. 25, 298.

[4] Mitbürgen dürfen sich auf das Pactum de non petendo ihres regreßpflichtigen Genossen berufen, was Just. verallgemeinert. Rotondi, Pactum de non petendo 48.

[5] Gai. 3, 110—114. Diskussion über die Wirkung der Statusänderung: Jul. D. 45, 1, 56, 2; Afr. D. 46, 3, 38 pr.; Pap. D. 46, 3, 95, 6. Pernice, ZSavSt. 19, 178. Desserteaux, Mél. Girard 1, 353.

Litiskontestation vollzogen hat (C. 8, 41, 3 a. 239), da der alte Gläubiger der Inhaber der Forderung bleibt und das Mandat außerdem durch Tod jedes Teils erlischt. Es ist zweifelhaft, ob daran eine Verständigung des Schuldners von der Zession (Bsp. BGU. 1, 360) etwas Wirksames ändert [2]. Der Zessionar muß sich durch Konventionalstrafen gegen diese Gefahren schützen [3]. Wichtig werden aber die — wenigstens teilweise subsidiären (C. 4, 10, 1) — actiones utiles, die seit Ant. Pius in einzelnen Fällen, zunächst dem Erbschaftskäufer [4], dann dem Forderungskäufer überhaupt (arg. C. 4, 10, 2), im 3. Jahrhundert immer regelmäßiger verliehen werden. Dies sowie die Betonung der Denuntiation an den Schuldner, der eine Rolle entsprechend der früheren Litiskontestation beigelegt wird, vervollkommnen unter Justinian das Institut derart, daß der Forderungsübergang mit der Verständigung zu Ende kommt, wie heute noch in Frankreich — vielleicht der Rechtsverschiebung durch formlosen Vertrag (BGB. § 398) vorzuziehen. Die Spätzeit brauchte die Zession schon deshalb mehr als die Klassiker, weil in zahlreichen Fällen eine Zessionspflicht neu vorgesehen wurde [5].

Übergang einer Schuld, während sie fortdauert, auf einen andern Schuldner vermöge privativer Schuldübernahme ist den Römern fremd. Freilich könnte eine zwischen dem Schuldner und einem andern geschlossene Schuldübernahme dadurch vollendet werden, daß der Übernehmer als Prozeßverteidiger den Gläubiger unter Kaution zur Litiskontestation zwingt, wodurch er Subjekt des Prozeßverhältnisses und der Vollstreckungsklage (Ulp. D. 42, 1, 4 pr.) wird. Anders verhält es sich mit der kumulativen Schuldübernahme durch einen Neuschuldner, die der Neuschuldner mit dem Gläubiger vollzieht (§ 97). Der Gedanke aber, daß, wer ein Vermögen erwirbt, für dessen Schulden haftet (BGB. § 419), wird nur in den mit dem Ende der Persönlichkeit des Schuldners zusammenhängenden Fällen durchgeführt, wie in der beschränkten Haftung für den capite minutus (§ 20), oder gegenüber den prätorischen Erben und gegen den Gesamtvermächtnisnehmer nach dem SC. Trebellianum. Eine gewillkürte Übertragung der sämtlichen Aktiven beläßt grundsätzlich die Schulden, wo sie sind. Selbst gegen den Käufer einer Erbschaft (C. 4, 39, 2) und den Erwerber eines ganzen Vermögens (Paul. D. 23, 3, 72) haben die Gläubiger keine Klagen [6].

Am gebräuchlichsten ist Subjektwechsel auf Gläubiger- wie auf Schuldnerseite durch novierende Stipulation (§ 96).

C. Wirkungen.

§ 86. Nichterfüllung von Schuldpflichten. Verschulden [7]. Die Klassiker bieten uns in ihrer Lehre von der Stipulation und dem Damnationslegat, namentlich bei der ältesten Art beider, der Schuld auf dare, das deutliche Bild einer festgehaltenen alten Regelung. Sie ruht

---

[1] Mühlenbruch, Die Lehre von der Zession der Forderungsrechte [1] 1817, [3] 1836. Bähr, Jh. Jb. 1 (1857) 351. Krasnopolski (Prager) Jurist. Vjschr. 1909, 2. H. (ex 1872); Gide, Novation et transport des créances (1879) 231—376. Über die Actio utilis Eisele, Actio utilis des Zessionars 1887; ZSavSt. 27, 46; Ferrini, Enciclopedia giur. ital. 12, 1, 505. 513, dem Costa, Corso 417 zustimmt; Levy, Sponsio etc. 166.

[2] Gord. C. 8, 41, 3 vel — denuntiaverit itp., Bähr 379.

[3] Dies ersehen wir aus den Papyrusurkunden, die im übrigen bisher nichts anderes zeigen, als was wir unter Veränderung des Stils auch in Rom zu erwarten hätten: Zession (παραχώρησις) der Klage und Eintreibung, (πρᾶξις, κομιδή, ἀπαίτησις), BGU. 1170, 52 (10. v. Chr.), Oxy. 271 a. 56, 272 a. 66. Anderer Meinung Wenger, St. Fadda 4, 79; Mitteis, Gdz. 115. Erledigung einer fiduziarischen Zession zur Sicherung enthält BGU. 1171 (10 v. Chr.).

[4] D. 2, 14, 16 pr., dazu Eisele, ZSavSt. 27, 59 N. 1, mißverstanden und daher als ganz itp. erklärt von Beseler, Beitr. 2, 3. Ulp. sagt: seit seinen Actiones utiles steht der Erbschaftskäufer einem Vertreter mit Mandat (l. 10, 12, vgl. 13) gleich. Ob sich Ulp. D. 3, 3, 55, Lenel 1446, auf Erbschaftskauf bezieht (Ferrini, P. 599 N. 1), ist bei dem Zustand des Fragments unsicher.

[5] F. Schulz, ZSavSt. 27, 82; Beseler, Beitr. 3, 172.

[6] Zu D. 39, 5, 28 itp. Gradenwitz, Interpol. 130. — Zahlung des Erfüllungsübernehmers in P. Oxy 1, 68 Z. 24 a. 131 (Erbschaftskäufer), BGU. 970, 20 a. 173.

[7] Hasse-v. Bethmann-Hollweg, Die Culpa (1838); F. Mommsen, Beiträge zum Obl.-R. 3 (1855); Baron, ArchZivPrax. 52, 44; 78, 203; Pernice, Labeo 2, 1 u. 2; Ferrini, Arch. giur. 53 (1894) 260; De Medio, Bull. 17, 5; 18, 260; 20, 157;

auf zwei Punkten. Das dare oportere entfällt mit dem Ausscheiden des sachlichen Gegenstands aus der Körperwelt, z. B. Tod des geschuldeten Sklaven. Andererseits macht sich der Schuldner durch ein Handeln gegen das Obligationsband verantwortlich. Er haftet danach in zwei Fällen. Erstens wegen seines positiven Tuns (factum, später auch culpa genannt), durch das er die geschuldete Sache vernichtet, z. B. Töten des Sklaven; nicht wegen eines Unterlassens, das den Untergang verursachte, z. B. indem er den kranken Sklaven umkommen läßt, ad dandum non faciendum tenetur (Paul. D. 45, 1, 91 pr.). Er haftet zweitens, wenn er der Schuld entgegen nicht leistet (mora), daher auch, wenn die Sache nachher irgendwie untergeht. Diese beiden Gruppen von Ereignissen, die die Obligation nach ihrem Entstehen aber vor ihrer Erfüllung treffen, ahmt heute noch das BGB. mit seinen einzigen Kategorien „Unmöglichkeit" und „Verzug" nach. In beiden Fällen bleibt seit der republikanischen Jurisprudenz die Formel si paret Num Num A° A° hominem dare oportere zu bejahen, adhuc homo peti potest. Paul. D. 45, 1, 91, 3 nennt dies Verewigung der Obligation. In beiden Fällen liegt es „an dem Schuldner, daß er nicht leistet" per eum stat quominus praestet [1]. Diese Grundzüge hat man nur da und dort nachgebessert, am meisten beim Legat [2] und bei den schon freier behandelten aus späterer Zeit stammenden Stipulationen auf ein Tun, wo vertragsmäßige Kraftanspannung verlangt wird (Ven. D. 45, 1, 137, 3). Geradezu auf andere Grundlagen stellt sich allmählich die Beurteilung der prätorischen und zivilen Billigkeitsklagen. Überall zwar bleibt das Vereiteln der Leistung die entscheidende Tatsache für die Verantwortlichkeit des Schuldners. Aber die letztere wird in der Regel nicht mehr an die nackte Verursachung („Erfolgshaftung"), sondern an das schuldhafte Verhalten („Verschuldenshaftung") geknüpft. Die Hauptfrage richtet sich demnach auf die Zurechenbarkeit von Handlungen und Unterlassungen, d. h. dem Wesen des Privatrechts gemäß auf die Anforderungen, die unter Berücksichtigung der Verkehrssitte an die Personen des Schuldverhältnisses zu stellen sind. Diese müssen in den einzelnen gesetzlichen Vertragsverbindlichkeiten verschieden sein (Grade des Verschuldens).

So viel kasuistische Vereinzelungen hierbei die Eigentümlichkeiten der mannigfachen Schriftformeln und der wechselnde Einfluß der Zeiten und Lehrmeinungen ergeben, sind doch zwei allgemeine, sich historisch ablösende Grundsätze bemerkbar. Bei den Klagen, die mit der Verurteilung zur Infamie des Schuldners führen: pro socio, fiduciae, tutelae, mandati, depositi (Gai. 4, 182), war diese schwere Ehrenstrafe von vornherein nur auf ehrlosen Treubruch gemünzt. Deshalb wird hier nur für Dolus gehaftet [3], dessen Begriff zu erweitern den Juristen zunächst allein übrig bleibt. Sie bringen darin gern jede bewußte Treuverletzung unter. Im 3. Jahrhundert muß aber der Grundsatz bereits stark verblaßt sein; der Vormund haftet bereits für bloße Nachlässigkeit (Pap. D. 26, 7, 41), ebenso der Fiduziar, falls nicht Mod. Coll. 10, 2, 2) unecht ist [4]. Ähnliches gilt von den ursprünglich meist nur den Dolus verfolgenden sonstigen actiones in factum. Die Klassiker finden mehr und mehr, nach dem Vorgang Labeos (D. 19, 5, 20, 2) die Haftung zu verteilen, je nachdem zu wessen Vorteil das Schuldverhältnis begründet ist. Hierauf führt es schließlich die Kollatiostelle zurück, daß der Depositar und der Mandatar nur für Dolus, der Commodatar, Fiduziar und Ehemann für Dolus und Culpa haften; die Haftung des Vormunds für Fahrlässigkeit sei eine Ausnahme. Noch weiter führt angeblich Ulp. D. 50, 17, 23; 13, 6, 5, 2 das Schema, wobei vieles von Tribonian sein muß. Lückenlos

---

Segrè, St. Moriani; St. Fadda 6, 331; Bull. 19, 226; Seckel-Heumann, Wb., Custodia; diligentia; Mitteis, PR. § 17; Kübler, Das Utilitätsprinzip, SA. aus Festg. f. Gierke (1910); F. Schulz, Grünhuts Z. 38, 9; ZSavSt. 32, 23; ZVglRechtsw. 25, 459; 27, 145; Kr. Vischr. 57 (= 3. F. 14) 22 (über und gegen Lusignanis unzugängliche Schrift); Rotondi, Arch. giur. 83, 269; Riv. ital. 51 (1912) 137; Dolus ex delicto e dolus ex contractu (aus Ann. Fac. Giur. Univ. Perugia II) 1913.

[1] Pernice, Labeo 2, 2, 107; Gradenwitz, ZSavSt. 34, 255. Über die Bemessung der Litis aestimatio Marchi, St. Scialoja 1, 165.

[2] Pernice 2, 2, 129; Ferrini, ArchZivPrax. 78, 321.

[3] Dieses von Mitteis 324 entwickelte Prinzip wird mit Unrecht von Kübler 35 bestritten.

[4] Für Mandat, Societas und Depositum erwies Mitteis 325 die Fortdauer der bloßen Dolushaftung; freilich vgl. Gai. D. 17, 2, 72, wieweit itp.?; für die Fiducia behauptet sie Rotondi, der Coll. 10, 2, 2 für unecht hält, für Tutel s. Kübler 15.

hat dieser Gedanke nicht geherrscht, eine brauchbare, ja tiefsinnige Maxime aber zweifellos abgegeben [1].

Die Kompilation kennt als besondere Grade zwischen Dolus und Culpa das grobe Verschulden (culpa lata) und die Verletzung der Sorgfalt, die der Schuldner in eigenen Angelegenheiten zu beobachten pflegt (sog. „culpa in concreto"). Von der ersteren ist aber erst seit der severischen Jurisprudenz und außerhalb der Verträge ein beschränkter Gebrauch gemacht worden, die letztere ist sicherlich nachklassischen Ursprungs [2]. Umgekehrt hält eine neuerdings verbreitete Ansicht für einen von Justinian beseitigten klassischen Maßstab der Haftung die custodia [3]. Es stehe der Leiher, Verkäufer, Werkunternehmer, der eigennützige Inspektor, der sich anbietende Verwahrer, der Faustpfandgläubiger und vielleicht noch der eine oder andere Vertragsschuldner über sein Verschulden hinaus für denjenigen Zufall ein, den er durch Bewachung der Sache hätte abwenden können. Hieran ist sicher, daß der bestohlene Walker und Schneider und wohl jeder Werkunternehmer den ihnen anvertrauten Stoff ersetzen müssen (Gai. 3, 205), und annehmbar, daß Leiher, Verkäufer und andere wegen Entwendung der ihnen anvertrauten Sachen haften. Das wird wohl ein Rest alter Erfolghaftung sein, vermittelt durch übliche Vereinbarungen (pactum de custodiendo). Aber ob dem furtum andere „niedere Zufälle" gleichstehen, wie man nach Analogie des deutschen und orientalischer Rechte erwarten würde, ist ganz fraglich; für die Sachbeschädigung lehren gerade ältere Juristen das Gegenteil [4]. Es ist stets nur vom furtum die Rede. Und gerade dies macht es wahrscheinlich, daß die Klassiker den Diebstahl gar nicht mehr als Beispiel des Zufalles bringen, wie den Schiffbruch, Brand, Einsturz (casus fortuitus oder casus schlechtweg!), sondern sei es als nicht assimilierten Rest des alten Rechts, sei es geradezu als schablonenhaftes Beispiel des Verschuldens; da sie sich darüber nicht aussprechen, dürfen wir keinesfalls aus dem Furtumfall ein Prinzip ableiten.

In der Hauptsache wird nur für Dolus oder für Dolus und Culpa gehaftet. Dolus ist bewußte Rechtswidrigkeit, in der Strafklage de dolo noch in älterer enger Begrenzung Arglist [5], in den Vertragsklagen dagegen abgeblaßt zum Verhalten gegen Treu und Glauben als Gegenstück zu der immer weiter gespannten bona fides. Der Begriff der Fahrlässigkeit hat sich allmählich gestaltet. Ausdrücke wie imprudentia, neglegentia, culpa et custodia (positives schuldhaftes Tun und schuldhafte Unterlassung der erforderlichen Bewachung), imperitia (Mangel der Sachkunde, Cels.-Ulp. D. 19, 2, 9, 5) und infirmitas (Mangel an Kraft), die beide der culpa angeglichen werden (Gai. D. 9, 2, 8, 1) und ihre Häufungen [6] zeigen dies noch spät an. Die letzten Klassiker haben einen Culpabegriff, womit die den Anforderungen des Verkehrs widersprechende Nachlässigkeit, Unaufmerksamkeit und Unfähigkeit umfaßt wird. Der Maßstab dafür ist objektiv; die Formulierung, daß die Sorgfalt, die ein ordentlicher Hausvater auf seine Angelegenheiten verwendet (Gai. D. 13, 6, 18 pr.) zu leisten sei, wird freilich in ihrer Echtheit bezweifelt [7].

§ 87. Fortsetzung. Bona fides [8]. Die mechanische Rücksicht auf den nachträglichen Untergang des Leistungsgegenstands ist im bonae-fidei-Recht überwunden. Das Schicksal der Verträge ordnet sich nach dem, was versprochen ist. Nicht eine „nachträgliche Unmöglichkeit der Leistung" und nur sie durchschneidet die Obligation, sondern der Vertrag bindet solange, als

---

[1] Darauf hat nach Jhering, Hartmann u. a. neuerlich Kübler hingewiesen. Vgl. Schweiz. Oblig.R., jetzt Art. 99.

[2] Mitteis 331—335. Kübler 9. 15.

[3] Baron, jetzt Seckel, Kübler (nicht betr. Sachmiete); Schulz. Dagegen Ferrini, Lusignani, De Medio, Mitteis.

[4] S. Schulz selbst Grünhuts Z. 38, 32—38. Eine Erinnerung an den Sinn der Custodia-Haftung nur für Entwendung bewahrt Just. J. 3, 23, 3 a; sehr deutlich für den Kauf auch Alf. = Paul. D. 18, 6, 15, 1.

[5] So gegen Mitteis 317 Litten, Festg. f. Güterbock (1910) 257; Biondi, Studi sulle actiones arbitrariae (1913) 103.

[6] S. Vocab. jur. 1, 1073. Einige solcher Häufungen mögen itp. sein, aber nicht alle.

[7] Für die Echtheit F. Leonhard, Festgaben für Enneccerus (1913) 28; über die wechselnde Stellung der Juristen zum abstrakten Maßstab Litten, Mél. Fitting 619, und über die dogmatische Tragweite der Quellenaussprüche betreffs der zu prästierenden Fähigkeiten Leonhard 27—35, worauf hier nicht eingegangen werden kann.

[8] Frühere Lit. bei Windscheid, P. § 264; Rabel, Mél. Girard 492; Festg. f. Bekker 200; Rhein. Ztschr. f. Ziv. u. Proz.-R. 3, 475.

ein Teil nicht befreit ist. Befreit wird der Schuldner der Hauptregel gemäß durch den Nachweis eines von ihm nicht verschuldeten Ereignisses, das ihn an der Erfüllung hindert; ein Gläubiger aus gegenseitigem Vertrage durch den Nachweis eines unverschuldeten Ereignisses in der Entgegennahme der Leistung, also durch „Exkulpierung", daß die Nichterfüllung nicht an ihm liegt. Schon hierdurch erledigen sich glatt Zuwiderhandlung gegen Unterlassungspflichten, zurechenbare Unterlassungen, ungenügende Erfüllung, kurz alle Fälle der nach BGB. so schwierigen (fälschlich) sogenannten „positiven Vertragsverletzungen", nicht minder die „möglichen" aber unerschwinglichen Aufwand kostenden Leistungen. Die bona fides verbindet aber die Parteien zu loyalem Benehmen über den nächsten Inhalt des Vertrags hinaus, soweit, daß z. B. der Vermieter eines Grundstücks auf dem ihm verbleibenden Nachbargrund schädigende Handlungen unterlassen muß, zu denen er ohne die Vermietung befugt wäre [1]. Sie umfaßt die Gesamtbeziehungen der Parteien, die aus Anlaß des Vertrags entstehen. Daher gehört auch die Begründung des Vertrags selbst [2] in den Bereich des quidquid dare facere oportet ex fide bona. Eine der ältesten Wirkungen der Kaufklage ist die Haftung des Verkäufers wegen Betrugs; als solcher gilt ehemals, wo die Tat, nicht der Wille entscheidet, rechtlich (vgl. noch Cic. de off. 3, 16, 65), aber noch im Prinzipat tatsächlich die Kenntnis (scientia) von Rechts- oder Sachmängeln, also das Verschweigen an sich ohne jene bewiesene Arglist, die BGB. §§ 443, 463 sinnwidrig als Klagegrund fordert. Auch ist die Meinung durchgedrungen, daß der gutgläubige Kauf eines freien Menschen gültig sei (Lic. Ruf. D. 18, 1, 70, Satz 1), während Stipulation und Legat ungültig sind (Mod. D. 45, 1, 103; Ulp. 24, 9); der Käufer soll Ersatz verlangen dürfen (Pomp. Paul. D. 18, 1, 4; 5) [3]. Andere Verkehrsunfähigkeit der Sache macht den Kauf ungültig; trotzdem geht zuletzt mindestens gegen den betrüglichen Verkäufer eines locus religiosus die actio ex emto mit ihrer schmiegsamen Formel (Mod. 18, 1, 62, 1). Der Gedanke der culpa in contrahendo in ihrer Beschränkung auf Redepflicht ist also den Quellen vertraut. Umgekehrt haftet wegen seines Auftretens als Vertreter, wer es in Wirklichkeit nicht ist, nicht bloß der „falsus procurator", sondern nach den Ediktalbestimmungen de falso tutore der einem Unmündigen dolo malo bei Geschäften oder bei Litiskontestation sein Vollwort verleihende vermeintliche Vormund [4].

§ 88. **Haftung ohne Verschulden.** 1. Die Grenzen der gesetzlichen Haftung erweitern sich zunächst durch vertragsmäßige Erhöhung des Haftungsgrades [5] und Garantie [6]. An Fällen der letzteren ist die Antike sehr reich, das Bürgschaftsrecht und aus diesem entquellend das gesamte Recht der persönlichen Haftung kommt geschichtlich von Garantieversprechen her. In dem verfeinerten klassischen Recht durchdringt aber das Schuldprinzip so sehr das Vertragsrecht, daß nur noch sporadische Reste vertraglicher Erfolghaftung übrig bleiben. Der wichtigste ist das Einstehen der Schiffer, Herbergs- und Stallwirte für Verlust und Beschädigung des eingebrachten Gepäcks mit ediktaler actio in factum [7], die bis zu Ende des 2. Jahrhunderts noch

[1] Lab.-Jav. D. 19, 2, 57, dazu Rhein. Z. 1, 211. Ferner z. B. Paul. D. 17, 1, 59, 1.

[2] Zur Culpa in contrahendo Jhering, Jahrb. 4; Fr. Mommsen, Erörterungen 2 (1879); Fr. Leonhard, Die Haftung des Verkäufers für sein Verschulden beim Vertragsschlusse, Gött. Diss. 1896; Verschulden beim Vertragsschlusse (1910) 3—10.

[3] Über die Herstellung des Textes Scialoja, Bull. 2, 178; Ferrini, Pand. 571 N. 3; Grabenwitz, ZSavSt. 26, 481. Unrichtig Haymann, Haftung des Verkäufers 1, 157: „dreiste Fälschung". Die Juristen konnten gar nicht anders entscheiden, da schon die Actio auctoritatis Platz griff. Jul. D. 21, 2, 39, 3; Bechmann, Kauf 1, 687; Haymann 166. Der gute Glaube des Käufers aber ist sehr wesentlich wegen der lex Fabia de plagiariis (vgl. Ulp. Coll. 14, 3, 4) und muß deshalb betont werden.

[4] Hupka, Die Haftung des Vertreters ohne Vertretungsmacht 7 ff., 93. — D. 27, 6; Lenel, Ed. §§ 122. 43. Aber die Klage dient bloß Dritten, die Actio utilis für den Mündel selbst ist m. E. itp. (anders Peters, ZSavSt. 32, 246).

[5] Über Diocl. Coll. 10, 5, 1 Rotondi, Dolus ex delicto 26 N. 2 gegen Albertario, Bull. 25, 32.

[6] Stammler, ArchZivPrax. 69 (1885) 1. Zu D. 17, 1, 39, auf Fiducia bezüglich, Pernice, Lab. 3, 1, 139 N. 2; Segrè, St. Fadda 6, 351.

[7] Lenel, Ed. § 49; Goldschmidt, ZHandR. 3, 58. 331 = Verm. Schr. 2, 397; Ude, ZSavSt. 12, 66; Partsch, ZSavSt. 29, 405. Über Lusignani Schulz, Kr. Vjschr. 52, 28. Lit. zum Wort recipere außer Partsch bei Wenger und Klingmüller in Realenz., recipere, receptum. Die nähere Stellungnahme hängt von der zweifelhaften Textkritik zu D.

wesentlich die Zusicherung (receptum) res salvas fore voraussetzt, wenn auch vielleicht nicht mehr bei den Spätklassikern. Sie umfaßt an sich alle Gefahr, wird aber von den Juristen mittels exceptio wegen Schiffbruchs, Räuberunfalls u. dgl. auf die niederen Zufälle eingeschränkt (Lab.-Ulp. D. 4, 9, 3, 1) in dem Sinn, daß der Reeder oder Wirt sich durch den Nachweis eines solchen außerordentlichen Ereignisses von der Haftung befreit.

Im übrigen ist es nach dem augenblicklichen Forschungsstand ungeklärt, sowohl bei der problematischen Haftung für custodia als sonst, wieweit die Klassiker dem byzantinischen Begriff der höheren Gewalt (θεοῦ βία) vorgearbeitet haben [1].

2. Aus dem Racherecht wegen Delikts hervorgegangen, ist die Noxalhaftung des Hausvaters wegen der Delikte von Hauskindern und Sklaven auf Zahlung oder Auslieferung des Schuldigen eine Haftung ohne eigenes Verschulden; ebenso diejenige wegen der Beschädigung (pauperies), die ein zahmer Vierfüßler „gegen seine Natur erregt oder wild geworden" (contra naturam fera mota, Ulp. D. 9, 1, 1, 7) angerichtet hat; ursprünglich schrieb man wie bei andern alten Völkern dem Tier ein wirkliches Verbrechen zu [2].

3. Keine Rücksicht auf Verschulden nehmen die Edikte zum Schutz des Straßenverkehrs [3] (posita et suspensa, deiecta et effusa, Halten gefährlicher Tiere) und der Sklaven- und Viehkäufer (ädilizische Haftung). Ebenso stehen Schiffer und Wirte für Sachbeschädigungen und Diebstähle, Steuerpächter für Gewalttätigkeiten und Diebstähle der von ihnen verwendeten Unterpersonen ohne eigenes Verschulden mit besonderen Strafklagen (Lenel Ed. §§ 78. 138) ein.

4. In der custodia-Prästation liegt eine vertragliche (nicht noxale) Haftung des Prinzipals für Diebstähle der Gehilfen, soweit die erstere eben reicht. Daran scheint ein Teil der späteren Jurisprudenz auch eine solche für Beschädigungen anzuknüpfen, bes. Marcell-Ulp. D. 50, 16, 9 + 19, 2, 41; Pomp.-Ulp. D. 19, 2, 11 pr. [4]. Die Frage war jedenfalls streitig.

§ 89. Ursächlicher Zusammenhang. Aus dem alten Satz, daß der Schuldner für seine tätige Obligationsverletzung aufkomme, geht hervor, daß er die Folgen derselben trägt, auch wenn sie sich infolge „Zufalls" ereignen. So haftet für jede Schädigung der die Sache vertragswidrig gebrauchende Leiher (D. 13, 6, 5, 7; 18 pr.); der unbefugt einen Ersatzmann benutzende Beauftragte (Paul. D. 11, 6, 2, 1, qui — credidisti m. E. itp.); der auf ein unrichtiges Schiff verladende Transporteur (Lab. in D. 14, 2, 10, 1). Entsprechend erleidet ein Geschäftsführer

4, 9, 1 §§ 1. 7. 8; 4 pr. u. a. ab. — In den Papyri übernimmt der Schiffer auf dem Nil den Transport abzuliefern σῶον καὶ ἀκακούργητον τῷ ἐμαυτοῦ κινδύνῳ od. ähnl., salvas sanas recepisse P. Grenf. 2, 108 = Mitteis, Chrest. n. 339 a. 167, also ohne die Grenze des höheren Zufalls (anders Mitteis, Berh. sächs. Ges.-Wiss. 62, 9 [1910] 270; Gdz. 259, der die Ausnahme für selbstverständlich erachtet), erst unter Justinian δίχα θεοῦ βίας usw., P. Oxy 144, 11 a. 580. Entsprechend haftet das Kollegium der Schiffer nach C. Theod. 13, 5, 32 a. 409 der staatlichen Getreideverwaltung für alle Transportgefahr, unter Umlegung des Schadens auf die Mitglieder nach dem Wert ihrer Schiffe. — Von sonstigen Garantieversprechen in den Papyri s. bes. die Gefahrtragung des Verwahrers beim Depositum irregulare (Mitteis, Chrest. n. 330 ff.); Eisenviehvertrag P. Straßb. 30, Flor. 16, Paul. D. 19, 2, 54, 2, Wenger, Festg. f. Bekker 81. Dagegen Abschwächung der Garantie zur Verschuldenshaftung in den alexandr. Ammenverträgen BGU. 1058, 1106—1109, Arbeitsantichrese BGU. 1126, indem der „deutliche" Untergang ausgenommen wird.

[1] Über die Miete Gai. D. 19, 2, 25, 6 (s. § 92), vgl. noch bes. Diocl. C. 4, 65, 28; Lagerhaus: Car. Coll. 10, 9). Freilich unterscheidet die Philosophie, auch Cic. de inv. 2, 31, 96 ff., casus und necessitas (ἀνάγκη), Kübler, Utilitätsprinzip 26, doch daraus könnte sich nur ein Einfluß auf die Formulierung ergeben.

[2] Eisele, Jh. J. 24, 480; Jörs in Birkmeyers Enz. [1] 147; Pranzataro-Glück, Comm. 9 (1905); Litten, Jh. J. 49, 419; ZSavSt. 26, 494; S. Monosohn, Actio de pauperie 1911. Über das griech. R. Glotz, La solidarité de la famille 179; Hirzel, Themis, Dike und Verwandtes, 212.

[3] Pernice, Lab. 2, 2, 50. — Messina-Vitrano, Note intorno alle azioni in factum — contro il nauta, il caupo, lo stabulario, Pal. 1909, Selbstbericht in Arch. giur. 84, 352: die Culpa in eligendo bei Just. ist itp.

[4] Schulz, Grünhuts Z. 38, 32. Über die vielbestrittene Hauptstelle Gai. D. 19, 2, 25, 7 Windscheid, § 401 N. 5, Dernburg, P. § 38 N. 8, zuletzt Schulz, ebd. 26 (aprioristisch).

ohne Auftrag, der ein dem Prinzipal nicht gewohntes Geschäft unternimmt, den erwachsenden Schaden selber, während er einen Gewinn herauszugeben hätte (Proc.-Pomp. D. 3, 5, 10) usf. Die Juristen gelangen aber zu einer genaueren Erwägung des Kausalzusammenhangs zwischen der verantwortlich machenden Tatsache und dem eingetretenen schädlichen Erfolg. Die Haftung setzt aus, mindestens wenn die erstere nicht „conditio sine qua non" des letzteren ist oder als solche infolge eines dazwischen tretenden Ereignisses nicht nachgewiesen werden kann [1]. Hierzu gehört es z. B. auch, daß dem Beauftragten nicht der Ersatz des Schadens gebührt, den er bei Gelegenheit der Ausführung des Auftrags aus Zufall erleidet, während der durch Ausführung des Geschäfts vom Fiduziar, Mandatar usw. erlittene Schaden unter dessen Aufwendungen gerechnet, also mit actio contraria einklagbar wird [2].

Vom Beschädigten selbst verschuldeter Schaden ist kein abwälzbarer Schaden (Pomp. D. 50, 17, 203, Len. 260 für Legate). Das gilt konsequent auch wenn der Anspruch sich auf Dolus gründet, insofern durch die eigene schuldhafte Handlung der Kausalzusammenhang abgeschnitten erscheint [3].

§ 90. Schuldnerverzug [4]. Natürlich erlischt nach alledem keine actio, wenn der Schuldner in Verzug gekommen ist und dann [5] die Sache zufällig untergeht (Paul. u. Ulp. D. 45, 1, 91, 6; 82, 1). Zum Verzuge gehört Verschulden in der Nichtleistung, was auch in dinglichen (D. 50, 17, 63) und strengrechtlichen (Pomp. D. 12, 1, 5) Prozessen genau berücksichtigt wird, unter Erwägung aller Umstände (Pius in D. 22, 1, 32 pr.). Ohne daß der Gläubiger die Leistung einfordert, ist ein Verschulden bei Holschulden nicht leicht denkbar, auch sonst oft nicht (z. B. Paul. S. 3, 8, 4). Ein selbständiges Erfordernis des Verzugs ist aber die Mahnung nicht [6]; sie ist nicht gerade bloß bei den zu einem bestimmten Termin geschuldeten Leistungen überflüssig; der gemeinrechtliche die letzteren als Ausnahme darstellende Satz dies interpellat pro homine entspricht nur dem justinianischen Recht. Auch daß der „Dieb immer in Verzug ist", macht sich nicht als Ausnahme von einer Notwendigkeit der Mahnung, sondern bei der Schadensberechnung der condictio furtiva geltend (Ulp. D. 13, 1, 8, 1). Da der Gläubiger durch den Verzug nicht leiden soll, werden in bonae-fidei-Klagen auf vertretbare Sachen Verzugszinsen berechnet (Marci. D. 22, 1, 32, 2). Für Früchte gibt es füglich keine Regel [7]; Fideikommisse und später auch Legate bringen Zinsen und Früchte (Gai. D. 2, 280; Paul. 3, 8, 4).

§ 91. Gläubigerverzug [8]. Umgekehrt darf es niemals zum Schaden des Schuldners gereichen, wenn es „am Gläubiger liegt", daß der erstere nicht leisten kann. Wirklich selbständige Bedeutung hat aber nur der Fall, daß der Gläubiger ein gehöriges — durchaus nicht immer ein „reales" — Angebot nicht annimmt (Marc. D. 46, 3, 72 pr.). Holt er bei Holschulden trotz Aufforderung die Ware nicht ab oder weist er sonst die Leistungsofferte ab, so ist er ohne weiteres in Annahmeverzug, er habe denn besondere Entschuldigungsgründe (sine iusta causa, Marc. a. O.), wofür die Quellen übrigens kein Beispiel nennen. Der Schuldner wird nun von seiner Haftung für Zufall und selbst Fahrlässigkeit (Pomp. u. Paul. D. 18, 6, 18; 5) befreit. Der Ver-

---

[1] Ao. leg. Aquiliae: Cels.-Marc.-Ulp. D. 9, 2, 11, 3; Transport: Paul. Note zu Lab. D. 14, 2, 10, 1 (s. oben); bonae fidei possessor hereditatis nach der Litiskontestation: Cass.-Paul D. 5, 3, 40 pr.; die Darstellung bei Windscheid § 258 N. 15 bedarf dringend einer Revision.

[2] Für jenes: Paul. D. 17, 1, 26, 6. 7; Jul.-Afr. D. 47, 2, 62, 5 (stark itp.); Impensen: D. 47, 2, 62, 1 (Fiduzia), Paul. a. a. O. (Mandat), Paul. D. 13, 6, 22 (Kommodat). Sämtlich in den echten Teilen, s. Eisele, Arch. ziv. Prax. 84, 319; Pernice 2, 2, 227; Segrè, St. Fadda 6, 345. 353.

[3] Paul. D. 19, 1, 45, 1, Schluß itp. (Haymann, Haftung des Verkäufers 68). Anders der Fall in D. 9, 2, 9, 4.

[4] v. Madai, Die Lehre von der Mora 1837; Wolff, Z. L. v. d. Mora 1841; Fr. Mommsen, Beiträge 3 (1856); Kniep, Die Mora des Schuldners 1871/2; Pernice, Lab. 2, 2, 132; E. Heymann, Festgaben für Cnneccerus (1913) 15—45.

[5] Wir sagen: „infolgedessen" (§ 89); so aber wohl auch die letzten Klassiker; Pernice 138—142 dürfte zu viel Itp. annehmen.

[6] Dies alles nach Siber, ZSavSt. 29, 47.

[7] Zu Paul. D. 22, 1, 38 Segrè, Studi Brugi S. A. 7.

[8] Kohler, Jh. J. 17 (1879) 261; ArchBürgR. 13, 149; v. Schey, Begriff und Wesen der Mora creditoris 1884.

käufer darf sogar den nicht abgeholten (tollere) Wein aus den Fässern ausfließen lassen, nach einer Lehre des Sabinus, die Ulpian D. 18, 6, 1, 3 einschränkt, und die verkauften Möbel auf die Straße stellen (Alf. Paul. D. 18, 6, 13. 15), was indessen im Süden nicht besonders auffallend ist. Verallgemeinerungen sind eben offenbar den Römern selbst nicht sympathisch, wie für das Damnationslegat von Wein Pomp. D. 33, 6, 8 (echt) zeigt. Der Gläubiger hat die Kosten der Aufbewahrung zu ersetzen (Ulp. a. O. u. D. 19, 1, 38, 1); gegen Selbsthilfeverkauf (D. 18, 6, 1, 3 [itp. ? P. Krüger) durfte er sicherlich auch nichts einwenden. — Kommen Schuldner und Gläubiger nacheinander in Verzug, so wird der vorangegangene Verzug in der Regel durch den nachfolgenden getilgt (Cels.-Jul.-Paul. D. 45, 1, 91, 3; Pomp. D. 18, 6, 18).

§ 92. **Gegenseitigkeit der Leistungen.** Für uns versteht sich von selbst, daß wer in gegenseitigen Verträgen nicht leistet, auch die Gegenleistung nicht erlangt. Es fragt sich, wie weit die Klassiker diese Folgerung aus der Gegenseitigkeit gegenüber der prozessual gegebenen Selbständigkeit der actiones emti und venditi, locati und conducti durchgeführt haben. In den Quellen ist ihre Darstellung durch das halb wahre, halb verzerrte Justinianische Synallagma verdunkelt. Immerhin zeigt sich eine Reihe von Gedanken, die zum richtigen Ziele streben. Aber augenblicklich läßt sich darüber nur mit dem größten Vorbehalt reden. Ein sehr alter Ansatz geht aus der Natur der alten Verkehrsakte als Bargeschäfte hervor; nach der Auflösung des die Erfüllung einschließenden Naturalgeschäftes in Vertrag, Leistung und Gegenleistung ist dort, wo der Vertrag allein überhaupt Bindung verschafft — wie der Kauf schließlich in Rom —, eine gewisse Verknüpfung der Leistungen natürlich. So stößt, wie es scheint, der Käufer, der die Ware verlangt, auf ein pfandrechtsähnliches Zurückbehaltungsrecht des Verkäufers (Ulp. D. 19, 1, 13, 8 Schlußsatz), das er nur durch Kaution abfinden kann, wie ein Pfandrecht[1]. Auch dem aus Stipulation klagenden Auktionator steht eine exceptio des Inhaltes entgegen, daß der Käufer nur dann verurteilt werden soll, wenn die gekaufte Sache tradiert ist (Gai. 4, 126 a); ähnliche sonst gegen Stipulationsklagen (Jul. D. 19, 1, 25, Len. 713). Hindert den Verkäufer oder Vermieter Enteignung an der Übergabe (D. 19, 2, 33), schlägt ein Privileg die Kaufpreisschuld nieder[2], so entfällt die Gegenleistung. Ja, die Vorleistung des Verkäufers durch Tradition war gerade in älterer Zeit durch die Preiszahlung aufschiebend bedingt (J. 2, 1, 41); doch wurde dieser gesetzliche Eigentumsvorbehalt praktisch durch die übliche Stipulation des Kaufgeldes aufgehoben (fidem sequi) und durch sonstige Garantien ersetzt, im 2. u. 3. Jahrh. spielt er keine Rolle.

Ein naturwüchsiger Grundsatz verknüpft auch die Gewährpflichten, die dem Kaufvollzug folgen, mit der Preiszahlung. So hängt die Haftung wegen Eviktion aus Manzipation und Stipulation von der Preiszahlung ab (Paul. 2, 17, 1; Ulp. D. 19, 1, 11, 2); die Preisforderung umgekehrt von der Eviktionsgarantie, und entfällt, wenn dem Käufer schon evinziert ist oder auch nur ein Eviktionsprozeß im Gang ist (Pap. Vat. 12), sowie wenn der Käufer wandeln darf (Paul. D. 44, 4, 5, 4).

Lediglich die Kehrseite des Verschuldensprinzips ist es nun, wenn der Schuldner durch unverschuldete dauernde Hindernisse der Leistung befreit wird. Daß er seinerseits die Gegenleistung einbüßt, soll nach bisheriger Meinung beim Kauf nicht römischer Grundsatz sein. Nach Just. J. 3, 23, 3 geht mit dem Vertragsschluß Gefahr und Nutzen der Sache auf den Käufer über (periculum und commodum emptoris). Wie indessen die Klassiker dies verstanden haben mögen, ist noch nicht genügend erörtert. Folgende Beobachtung dürfte sich aufdrängen. Daß der Käufer den Preis zahlen muß, ist sehr erklärlich bei inneren Veränderungen, wie Weinverschlechterung (Pap. Vat. 16; Alex. C. 4, 48, 2)[3] und Tod des Sklaven (Paul. D. 18, 1, 34, 6; Diocl. C. 4, 48, 6); die Verbesserung der Sache und der natür-

[1] Dies will Partsch in einem künftigen Werk nachweisen.

[2] Lab. D. 19, 1, 50. Dazu Cornil, Nouv. rev. 25 (1901) 136; 526; Brini, Mem. Acc. Bologna, sez. giur. 6 (1911/12) 23. Letzterer nimmt mit Recht an, daß Lab. von der Cessio bonorum ex lege Julia sprach.

[3] Diese Gefahr wegen des Sauer- und Kahnigwerden des Weines wird übrigens wesentlich eingeschränkt und geregelt durch die usancegemäße Probe, degustatio Cato r. r. 148; Gai. D. 18, 6, 16; Ulp. D. 18, 6, 4, 1. Goldschmidt, HandR. 1, 73; Bechmann, Kauf 2, 537; Ehrlich, St. Scialoja 2, 737.

liche Zuwachs[1] kommt ihm ebenso zugute. Unverständlich wäre das Periculum emptoris bei von außen kommenden zufälligen Ereignissen, und in der Tat ist es sowohl Jul.-Afr. D. 19, 2, 33 als Alf.-Paul. D. 18, 6, 13; 15 bei behördlichen Eingriffen unbekannt: wird das Grundstück enteignet, oder das Möbel vom Ädil ohne Verschulden des Verkäufers vernichtet, so schuldet der Käufer nicht den Preis[2]. Für Diebstähle steht der Verkäufer ohnedies ein. — Der aufschiebend bedingte Kauf hat, da er erst mit dem Eintritt der Bedingung rechtens zustande kommt, die große, aber nur die eine Besonderheit, daß vorheriger gänzlicher Untergang des Objekts diese Perfektion und daher den Kaufpreisanspruch vereitelt (Paul. D. 18, 6, 8; Pap. Vat. 16).

Bei den Mietverträgen folgt die strenge Gegenseitigkeit schon daraus, daß jeder Vermieter das Entgelt, gleichviel wann es zahlbar wird, nur für jeden Augenblick des gewährten Nutzens (frui licere) oder für das geleistete Werk bezieht (z. B. D. 19, 2, 9, §§ 1. 4. 6). Daher genießt der Pächter einen Nachlaß am Pachtgeld wegen eines durch unwiderstehliche äußere Ereignisse (Servius), durch höhere Gewalt (Gaius) verursachten Mißwachses, während er die Schäden ex ipsa re dem Sinn des Vertrages gemäß trägt (D. 19, 2, 15, 2—5; 25, 6). Doch erleidet bei Dienst- und Werkverträgen der Grundsatz wichtige Billigkeitsausnahmen zugunsten der Arbeit. Nach allmählicher Entwicklung treffen den Besteller eines Bauwerks auf seinem Boden nicht nur die Schäden, die durch die Beschaffenheit des Bodens verursacht werden (Jul.-Afr. D. 19, 2, 33), sondern auch die von außen kommende Vernichtung des unfertigen oder noch nicht abgenommenen Werkes[3]. Bei der Dienstmiete aber wird in der Severenzeit der Grundsatz geradezu umgekehrt. Der Lohn ist zu zahlen, wenn die Vereitlung der Dienste nicht in der Person des Arbeiters liegt (D. 19, 2, 19, 9 u. 10 = 1, 22, 4 [Tod des Bestellers]; 19, 2, 38 pr.). Hier behandelt eine nicht durch den Zwang der Unmöglichkeitslehre gehemmte Interessenwertung die außerhalb der Sphäre des Arbeiters liegenden Hindernisse als ihm nicht zumutbar[4].

§ 93. Schadensersatz[5]. Als Folge der Haftung gilt nach gemeinem Recht der Schadensersatz, verstanden als Geldersatz für diejenige Minderung des Gläubigervermögens, die zufolge der schädigenden Tatsache eingetreten ist. Unter den Klassikern hat wohl erst Paulus (z. B. D. 46, 8, 13 pr.) diesen verfeinerten Schadensbegriff. Die Bemessung der Litis aestimatio richtet sich nach den einzelnen Gesetzen, Edikts- und Formelbestimmungen und Juristenlehren, erfolgt auch nach verschiedenen maßgebenden Zeitpunkten. Bei Kauf und Miete, wo das quidquid dare facere oportet ex fide bona die freieste Ausrichtung der Verurteilung ermöglicht, drängt sich doch immer der Gedanke an das Äquivalenzverhältnis auf, der seit der Zeit der Bargeschäfte niemals zu herrschen aufhört. Die Kaufklage geht z. B. nach Eviktion auf Rückerstattung des Kaufpreises, allerdings bald dazu auf Ersatz der vom Käufer an der entwerteten Sache angebrachten Verbesserungen (quanti eius interest rem evictam non esse), aber erst nach Paul. D. 19, 1, 43; 45 pr.; 21, 2, 70 unter Abzug von Verschlechterungen. Die Klagen aus Kauf und Miete gehen häufig auf ein Rückgängigmachen der Geschäftsverwirk-

[1] Fr. Mommsen, Erörterungen 1 (1859).

[2] D. 18, 6, 8 a. Anf. und D. 47, 2, 14 pr. a. E. sind nahezu sicher unecht. C. 4, 48, 1 bezieht sich auf Rechtsmängel, Vat. 23 (= C. 4, 48, 5?) ist lückenhaft. Die übrigen Stellen sind vieldeutig. Beziehen sie sich auf erfolgte Manzipation oder Tradition? (D. 18, 6, 8 u. 10?) oder verneinen sie nur die „Haftung" (teneri) des Verkäufers auf mehr als die Preisrückzahlung (D. 18, 5, 5, 2?; D. 18, 6, 12?, vgl. D. 19, 2, 33), unterscheiden sie zwischen den einzelnen Ereignissen? Periculum ist ein sehr vieldeutiges Wort. Alle diese Unsicherheiten verlangen eine neue textkritische Untersuchung. Unhaltbar ist m. E. die Leugnung des Periculum emtoris durch Arnò (zuletzt in Mél. Fitting 1, 2; St. Brugi); aber auch die Ansicht F. Schulz', Kr. Vjschr. 3. F. 14, 45, wonach der Käufer gerade die Gefahr des höheren Zufalls tragen soll.

[3] D. 19, 2, 62; 59; 37; 36 — im Gegensatz zu Stipulation und Damnationslegat, D. 45, 1, 15. Dagegen mag die obige Entscheidung der l. 33 alt sein.

[4] Vgl. Strohal, Jh. J. 33, 386; Oertmann, Grünhuts Z. 24, 1. Crome, System 2, 695 glaubt das römische System im BGB. angenommen.

[5] Fr. Mommsen, Beiträge z. Obl.-R. 2 (1855). Cohnfeldt, D. Lehre v. Interesse (1865). Rabel, Haftung des Verkäufers 153. — Oertmann, Die Vorteilsausgleichung beim Schadensersatzanspruch 1901.

lichung [1] — also Rücktritt, nicht die heute beliebte unsinnig berechnete Bereicherung. Andererseits sind die Spätesten, die erst zum „Interesse" in unserem Sinn gelangen, bedacht, den Ersatz nicht unmäßig auszudehnen; der Kausalzusammenhang wird nicht über die unmittelbaren Folgen hinaus verfolgt (Paul. D. 19, 1, 21, 3 [merito — oportuit gloss.?]; Hermog. D 18, 6, 20) — immerhin besser als die mechanische Grenze des doppelten Entgelts unter Justinian C. 7, 47, 1, 1, viele spätere Versuche der Begrenzung und gar die Grenzenlosigkeit im BGB.

Die Entscheidungen Julians und seiner Anhänger führen anscheinend auf den sog. Vertrauensschaden [2]. Der Betrüger haftet auf das, was dem Gegner „daran liegt, nicht betrogen zu sein". Allein es ist mehr als fraglich, ob damit das „negative" vom „positiven" Interesse geschieden sein soll. Justinian hat in dem Bestreben, den Betrug möglichst scharf zu strafen, die Quellen überarbeitet, aber die alte Praxis selbst ist wohl so gut wie die deutsche bis auf Jhering und noch heute die ausländische über jenen Gegensatz in einer glücklichen Unwissenheit oder aber wie selbst gegenwärtig das Reichsgericht gar nicht geneigt, aus doktrinären Bedenken den durchaus praktischen Grundsatz aufzugeben, daß man den betrügerischen Versprecher bei seinem Worte festhalten darf.

D. Erlöschen.

§ 94. Die Haftung wird durch bestimmte Aufhebungsgründe „gelöst" — solutio im alten Sinn, woran sich gelegentlich Paul. D. 46, 3, 54 erinnert —, während andere Gründe nur die Klage durch Einrede entkräften (liberatio ope exceptionis). Der normale Tod der Obligation ist die **Erfüllung** [3], die Leistung dessen, was geschuldet ist, das solvere pecuniam, rem. Wer es den Gläubiger bekommen läßt, ist gleichgültig (Gai. D. 3, 5, 38), wenn es nur eben die richtige Leistung ist; setzt sie persönliche Eigenschaften des Schuldners voraus, so kann ein Dritter sie nicht erbringen (Ulp. D. 46, 3, 31.).

Die spätklassische Lehre legt auch bereits mit den Sabinianern (Gai. 3, 168) der vertragsmäßigen Hingabe eines aliud pro alio, d. h. eines anderen als des geschuldeten Gegenstandes, an Erfüllungsstatt [4] volle Tilgungskraft bei. Der Schuldner haftet wegen Eviktion mit einer Klage, die die Kompilation der actio empti analog setzt (C. 8, 44, 4 u. a.), sicher nach Marcian D. 46, 3, 46 pr. aus der alten Obligation.

§ 95. Schuldbefreiungsverträge. Die Anerkennung der natürlichen Erfüllung widerspricht bereits der altertümlichen „Korrespondenz der Akte", wonach formale obligierende Verträge durch entsprechende formale Gegenakte aufgehoben werden müssen [5]. Man benutzt nun die Tilgungskraft der letzteren zum Erlaß, d. i. Befreiung des Schuldners ohne Befriedigung des Gläubigers: die Solutio per aes et libram für Urteils- und Judikatsschulden (Gai. 3, 173, 175); die Gutbuchung (expensilatio) für Literalschulden (Plin. 2, 4, 2; vgl. Pap. Vat. 329); die quittierende Gegenstipulation (acceptilatio) für Stipulationsschulden (Gai. 3, 169). In eine Stipulation kann man aber vorher jede andere Schuld novieren (Gai. 3, 170), und nach dem Formular des Aquilius Gallus verwandelt man dahin bei Abrechnung alle Forderungen, um sie durch die Akzeptilation als Generaldecharge zu tilgen (Flor. D. 46, 4, 18, 1). Genau ebenso dienen der hellenistischen Praxis die fiktiven Quittungsurkunden [6].

---

[1] Z. B. D. 19, 1, 11, 3 (dazu Pernice, Lab. 2, 1, 180); eod. § 6 (dazu Partsch, Gött. Gel.-Anz. 1911, 723); 19, 2, 19, 6; 33.

[2] So Haymann, Haft. d. Verk. 59. Für Paulus vgl. oben § 74.

[3] P. Kretschmar, Die Erfüllung 1906. Zu D. 46, 3, 91 Manenti, Bull. 23, 29.

[4] Römer, Die Leistung an Zahlungsstatt 1866; Polacco, Della dazione in pagamento 1888. Über Eviktion Rabel, Haft. d. Verk. 1, 113—5 (D. 13, 7, 24 pr. itp.); anders Ferrini, Pand. 626 N. 3. [Soeben Nov. 1914 erscheint H. Steiner, Datio in solutum.]

[5] Pomp. D. 46, 3, 80; Gai. D. 50, 17, 100; Ulp. D. 50, 17, 35. W. Leist, Über die Wechselbeziehung usw. 1876. P. Kretschmar, Theorie der Konfusion (1899) 11. Mitteis, PR. 1, 273 u. Zit. Beachtlich widerspricht H. H. Pflüger, Nexum und Mancipium (1908) 41.

[6] Oben § 66. — Auf Akzeptilation bezog Mommsen, Jur. Schr. 3, 241 (ex 1877) die dunkle Klausel ex interrogatione facta tabellarum signatarum in den pompeianischen Wachstafelquittungen Bruns [7] S. 358 f. (auf Außenschriften im subjektiven Stil, die damit auf die als römischen Beweisurkunden gefaßten Innenschriften hinweisen). Dag. Erman, Zur Gesch. der röm. Quittungen und Solutionsakte (1883); ZSavSt. 20, 193. 203.

Neben diesen zivilen Schuldbefreiungsverträgen macht sich in zunehmendem Maße der formlose geltend, der als Pactum de non petendo [1] vom prätorischen Edikt de pactis geschützt wird (§ 61). Damit ist Vergleich, Erlaß und Stundung möglich. Der Erlaß steht unter wesentlich moderneren Grundsätzen als die Akzeptilation, was die Juristen bei vielen Gelegenheiten ausführen. Der Vergleich (transactio), der gegenseitige Vertrag, wodurch zwei Parteien einen ungewissen Rechtszustand (rem dubiam) durch Vereinbarung wechselseitiger Zugeständnisse beendigen (Ulp. D. 2, 15, 1; Gord. C. 8, 42, 6), ist Gegenstand besonderer Erörterungen und auch gesetzgeberischer Maßnahmen. Eine Klage entsteht aus der üblichen begleitenden Stipulation (Paul. 1, 1, 3); aber auch ohnedies ist eine actio im J. 230 bezeugt (C. 2, 4, 6, 1), die bei Just. a°. praescriptis verbis heißt. Natürlich fallen unter die Einredewirkung auch einverständliche Aufrechnung von Forderungen und Feststellung eines Überschusses durch Abrechnung; dazu kommen aber scharfe Klagen aus dem Konstitutum (§ 97) oder aus einer Stipulation, welch letztere man auch in Ägypten zu den dort üblichen Saldo- oder Stundungsverpflichtungen in Form fiktiver Darlehensscheine fügt.

Der Kaufvertrag, für den es feststeht, aber offenbar alle formlos eingegangenen Verträge können formlos aufgehoben werden (contrarius consensus), solange kein Teil geleistet hat (Paul. D. 18, 5, 3 u. a.); andernfalls sucht man der Sachlage doch noch gerecht zu werden [2].

§ 96. Novation [3] ist nach der berühmten Definition Ulpians D. 46, 2, 1 pr. „die Umgießung und Übertragung einer Schuld in eine andere Obligation, d. i. indem aus der alten Causa eine neue derart gebildet wird, daß die frühere untergeht". Vorausgesetzt, daß der Erläuterungssatz echt ist, so führt es doch irre, auf ihn Gewicht zu legen und dabei „Causa" als „materiellen Rechtsgrund" zu verstehen. Ist das alte Schuldverhältnis durch seinen Grund rechtlich charakterisiert („kausal"), z. B. Kauf, Darlehen, so wird er nicht zerstört, sondern macht sich auch nach der Novation geltend, und wäre es nur durch die Exceptio doli. Ist umgekehrt schon die alte Schuld „abstrakt", so wird die neue nicht „aus" ihr gebildet. Die Definition, die nicht allzusehr gepreßt werden darf — causa ist wohl „Rechtslage" —, erhält vielmehr ihren guten Sinn durch die Bedeutung der obligatio. Die Novation ist immer, auch wenn ein Praes oder Vindex für einen Hafter eintrat, Begründung einer Haftung gewesen, welche die bis dahin bestehende Haftung beendigt und ersetzt. Für die Begründung persönlicher Haftung ist nun die Stipulation die Hauptform. Zumal wenn es wahr ist, daß die Stipulation von Haus aus Treugelöbnis ist und daß sie als Bestärkung kausaler Geschäfte entstand (Mitteis, PR. 272), so konnte die Novationsstipulation den Römern gar kein Problem sein; von Novation war hauptsächlich dann zu sprechen, wenn schon vor der Stipulation eine Haftung jemandes bestand, jede Stipulation aber goß „die alte Schuld (debitum) in eine neue Haftung (obligatio)"; Ulpians erster Satz, den er sich übrigens nicht erfunden haben wird, könnte wörtlich auf das ältere Recht passen.

Aber die Vorgeschichte bleibe dahingestellt. Im gemeinen Privatrecht der Kaiserzeit ist Obligation jedenfalls von Haftung begleitete Schuld, „Schuldpflicht", Novation die Ersetzung dieser Schuldpflicht durch eine neue, ohne daß der wirtschaftliche Hintergrund in irgendeinem Falle verändert wird. Die novierende Stipulation verhält sich zum Gesamttatbestand immer noch genau so, wie jede Stipulation, indem sie eine einzelne Schuldpflicht aus ihm juristisch bis zu einem bestimmten Grade herauslöst. Die Abstraktheit braucht Ulpian daher nicht zu betonen.

---

[1] Rotondi, Di alcune riforme giust. rel. al pactum de non petendo, Perugia 1913 weist nach, daß die Einteilung in pactum in rem und in personam im wesentlichen unecht ist. — Bertolini, Della transazione, Tor. 1900; Appunti did. (1908) 997; Pernice, Lab. 3, 91 N. 4.

[2] Näheres etwas zweifelhaft. Ferrini, Pand. 647; Perozzi, Stud. Schupfer 1, 175; Obblig. rom. 74 N. 1; Costa, Storia 434 N. 2.

[3] v. Salpius, Novation und Delegation (1864); Regelsberger, Kr. Vjschr. 28, 377; Salkowski, Z. L. v. d. Novation 1866; Gide, Etude sur la novation et le transport des créances 1879; Fadda, Sulla dottrina della novazione 1880; Hruza, Z. L. v. d. Nov. 1881; R. Merkel, Der römischrechtl. Begriff der Novatio 1892; Blume, Nov., Delegation und Schuldübertragung 1895; Last, Grünhuts Ztschr. 37 (1910) 451; Lit. zu § 70.

Was die Form der novierenden Stipulation angeht — von der Dictio dotis ist nichts Besonderes, vom Litteralvertrag nichts Sicheres zu sagen —, so wäre es bei dem Mechanismus der römischen Formalgeschäfte sehr seltsam, wenn eine Stipulation, die eine frühere Bindung aufhebt, dies nicht anzuzeigen brauchte — z. B. C. mihi dare spondes, die angebliche „reine" oder abstrakte Novation. Wer „idem" promittiert, wird Bürge, wem idem promittiert wird, Adstipulator. Zwei Stipulationen derselben Sache hintereinander würden dem Gläubiger die Wahl zwischen zwei Forderungen lassen[1]. Also muß die Stipulation auf die Novationswirkung hinweisen. Daß sie dies regelmäßig bloß so tut, daß versprochen wird, „was aus dem und dem Grunde dem X. vom Y. geschuldet wird", oder noch kürzer — das beruht vielleicht gerade auf einem alten Formular, das auf die ehemals sehr häufigen haftungslosen Schulden paßte und für sie die erste Haftung herstellte. Jedenfalls eignet es sich noch weiter für sie, man kann auch Schulden novieren, wo eine zivile Obligation nicht besteht (Ulp. D. 46, 2, 1, 1) oder wegen Bedingung noch nicht besteht oder wegen Termins noch nicht die actio besitzt (Ulp. ebd. 8, 1; D. 2, 15, 4). Erst mit dem Zerfall der Stipulationsformen erlangt dann die Interpretation aus dem Willen der Parteien eine Bedeutung, die unter den Severen schon beträchtlich sein dürfte, unter Justinian aber allein entscheidet (C. 8, 41, 8 und Itp.), so zwar, daß nun die Vermutung gegen den Animus novandi spricht.

Die Novation dient zum Wechsel des Gläubigers oder Schuldners oder „zwischen denselben Personen" zur Änderung des Gegenstandes, des Leistungsorts, der Leistungszeit, Neuaufnahme oder Streichung einer Bedingung oder eines Termins, oder nur zur Ersetzung der kausalen Obligation durch die stipulationsmäßige, sei es um auf ihr weiterzubauen — z. B. eine sponsio, eine acceptilatio —, sei es der Vererblichkeit oder lediglich der relativen Abstraktheit wegen. „Etwas Neues" (aliquid novi) ist nötig (Gai. 3, 177); doch wahrscheinlich, nur weil sonst etwas Unnützes geschähe.

Immer erlischt die alte Obligation, daher auch Verzug und Haftung der Pfänder und Bürgen (Paul. D. 46, 2, 18). Sofern aber die novierende Stipulation auf die alte Schuld Bezug nimmt, bleiben genau in dem Maß, wie sie es tut, die Einreden erhalten: wenn sich also beim Wechsel des Schuldners der Gläubiger vom neuen Schuldner versprechen läßt: quod ille debet dari sibi (vgl. D. 46, 2, 34, 2; 45, 1. 75, 6) die Einreden aus dem gedachten, dem Valutaverhältnis; und wenn sich ein neuer Gläubiger vom Schuldner versprechen läßt: „quod Titio debes id mihi dari spondes" (vgl. Ulp. D. 46, 2, 8, 5), die Einreden aus dem Deckungsverhältnis. Die übrigen Mängel des alten Verhältnisses gehen den Gläubiger nichts an: suum recipit (Paul. D. 46, 2, 12; 44, 4, 5, 5 u. a.). Anders, wenn der Neuschuldner verpflichtungsunfähig oder die Neuschuld selbst durch die alten Mängel abermals getroffen wird (exco. SCi. Vellaeani, Paul. D. 46, 2, 19, etwas anders Marcell. D. 16, 1, 8, 2); ferner wo die mit schärfster Wirkung verbotene Schenkung zwischen Ehegatten aus der Causa heraus das Vollzugsgeschäft ergreift (D. 24, 1, 5, 3, u. 4; 39); endlich gegenüber einem Neugläubiger, der vom alten Gläubiger durch die Stipulation des Schuldners beschenkt wird (Jul. D. 44, 4, 7, pr.; 39, 5, 2, 3), weil er beim unentgeltlichen Erwerb nicht im materiellen Sinn suum empfängt[2].

---

[1] Nicht dagegen D. 45, 1, 25; 29 pr. „Wer zweimal dasselbe verspricht, haftet nur einmal" (Pomp. D. 45, 1, 18) ist kein allgemeiner Grundsatz, sondern steht mit D. 21, 2, 32, 1 im Gedankenzusammenhang, Lenel, Pomp. 566; Debray, Nouv. rev. 1910, 558, besagt aber nicht einmal da, daß die zweite Stipulation ungültig sei, was Girard, Man. 693 N. 1 u. Zit. annehmen und zur Grundlage der Novationstheorie machen. Im Gegenteil hebt eine Novationsstipulation die alte auf, selbst wenn sie selber ungültig ist, Gai. 3, 176, durch Unaufmerksamkeit erhalten in J. 3, 29, 3, abgeschwächt in D. 46, 2, 1, 1, s. Alibrandi, Bull. 24, 177. Über D. 45, 1, 58 s. Ferrini, Pand. 639. Die ganze Novationslehre bedarf neuer Prüfung.

[2] Hierzu und zu D. 44, 4, 7 § 1 und 39, 5, 2, 4, wo Mängel zugleich im Valuta- und Deckungsverhältnis bestehen, vgl. Last 464. 478. — Alles Vorstehende ist durchaus bestritten, vgl. Windscheid, Pand. 2, § 355, 1 a, ebenso die Frage, welche Bereicherungsklage der seiner Einrede beraubte Schuldner gegen den Anweisenden hat. Insbes. s. zu D. 46, 2, 12 Bernice, Labeo 3, 204; v. Mayr, ZSavSt. 24, 269; 25, 225; zu D. 46, 2, 19 Rappaport, Die Einreden aus dem fremden Rechtsverhältnis (1904) 122; Pflüger, Condictio und kein Ende 87; Debray, Mél. Girard 1, 285; zu D. 44, 4, 5, 5 Grabenwitz, Mél. Gérardin 291; Mitteis, Privatr. 166 N. 56; Pflüger a. a. O. 83.

Die durchaus verwandte Schulderneuerung durch den Litiskontestationsvertrag wissen die Römer selbst von der echten Novation zu unterscheiden [1]. Beiden verwandt ist die Ablegung des sog. freiwilligen Prozeßeides in iure über das Bestehen einer Forderung, von welchem Schwur ab der Prätor nur noch darüber prozessieren läßt, ob geschworen sei [2].

§ 97. Hingabe einer Forderung an Erfüllungsstatt und erfüllungshalber. Wenn A. dem B. 1000 schuldet und B. dem C. 1000, und auf Anweisung des B. der A. dem C. mit novierender Stipulation 1000 verspricht, so gehen die bisherigen beiden Obligationen B. gegen A. und C. gegen B. unter. Daß A. gegenüber B. befreit wird, beruht entweder auf einem Gläubigerwechsel oder auf der Delegation, die als Ermächtigung (iubere) wirkt. Daß aber der Altgläubiger B. von seiner Schuld gegen C. befreit wird, kann unmöglich selbständige Wirkung der Anweisung sein, sondern nur ihrer Ausführung durch Schuldnerwechsel. Wenn man also in dieser Anwendung sagt: Solutionis vicem continet delegatio [3], oder modern „solvit et qui eum delegat", so ist gemeint, die Novation stehe der Zahlung gleich.

Aber auch dies ist dem Neugläubiger abträglich, wenn er schließlich keine Befriedigung erhält, das moderne Recht sagt daher: Anweisung ist keine Zahlung, sie geschieht nur zum Versuch der Eintreibung, erfüllungshalber. Man rechtfertigt den römischen Satz mit der Erwägung, daß der antike Gläubiger gern die Stipulation eines Bankiers statt einer Geldsumme annahm, die er selbst nicht sicher verwahren konnte [4].

Daneben hat es aber genug Mittel gegeben, um dem Gläubiger eine neue Forderung bloß erfüllungshalber zu geben. Der Dritte kann sich dem Neugläubiger auch mit Stipulation ohne Novationsklausel verpflichten (schwerlich als nachträglich eintretender Korrealschuldner, D. 45, 2, 3 pr. itp.? Eis.-Kr.); und der erstere darf je nach dem pactum mit dem Deleganten auf die Forderung gegen diesen zurückgreifen (arg. D. 2, 14, 30, 1). Der Delegant kann mit Mandat die Novation auf seine Gefahr nehmen (J. 3, 26, 2). Speziell aber das vermutlich aus dem hellenistischen Verkehr stammende, prätorisch geregelte Receptum argentarii [5] wirkt ähnlich wie heute eine Wechselhingabe im Zweifel wirkt. Der Bankier verspricht formlos für einen Kunden, meist indem er dessen Anweisung folgt, zu zahlen; seine Verpflichtung bindet ihn ohne Rücksicht auf zugrunde liegende Schuldverhältnisse (Pomp., Ulp. D. 13, 5, 27) und tilgt nicht eine etwa unterliegende Schuld des Kunden. Die Hauptaufgabe dieser bequemen Bankiergarantie ist wohl die einer kumulativen Schuldübernahme, nicht einer Bürgschaft.

Auch das Konstitut [6], die vertragmäßige Festsetzung, daß man eine bestimmte Schuld zahlen werde, verschafft dem Gläubiger zu der alten eine zweite Klage, ursprünglich immer gegen den alten Schuldner selbst, späterhin auch gegen einen das Zahlen für einen anderen zusagenden Garanten. Die prätorische, durch eine Strafstipulation des halben Streitwerts verschärfte Klage unterscheidet sich von der aus receptum mannigfach, namentlich durch das wesentliche Erfordernis einer Altschuld [7]. Das Konstitut dient der Stundung, auf die sich der Gläubiger einläßt, weil er die scharfe Anerkennung und etwa noch einen Garanten erhält, nur in zweiter Linie reinen Bürgschaftszwecken.

---

[1] Gai. 3, 180; Ulp. D. 46, 2, 11, 1. Unterschiede: Paul. D. 22, 1, 35; 46, 2, 29; Marcian D. 20, 1, 13, 4.

[2] D. 5, 1, 28, 2; 12, 2, 35, 1; 9, 3. Biondi, Il giuramento decisorio (1913) 41. 43. 141. Diese Schrift ist geeignet, unsere von Demelius, Schiedseid und Beweiseid (1887) begründeten Begriffe vom „Konventional-" und „Zwangseid" sehr wesentlich zu verändern.

[3] Paul. D. 38, 1, 37, 4 (wo von potest ab alles itp. sein dürfte, sachlich der Hinweis auf die Stipulationsform aber zutrifft). Delegation durch den Bürgen an den Gläubiger Jul. D. 46, 1, 18; Paul. D. 17, 1, 26, 2. Vgl. Ulp. D. 50, 16, 187. Len., Ulp. 141.

[4] Lenel, Jh. J. 36, 129.

[5] Lenel, ZSavSt. 2, 62; Ed. § 50; Partsch, ZSavSt. 29, 403; Wenger in Realenz., Receptum argentarii.

[6] Bruns, Z. f. Rechtsg. 1, 28 = Kl. Schriften 1, 221; Lenel, Ed. § 97; R. Leonhard in Realenz., Constituere; Polenske, Festgabe für Brünneck (1912) 143 (abwegig).

[7] Aber nur im Zeitpunkt des Konstituts, Ulp. D. 13, 5, 18, 1; daran knüpft sich vielleicht der Streit ebd. § 3, Seckel, Festschr. für Bekker (1907) 347.

§ 98. Aufrechnung[1]. Unter compensatio versteht Gai. 4, 64—68 die Verrechnung, zu der nach dem Edikt (Lenel § 100) der Bankier gezwungen ist, indem er gegen seinen Kunden aus der laufenden Rechnung nur den Saldo einklagen darf. Ihr ähnelt die deductio, die sich der Ersteher einer Konkursmasse im Prozeß gegen einen Schuldner der Masse gefallen lassen muß, indem dessen Forderungen gegen den Gemeinschuldner abgezogen werden, und zwar auch die ungleichartigen und betagten Forderungen. Außerdem kennt das 1. Jahrhundert nur erst die natürliche Wirkung der Bonae-fidei-Formeln, daß der Richter Ansprüche und Gegenansprüche aus dem in den Streit gezogenen Rechtsverhältnis (ex pari specie) nach seinem Ermessen abzuwägen hat (Gai. 4, 61—63[2]). Ein trotz vieler Bemühungen noch dunkles Reskript von Mark Aurel (J. 4, 6, 30) bahnte mit Hilfe einer exco. doli ein allgemeineres Recht des Schuldners auf Aufrechnung im Prozesse an, im Verfahren vor den kaiserlichen Beamten war die Aufrechnung leicht durchsetzbar (Paul. D. 16, 2, 24 u. a.). Man hat den Eindruck[3], daß in der letzten klassischen Epoche die prozessuale Gegenverrechnung, vielleicht auch schon unter dem Namen Compensatio (Mod. D. 16, 2, 1) allgemein geübt wurde (Paul. S. 2, 5, 3? argentarius?). Das moderne Recht der Aufrechnung hat aber erst Justinian hergestellt, der alles frühere mischt; der aus dem Argentarierrecht stammende[4] Satz: ipso iure compensatur (D. 16, 2, 21; C. 4, 31, 14) mußte dann zu allen Zeiten böses Kopfzerbrechen bereiten. Die Klassiker kennen keine andere Wirkung des bloßen Gegenüberstehens kompensabler Forderungen, als daß nach Kaiserreskripten der Zinsenlauf vom Moment der Kompensationsmöglichkeit ab im Urteil unberücksichtigt bleibt[5].

§ 99. Tod und Capitis deminutio. Ist wirklich das Delikt der älteste Schuldgrund, so müssen die persönlichen Haftungen anfangs passiv unvererblich gewesen sein. Für beides liefert denn auch mit der gesamten Rechtsvergleichung das alte römische Recht Anhaltspunkte. Noch in der Kaiserzeit gehen sämtliche Deliktsklagen als solche nicht gegen die Erben der Delinquenten. Für Vertragsklagen gilt zwar grundsätzlich beiderseitige Vererblichkeit. Jedoch die adstipulatio und die beiden älteren Bürgschaftspromissionen sind höchstpersönlich, was man sich doch wohl als ein Fortleben des alten Prinzips erklären darf[6]. Sonstige Endigungen lassen sich auch aus besonderen Gründen rechtfertigen: es erlöschen Gesellschaft und Auftrag wegen des Treueverhältnisses, und wegen der persönlichen Färbung eines versprochenen Tuns nach der herrschenden Lehre jede stipulatio faciendi, wenn nicht der Erbe des Gläubigers genannt ist[7], ebenso das Einrederecht aus dem pactum de non petendo einschließlich des Schiedsvertrags, mangels einer mentio heredis[8].

---

[1] Brinz, Die Lehre von der Kompensation (1849); Dernburg, Gesch. u. Theorie der Kompensation (1854, 2. Aufl. 1868); Ubbelohde, Über den Satz: ipso iure compensatur (1858); Schwanert, Die Kompensation (1870); Eisele, Die Kompensation (1876); Stampe, Das Kompensationsverfahren im vorjustinianischen Stricti iuris iudicium (1886); Appleton, Histoire de la compensation en droit romain (1895); Jörs in Birkmeyers Enzykl. [1] 129; P. Kretschmar, Entwicklung der Kompensation im röm. Rechte (1907); Naber, Mnemos. 36, 65.

[2] Nur auf Ausschluß solcher Gegenansprüche des Pächters bezieht sich die Klausel „ἀνυπόλογος" in den Papyri, s. Waszynski, Bodenpacht 127 gegen Braßloff, ZSavSt. 21, 362. — Einen angeblichen weiteren Fall: „Impensae necessariae dotem ipso iure minuunt" erklärt Schulz, ZSavSt. 34, 57 als Retentionsrecht.

[3] Bonfante, Istit. 401.

[4] Pernice, Lab. 2, 1, 279; Appleton 122; Lenel, Pal. Paul. 1273; gegenteilig R. Leonhard, Mélanges Girard 2, 100 (schaltet ein: „in bonae fidei iudiciis").

[5] Sev. in D. 16, 2, 11; Alex. C. 4, 31, 4; 5; Philipp. C. 8, 42, 7.

[6] Cuq, Nouv. rev. 1886, 546; Esmein, Nouv. rev. 1887, 48; zu Gortyn IX 24—40 Glotz, Solidarité de la famille 267. — Zweifel bei Mitteis, Festg. f. Bekker 133.

[7] Just. C. 8, 37, 13. Ruggiero, Bull. 15, 21; Material bei Rotondi, Di alc. riforme (oben § 95) 14.

[8] Mitteis, PR. 111; Rotondi a. a. O.

E. Bestärkungen[1].

§ 100. Strafversprechen[2]. Sehr häufig sichert sich der Gläubiger wegen der Zuwiderhandlung gegen Vertragspflichten oder des sonstigen Ausbleibens einer geschuldeten Leistung durch Ausbedingung einer Strafsumme (poena). Besonderes Gewicht legt er hierauf, wenn er kein Geldinteresse hat, z. B. die Leistung an einen Dritten erfolgen soll, oder wenn er keinen Schaden überhaupt oder in der Höhe des Strafbetrags nachweisen kann. Ein solcher Vertrag hat die Form einer kondizionalen Stipulation, z. B. si Pamphilum servum non dederis C dare spondes? Geht diesem Versprechen bereits eine klagbare Obligation voraus, so entstehen zwei Klagen, die an sich häufbar wären; so ist nach einer Doppelstipulation: Pamphilum mihi dare spondes? spondeo. Si Pamphilum non dederis C dare spondes? spondeo mindestens die Grundauffassung, daß beim Verzug des Schuldners sowohl Pamphilus als das Geld, also eine wahre Strafe gefordert werden kann. Die Juristen stellen indessen einen Ausgleich her, nicht sicher ob in allen Fällen, zumal in dem soeben gedachten; jedenfalls wenn die erste Klage bonaefidei-Natur hat, z. B. aus Kauf kommt, indem sie hier die hinzukommende stipulatio poenae als bloße Pauschalierung des Interesses betrachten und wahrscheinlich indem sie nur die Wahl zwischen beiden Klagen zulassen[3]. Außerdem gilt das Strafversprechen als abhängig von der Gültigkeit der Hauptobligation rücksichtlich der Möglichkeit und Erlaubtheit der Leistung (z. B. Ulp. D. 45, 1, 69), natürlich nicht in allem übrigen, da sonst der Zweck meistens verfehlt wäre.

§ 101. Drangabe[4] (arrha) ist bei den Juristen lediglich ein Beweiszeichen für den Abschluß eines Vertrags, insonderheit des Kaufs (Gai. 3, 139). Wenn es in Geld besteht, so ist damit auch ein Teil des Kaufpreises vorausbezahlt, der zurückgefordert werden darf, sobald der Kaufvertrag nachträglich unwirksam wird, sonst natürlich nicht (Diocl. C. 4, 45, 2, 2); ist z. B. ein Ring gegeben, so kann er auch nach Erfüllung des Vertrags zurückverlangt werden (Jul.-Ulp. D. 19, 1, 11, 6 itp.). Bei Säumnis des Käufers geht ihm die Drangabe verloren; insofern ist sie noch immer Einsatz, pignus, wie Plautus den ἀρραβά ν übersetzt. Viel stärker war aber wohl einst und ist stets im griechisch-hellenistischen Kaufrecht die Sicherungsfunktion des ἀρραβών. Weist doch schon der häufig gebrauchte Ring, das Persönlichkeitszeichen, auf eine Haftbarmachung der Person hin. Dort bedeutet mangels eines bindenden konsensualen Kaufvertrags das Geben und Nehmen der Draufgabe einen eigenen Realvertrag, der eine Haftung des Verkaufensollenden und bisweilen auch des präsumptiven Käufers für die künftige Vollziehung des Barkaufs herstellt. Dies wird in den einzelnen Rechten und in der Urkundenpraxis verschieden durchgeführt, auch in den Rechtsbüchern teils (Scaev. D. 18, 3, 6; 8; Carac. C. 4, 54, 1) römisch konstruiert, teils als römische „arrha confirmatoria" behandelt (Diocl. C. 4, 45, 2) und schließlich

---

[1] Hierzu rechnet man auch den promissorischen Eid (darüber bes. Wenger, ZSavSt. 23, 158), der aber nur ausnahmsweise in Rom praktische Wirkung hat (ius iurandum liberti, § 65; C. 2, 27, 1) und das Constitut (§ 97), bisweilen mit wenig Recht auch die recepta argentarii und nautae etc.; eigenartig neuestens Arangio-Ruiz, Le genti 55.

[2] Bertolini in Studi e doc. 15 (1894) 91. 193; Pergament, Conventionalstrafe und Interesse 1896; Sjögren, Über d. röm. Conventionalstrafe und die Strafklauseln der fränkischen Urkunden 1896; Berger, Die Strafklauseln in den Papyrusurkunden 1911; G. Moscati, Studi sulla pena convenzionale Nap. 1912 (mir nicht zugänglich); Partsch, Arch. PapF. 5, 477.

[3] Das Letztere ist nicht sicher, da nach der justinianischen Gestalt der Quellen Jul. D. 19, 1, 28; Ulp. D. 17, 2, 42; 41 nach Anstellung einer Klage die andere auf den noch nicht eingebrachten Rest ihres Petits erhoben werden kann. Die andere Frage betrifft den in späterer Zeit sehr häufigen Fall, daß die Hauptobligation selbst in Stipulation gekleidet ist, wie oben erwähnt. Ob dann stets ein Alternativverhältnis hergestellt wird, oder (so Perozzi, Ist. 2, 138 ohne zwingende Beweisführung) nur bei gerichtlichen Strafstipulationen, (Lab. D. 44, 4, 4, 7)? Just. in D. 45, 1, 115, 2 (quod sine — petatur] verändert das ganze Prinzip zugunsten der Willensauslegung; so weit sind Perozzis Nachweise unbedingt zutreffend. Siber, ZSavSt. 29, 89 scheint dies alles nicht zu beachten.

[4] Ältere Lit. bei Leonhard in Realenz., arrha; Pappulias, Ἱστορικὴ ἐξέλιξις τοῦ ἀρραβῶνος Lpz. 1911; Partsch, Gött. Gel. Anz. 1911, 713 (grundlegend); Calogirou, Die Arrha im Vermögensrecht 1911. Cornil, Mél. Girard 1, 222; Collinet, Etudes 1, 85; Senn, Nouv. rev. 1913, 575; San Nicolò, KritVjschr. 52, 52. Zur arrha sponsalicia oben § 12.

von Just. C. 4, 21, 17 eigentümlich mit dem römischen Kaufrecht verschmolzen (sog. arrha poenitentialis) — natürlich hellenischer Auffassung nachgebend. Indessen ist es auch den Römern des Prinzipats nicht ganz unbekannt, daß aus einer Vor- oder Teilleistung Haftung entstehen soll; dies zeigen der Beginn der Innominatverträge (§ 74) und die pollicitatio (§ 75).

§ 102. **Bürgschaft und Pfand** entstammen aus gleicher Wurzel, sie bedeuten Hingabe einer Person oder Sache zur Haftung. Beide legen in Rom den Weg zu einer bloß sichernden (akzessorischen) Haftung neben dem selber haftenden Schuldner zurück, sie werden aus einem einzigen Befriedigungsmittel eine bloße Hilfe für die tatsächliche Durchsetzung eines persönlichen Anspruchs, und den Juristen des Prinzipats ist etwas anderes als dieses Schlußergebnis kaum noch bewußt. Dem Urkundenstil freilich dürfte noch recht deutlich die Vorgeschichte anzusehen sein; das erklärt sich mit aus dem ständigen Einfluß der viel altertümlicheren Formulare des Ostens. So ist, um nur ein Beispiel zu nennen, das gebräuchlichste Pfand bei den Deutschen und in Ägypten und überall, sobald es sich vom Kauf auf Wiederkauf und der aufschiebend bedingten Übereignung bereits abhebt, doch noch wie diese beiden der Einsatz einer Sache an Stelle des geschuldeten Gegenstands, eine eventuelle Hingabe an Erfüllungsstatt, für den Fall nämlich, daß der Schuldner nicht rechtzeitig leistet, was er schuldet. Der Verpfänder hat keine Zahlungspflicht, er hat nur ein Auslösungsrecht (reine Sachhaftung). Daraus folgt ein Dreifaches. Die Pfandsache fällt nach fruchtlosem Verstreichen der Zahlungsfrist ohne weiteres dem Gläubiger zu (Verfallpfand). Er ist aber damit abgefunden und hat keinen Schuldner, von dem er fordern könnte, was die Sache weniger wert ist als die Schuldsumme (reliquum, ἐκλεῖπον, Ausfall) oder was ihm an Schaden erwächst, weil die Sache untergegangen oder verschlechtert ist (Gefahr, κίνδυνος). Umgekehrt genießt der Verpfänder nicht den Überwert der Sache (superfluum oder residuum, ὑπεροχή, Überschuß). Dies alles spiegelt sich negativ in dem Vertragsstil wieder, wo vor allem der Gläubiger sich besser stellen, den Ausfall und die Gefahren abwälzen will und sich zu diesem Zweck das Recht des Verkaufs für Rechnung des Verpfänders (vendere licere) ausbedingt. Dies geschieht nicht bloß im hellenischen Verkehr, in griechisch gefaßten Pfandverträgen von Römern (BGU. 741), im römischen Fiduziarpactum (Vertrag der Poppaea Note), sondern selbst noch in den üblichen römischen Pfandverträgen des 2. Jahrhunderts [1]: der Gläubiger pflegt sich wegen des reliquum zu sichern, wie Pomp. D. 20, 5, 9, 1 bemerkt, überflüssigerweise. Auch wenn das Nachpfand regelmäßig als Verpfändung des residuum oder dessen quod excedit priorem obligationem (sc.: rei) dargestellt wird (Gai. D 20, 1, 15, 2 u. a.), zeigt sich ein Schritt eben von der Idee des Verfallpfands weg; dieses beschlägt die Sache völlig und macht eine zweite Verpfändung unmöglich; bekommt dann der Verpfänder einen Anspruch auf den Mehrwert, so kann er diesen im voraus verpfänden, noch nicht aber die Sache selbst ein zweites Mal.

Der primitive Charakter trat, wie es scheint, bei den praedes praediaque, den Bürgen und Pfändern für Forderungen des Aerars hervor; aber sie sind im 2. Jahrhundert schon veraltet, der kaiserliche Fiskus bedient sich der Privatrechtsgeschäfte [2] — ein Grund mehr für die ausschließlich zivilistische Darstellung bei den ohnedies stark privatrechtlich orientierten Juristen.

Dabei erscheint nun die persönliche Haftung durchaus in der ersten Reihe, die reale Sicherheit in der zweiten,[3] so sehr, daß z. B. jedes Pfandrecht nach altem Formular und nach der prätorischen Pfandklage (mit der Bedingung nisi eo nomine satisfactum est) durch Bürgenkaution eingelöst werden kann, und daß der Prozeß und die Verwaltung dauernd im ganzen Reich Bürgschaften fordern und nur zur größeren Sicherheit noch Pfänder der Bürgen. Wenn es wahr ist, daß die Bürgschaft uralten, der Realkredit höheren Stufen der Wirtschaftskultur angehört, so zeigen sich die Römer recht konservativ. Aber allerdings, ihr Kreditwesen war wenig ausgebaut, der Bodenkredit weder wirtschaftlich organisiert noch juristisch gesichert.

§ 103. **Bürgschaft**[4]. Die römische Praxis benutzt drei nacheinander in das Rechtsleben eingeführte Formen von Verbürgungsstipulationen: sponsio, fide promissio und fideiussio,

[1] Manigk in Realenz., hyperocha II 1, 4.
[2] Mommsen, Jur. Schr. 1, 357. 369.
[3] de Ruggiero, Studi Fadda 2, 99; Weiß, Pfandrechtl. Forsch. 1, 46. 141.
[4] Zur ältesten (primären) Bürgenhaftung Mommsen, Stadtrechte (1855) 466 = Jur. Schr. 1, 357; Jhering, Geist des röm. R. [4] 3, XII; Mitteis, Festg. f. Bekker 120; PR.

den Kreditauftrag (§ 70) und das Constituere pro alio (§ 97). Einheitlich wird der Bürgschaftsgedanke nicht durchgeführt, doch bilden die drei Stipulationen zusammengefaßt (Gai. 3, 115) die eigentliche Bürgschaftslehre, der das Mandat sachlich (Jul. D. 17, 1, 32 u. a.), wenn auch nicht oft in der äußeren Darstellung angeschlossen wird. Unter den Stipulationen ist die fideiussio die jüngste und bequemste Form, das Mandat aber ist noch schmiegsamer, das Constitut schärfer.

Die stipulationsweise Verbürgung ist stets akzessorisch: verspricht dieselbe Leistung wie die Hauptschuld sie enthält (z. B. idem, abgekürzt id fide tua esse iubes), nicht anderes oder mehr (in aliam, in duriorem causam) bei sonstiger Nichtigkeit (Ulp. D. 46, 1, 8, 7); erfordert das Bestehen der Hauptschuld und begegnet grundsätzlich allen dem Hauptschuldner zustehenden Einreden [1]; verpflichtet den Bürgen wegen Verschuldens des Hauptschuldners, z. B. wegen mora (Paul. D. 22, 1, 24, 1) und geht unter, wenn die Hauptschuld erlischt, sogar im Fall der Litiskontestation (Paul. S. 2, 17, 16). Diese den Bürgen befreiende Wirkung der gegen den Hauptschuldner gerichteten Klage kann auf verschiedene Weise vertragsmäßig beseitigt werden, wodurch zugleich unter Umständen der Gläubiger genötigt werden kann, vor dem Bürgen den Hauptschuldner zu betreiben [2]. Aber gesetzlich ist die Bürgschaft nicht subsidiär. Ja wie es scheint wird sogar beim Kreditmandat (periculo meo credas), wo der Gläubiger von Haus aus auf den Mandator erst zurückgreifen kann, wenn er seinen Schaden aus der aufgetragenen Kreditgewährung erweisen kann, freie Wahl der Einklagung gelassen (Diocl. C. 8, 40, 19); ebenso scheint sich in Ägypten die hellenistische Bürgschaft seit der Verallgemeinerung des römischen Bürgerrechts wie den übrigen römischen Grundsätzen so auch der primären Bürgenhaftung anzupassen [3]. In der nachklassischen Zeit erfolgt freilich der Rückschlag. Hier ist es unter Einwirkung der alten griechischen Vorstellungen die Tendenz der Praxis, dem Bürgen die Zeit zu lassen, daß er den Hauptschuldner zur Leistung heranbringe, bis Justinian die konsumierende Wirkung der Litiskontestation (C. 8, 40, 28) und die primäre Haftung (Nov. 4) aufhebt.

Eine zweite Entwicklung betrifft die Gesamthaftung mehrerer Bürgen. Für die sponsio und fidepromissio in Italien ist schon seit einer republikanischen lex Furia Teilung verordnet, für die fideiussio eine Verweisung des Gläubigers auf die anderen zahlungsfähigen (und anwesenden?) Bürgen („beneficium divisionis") durch epistula Hadriani (Gai. 3, 121), was auch auf mandatores angewendet wird und Just. noch weiter führt und ummodelt.

Endlich wird sehr allmählich für einen Rückgriff des zahlenden Bürgen gegen den Hauptschuldner gesorgt, durch die lex Publilia für den per aes et libram zahlenden sponsor, durch die lex Appuleia für mehrere sponsores und fideipromissores untereinander, falls einer mehr als seinen Teil zahlt, sonst nur durch die Praxis mittels der Mandats-, Geschäftsführungs- und Gesellschaftsklagen; inwiefern der Bürge den Gläubiger zwingen konnte, ihm die Klagen gegen den Hauptschuldner und Mitbürgen abzutreten, ist nicht ganz klar [4].

Während die beiden älteren Stipulationen nach der lex Furia bloß zwei Jahre gültig bleiben und mit dem Tode des Bürgen erlöschen, geben alle moderneren Formen dauernde und vererbliche Klagen. Die Gefahren der Bürgschaft bekämpft eine lex Cornelia als letztes der Gesetze noch, indem sie unbedingte Stipulationsbürgschaften an denselben Gläubiger innerhalb desselben Jahres auf 20 000 Sesterzen einschränkt (Gai. 3, 124).

---

266. — Girtanner, Die Bürgschaft 1850/1; Hasenbalg, Die Bürgschaft 1870; Geib, Zur Dogmatik des röm. Bürgschaftsrechts 1894; Pernice, ZSavSt. 19, 126; 179; Levy, Sponsio, fidepromissio, fideiussio 1907. Zu den Gesetzen Polemiken zwischen Appleton, ZSavSt. 26, 1; Mél. Gérardin 1 und Girard, Man. 758 f.; Mél. Fadda 2, 51; ZSavSt. 29, 135 = Mélanges 1, 134. — Partsch, Griechisches Bürgschaftsrecht 1909; Mitteis, Gdz. 264 mit papyrol. Lit.

[1] Zu den ausgenommenen persönlichen Einreden gehört das sog. „Beneficium competentiae", nicht aber die Exceptio pacti, Rotondi, Pactum de non petendo 29.

[2] Girard, Man. 756 f. (Pap.-Paul. D. 45, 1, 116 ist trotz Itp. beweisend für das Betreiben gegen den Hauptschuldner als Bedingung der kondizional gefaßten Schadlosbürgschaft [fideiussio indemnitatis]). — Über die Anwendung der Grundsätze auf die Bürgen des Vormunds: Rotondi, Appunti sulla stipulatio rem pupilli salvam fore, Pav. 1913, 8.

[3] Mitteis, Gdz. 267.

[4] Vgl. Levy § 9.

Frauen aber ist durch das SC. Vellaeanum 46 n. Chr. jede intercessio verboten, d. i. nach der Interpretation (D. 16, 1) jedes Eintreten für einen andern, dessen Tragweite sie infolge der Unerfahrenheit ihres Geschlechts nicht übersehen.

§ 104. Die Geschichte der römischen **realen Sicherheiten**[1] handelt fast vollständig von vertragsmäßig bestellten. Zu Beginn der historischen Zustände ist ja wohl das pignus ein Besitzpfand, das nicht bloß durch freiwilligen Einsatz, sondern auch durch Selbsthilfepfändung und durch magistratische Pfandnahme aus öffentlichen Interessen entstehen kann. In der späteren Republik läßt jedoch die Verpfändung ihre Nebengebilde hinter sich; erst in der Kaiserzeit bildet sich dann das private Recht aus prätorischen Einweisungen zur Sicherheit (missiones) aus, erst seit Pius im außerordentlichen Verfahren das vom Richter bewilligte Pfändungspfandrecht (pignus in causa iudicati captum), und beide gehen nach dem Muster des Vertragspfandes.

Äußerst mannigfaltig sind die Arten, wie der Gläubiger bis zum maßgebenden Zahlungstermin gestellt werden kann und wie er die Sache nach Eintritt der Zahlungsfrist zu behandeln hat. Was seine anfängliche Rechtsstellung angeht, so gewährt man im Prinzipat Sicherung durch eine Sache entweder mittels ihrer Übereignung zu treuer Hand (fiducia cum creditore), wodurch der Gläubiger dinglich das vollste Recht hat, oder mittels der Bestellung eines Pfandrechts, wodurch der Gläubiger ein prätorisch bewehrtes beschränktes dingliches Recht an der Sache empfängt; hilfsweise greift man auch zu einem bedingten Verkauf[2]. In den Provinzen bestehen daneben viele andere Formen, zum Teil Typen noch nicht zum richtigen dinglichen Recht entwickelter Anwartschaften — wie sie auch der römischen Vorgeschichte nicht unbekannt sind —, und solche, die nur auf der vertragsmäßigen Einräumung besonderer Zwangsvollstreckungsrechte beruhen, auch wohl bisweilen nur die gewöhnliche Vermögensvollstreckung durch ein Veräußerungsverbot gegen den Verpfänder vorbereiten wollen[3]. — Was andererseits den endlichen Erfolg der Sicherung anbelangt, so herrscht der kurzfristige Kredit weitaus vor, obwohl dauernde Anlagen bisweilen vorkommen; und die römischen Rechtssätze bewegen sich im ganzen zwischen dem Sachverfall, der ja mindestens aus der fiduziarischen Übereignung naturgemäß folgt, und dem Verkauf der Sache, wonach der Gläubiger sich aus dem Erlös bezahlt macht. Wiederum sind dies nicht die einzigen Sicherungszwecke in Rom, vollends nicht im griechischen Rechtskreis. Nicht selten dient bloß die Nutzung zur Befriedigung (sog. Nutzungsantichrese) oder die Nutzung verschafft zur Bestrafung der Schuldversäumnis einen Gewinn über die Forderung hinaus (Verzugsantichrese), vgl. § 42.

Der entschiedene Ton liegt bei den Römern auf dem Gebilde, das mit Recht auch die ganze spätere Rechtsgeschichte als Kerntypus des römischen Pfandrechts schätzt, auf dem beschränkten dinglichen Recht, das bestellt ist, damit die Forderung nach ihrer Fälligkeit aus dem Werte der Sache befriedigt werden dürfe, nicht müsse. Dieses Institut, von dem im folgenden vorzugsweise geredet werden soll, ist die Errungenschaft einer langen, nicht durchaus eigenartigen Ent-

---

[1] Bachofen, Das röm. Pfandrecht 1847; Dernburg, Das Pfandrecht 1860, 1864; Lenel, ZSavSt. 3, 104; Ed. S. 282, 470; Oertmann, Die Fiduzia 1890; Kohler, Pfandrechtliche Forschungen 1882; Geib, ZSavSt. 8, 112; Kuntze, Zur Gesch. d. röm. Pfandr. 1893; Herzen, Origine de l'hypothèque rom. 1899; Naber, Mnemosyne 31, 211; Manigk, Pfandrechtl. Forschungen 1, 1 (1904); in Realenz., fiducia, hyperocha, hypotheca (1914); Costa, Bull. 17, 96; Mem. Acc. Bol. sez. giur. 2, 214; Pappulias, ἡ ἐμπράγματος ἀσφάλεια 1 (1909); E. Weiß, Pfandrechtl. Untersuchungen 1 (1909), vgl. 2 (1910); M. Fehr, Beiträge z. L. vom röm. Pfandrecht 1910; Erman, Mél. Girard 1, 419; Kübler, ebd. 2, 43.

Zum griechischen und ägyptischen Recht: Hitzig, Griechisches Pfandrecht 1895; Rabel, ZSavSt. 28, 321; Die Verfügungsbeschränkungen des Verpfänders 1909; Pappulias und Weiß a. O.; Ruggiero, Il divieto d'alienazione del pegno, Cagliari 1910; Manigk, ZSavSt. 30, 272; Festgabe für Güterbock (1910) 283; Gläuberbefriedigung durch Nutzung 1910; ArchPapF. 6, 114; B. Schwarz, Hypothek und Hypallagma 1911; Raape, Der Verfall des griech. Pfandrechts 1912; Mitteis, Gdz. 129; Bruck, ZSavSt. 33, 551; Partsch, ArchPapF. 5, 497—518.

[2] Vgl. S. 496 N. 1. Für die Schadloshaltung des Bürgen statt eines Nachpfandes POxy 270; Scaev. D. 18, 1, 81; vgl. ZSavSt. 28, 352, 363, zu Scaev. Fehr 59.

[3] Vgl. die obige Lit. zum griech. u. ägypt. Recht. Das noch immer nicht völlig geklärte ὑπάλλαγμα in Ägypten scheint nach demotischen Parallelen ziemlich sicher auf einer Einräumung des Pfändungsrechts zu beruhen.

wicklung. Der geschichtliche Verlauf vollzieht sich in starker Analogie mit andern Völkern, beginnt mit dem Besitzpfand und (später!) der Sicherungsübereignung, und gelangt allmählich zur Anerkennung der Verpfändung ohne sofortige Besitzübertragung an den Gläubiger (Hypothek); beginnt mit dem Verfall der Sache, wohl an Erfüllungsstatt[1] und endet in der Anschauung, daß das Verkaufen der Sache und das Verteilen des Erlöses unter Gläubiger und Verpfänder das Selbstverständliche sei, nachklassisch sogar, daß es das einzig Zulässige sei. Die große Folgerichtigkeit der römischen Jurisprudenz bewährt sich immerhin durch die Klarheit, mit der sie das vor dem Zahlungstermin bestehende Recht des Pfandgläubigers aus einer Anwartschaft mit Hilfe der prätorischen Pfandklage zu einem gegen alle dritten Erwerber der Sache wirkenden dinglichen Recht herausarbeitet, Nachverpfändungen ermöglicht, Pfandrecht und sogar Fiducia in gehörige Abhängigkeit von der zu sichernden Forderung bringt, ja diese gewonnene Akzessorietät gelegentlich auch wieder zu überwinden vermag. Nur wurden diese Fortschritte nicht genügend von der Reichsgesetzgebung begleitet. Die unsichtbare Hypothek hätte nicht an der formlosen Bestellung des prätorischen Rechts teilnehmen dürfen; nur in Ägypten fand sich während der Blütezeit des Grundbuchs eine Abhilfe. Die Unsicherheit des Realkredits wurde aber im Laufe der Jahrhunderte immer verhängnisvoller, je mehr die eben durch die Hypothek ermöglichten mehrfachen Pfandrechte an derselben Sache und Pfandrechte am ganzen Vermögen zunahmen und vollends die Spätzeit immer mehr gesetzliche Generalpfandrechte einführte, das Urkundenwesen mit seinen Kautelen aber in Verfall geriet. Im späten 5. Jahrhundert, wo das Gesetz K. Leos a. 472 (C. 8, 17, 11) aus öffentlichen Urkunden ein Vorzugspfandrecht hervorgehen ließ, mag der Mißstand schlimmer gewesen sein als im Prinzipat.

§ 105. **Entstehung des Pfandrechts** erfolgt durch Verpfändungsvertrag; zweifelhaft ob durch Legat; durch Vollstreckung; von Rechts wegen insbesondere: nach einem aus üblichen Klauseln hervorgegangenen Gewohnheitsrecht zugunsten des Vermieters an den eingebrachten Sachen des Mieters und für den Verpächter an den Früchten; nach einem SC. unter Marc Aurel (D. 20, 2, 1) zugunsten eines Darlehens, das zum Wiederaufbau eines Hauses gewährt ist; nach severischen Reskripten zugunsten des Mündels an den mit seinem Geld gekauften Sachen (C. 7, 8, 6 u. a.); und wie es scheint, in der Severenzeit zugunsten des Fiskus an dem Vermögen seiner Steuer- und Kontraktsschuldner[2].

Die Verpfändung fordert gemäß der Schriftformel der Pfandklage (Lenel Ed. § 267) 1. den Vertrag, 2. eine in bonis des Verpfänders befindliche Sache, 3. eine zu sichernde Forderung.

1. Der Vertrag ist formlos. Der Besitz der Sache kann dem Gläubiger eingeräumt werden und wird zuweilen dem Verpfänder zu prekaristischer oder andersartiger Inhabung, z. B. zur Miete, zurückgeliehen. Es ist aber längst auch möglich, ein Pfandrecht ohne Besitzüberlassung zu bestellen. Diese Abart des neueren pignus wird in Ermanglung eines lateinischen Sondernamens seit Julian bisweilen, von griechisch beeinflußten Schriftstellern öfter hypotheca genannt[3].

2. Als Gegenstand kann alles dienen, was verkauft werden kann (Gai. D. 20, 1, 9, 1). Natürlich ist die körperliche Sache das älteste und wichtigste Objekt, von wo aus die Regeln ent-

---

[1] Über die letztere Hypothese § 102; der Verfall der Fiduzia ist sicher, derjenige des pignus auf Grund der durchaus gewöhnlichen Abreden sehr wahrscheinlich, wie jetzt, mir beistimmend, auch Manigk in Realenz., hyperocha II 1 annimmt (anscheinend aber, indem er weitergehend als ich gesetzlichen Verfall behauptet).

[2] Dagegen Mitteis, PR. 373, N. 68 rücksichtlich der Vertragsschuldner, bes. wegen C. 7, 8, 2. Diese Const. erklärt sich aber m. E. aus einer Schwäche der generellen Pfänder, die auch die vertragsmäßigen gemäß C. 7, 8, 3 teilen, obgleich sie allerdings ursprünglich davon herkommt, daß die Generalhypothek nur Aussetzung eines Vermögens zu exekutivem Zugriff war. Analoges ist daher beim ebenso entstandenen Vermieterpfandrecht bis zur Beschlagnahme (perclusio) wahrzunehmen (Verfügungsbeschr. 89). — Eine Legalhypothek am Vermögen des Tutor und Kurator adulescentis (Const. Cod. Theod. 3, 30, 3) läßt sich aus C. 4, 53, 1 für die Severen nicht folgern (bestritten), ebensowenig aus Scaev. D. 20, 4, 21 eine vertragsmäßige Übung; anders Weiß, Pfandr. Unters. 1, 129. 142.

[3] Gegen Fehrs allzuweit gehende Interpolationsannahmen s. Manigk, Hypotheca, noch anders Erman.

sprechend auf Forderungen (pignus nominis) und Pfandrechte (p. pignoris, „subpignus") erstreckt werden [1]. Der Verpfänder muß die Sache, so will es der Grundsatz, in bonis habere, also einen Besitz haben und ein dingliches wenigstens prätorisch geschütztes Recht zum Besitz. Daher können Nießbraucher und Vektigalist Pfandrechte bestellen, vermutlich aber noch nicht ein Superfiziar (anders Just. in D. 13, 7, 16, 2) [2]. Ob mit der Sache ohne besondere Abrede auch die Früchte haften, ist unter den Juristen lebhaft bestritten, es wird aber schließlich bejaht, vorausgesetzt, daß die Früchte durch die Trennung in das Eigentum des Verpfänders fallen [3], also zufolge eines unterstellten antezipierenden Pfandvertrages über künftige Sachen. Ein solcher scheint, vorbehaltlich des nachträglichen Entstehens der Sachen, ein schwebendes Pfandrecht zu begründen, nicht bloß dessen Rang für künftige Entstehung zu wahren, was die Römer überhaupt nicht recht kennen. Noch größere Schwierigkeiten macht die Verpfändung einer fremden Sache [4]. Am sichersten anerkannt (Pap. D. 20, 1, 1 pr.) ist die des gegenwärtigen und künftigen Vermögens, obwohl sie gelegentlich noch ihre Herkunft aus einem Beschlagrecht zeigt (S. 494 [2]) und gegenüber speziellen Pfändern subsidiär wirkt (C. 8, 13, 2). Infolgedessen läßt sich auch eine Gesamtsache, z. B. Herde (Marcian D. 20, 1, 13 pr.) oder Warenlager (Scaev. D. 20, 1, 34 pr.) derart verpfänden, daß der jeweilige Bestand als Pfand gilt.

3. Wie das Entstehen der Sache, so kann auch die Pfandforderung bedingt oder betagt sein — jedoch abermals unter beträchtlichen Schwierigkeiten. Ist die Forderung bedingt, so ist es auch das Pfandrecht (Marcian D. 20, 1, 5 pr. a. E.), wenn man Gai. D. 20, 4, 11, 1 traut, unter Rückziehung auf den Vertragsschluß. Das ist wohl das durchdringende Ergebnis der Diskussion unter den Klassikern [5]. Mit der Forderung sind Zinsen und sonstiger Zuwachs (Pomp. D. 13, 7, 8, 5) gedeckt, seit Gordian 239 n. Chr. (C. 8, 26, 1) kann das Pfand auch zugunsten anderer Forderungen zurückgehalten werden (sog. pignus Gordianum), was längst früher bezeugten Vertragsklauseln entspricht [6]. Das Pfand haftet für die ganze Schuld ungeteilt, „pignoris causa indivisa est", wie wir nach Pap. D. 21, 2 ,65 sagen; so muß es unter anderem noch für den letzten Rest der Schuld zur Gänze herhalten (C. 8, 27, 6) [7]. Diese Grundsätze kommen den nimmersatten Kreditgebern recht weit entgegen.

§ 106. Inhalt und Schutz. Der Faustpfandgläubiger hat Interdiktenschutz für seinen Besitz, der in der Severenzeit auch schon grundsätzlich den Fruchtbezug, im Zweifel für Rechnung des Verpfänders, zu liefern scheint (§ 42). Der Verpächter erlangt Besitz an den ihm verpfändeten eingebrachten Sachen des Pächters durch das Interdictum Salvianum, das er aber vermutlich nur gegen den Pächter selbst anstellen kann; der Vermieter an den eingebrachten

---

[1] Sohm, Lehre vom Subpignus 1864; Windscheid-Kipp, P. 1, § 239.

[2] Auch der Inhaber einer Urbanalservitut kann sie nicht verpfänden, Marcian D. 20, 1, 11, 3, während man wegen Rustikalservituten allerdings stritt, D. 20, 1, 12 (nicht völlig itp.; abw. Perozzi, Ist. 1, 487 N. 3; 527 N. 1; Albertario, pegno della superficie.) L. 11 § 2 ist wohl nur soweit itp., wie Siber, Passivlegit. 90; P. Krüger, zur St., annehmen. Vgl. dazu H. Krüger, Grünhuts Z. 36, 409 und Last, ebd. 454.

[3] Ulp. D. 40, 5, 26, 2; Alex. Sev. C. 8, 24, 1; 8, 14, 3; Pap. D. 20, 1, 1, 2; 29, 1 (obwohl itp.). Oertmann, ZZivProz. 41, 11; Chlamtacz, Ref. Berger, ZSavSt. 31, 447; Manigk, Gläubigerbefriedigung 46, 69 N. 2.

[4] 1. Paul. D. 20, 1, 18, publizianischer Schutz des Pfanderwerbs vom publizianischen Besitzer; 2. Marcian D. 20, 1, 16, 7; Ulp. D. 20, 4, 7, 1. 3. Pap. D. 20, 1, 1 pr. [qui — alienum itp.]; 20, 4, 3, 1; 36, 1, 58. 4. Afr. D. 20, 4, 9, 3 [haec — esse itp.]; Paul. D. 13, 7, 41 [sed — moveatur itp.]; Just. in D. 20, 1, 22 itp. Dazu Segrè, Temi 1906 (mir nicht zugänglich).

[5] Manche Erwägungen klingen seltsam, als hätte man die doch z. B. bei den Evikticnsgarantien sehr alte unbedingte Haftung für bedingte Schuld nicht eigentlich genügend geglaubt, vgl. Afr. D. 20, 4, 9 pr.; Pap. D. 20, 4, 1 pr. (sive hypothecam itp., Fehr 64; P. Krüger; unmöglich ist ⟨fiduciam⟩ mit Kübler, Mél. Girard 2, 57 einzusetzen). Wahrscheinlich kommt dies von der einseitigen Beschäftigung mit der Pfandklage und dem Zeitpunkt ihrer Anstellbarkeit her. Derselbe Mangel verhindert jedenfalls eine klare Erörterung über das Inkrafttreten des Pfandrechts unter Trennung von der Frage nach seinem Rang. Die dahin gerichteten modernen Fragen müssen daher ohne Antwort bleiben.

[6] P. Lips. 10 a. 181, Mitteis, Gdz. 154.

[7] Ebenso in Griechenland, Hitzig 135, und wohl auch Ägypten (gegen Gradenwitz, ArchPapF. 2, 100) Mitteis, Gdz. 157.

Sachen des Mieters durch Beschlagnahme (percludere). Das sind alte Singularitäten aus einer Zeit, die sonst kein Pfandrecht ohne Besitz kannte als diese, wo der Gläubiger Besitzer des Raumes ist, in dem sich die Sachen befinden, bei der Sonderart dieser Verhältnisse aber nicht ohne dauernden Wert. Nach dem Muster der weiter für den Verpächter eingeführten actio Serviana gibt der Prätor jedem Pfandgläubiger gegen jeden Dritten eine actio in factum concepta, die bei Justinian actio quasi Serviana, bei Gaius und Marcian formula hypothecaria, oft einfach auch actio Serviana heißt. Damit verschafft sich ein Faustpfandgläubiger entzogenen Besitz zurück, ein Hypothekengläubiger den Besitz nach dem Ablauf der Zahlungsfrist.

Die Befriedigung regelt sich nach der von jeher wohl selten unterlassenen ausdrücklichen Abrede im Pfandvertrag. In der Kaiserzeit herrschen zweierlei Abreden vor: im Osten die Verfallklausel (lex commissoria), in Rom die Verkaufsabrede (pactum de vendendo). Mangels einer Vereinbarung würde bis ins 2. Jahrhundert der Pfandgläubiger auf die Auslösung durch den Verpfänder oder Schuldner zu warten haben, falls er nicht zur persönlichen Klage greift; für die Fiduzia versteht sich der Verfall von selbst. Aber der Pfandverkauf ist in Rom, wo er ja auch dem akzessorischen Charakter des Pfandrechts entspricht, so gebräuchlich, daß man es eigens ausmacht, wenn er ausgeschlossen sein soll (pactum de non vendendo), und daß die vertragliche Erlaubnis schließlich als selbstverständlich unterstellt, also der Verkauf von Rechts wegen gestattet wird (Ulp. D. 13, 7, 4; nach drei Mahnungen? Paul. 2, 5, 1? Syr. röm. Rechtsb. R. I 49 u. ö.). Die Verfallsabrede nimmt in Rom denn auch die Form an, daß der Gläubiger im Pfandvertrag oder später die Sache um den Betrag der Forderung und Zinsen kauft (Pap. Vat. 9); dies ist ein „gleichsam" durch die Nichtzahlung bedingter Kauf, von den severischen Kaisern [1] ausdrücklich anerkannt. Andererseits bleibt das Verkaufen mangels anderer Vereinbarung und wohl auch provinzieller Gewohnheit immer ein Recht des Gläubigers (Pomp. D. 13, 7, 6 pr. bis caveatur). Deshalb muß dem Interesse des Verpfänders so geholfen werden, daß er die Sache gegen Kaution zurücknehmen und selber verkaufen darf. Dies ist zwar bei Pomp. D. 13, 7, 6 pr. nur in byzantinischer Darstellung überliefert, doch ist entsprechendes sogar für die Fiduzia bezeugt (Paul. 2, 13, 3). Hat der Gläubiger verkauft, so darf der Verpfänder mit seiner persönlichen Klage den Überschuß des Erlöses über die Forderung beanspruchen. Das gleiche wird wiederum vom Fiduzianten nach Verkauf der Sache gesagt (Paul. 2, 13, 1); es ist aber nicht klar, in welcher praktischen Anwendung, da auch im übrigen der Quellenbestand der Fiduzia etwas undurchsichtig bleibt. — Nachklassisch wird diese Entwicklung fortgeführt, wegen der dringenden Wuchergefahr die Verfallklausel unter Constantin verboten [2] und der Verkauf trotz eines pactum de non vendendo nach dreimaliger Androhung erlaubt (Ulp. D. 13, 7, 4, a. E. itp.).

Während die hellenistischen Gesetzgebungen den Pfandverkauf unter behördliche Aufsicht zu bringen trachten, verkauft der Gläubiger nach römischem Recht die Sache noch eigenmächtig, nur durch die persönliche Klage aus dem Vertrag dem Verpfänder verantwortlich. Nach dem Recht der Severenzeit braucht er dem Ersteher nicht wegen Eviktion zu garantieren und haftet dann auch nicht ihretwegen (Alex. C. 8, 45, 1; Tryph. D. 20, 5, 12, 1 itp.); nach einem Zwangsvollstreckungskauf kann sich aber der Käufer an den dadurch befreiten Schuldner halten (Herm. D. 21, 2, 74, 1) [3]. Selbst erstehen darf der Gläubiger nicht; findet sich kein Käufer, so kann Zuschlag an ihn durch kaiserliches Reskript erfolgen (impetratio dominii).

§ 107. Mehrheit der Pfandrechte. Bei den Severischen Juristen [4] besteht kaum noch ein Zweifel über die Natur der Verpfändung einer schon als Pfand haftenden Sache; sie wird als eine unbedingte Verpfändung der Sache aufgefaßt, nicht als Verpfändung der persönlichen

[1] D. 20, 1, 16, 9, wo rem — aestimandam itp., Lenel, Marcian 29; Costa, Bull. 17, 102 (gegen seine früheren Äußerungen); Naber, Mnemos. 32, 82. Bei dem Reskript Caracallas wirkte Papinian mit, Tryph. D. 20, 5, 12 pr. Vgl. noch Paul. D. 13, 7, 20, 3.

[2] Gegen Ferrini, Pand. 514, N. 2 Costa, Storia 296 N. 2.

[3] Ob er in anderen Fällen mit der Actio ex empto etwas anfangen kann, ist diskutiert, Ulp. D. 21, 2, 38; zur Textkritik Schulz, ZSavSt. 33, 53.

[4] Ob die gleiche Meinung schon im 2. Jahrhundert herrschte, ist bestritten; Manigk, Hyperocha bejaht es gegen Dernburg, Pand. § 267 N. 9 und Herzen, Mél. Gérardin 299. Doch ist m. E. Gai. D. 20, 1, 15, 2 sehr verdächtig, bei Pomp. D. 20, 4, 4 et ideo — potior itp.

Klage des Verpfänders auf die Hyperocha aus dem vorgehenden Pfand, nicht als Verpfändung der Sache unter der Bedingung der Befriedigung des ersten Gläubigers. Die letzteren Konstruktionen sind allerdings Brücken im geschichtlichen Wege, benützt von früheren Juristen und lange durch die Geschäftspraxis. Davon wird die Auffassung mitgenommen, daß die Ausübung des zweiten Pfandrechts von der Abfindung des ersten abhängt. Der Nachhypothekar darf den Vormann jederzeit selbst abfinden (ius offerendi); solange er es nicht tut, kann er nicht gültig das Pfand verkaufen [1], und mit seiner dinglichen Pfandklage stößt er gegenüber dem Vormann auf dessen Einrede des besseren Pfandrechts (Marcian D. 20, 4, 12 pr.). — Der Rang der Pfandrechte richtet sich nach dem Zeitpunkt der Begründung: prior tempore potior iure (Carac, C. 8, 17, 3). Es gibt aber eine Anzahl von Rangprivilegien, die sich nachmals in der byzantinischen Epoche vermehren [2].

§ 108. **Erlöschen.** Das Pfandrecht endigt als dingliches Recht durch Vereinigung mit dem Eigentum („dingliche Confusio") und als akzessorisches Recht durch Endigung der Forderung, also auch, wenn diese mit der Schuld in einer Hand zusammentrifft („obligatorische Confusio"). Aber beides verursacht Härten und wird in bemerkenswerten Neuerungen überwunden. Das technische Mittel bietet die Formel der Pfandklage, die nur bei Zahlung oder Kautionsstellung Abweisung des Klägers vorsieht. Daher gibt Paul. D. 44, 2, 30, 1 a. E. die Klage einem Gläubiger, der in Unkenntnis seines Pfandrechts Eigentümer geworden ist, gegen den nachstehenden Pfandgläubiger — sachlich bedeutet das ein Eigentümerpfandrecht, und das Vorbild des § 1256 Abs. 2 BGB. —; und gibt D. 36, 1, 61 die Klage einem Gläubiger, der gemäß des SC. Pegasianum gezwungen die Erbschaft des Schuldners angetreten hat, um sie dem Universalfideikommissar zugänglich zu machen, wo also die Forderung aus formalen Gründen durch Confusio erlosch. Auch sonst setzt man sich über die Akzessorietät hinweg. So kann 1. die Forderung, z. B. behufs Konvertierung, durch Novation ersetzt werden und die neue das Pfandrecht im alten Rang weitergenießen (Pap. D. 20, 4, 3 pr.; 12, 5; Gord. C. 8, 26, 1). 2. Wer zur Bezahlung eines Pfandgläubigers Geld gibt, rückt mit seinem Vertragspfandrecht in den Rang des Abgefundenen ein (Paul. D. 20, 3, 3; C. 8, 18, 1 a. 209). Noch weiter geht es, daß 3. der Käufer eines Grundstücks, der gemäß Erfüllungsübernahme den Vormann abfindet, außer seinem Eigentum die Pfandklage gegen Nachmänner erhält [3]. In allen diesen Fällen, sowie wenn 4. ein nachstehender Pfandgläubiger kraft des ius offerendi das vorstehende Pfandrecht ablöst (Marcian D. 20, 5, 5 pr.; Diocl. C. 8, 18, 4) reden die Quellen von succedere in locum creditoris. Das gemeinrechtliche Problem aber, was das heiße, ob denn nun das Pfandrecht oder nur sein Rang übergeht, ist quellenmäßig gar nicht lösbar. Die Römer fragen überall nur prozessual um das Durchgreifen der actiones und exceptiones, die Reskripte zum Teil vielleicht um den formloseren Schutz im außerordentlichen Verfahren. Damit finden sie genügendes auszurichten.

Mit gleichen Mitteln behandelt man es, wenn der Pfandgläubiger zu einer neuen Veräußerung oder Belastung der Sache zustimmt. Dies begründet eine exceptio gegen seine Klage (Formel in D. 16, 1, 17, 1), insofern es regelmäßig als Verzicht auf das Pfandrecht aufgefaßt wird. Das stimmt zu der einfachen Gestaltung in den älteren Zeiten, die mit dem Verfallpfandrecht ein neues Pfandrecht oder selbst Eigentum für unverträglich hält und daher, z. B. in Griechenland, dem Pfandgläubiger anheimgibt, eine Veräußerung der Sache zu verbieten oder sich seines Rechts zu verschweigen. Die römischen Fortschritte vertragen aber auch eine veränderte Stellungnahme zu jener Zustimmung; die Exzeption kann unschädlich sein, weil der Vertrag anders zu verstehen (Ulp. D. 20, 6, 4, 1, obwohl itp.), zumal als Vorrangseinräumung

[1] Pap. D. 20, 5, 1; Marcian D. 20, 4, 12, 10. Ferrini, Pand. 515; Manigk, Pfdr. Unters. 1, 45. 111. Ausgenommen ist der Fiskus, er befriedigt aber den vorgehenden Gläubiger selber aus dem Erlös, Severisches Reskript bei Marcian D. 49, 14, 22, 1.

[2] Pappulias, ZSavSt. 29, 370.

[3] Alex. C. 8, 18, 3 a. 224. Danach wäre der wenig frühere P. Hamb. 1, 15, Z. 15 zu beurteilen, wenn dort wirklich der Pfandgläubiger zu bezahlen ist, wie der Hsg. glaubt. — Ganz allgemein soll nach Paul. D. 20, 4, 17 der Käufer eines mehrfach hypothezierten Grundstücks in dem Betrag, den er dem Primus zahlt, gegen den Sekundus geschützt werden. Herkunft und Tragweite dieser Sätze dürfte demnächst von anderer Seite neu untersucht werden.

gegenüber einem späteren Pfandrecht gemeint ist (Marcian D. 20, 4, 12, 4) — ein abermaliger Durchbruch ganz moderner Gedanken.

Die Pfandklage aus italischen Pfändern begegnet nach einem Jahre einer dunklen exceptio annalis [1], in der Severenzeit besteht die Einrede aus dem 10—20 jährigen Zeitverlauf (praescriptio longi temporis, § 44).

IV. Allgemeines über Rechtshandlungen.

Hier mögen einige der Lehren Platz finden, die nach dem Muster des pandektistischen Allgemeinen Teils moderne Beobachtungen über antike Anschauungen zusammenfassen dürfen. Die Betrachtung der unentgeltlichen Zuwendungen unter Lebenden führt zum Erbrecht hinüber.

§ 109. Der **Irrtum** spielt im Rechtsleben eine zu vielseitige Rolle, als daß er einer einheitlichen Behandlung fähig wäre. Die römischen Juristen streben freilich allgemeine Regeln an, Paulus schrieb eine eigene Monographie de iuris et facti ignorantia. Was dabei aber herauskommt, ist hauptsächlich nur die Maxime, daß der Rechtsirrtum schadet. Richtig ist sie gewiß insofern, als alle Rücksichten, die man dem Irrtum schenkt, zunächst auf einen Irrtum über Tatsachen der Außenwelt berechnet sind.

Solcher Rücksichten gibt es viele. Unwissenheit oder unrichtige Beurteilung der Tatsachen ist Tatbestandsmerkmal z. B. für die bona fides im Sachenrecht und für den Ausschluß des Dolus im Obligationenrecht und Strafrecht, für die condictio indebiti, für die restitutio in integrum wegen Irrtums. Sehr hübsch ist der Gedanke, daß für einen allgemein als eigenberechtigt angesehenen Haussohn die exceptio SC. Macedoniani nicht gilt (Ulp. D. 14, 6, 3 pr.) und die Zuziehung eines allgemein für frei gehaltenen Sklaven als Testamentszeugen nicht schadet (C. 6, 23, 1), ähnlich nach erroris probatio der Irrtum über den Stand des Ehegatten gutgemacht wird, z. B. beim Irrtum einer Römerin über das Bürgerrecht des Ehemanns dem peregrinischen Mann und den Kindern die Zivität verliehen wird (Gai. 1, 67—75). Überall gilt der Rechtsirrtum [2] prinzipiell nicht als genügend (Nerat. D. 22, 6, 2; Reskripte C. 1, 18, 12; D. 22, 6, 9, 5 u. a.). Er wird nur billigkeitshalber ausnahmsweise beachtet und klassenweise zugunsten der Minderjährigen, Soldaten und, soweit Nachteile zu vermeiden wären, der Frauen. Aber sicherlich ist jenes Prinzip eine zu grobe Verallgemeinerung. Brauchbar ist daran zweierlei. Der einzelne Rechtssatz muß auch auf die ihn nicht kennenden Personen angewendet werden (z. B. Paul. D. 22, 6, 1), weil sonst das Gesetz vom Belieben der Rechtsuntertanen abhinge. Und die Unkenntnis von der Rechtsordnung zählt dort nicht leichthin mit, wo es auf entschuldbaren Irrtum ankommt. Diesen Wahrheiten werden die Juristen und Kaiser in einzelnen Entscheidungen gerecht, insbesondere auch durch Versuche, den Rechtsirrtum desjenigen zu entschuldigen, der eine sachverständige Belehrung nicht erlangen kann (Lab. in l. 9 § 3 ebd.) oder desjenigen, der sonst einen Verlust erleiden würde (Pap. l. 7 ebd.); daß sie ständig sachgemäß urteilen, kann ihnen schwerlich nachgerühmt werden [3].

§ 110. Geschäftsirrtum [4]. Inwiefern leidet ein Rechtsgeschäft darunter, daß ein Vertragsteil eine äußerliche Handlung setzte, die der Gegner oder der Verkehr für eine hinreichende Willenserklärung halten darf — „Erklärung" im modernen Sinn —, in Wirklichkeit aber nicht den entsprechenden Willen hatte und selber die Abweichung des Willens von der „Erklärung"

[1] Lenel, ZSavSt. 27, 78.

[2] Adler, Jh. Jahrb. 33, 149. Vgl. Pernice, Lab. 2, 1, 493.

[3] Insbesondere auch nicht bei der Condictio indebiti; anders hierin Adler 199 ff. Ob die Billigkeitsentscheidung bei Ulp. D. 36, 4, 1 pr. (Windscheid, § 426 N. 14; Pernice, Labeo 2, 1, 495) echt ist, steht auch dahin.

[4] Savigny, System III §§ 114, 115, 134—139; Zitelmann, Irrtum und Rechtsgeschäft (1879); R. Leonhard, Irrtum als Ursache nichtiger Verträge [2] 1907; in Realenz. consensus II 902; Eisele, Jh. Jb. 25, 414; Kohler, Jh. Jb. 28, 166; Mitteis, ebd. 121; neuerdings bes. Henle, Vorstellungs- und Willenstheorie (1910) 190; Binder, Wille u. Willenserklärung (SA. aus Arch. f. Rechts- u. Wirtschaftsphilos. 5/6) 47.

nicht bemerkte? Diese Streitfrage gehört zu den meistverhandelten des Pandektenrechts. In der Not der Quellenanwendung bedurfte es eines gewaltigen Aufwands von Geist und Scharfsinn, um selbst nur die Fragestellungen zu präzisieren, brauchte es gerade schon die Wechselrede der bedeutendsten Zivilisten des 19. Jahrhunderts, jene gedankliche Abstraktion des äußeren Erklärungstatbestandes vom inneren Willen zu vollbringen. Denn die Römer haben diese Klarheit nicht, obwohl ihr Recht sie darauf hinzuweisen scheint, vielleicht gerade deshalb, weil ihre Geschichte sich, wenn man es grob ausdrücken will, umgekehrt vollzieht wie die moderne: von einer Art Erklärungsdogma zum Willensprinzip. In Wahrheit lassen sie uns auch bei der allgemeinen Beantwortung der Hauptfrage im Stich, ob — wie es die Erklärungstheorie voraussetzt — die Erklärung für sich Bestand haben kann, wenn der Wille, als dessen Ausdruck sie sich gibt, fehlt. Paulus scheint zwar gerade dies deutlich im Sinne des „Willensdogmas" zu verneinen, D. 34, 5, 3: „wer etwas anderes sagt als er will, sagt weder was das Wort bedeutet, weil er es nicht will, noch das was er will, weil er es nicht spricht." In der Tat darf Paulus überall als der Vorläufer einer byzantinischen Voluntas-Theorie gelten, die viel zu eigenartig ist, als daß sie im gemeinen Recht hätte durchgreifen können. Aber in der angeführten, wohl auf Stipulationen bezüglichen (Lenel Paul. 1392) Stelle handelt es sich um eine zweideutige Wortfassung: in ambiguo sermone, gar nicht um die Rücksicht auf einen der unzweideutigen Erklärung widersprechenden Willen. Umgekehrt behandelt Paul. D. 32, 25, 1: „wenn in den Worten keine Zweideutigkeit ist, ist die Frage nach dem Willen nicht zuzulassen" für das Damnationslegat wohl bloß den unbezweifelbaren Satz, daß die Auslegung der Erblasserverfügung vor dem klaren Wortlaut halt zu machen hat.

Für die Römer gibt es zwei Ausgangspunkte. Der Formalismus des älteren Rechts und fortdauernd der zivilen Formgeschäfte läßt die Anfechtung einer objektiv klaren Parteierklärung wegen Irrtums gar nicht zu. Vielmehr werden mit Selbstverständlichkeit für die Wirkung des Rechtsgeschäfts ein für allemal bestimmte Worte verlangt, und wo diese gebraucht sind, tritt die Wirkung ein. Der Fortschritt besteht von hier aus in der da und dort durchgesetzten Lockerung des Formzwangs und in der entsprechend durchdringenden Auslegung, die sich z. B. bei Testamenten immer stärker dem Willen des Erblassers nähern will. Als Aushilfe dient bei einem Teil von Geschäften, namentlich den prozessualen, Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ob errorem. Andererseits bietet im Kaufvertrag das Erfordernis des Konsenses die günstigste Gelegenheit, allmählich über die schlichte Auslegung hinaus zu gelangen. Für die späteren Juristen steht fest, daß der „Irrtum über den Gegenstand" (in corpore) des Kaufs das Geschäft verhindert — doch wie? Beachtenswert denkt offenbar noch Ulpian im Kommentar zu Sabinus, wo er sich an alte Bearbeiter des ius civile anzulehnen pflegt, D. 18, 1, 9 pr. den „Konsens" nur dann als fehlend, wenn die äußeren Erklärungen der Parteien nicht zusammenstimmen, demnach an den Fall des sogenannten Dissenses; deshalb scheidet er den Fall aus, daß der Dissens nur den Namen, nicht wirklich den Gegenstand betrifft (§ 1 nicht itp.). Ja, indem Ulp. fortfahrend (§ 2) die Frage aufwirft, ob dem Irrtum in corpore derjenige in substantia gleichzuhalten sei, hat er noch die ganz übliche Beispielsfassung: „wie z. B. wenn Essig für Wein (pro vino), Erz für Gold verkauft wird," denkt also daran, daß die Parteien das Faß als Wein enthaltend bezeichnen. Die Frage, die in einer solchen Konstellation auftritt, braucht aber mit einer juristischen Wirkung des Irrtums noch gar nichts zu tun zu haben: Entweder hält man den Kauf für gültig, weil Konsens über das Objekt vorliegt, oder man sieht eine Schwierigkeit darin, daß das Objekt nicht existiert. Allerdings mischt sich hier leicht die Rücksicht auf die nicht zum Ausdruck gelangte innere Meinung des Käufers ein. In den justinianisch gefärbten Quellen mengt sie sich um so wirksamer ein, als Justinian den Willen der Kontrahenten zur obersten Norm der Verträge macht, den Konsens gewiß als Zusammenstimmen sowohl der äußeren Erklärungen als des inneren Willens faßt. Es ist uns kaum möglich, zu erkennen, wieviel davon schon der Severischen Jurisprudenz angehört. Doch dürfte mindestens jenes Beispiel zu einer wirklichen Irrtumslehre hinüber geführt haben. Es wird folgendermaßen erledigt.

Daß die unrichtige Vorstellung eines Erwerbers von der Beschaffenheit der Sache gleichgiltig sei, war dem älteren Recht ebenso selbstverständlich wie daß es keine Sachmängelgewähr des nichtdolosen Verkäufers gebe. Noch Marcellus, gegen den Ulp. a. a. O. sich wendet, vertritt dies für den Kauf, für die Stipulation ist es immer so geblieben (Paul. D. 45, 1, 22). Da-

gegen wurde aber offenbar polemisiert, mindestens, wenn der Verkäufer die Qualität unrichtig bezeichnet hat (Jul. D. 18, 1, 41, 1 mensam argento coopertam — pro solida vendidisti). Den Versuch, den Irrtum über wesentliche Eigenschaften dem error in corpore gleichzusetzen, formuliert schließlich Ulpian[1] mehr, als daß er ihn noch unterstützen muß, mit den Unterscheidungen der Stoischen Philosophie zwischen wesentlichen und nicht wesentlichen Eigenschaften der Sachen. Erstere (Kategorie ποιόν, Namen ἕξεις) sind solche, bei deren Vorhandensein eadem prope οὐσία vorliegt (D. 18, 1, 9, 2), z. B. Wein, Gold, männliches Geschlecht, sie gehen aus der Grundeigenschaft selbsttätig hervor. Unwesentlich (Kategorie πῶς ἔχον, Namen σχέσεις) sind z. B. Süße des Weins — si vinum acuit § 2 cit., γλυκὺ καὶ πικρὸν Simplic. 42 e — Jungfräulichkeit der Sklavin (l. 11 § 1), „äußere", d. h. „zufällige", zur Grundeigenschaft hinzutretende Eigenschaften, sich mit ihr ebenso gut vertragend wie das Gegenteil. Diese Hilfe, die die Jurisprudenz bei der Erkenntnislehre holt, ist später stets mißverstanden worden, man begriff nicht, warum der Kauf ungültig ist, wenn gewöhnlicher Essig statt Weins, eine Sklavin statt eines Knaben, gültig, wenn Weinessig statt Weins, eine mulier statt einer virgo gekauft ist. Man darf aber die römische Methode verzeihen, da das sichere juristische Gefühl, mit dem die Gemeinrechtler der krausen Formel die richtige Beschränkung der Ausnahme auf die „wesentlichen" Eigenschaften entnahmen, doch selber eine völlig befriedigende neue Begrenzung derselben nicht verschaffte. Zweifelhaft mag bleiben, ob es überhaupt Segen brachte, die Fährte Ulpians und Tribonians zu verfolgen, die Bedachtnahme auf unrichtige Vorstellungen einer Partei vom Geschäftsinhalt in einem dem laienhaften Rechtsgefühl unerdenklichen Maße zu steigern (vgl. § 119 BGB.). Aber die Willens- oder Vorstellungstheorie findet noch heute so nachdrückliche und tiefdringende Verteidiger, daß ihr keinesfalls die Achtung versagt werden darf.

Sonstige Schulkategorien des Irrtums kennen die Juristen nicht. Doch fehlt ein Konsens auch, wenn ein Darlehnsschuldner über die Person des Gläubigers irrt (arg. Cels. D. 12, 1, 32), und wenn die Parteien über den Charakter des Geschäfts verschiedener Meinung sind, ohne diese kundzutun (arg. Jul. D. 41, 1, 36, Ulp. D. 12, 1, 18).

Immer hindert der erhebliche Irrtum als Dissensus die Gültigkeit des Geschäfts. Daß auch der Gegner des Irrenden sich auf die Unwirksamkeit hätte berufen dürfen, entspricht freilich unseren Anschauungen sehr schlecht, und die Juristen hätten dies wahrscheinlich auch nicht zugelassen[2]. Aber ein solcher Fall liegt in den Quellen nicht vor.

§ 111. **Bedingungen und Termine**[3]. Schon das republikanische Zivilrecht kennt die Möglichkeit, die Geltung eines Rechtsgeschäfts von einem zukünftigen ungewissen Ereignis willkürlich abhängig zu machen (Bedingung) oder die Wirkung auf einen späteren Zeitpunkt hinauszuschieben (Termin). Unzugänglich sind freilich den Bestimmungen dieser Art Geschäfte, die Pap. D. 50, 17, 77 actus legitimi nennt, zu denen aber außer so bezeichenbaren gewohnheitsrechtlichen Formalakten, wie Manzipation, Stabfreilassung, Iniurecessio, Cretio, Acceptilatio, Expensilatio (Pap. Vat. 329), auch magistratische Vormundsbestellung und der formlose Erbschaftsantritt zählen und testamentarische Verfügungen nicht gehören. In dieser Liste der „bedingungsfeindlichen Akte" kommen eben zwei einander ablösende Ideen zum Ausdruck, das ursprüngliche Erfordernis vollkommener Bestimmtheit der Rechtsgeschäfte, das bei altertüm-

[1] Wieweit Paulus eine ähnliche Theorie verfocht, bleibt nach D. 18, 1, 10, dag. D. 19, 1, 21, 2 (itp.) unklar. Auch Ulp. D. 18, 1, 14 ist teilweise itp. Das folgende habe ich in Zschr. f. wissenschaftliche Philosophie u. Soziologie, 1904, April, gegen Sokolowski, Die Philosophie im Privatrecht 1, 238, dargelegt. Ganz anders Ehrlich, Studi Scialoja 2, 731.

[2] Vgl. Mitteis, PR. 241. F. Hellmann, Terminologische Untersuchungen über die rechtl. Unwirksamkeit (1914) 29 glaubt, „nulla emptio" bedeute nur mangelnde Obligierung gerade des Käufers: D. 18, 1, 41, 1; 11, 1; allerdings könnte D. 18, 1, 9, 2 venditio itp. sein.

[3] Mitteis, PR. § 11 (neu grundlegend). — Windscheid, Die Wirkung der erfüllten Bedingung (1851); Fitting, ArchZivPrax. 39, 305; v. Scheurl, Z. L. v. d. Nebenbestimmungen bei Rechtsgeschäften (1871); Czyhlarz, Z. L. v. d. Resolutivbedingung (1871); Wendt, Die L. v. bedingten Rechtsgeschäfte (1875); Schulin, Resolutivbedingungen (1875); Bechmann, Der Kauf 2, 1 (1884), 212, 395, 487; Enneccerus, Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin (1889); Artur Kohler, ArchBürgR. 15, 1. Eb. F. Bruck, Bedingungsfeindliche Rechtsgeschäfte 1904. Über den Ursprung der Lehre Vernay, Servius et son école (1909), 3. Kap. (s. Peters, ZSavSt. 32, 469).

lichen sich weitererhält, und der noch heute praktische Gedanke an das öffentliche Interesse, das bei einer Reihe von Geschäften verlangt, daß sie klipp und klar gesetzt oder nicht gesetzt werden. Beiden Ideen entspricht es, daß die Nichtigkeit des Geschäfts aus aufschiebenden Bedingungen und Anfangsterminen nur dann mit ständiger Konsequenz folgt, wenn diese ihren eigentlichen Begriff erfüllen, namentlich wenn sie parteimäßig willkürlich erklärt, dagegen nicht, wenn sie von der Rechtsordnung selber aufgestellt sind (Rechtsbedingung). Dies geht weit; z. B. die Verfügungsmacht des Veräußerers kann in der Schwebe sein, ein verpfändeter Sklave also mit schwebender Wirkung freigelassen werden (Scaev. D. 40, 9, 26).

Ausnahmsweise ist die Erbeinsetzung, die an der Feindlichkeit gegen die aufschiebende Bedingung nicht teilnimmt, dennoch eines Anfangstermins unfähig. Das muß mit der Eigenart der Erbenstellung zusammenhängen, drückt gewiß die Absicht aus, den Erben möglichst als unmittelbaren Nachfolger des Verstorbenen hinzustellen, gehört aber doch angesichts der Herrenlosigkeit des Nachlasses, wenn der Erbe hausfremd ist, zu den vielen bisher nicht durchsichtigen Elementen des römischen Erbrechts.

Endtermine und auflösende Bedingungen sind nicht bloß den altzivilen Geschäften, sondern darüber hinaus den wie immer begründeten absoluten Rechten, wie Freiheit, väterliche Gewalt, Eigentum, Erbesein, schon an sich unbekannt. Es gibt keinen zeitweiligen Sohn (D. 1, 7, 34), keine zeitweilige Freiheit (D. 40, 4, 33) oder Übereignung auf Zeit (Vat. 283), und vom Erben gilt: semel heres semper heres. Es ist eine systemwidrige Neuerung, als Marc Aurel einen Sklaven, der mit der Auflage verkauft ist, er solle zu einem bestimmten Zeitpunkt freigelassen werden, mit dem Termin von selbst frei werden, demnach Sklaverei und Eigentum mit Endtermin endigen läßt [1]. Die Juristen behandeln aber den dies ad quem bei Stipulation, Damnationslegat, Prädialservituten und vermutlich auch Manzipation nicht als Hindernis des Geschäfts, sondern als nicht beigesetzt, ja als prätorisch wirksam. Auf die Tradition erstreckt sich diese Duldung nicht [2], weil eine Tradition auf Zeit keine justa causa possidendi abgibt.

§ 112. **Aufschiebende Bedingungen,** d. h. solche, die die Wirkung des Rechtsgeschäfts erst beim Eintreffen eines künftigen ungewissen Ereignisses eintreten lassen wollen (z. B. si navis ex Asia venerit), werden im Anschluß an die Norm der 12 Tafeln über den statuliber behandelt. Dieser unter der Bedingung der Zahlung eines Lösegelds testamentarisch freigelassene Sklave bleibt zunächst Sklave des Erben und jedes, der von diesem erwirbt, trägt aber die bedingte Freiheit mit sich herum; er wird durch Zahlung des Lösegeldes an den Käufer befreit (Ulp. 2, 1—4). Die Verfügung des Erben ist also insoweit unwirksam, als sie das bedingte Recht beeinträchtigen würde (BGB. § 161). Nach diesem Muster regeln sich suspensiv bedingte Vindikationslegate (Gai. 2, 200) und sicherlich alle dinglichen Verfügungen überhaupt, vermutlich auch obligatorische Verpflichtungen [3]. Das bedingte Recht ist noch kein Recht, aber es bringt ihm schädliche Verfügungen ebenfalls zur Schwebe. Diese beiden Seiten des Verhältnisses werden im großen ganzen durchgeführt, ergeben aber zusammen manche Kontroversen für die Juristen und manche Zweifel für uns.

Das bedingte Recht ist während des Schwebens der Bedingung noch nicht existent, und der Eintritt der Bedingung macht das bedingte Rechtsgeschäft „perfekt", d. h. erst von da ab entfaltet es seine normalen Wirkungen. Wer bedingt sein Eigentum übertragen hat, ist noch einstweilen Eigentümer, veräußerungs- und fruchtberechtigt. Wer bedingt gekauft hat, trägt noch nicht die Gefahr des Untergangs der Sache, weil beim Eintritt der Bedingung die Sache vorhanden sein muß, und beginnt, wenn er den Besitz der Sache erhalten hat, bis dahin noch nicht zu ersitzen (Paul. D. 18, 6, 8 pr.); während dann erst wahr zu sein braucht, daß eine gekaufte, stipulierte, legierte Sache dem Erwerber nicht gehört oder für eine zu erwerbende Servitut das herrschende Grundstück dem Erwerber zusteht [4].

[1] Paul D. 40, 8, 1; Lotmar, ZSavSt. 33, 360.
[2] Mitteis, PR. 192. Zu Diocl. Vat. 283, verändert in C. 8, 54, 2 Mitteis 164 N. 47; Senn, Etudes Girard 1, 283. Über die lebenslängliche Rente Ferrini, Legati 483; Mitteis, ZSavSt. 22, 135; RP. 192 f.
[3] Mitteis PR. 172.
[4] Pomp. D. 45, 1, 31; Marcell. D. 18, 1, 61; 45, 1, 98 pr.; Ulp. D. 30, 41, 2.

Andererseits liegt schon während des Schwebens der Bedingung (pendente condicione) eine Anwartschaft vor. Diese ist vererblich [1]. Ihr schädliche Verfügungen und der Erbgang in das durch die Bedingung belastete Recht (Jul. D. 39, 5, 2, 5) hängen selbst von der Vereitlung der Bedingung ab oder stehen einem bedingten Pfandrecht im Range nach (Gai. D. 20, 4, 11, 1). Auch die bedingte Schuld wird vererbt (Paul. D. 18, 6, 8 pr.) Die bedingte Forderung kann durch Pfandrecht bestärkt werden und sogar mit schwebender Wirkung noviert und — ausgenommen bedingte Legatschulden — durch Akzeptilation erlassen werden [2]. Desgleichen ist zuerst beim statuliber (Ulp. 2, 5), nachher allgemeiner [3] festgestellt, die Bedingung gelte als erfüllt, wenn derjenige sie vereitelt, zu dessen Nachteil ihre Erfüllung gereichen würde.

Wie ist innerhalb einer Mehrheit von Rechtsbeziehungen eine bedingte Rechtslage zu berücksichtigen? Dafür gibt es verschiedene Methoden. Betreffs der lex Cornelia, welche verbietet, sich bei demselben Gläubiger innerhalb eines Jahres für mehr als 20 000 Sesterzen zu verbürgen, zählt Gai. 3, 124 die bedingten Schulden nicht mit, Ulp. D. 44, 7, 42 pr. zählt bedingte Legate nicht mit, wohl aber bedingte Stipulationen. Nach der lex Falcidia behält der Erbe ein Viertel seines Erbteils gegenüber den Vermächtnisnehmern; nach dem Vorgang Julians (in D. 35, 3, 1, 7) lassen die Meisten bedingte Rechtsverhältnisse der Erbschaft außer Betracht und berücksichtigen ihr eventuelles späteres Entstehen durch Kautionen, während Just. damit wahlweise ein anderes System verbindet (D. 35, 2, 73, 1), wonach der Verkaufswert der bedingten Rechte und Lasten auf der Aktiv- oder Passivseite einzusetzen ist [4].

Der Schwebezustand erzeugt also, und das bewährt sich nach vielen Richtungen, einen Zustand rechtlicher Gebundenheit; die Bedingung „wirkt vor". Dagegen ist es nicht beweisbar, mindestens nicht eine Regel erkennbar, daß die Wirkung der eingetretenen Bedingung auf den Zeitpunkt der bedingten Rechtsbestellung zurückbezogen wird [5]. Schulstreitigkeiten der Juristen und Spezialbestimmungen führen freilich mannigfache Abweichungen herbei, und einige Interpolationen verdunkeln uns das Bild.

§ 113. Unter **auflösenden Bedingungen** verstehen wir solche, deren Erfüllung die zunächst eingetretene Wirkung des Rechtsgeschäfts vernichtet. Seit langem ist lebhaft bestritten, ob diese Figur in der gleichen Selbständigkeit bei den Römern besteht, und der Streit hat wohl einigen Grund. Die Auflösung von Verträgen für einen gewissen Fall voraus zu bestimmen, ist bereits unbefangene republikanische Praxis. Z. B. enthalten die formularen Versteigerungsbedingungen für eine Ölernte bei Cato agric. 144, 13 die Klausel, der Ersteher und seine offenen Gesellschafter müßten auf Verlangen einen Eid leisten — wahrscheinlich des Inhalts, daß sie kein heute sog. pactum de non licitando zur Abhaltung von Mitbietern geschlossen haben — und demjenigen, der nicht schwört, solle nichts geschuldet sein. Alt ist jedenfalls auch die bei Plautus bezeugte In diem addictio bei den so sehr verbreiteten freiwilligen Versteigerungen, die den Zuschlag aufhebbar macht, wenn sich binnen bestimmter Frist ein besserer Käufer findet. Aber an einen selbsttätigen Rückfall dinglicher Rechte ist sicher bis ins 1. Jahrhundert n. Chr. nicht zu denken, und was schuldrechtliche Wirkungen anbelangt, so dürfte die klassische Jurisprudenz von Haus aus eine wahre auflösende Bedingung des Hauptgeschäfts nicht kennen, sondern grundsätzlich nur ein aufschiebend bedingtes Aufhebungsgeschäft neben dem Hauptvertrag [6]. Daraus ergibt sich nach dem Eintritt der Bedingung eine Einrede gegen die Vertrags-

[1] Mitteis, PR. 174. Konsequenzen: Mitteis, ZSavSt. 32, 15.

[2] Mitteis, PR. 175 N. 38; ZSavSt. 32, 20.

[3] Jul. D. 35, 1, 24; Ulp. 50, 17, 161, vgl. BGB. § 162 Abs. 1. Mitteis, ZSavSt. 32, 13. Weitergehend Ulp. D. 36, 2, 5, 5 für Legate, zu deren Bedingung die Mitwirkung eines Dritten gehört: si Seiam uxorem duxerit, jedoch nicht frei von Interpolationsverdacht.

[4] Vassalli, Bull. 26, 52 mit einleuchtender Erklärung von l. 73 pr. — § 3 und dem Nachweis, daß die Einsetzung des Verkaufswerts bei den Juristen bezüglich der dubiosen Forderungen eine Rolle spielte, freilich mit sonstigen bedenklichen Annahmen; Paul. D. 35, 2, 45, 1 bezieht er auf die Actio Rutiliana.

[5] Hierfür mit Entschiedenheit Mitteis, PR. 172—178 gegen viele frühere Kontroversen. Die mit bedingtem Vindikationslegat vermachte Sache gehört in der Zwischenzeit dem Erben, Wlassak, ZSavSt. 31, 275. 319.

[6] Vgl. etwa Ferrini, Pand. 173. Doch beachte man, daß Mitteis, PR. 180 f., die Dinge erheblich anders als die obige Darstellung ansieht. Über die Stipulationen s. Mitteis 179 N. 52.

Klage oder, wenn der Hauptvertrag erfüllt wurde, eine Klage auf Rückgängigmachung desselben nach allgemeinen Grundsätzen der Pakta: also nach den klassischen Prinzipien dann, wenn der Nebenvertrag als pactum adiectum eines bonae-fidei-Kontrakts erscheint. Trifft dies zu, so hilft, wie immer, die aus dem Kontrakt fließende Klage das Paktum durchsetzen, indem sie auf Rückgängigmachung der Vertragserfüllung gerichtet wird. Die actio venditi gilt so für die In diem addictio und für die Lex commissoria, wonach der Verkäufer zurücktreten kann, wenn der Käufer nicht rechtzeitig den Preis zahlt, die actio empti für das Rücktrittsrecht des Käufers bei Mißbilligung der Ware (pactum displicentiae)[1]. Bedenken erregte offenbar eine ebensolche Einverleibung des Wiederkaufsrechts in den Kaufvertrag noch bei Proc. D. 19, 5, 12, der eigens eine actio in factum geben wollte, doch führen die Severen auch da die actio ex vendito durch[2].

Fraglich erschien zunächst die Stellung des Käufers, der die Sache tradiert empfing, in der Zwischenzeit bis zum Eintritt der Bedingung, weil sein Besitzgrund nicht unbedingt Dauer verheißt. Die Juristen nehmen sich seiner an, nicht ohne über die einzelnen Fälle zu streiten. Wir sehen hauptsächlich nur, daß seit Julian viele dem Käufer bei In diem addictio (D. 41, 4, 2, 4), Lex commissoria (cod. § 3), Pactum displicentiae (ebd. § 5) Ersitzungsbesitz, Fruchtziehung und publizianisches Recht gewähren[3]. Entsprechend trägt er aus dem Kauf die Gefahr (Jul. Ulp. D. 18, 2, 2, 1). Die Begründung lautet bei Ulpian eben, daß der Kauf unbedingt erfolgt und nur das pactum bedingt ist (D. 18, 2, 2; 18, 3, 1). Andere bestreiten diese Konstruktion, indem sie den Kauf selbst für bedingt ansehen, und da gelangen einzelne vielleicht wirklich bereits zu einer wahren auflösenden Bedingung. Nach D. 18, 2, 2 soll Ulpian selbst beide Auffassungen je nach Auslegung des einzelnen Falles zulässig erklärt haben; doch mag hier leicht Tribonians Ausgleichungsbedürfnis reden[4].

Gesetzlich statuiert ist seit Hadrian (C. 4, 56, 1) durch Reskripte das dingliche Verfallsrecht des Sklavenverkäufers, der sich die Abführung (abducendi potestas) oder manus iniectio vorbehält, falls die Sklavin prostituiert oder der Sklave (von dem er Lebensnachstellungen fürchtet) nicht exportiert wird[5].

§ 114. Unechte und besondere Bedingungen. Kasuistisch verschieden werden Bedingungen verhandelt, die nicht der normalen Figur entsprechen, namentlich in der Neigung, Testamente und Freilassungen zu begünstigen: so die condiciones in praesens vel praeteritum collatae, die auf gegenwärtige oder vergangene Umstände abstellen und keineswegs „schlechthin als Nichtbedingungen anzusehen sind"[6]; cond. impossibiles, deren Eintritt unmöglich ist, und in Erbeinsetzung, Vermächtnis und letztwilliger Freilassung nach sabinianischer Lehre meistens gestrichen werden[7]; die diesen — nicht umgekehrt — analog gesetzten cond. turpes, die dem Geschäft eine unsittliche Tendenz aufdrücken[8]. In die Willkür des Verpflichteten läßt sich im Wege der Bedingung: „wenn du geben willst" eine Obligationsbindung nicht setzen[9].

---

[1] Add. in diem: Jul.-Ulp. D. 18, 2, 4, 4. Lex comm.: Pomp. D. 18, 1, 6, 1; bestätigt durch Severisches Reskript bei Ulp. D. 18, 3, 4 pr. Pactum displic.: Sab. D. 18, 5, 6, wozu vermutlich nicht Paul., sondern Trib. eine Ao. in factum fügt; jedoch nicht, weil er Ao. praescriptis verbis will (de Francisci, Συνάλλαγμα 1, 285), was er sagen würde, sondern weil er auf das vom Ädil in seinem Edikt vorgesehene Iudicium in factum aus Pactum displicentiae (Ulp. D. 21, 1, 31, 22, Lenel, Ed. § 293 Nr. 7) hinweisen will; dessen Entstehung dürfte vor die Anwendung der Actio empti zu datieren sein.

[2] C. 4, 54, 2 [praescriptis verbis vel] itp., Pernice 2, 1, 186; de Francisci 283.

[3] Wie sich die ausdrücklichen Quellenaussprüche auf die einzelnen Klauseln verteilen, zeigt Mitteis, R. 67.

[4] Dies (ähnlich Senn, Nouv. rev. 1913, 275—310) und alles übrige ist unter den Heutigen fern von Anerkennung. Mitteis, PR. 185 N. 70, glaubt wenigstens die dingliche Auflösungskraft der Lex commissoria seit Julian sicher. Aber von den 3 angeführten Stellen beziehen sich mindestens zwei, Scaev. D. 18, 3, 8; Carac. C. 4, 54, 1 auf Arrhalgeschäfte hellenistischer Art, oben § 101.

[5] Haymann, Freilassungspflicht und Reurecht.

[6] Hierüber s. Mitteis, ZSavSt. 32, 11.

[7] Alibrandi, Opere 1, 205; Scialoja, Bull. 14, 5; Buonamici, Bull. 8, 31; Ferrini, Pand. 178; Manenti, St. Scialoja 1, 391; Rabel, Mél. Gérardin 488, 491; Mitteis, PR. 171.

[8] Ferrini, Teoria dei legati 334.

[9] Stip.: Paul. D. 45, 1, 46, 3; Kauf: Ulp. D. 18, 1, 7 pr. Diocl. C. 4, 38, 13. Nicht dazu gehört der viel besprochene Kauf auf Probe. Lit. bei Raape, Die Wollensbedingung.

Die (von Just. C. 6, 51, 1, 7 sogenannten) Potestativbedingungen — deren Erfüllung in der Willkür des bedingt Berechtigten steht — zählen nicht immer als Bedingungen mit; z. B. kann ein Haussohn unter einer potestativen Suspensivbedingung eingesetzt werden, während eine sonstige Bedingung nicht dem formellen Noterbrecht genügt (D. 28, 5, 4—6, Pap. D. 28, 7, 28). Besondere Fürsorge findet die negative Potestativbedingung im historischen Anschluß an das Legat, das einer Witwe unter der Bedingung, daß sie sich nicht wieder verheiratet, hinterlassen wird. Das Musterbeispiel selbst ist durch die Eheförderungsgesetze (lex Julia miscella C. 6, 40, 2; 3) stark berührt, wonach angeblich die Bedingung des Witwenstandes der eigenen Witwe des Erblassers erlassen wird, wenn sie innerhalb eines Jahres heiratet und schwört, daß sie es des Kindergebärens wegen tue (!), zugunsten einer fremden schlechthin gestrichen wird. Doch gilt die vorher von Q. Mucius dafür eingeführte Ordnung seit Julian für alle diejenigen negativen Potestativbedingungen, die sich erst mit dem Tode des Bedachten entscheiden: der Legatar erhält die Zuwendung gegen Kaution (cautio Muciana) für die Rückstellung bei Zuwiderhandlung. Bedingungen, die schon bei Lebzeiten des Legatars erfüllt werden können, genügen nicht, mit Ausnahme der aus der vorjulianischen, wohl noch nicht so festformulierten Praxis stammenden Einbeziehung der Zuwendung si servum non manumiserit, nach kaiserlichen Entscheidungen auch mit Ausnahme der Legate an Frau oder Freigelassene, falls sie nicht von den Kindern fortgehen [1]. Den Legaten sind die Fideikommisse gleichgestellt, nicht aber, wie Justinian will, die Erbeinsetzungen [2].

§ 115. **Befristung.** Von dies spricht man, wo gewiß ist, daß der maßgebende Umstand eintreten wird (sog. dies certus an), mag auch der Zeitpunkt seines Eintritts unbekannt sein (sog. dies incertus quando), z. B. der Todestag einer Person. Sonst liegt Bedingung vor, nicht bloß bei Testamenten, obwohl dort, weil der Bedachte die Erfüllung der Bedingungen erleben muß, der Satz: dies incertus condicionem in testamento facit (Pap. D. 35, 1, 75) besonders wichtig ist und daher auch streng beschränkt wird (Pap. eod. 99).

Anfangstermine lassen nach der treffenden römischen Formulierung eine gegenwärtige Obligation entstehen, während eine Bedingung sie hindert — so daß z. B. eine Zahlung in Unkenntnis der Bedingung eine condictio indebiti erzeugt, in Unkenntnis des Termins nicht (Pomp. u. Paul. D. 12, 6, 16; 10). Der Termin schiebt nur die Fälligkeit hinaus (Paul. D. 45, 1, 46 pr.) und daher die Aktio: statim debetur sed peti prius quam dies veniat non potest (J. 3, 15, 2) [3]. Denn Obligation ist eben nur Gebundenheit. Ein dingliches Recht kann erst mit dem Eintritt des Termins entstehen (Ulp. D. 7, 9, 9, 2).

Endtermine wirken, wo sie nicht das Geschäft ungültig machen, oder bloß prätorisch als pactum beachtet werden, unmittelbar rechtsvernichtend (z. B. Paul. D. 17, 2, 1 pr.). Aber die statistische Regel ist das kaum zu nennen.

§ 116. Unter **Auflage** [4], „Modus", klassisch lex, condicio, causa, versteht man die an eine freigebige Vermögenszuwendung geknüpfte Vorschrift eines bestimmten Verhaltens. Von derlei Bestimmungen wird in der Antike reichlicher Gebrauch gemacht, bei Schenkungen und

[1] Prinzip: Jul. D. 35, 1, 106; Jul.-Maec. D. 36, 1, 67, 1; Pap. D. 35, 1, 72, 2; 73; 101, 3. Für die erstere Ausnahme Jav. und Ulp. D. 35, 1, 67; 7 pr.; für die letztere Pap. D. 35, 1, 72 pr. § 1. Das Obige folgt H. Krüger, Mél. Girard 2, 1, mit der Abweichung, daß eine der Julianischen gegenteilige Regel der früheren Zeit nicht angenommen wird; in l. 7 pr. die Erwähnung Julians zu streichen, ist willkürlich. Über die Motive der Ausnahme in l. 72 pr. § 1 Levy, ZSavSt. 24, 136 und dagegen Krüger 15, 24.

[2] Scialoja, Bull. 11, 265: D. 35, 1, 18 und 7 itp.; zweifelnd aber Mitteis, PR. 199 N. 16. Auch betreffs der Fideikommisse ist nicht alles echt.

[3] Genau dasselbe sagt Paul. D. 44, 7, 44, 1: ante diem non exigatur, so daß seine von Unger, OstPrivR. 2, § 83 N. 6, betonte Ausdrucksweise: ex die incipit obligatio vom fälligen Anspruch verstanden werden muß. — Über die seltsame Verwendung der Legatslehre vom Dies cedens bei Stipulationen Mitteis, ZSavSt. 32, 5.

[4] Pernice, Labeo 3, 1 (1892); F. Haymann, Schenkung unter einer Auflage (1901); Mitteis, PR. § 12; Schulz, Festschr. f. Zitelmann (1913) 1 (über C. 8, 54, 3 itp. gegen Bat. 286; D. 23, 3, 9 pr. itp.; ferner Diocl. C. 8, 53, 9; 22; 4, 64, 8 itp.). Über die Auflagen, die auf Grabmälerinschriften das Grab der Familie oder sonstiger engerer Kreise sichern wollen, Giorgi, Le multe sepolchrali 1910; Albertario, ZSavSt. 32, 386; im allg. über die testamentarischen Multen Mitteis, PR. 103 N. 22; 199.

letztwilligen Zuwendungen, zur Fürsorge für Sklaven und Freigelassene und für Grabmäler, Spiele und gemeinnützige Bauten. Die Auflage (z. B. ut monumentum faciat Scaev. D. 35, 1, 80) unterscheidet sich von der Potestativbedingung (z. B. si monumentum fecerit), da sie die Vermögensverschiebung nicht von der Befolgung abhängig setzt. Wenn Savigny, System § 128, den Gegensatz vollkommener formuliert hat: die Bedingung suspendiert, zwingt aber nicht, der Modus zwingt, suspendiert aber nicht, so setzt dies eben voraus, daß die Auflage mehr ist als ein Wunsch. Rechtszwang begleitet sie aber in der Kaiserzeit noch nicht durchwegs, sondern bloß in besonderen Fällen. Ein Legatar wird vom Prätor nur gegen Sicherstellung der Auflage zur Klage zugelassen (Treb. Jav. D. 35, 1, 40, 5), ausnahmsweise findet Zwang einer Aufsichtsbehörde statt, in der Severenzeit wird eine letztwillige Auflage, wenn möglich, als fideikommissarische Belastung aufgefaßt. Am besten fährt ein Erblasser immer noch, wenn er zu einer bedingten Verfügung greift; ein Schenker kann sich durch Fiducia oder Stipulation klagbare Rechte schaffen (z. B. die Stiftung des Flavius Syntrophus an die Freigelassenen durch Manzipation und Stipulation mit einem derselben). Aus der Auflage als solcher ist weder auf Erfüllung noch auf Rückgabe der Zuwendung Klage gewährt. Erst die spätrömische Praxis führt actiones praescriptis verbis auf Vollzug und Kondiktionen auf Rückgewähr ein.

§ 117. Schuldrechtliche Verträge zugunsten und zu Lasten Dritter[1]. Es ist ein Dogma der römischen Jurisprudenz, daß die Obligation ein persönliches Band zwischen Gläubiger und Schuldner bedeutet, das nicht abgelöst und auf Dritte übertragen werden kann. Offenbar ist dies keine römische Besonderheit, vielmehr eine Eigenschaft jeder alten Personenhaftung[2]. Aus ihr folgte wenn nicht einst die Unvererblichkeit der Forderungen und Schulden, so doch sicher deren Unübertragbarkeit durch Rechtsgeschäft (Zession) und der Satz: daß in Stipulationen weder einem Dritten noch das Tun eines Dritten versprochen werden kann. In diesem Satze liegt sowohl der Ausschluß der Stellvertretung durch Handeln im Namen eines andern als derjenige der im eigenen Namen geschlossenen Verträge auf Leistung an Dritte und zu Lasten Dritter. Beides geht, wie es scheint, noch bis Diokletian so sehr Hand in Hand, daß wir oft nicht unterscheiden können, auf welche Konsequenz sich das stets wiederholte Dogma bezieht. Man muß sich darum hüten, aus seiner bloßen Anführung allzuviel Widerspruch gegen die in der Kaiserzeit unaufhaltsam vordrängende Stellvertretung herauszulesen.

Ein Dritter ist auch der Erbe, und daraus erklärt es sich wohl am zwanglosesten, daß die Obligation nicht in der Person des Erben anfangen kann (ab heredis persona und contra heredem incipere), d. h. eine Stipulation darf nicht lauten heredi meo dari oder post mortem meam, pridie quam moriar oder analog auf Schuldnerseite, z. B. pridie quam morieris (Gai. 3, 100; C. 4, 11, 1; 8, 37, 11; I. 3, 19, 13).

Aus dem Prinzip selbst ergibt sich aber eine wichtige Begrenzung. Die Haftung ist persönlich, die geschuldete Leistung kann beliebig umschrieben sein. So hat die Stipulation mihi aut Titio dari gar keinen Anstand; Titius soll bloß die Zahlung empfangen, er ist solutionis causa adiectus, hat nicht zu klagen. Umgekehrt ist es eine nichtige Stipulation, einfach das Geben oder Tun an einen Dritten zum Gegenstand zu machen, weil eben eine Fassung Titio X dari nur auf eine Klage des Dritten abzielen würde. Die Sachlage verändert sich sofort, wenn der Stipulant eine Klage für sich selbst herstellt, die natürlich auch ein eigenes Interesse verlangt. Just. in D. 45, 1, 38, 17 = J. 3, 19, 19 kehrt dieses Erfordernis des Interesses hervor; aber es ist zweifellos selber nur eine Konsequenz aus der persönlichen Natur des Zwangsvollstreckungsanspruchs. Das gangbare Auskunftsmittel besteht also in der Stipulation einer Strafe an den Gläubiger, für den Fall, daß an den Dritten nicht geleistet wird. Dadurch fließt der Vertrag mit allen denen zusammen, in welchen sich mittels Strafversprechens ein Kontrahent gegen Rückgriffe Dritter zu sichern sucht, z. B. der Verkäufer eines Grundstücks wegen seines Mieters

[1] Pacchioni, I contratti a favore di terzi, 1898, [2] 1913; Hellwig, Die Verträge auf Leistung an Dritte 1899.

[2] Für das deutsche Recht wird allerdings sogar über die Übertragbarkeit gestritten; gegen diese Brunner, Forschungen 1, 602; dafür aber Buch, Die Übertragbarkeit von Forderungen (Gierkes Unt. 113), gegen welchen wieder Gál, ZSavSt. Germ. Abt. 33, 602; Replik von Buch, ebd. 34, 429.

oder Pächters, der Verkäufer eines Sklaven wegen der ihm vom Vorverkäufer auferlegten Beschränkungen. Ein dogmatischer Fortschritt schlösse sich an, wenn auch ohne stip. poenae aus der Hauptstipulation eine Klage auf das Eigeninteresse gegeben würde. Die Juristen haben sich diese Frage vorgelegt und sie vielleicht in einzelnen Fällen bejaht (Marc. Ulp. D. 45, 1, 38, 20—23 stark itp.), Diocl. C. 8, 38, 3 gibt es nachher als Prinzip.

Entsprechend darf promittiert werden, daß Titius etwas tun oder daß irgend ein Erfolg eintreten werde, sobald der Versprechende selbst die Garantie übernimmt. Das geschieht regelmäßig nur durch Strafversprechen. Aber es gibt eine Reihe altüblicher Garantiehaftungen [1], die auch ohnedies anerkannt sind, z. B. haftet der Gestellungsbürge aus dem vadimonium alium sisti (Cels.-Ulp. D. 45, 1, 81), der Prozeßvertreter aus der cautio ratam rem (dominum) habiturum (D. 46, 8), der Verkäufer aus der Stipulation des habere licere, d. h. des Ausbleibens von Angriffen Dritter (Ulp. D. 45, 1, 38 pr.). Wie es scheint, empfinden die Severischen Juristen dabei theoretische Skrupel (vgl. Ulp. D. 45, 1, 38 pr. — § 2), sie deuten die Haftung in ein Versprechen um, selbst bemüht zu sein (se curaturum), um sie nicht für ungültig erklären zu müssen, nam de se quemque promittere oportet (Paul. u. Ulp. D. 45, 1, 83; 50 pr.). Hier ist das Verständnis der Garantiehaftung getrübt.

Gerade die gesamte Spätzeit scheint in der Tat das Dogma streng festzuhalten. Die Diocletianische Kanzlei erklärt eine Stipulation (C. 5, 12, 26) und sogar einen Kaufvertrag (falls C. 4, 50, 6, 3 etwa echt ist) zugunsten eines Dritten und vielleicht zugleich den im fremden Namen geschlossenen Vertrag für nichtig, da der Dritte von Rechts wegen, der Kontrahent wegen seines Willens vom Forderungserwerb ausgeschlossen sei. Zwar dürfte hierin ein neues Korrektiv liegen. Die Willensinterpretation hätte, sobald man sich einmal auf sie einläßt, nur für den einzelnen Fall Bedeutung. Mit dem formellen Wesen der Stipulation, wie es noch die Klassiker verstehen, ist das aber unvereinbar. Wir bemerken bei diesen auch nur kleine Hülfen; z. B. wird aus reiner Verlegenheit eine gültige Stipulatio cum moriar (Paul. Vat. 98 u. a.) neu erfunden. Versucht wird auch, mit der stip. mihi et Titio X dare spondes der Schwierigkeit Herr zu werden (J. 3, 19, 4, aber strenge Diocl. C. 8, 38, 6). Merkwürdigerweise kann ein servus publicus einem Vormund die cautio rem pupilli salvam fore abnehmen (Ulp. D. 46, 6, 2; 4 pr.; 27, 8, 1, 15); die Klage wird dann auf den Mündel übergeleitet; ebenso leistet der Arrogator eines Unmündigen die Sicherheit einem Staatssklaven (Marc. D. 1, 7, 18).

Auszunehmen sind übrigens die Dienste von Sklaven und Freigelassenen, die nicht als ein Tun, sondern als Sache gelten, wahrscheinlich weniger ihrer wirtschaftlichen Vertretbarkeit wegen als weil man zwischen dem Dienstmann und den Diensten noch nicht viel Unterschied macht. Sowie ein Freigelassener seinem Patron verspricht operas dare und die Klage des Patrons auf dare lautet, könnte daher auch mit dem Freigelassenen ein anderer als Korrealschuldner des ersteren operae zu geben versprechen (so wohl Jul. D. 45, 2, 5) [2].

Nun wird das alteri stipulari non licet eben nur von Stipulationen entwickelt (Paul. D. 44, 7, 11 itp. [et ideo-possumus]). Wie es im übrigen steht, ist nicht ganz klar. Wir finden z. B. einen Ersatzanspruch aus einem Begräbniskassenstatut für einen Dritten, der das Begräbnis besorgt [3]. Wir wären auch nicht überrascht, in Verkehrsgeschäften den rigor iuris verlassen zu sehen. Doch ergeben die Quellen kein einziges unverdächtiges Zeugnis für eine unmittelbare Klage eines Dritten [4]. Das stärkste Bedürfnis allerdings wird auch besonders befriedigt. Für Zuwendungen durch einen Mittelsmann gibt es mancherlei Formen mit indirektem Schutz des Drittbedachten, für letztwillige das Fideikommiß, das dem Dritten die unmittelbare Klage verschafft. Diese steht unter Umständen sogar aus einem Vertrag unter Lebenden zu, zumal seit Pius aus der in der Antike häufigen Hinterlegung mit der Verfügung, im Fall des Todes des

---

[1] Über den Charakter derselben vgl. Partsch, Griech. Bürgschaftsrecht, bes. 1, 168; ZSavSt. 29, 408; zur Sache auch Rabel, Haftung des Verkäufers 1, 69.

[2] Dazu Thélohan, Etudes Girard 1, 371 und dessen weitere § 65 ang. Schrift.

[3] Lex coll. funeraticii Lanuviensis Bruns-Gradenwitz n. 175, Z. 30; vgl. Debray, Nouv. rev. 1912, 38.

[4] Eisele, Beitr. RG. 76. Dazu über die Klage des Drittbedachten aus einer Schenkungsauflage Vat. 286 Schulz a. § 116 ang. O. — Über einen ägyptischen Pachtvertrag P. Straßburg 2 mit Lohn für den Knecht des Verpächters Wenger, Festschrift für Bekker 82.

Hinterlegers solle der Verwahrer das Depot an eine bestimmte dritte Person ausfolgen (fideicommissum a debitore relictum)[1].

§ 118. Ausschluß der Stellvertretung und Ersatzmittel[2]. Nach einem weiteren zweifellosen Grundsatz des römischen Privatrechts kann niemand eine Rechtshandlung mit der Wirkung setzen, daß sie als Handlung eines Dritten gilt. In der Anwendung auf Schuldverträge ergibt sich abermals die Unmöglichkeit von obligatorischen Vertragsschlüssen im Namen Dritter. Es wäre ein reizvolles, aber derzeit sehr gewagtes Unternehmen, den geschichtlichen Zusammenhang der beiden Prinzipien zu ergründen, die sich in dieser gemeinsamen Folge treffen. Jedenfalls mußten wir die persönliche Natur der Haftung einzelner Personen als besonders ausgeprägte Erscheinung der historischen Zeit betonen; übrigens bleiben schuldrechtliche Verträge im Name Dritter ganz besonders zähe und lange erschwert.

Alle Stellvertretung ist von Haus aus unzulässig. Indessen ergeben sich doch im Lauf der Zeit verschiedene Auswege, um praktisch das Handeln für eine fremde Rechtssphäre zu verwirklichen.

1. Nach altem Gewohnheitsrecht wird der Hausvorstand durch Rechtserwerbshandlungen der Gewaltunterworfenen in weiten Grenzen berechtigt[3], ausgenommen das notwendige persönliche Handeln vor Gericht bei der Iniurecessio. Das ist eine zwingend nötige Voraussetzung der Sklavenwirtschaft. Der Besitz wird in dieser Art, ohne Wissen des Gewalthabers, nur erworben, wenn er ex re peculiari, d. h. mit wirtschaftlicher — aber wie es scheint nicht gerade notwendig mit offener — Beziehung auf das Peculium gewonnen wird, der zivile Besitz natürlich nur ex iusta causa, nicht durch Gewalt[4]. Verteilt sich das Recht an der Person, wie sich das Recht am Sklaven zwischen dem Eigentümer und dem Nießbraucher, zwischen jenem und dem gutgläubigen Besitzer oder zwischen dem freien Mann selbst und demjenigen teilt, dem er gutgläubig dient, so gehört grundsätzlich dem Nutzenden der Erwerb durch den Sklaven oder Scheinsklaven aus zwei Gründen, der Erwerb aus der Arbeit des Dienenden und der Erwerb mit seinen eigenen Mitteln (ex operis suis vel ex re nostra)[5], nicht z. B. aus einer anfallenden Erbschaft. Da sich dieser Erwerb durch Gewaltuntertänige innerhalb seiner Grenzen mit Rechtsnotwendigkeit vollzieht, so entscheidet dort, wo es auf Kennen, Dolus oder Nichtkennen gewisser Umstände (z. B. von Sachmängeln) auf seiten des Erwerbers ankommt, regelmäßig nur die Person des Unterworfenen[6].

---

[1] Ulp. D. 30, 77; Paul. 16, 3, 26 pr. Hellwig 1 ff.; Kipp-Windscheid, P. § 316 N. 4a; Rabel, ZSavSt. 30, 467; Bruck, Grünhuts Z. 40, 553.

[2] Mitteis, PR. § 13, auf dessen Quellennachweise für alles in §§ 118—120 Folgende hinzuweisen ist. — Buchka, Die Lehre von der Stellvertretung 1852; E. Zimmermann, Die Lehre von der stellvertretenden Negotiorum gestio 1876; Hellmann, Die Stellvertretung 1882; Mitteis, Die Lehre v. d. Stellv. 1885; Lenel, Jh. J. 36, 1; Schloßmann, Die Lehre v. d. Stellv. 1900, 1902; Hupka, Die Vollmacht 1900; Die Haftung des Vertreters ohne Vertretungsmacht 1903; Kniep, Gai. inst. 2 (1912) 205, 236. — Zum Besitzerwerb, jedoch meist für die ganze Lehre wichtig: Schloßmann, Der Besitzerwerb durch Dritte 1881; Kniep, Vacua possessio 210; Alibrandi, Teoria del possesso 71 = op. 1, 271—278; Ferrini, Pand. 323; Perozzi, Ist. 1, 553; Bonfante, Ist. 343 N. 2; B. Bruns, Besitzerwerb durch Interessenvertreter 1910; Solazzi, Bull. 23, 143; 24, 150; Mem. Acc. Modena 11 (1911); Peters, ZSavSt. 32, 201; Last, Jh. J. 62, 53; Lewald, ZSavSt. 34, 449. — Zur Prozeßvertretung Lit. bei Rosenberg, Stellvertretung im Prozeß (1908) § 6; dazu Duquesne, La translatio iudicii; Wirbel, Le cognitor 1911; Eisele, Stud. z. röm. Rechtsg. (1912) 51. — Wenger, Die Stellvertretung im Recht der Papyri 1906; Arch. f. Kulturgeschichte 10 (1913) 395; Partsch, ArchPapF. 4, 495; Kübler, ZSavSt. 29, 216; Mitteis, Gdz. 260. — Im Obigen wird die Lehre unter neuen Gesichtspunkten betrachtet. Soweit hierzu noch Beweise gehören, sollen sie in einer selbständigen Arbeit folgen.

[3] Mandry, Das gem. Familiengüterrecht 1 (1871).

[4] Pap. D. 41, 2, 44, 1; Riccobono, ZSavSt. 31, 357. Zu Paul. D. 41, 3, 47; 41, 4, 2, 10—13; Pap. D. 41, 3, 44, 7, Textkritik bei Schulz, ZSavSt. 33, 62. Wegen anderer Erwerbungen als des Besitzes (und der Erbschaft) wird nach Jul. D. 45, 1, 62; Gai. D. 41, 1, 32 u. a. angenommen, der Erwerb vollziehe sich ohne Rücksicht auf ein Pekulium und einen Auftrag des Gewalthabers, vgl. Mandry, 1, 131. Ich habe Zweifel, ob dies völlig stimmt.

[5] Gai. 2, 91 f.; 3, 164 f.; Ulp. 19, 21. Näheres Berger, Philologus 73 (1914) 61.

[6] Afr. D. 21, 1, 51 pr. Satz 1; Ulp. D. 44, 6, 2 u. a. Zu den betr. Fragen nach klass. Recht Solazzi, Riv. ital. 50, 229; Schulz, ZSavSt. 33, 37 (über die Ausnahmen vom obigen 44. 45. 63).

2. Gesetzliche Vormünder und Kuratoren, die ein Vermögen zu verwalten haben, stehen von altersher als dessen eigenberechtigte Herren vermöge ihres Agnatenrechts da, gleich dem griechischen den bezeichnenden Namen κύριος tragenden Vogt. Ihre vis ac potestas befähigt sie ohne weiteres zu Verfügungen einschließlich der Prozeßführung (lege agere pro tutela). Nachdem sie zu Schützern (tutores) herabgedrückt sind, ihre Gewalt sich mit dem Amte der behördlich bestellten Pfleger verschmolzen hat, sollen sie alle nur noch im Interesse des Pfleglings und womöglich gar nicht allein handeln. Sie sollen Rechtsgeschäfte durch den Bevormundeten, falls er beschränkt geschäftsfähig ist, vollziehen lassen und selbst nur durch Erteilung der auctoritas mitwirken oder einen Sklaven des Mündels vorschicken. Manches wird ihnen geradezu verboten. Indessen jedem von ihnen bleibt doch eine Gewalt im eigenen Namen, aus eigenem Amtsrecht, wie einem Eigentümer (domini loco). Im klassischen Rom tritt dies noch am deutlichsten beim agnatischen curator furiosi in Erscheinung, da er die Sachen des Geisteskranken sogar manzipieren kann, während sonst die Manzipationshingabe mindestens durch freie Personen unmöglich ist [1]. Bei einem so altertümlichen Institut, wie es der Sühnevertrag mit dem Diebe ist, tritt auch der Tutor auf (Gai. u. Ulp. D. 47, 2, 55, 5; 57, 4). Um Mißbrauch zu verhüten, schränkt man die Verfügungsgewalt schrittweise ein. Nach einer immer allgemeiner werdenden Regel gelten Veräußerungen nur für gültig, wenn sie bona fide geschehen (Paul. D. 26, 7, 12, 1). Nach der oratio D. Severi a. 195 (D. 27, 9, 1) kann der Vormund und vermutlich auch der Kurator in der Regel städtische Liegenschaften nur mit obervormundschaftlicher Zustimmung veräußern.

Ähnlich vertreten in der Antike den Staat und die öffentlichen Körperschaften die dazu gesetzlich oder statutarisch berufenen Organe, was in Rom prinzipiell durchgeführt ist [2].

3. Handeln die genannten Personen aus eigenem Recht im fremden Interesse, so kann man eine gleiche Stellung rechtsgeschäftlich durch Treuhänderschaft einräumen, was in allen älteren Zuständen höchst beliebt ist. Man überträgt einem Vertrauensmann das Eigentum an einer res mancipi (fiducia) oder läßt ihn als Nebengläubiger bei der Stipulation mitwirken (adstipulatio), damit er das nunmehr eigene Recht verfolgen könne. Auf dieser Grundlage dürfte auch die älteste prozessuale Vertretung erwachsen sein, da noch die klassische Gestaltung den Prozeßvertreter zum Subjekt der Litiskontestation und danach zum dominus litis, Herrn des Streits, erhebt.

4. Ohne weiteres kann ein Interessenvertreter von sich aus im eigenen Namen tätig werden, Rechtsgeschäfte auf sich selber ziehen und den Erfolg im inneren Verhältnis, z. B. durch Mandats-, Geschäftsführungs-, Gesellschaftsklage, mit dem Prinzipal ausgleichen. Diese sog. mittelbare Stellvertretung, die natürlich keine wahre Stellvertretung ist, bildet die Grundlage des römischen Geschäftsverkehrs durch freie Vermittler. Ein großes Institut der Einkaufs- und Verkaufskommission, wie sie heute zwischen selbständigen Kaufleuten blüht, hat sich nicht daraus entwickelt. Zum größten Teil vollziehen sich eben die Geschäfte der Begüterten mittelst ihrer Sklaven und Haussöhne und anderer ständig angestellter Vertreter, so daß den modernen Grundsätzen der handelsrechtlichen Kommission vielmehr die prätorischen adjektizischen Klagen entsprechen (s. unten); diese reichen freilich nicht überall hin, die mittelbare Vertretung spielt eine große Rolle. Immerhin mag man der Kommission die stark verbreitete Sitte vergleichen, durch gewisse Bankhalter (argentarii) Sachen freiwillig versteigern zu lassen, wobei Stipulationen und contractus aestimatorius die juristischen Beziehungen zwischen dem Kunden und dem Versteigerer, diesem und dem Lizitanten vermitteln [3]. Die indirekte Vertretung ist übrigens auch der Notausweg für die schuldrechtlichen Verwaltungsgeschäfte der Vormünder und Kuratoren, wenn der Mündel nicht fähig zum Geschäft und kein Sklave da ist [4]. Hier entscheidet

---

[1] Ebenso durch Gewaltunterworfene nach Mitteis, ZSavSt. 25, 381; PR. 208; dagegen Kniep, Gai. inst. 2, 236.

[2] Über die Vertretungsmacht des curator und magister bonorum Degenkolb, Beiträge z. Zivilprozeß (1905 ex 1897) 159; Kniep, Mél. Girard 1, 632.

[3] Mommsen, Jur. Schr. 3, 225; Kniep, Argentaria stipulatio 1911; Kübler ZSavSt. 32, 368; Samter, Nichtförml. Ger.Verf. 35.

[4] Im Fall Scaev. D. 33, 2, 32, 6 dürfte weder an wahre Stellvertretung (vgl. Wenger ZSavSt. 28, 309), noch an mittelbare gedacht sein, sondern an Zahlungen der Nießbrauchlegatarin im Interesse des geisteskranken Bruders aber für eigene Rechnung.

folgerichtig Kennen und Nichtkennen des Mittelsmannes allein (Jul. Afr. D. 21, 1, 51 § 1 u. a.).

5. Indessen, wenn verlangt wird, daß eine Partei das Rechtsgeschäft selber schließt, so ist damit nicht gesagt, daß sie sich dabei keines Vermittlers überhaupt bedienen kann. Bei denjenigen Verträgen, deren Formalnatur nicht das persönliche Auftreten verlangt, wie Manzipation, Iniurecessio, Stipulation, Cognitoris datio, darf ja das eigene Handeln der Partei in mannigfaltiger Weise zum Ausdruck kommen. Dieser Gedanke trägt ungemein weit. Alle folgenden Anwendungen erschöpfen ihn nicht.

a) Die Römer lassen mit Recht die Zustimmung des Eigentümers zu einer Veräußerung oder Verpfändung seiner Sache genügen, auch wenn ein Dritter sie vornimmt (Gai. D. 41, 1, 9, 4 Satz 1, Paul. D. 13, 7, 20 pr. u. a.).

b) Den Konsens zu einem formlosen Vertrage kann man wie durch einen Brief natürlich auch durch einen Boten (nuntius) überschicken.

c) Den Besitz kann jemand erwerben, indem er seinen Willen dazu erklärt und ein Dritter für ihn die Sache körperlich ergreift, animo nostro, corpore alieno, ganz unbedenklich sofern der Dritte offenkundig nur ein tenere übt, nicht selber Besitzer wird. Dies trifft auf den Sklaven zu, wenn der Herr den Willen äußert [1], auf Hauskinder, Diener, Lohnarbeiter (Ulp. D. 39, 5, 6), Wächter (Jav. D. 41, 2, 51), mindestens dieses (vgl. § 120) auch auf den procurator. Die als Werkzeug dienende Person muß aber des Willens fähig sein, corpore dem Herrn das Besitzverhältnis herzustellen (Paul. D. 41, 2, 1, 9 ff.). Hier sowie bei allen Geschäften, die im Auftrage oder „im Namen", d. h. nach heute herrschender Ansicht mit Beziehung auf das Vermögen des Gewalthabers geschlossen werden, entscheidet grundsätzlich nur die Person des Vertretenen über Willensmängel, Kennen, Nichtkennen [2].

d) Hohe Bedeutung hat die Ermächtigung an einen Dritten, mit einem Interessenvertreter ein Geschäft zu schließen (§ 119).

§ 119. Ermächtigung. Es ist vielleicht kein ganz allgemeiner Gedanke, aber ein in der Antike äußerst fruchtbarer, daß jemand sich auch bindet, indem er durch Anweisung (iubere, auch delegare) zum Kontrahieren zu nachfolgenden Verfügungen über seine Rechte einwilligt oder die belastende Wirkung eines Schuldvertrags auf sich erstreckt. Ist im letzteren Falle der Interessenvertreter selbst obligierungsfähig, so entsteht eine Doppelhaftung des Prinzipals und des Vertreters.

a) Darauf beruhen vor allem fast alle sog. „actiones adjecticiae qualitatis" [3].

Aus der Ermächtigung (iussum) eines Gewalthabers an einen Dritten, mit seinem Sklaven oder Haussohn einen Vertrag zu schließen, gibt der Prätor dem Dritten gegen ihn die actio

---

[1] Pap. D. 41, 2, 44, 1. Riccobono, ZSavSt. 31, 358; Last, Jh. J. 62, 23.

[2] Die Juristen setzen voraus, daß der Gewaltunterworfene domini vel patris nomine (Pomp.-Paul. D. 41, 4, 2, 12) oder mandatu (Ulp. D. 44, 6, 2; Jul. Afr. D. 21, 1, 51 pr. a. E.) gehandelt hat, einige vielleicht, daß der Auftrag spezialisiert war, certum mandante patre vel domino (Paul. D. 40, 12, 17; vgl. Just. in D. 21, 1, 51 pr.). Hierzu Schulz 40 f. in scharfsinnigen Aufstellungen, von denen es sich bloß fragt, ob die Klassiker die Dinge nicht doch einfacher sahen. Erfolgt der Erwerb zugleich für das Pekulium und mit dem Willen des Gewalthabers, so vereinigt sich die Regel oben zu 1 N. 6 mit der hier besprochenen: der peculiari nomine handelnde filius darf nicht wissen, z. B. damit dem Vater kein Dolus vorgeworfen werden könne; zugleich aber schadet das Wissen des Vaters selber, wenn er Auftrag erteilt hat; dem Auftrag stellt z. B. Ulp. D. 40, 12, 16, 4 es gleich, daß der Vater beim Geschäft anwesend war und es nicht hinderte.

[3] Baron, Die adjektizischen Klagen 1882; v. Tuhr, Die Actio de in rem verso 1895; Lenel, Eb. 248—279 mit weiterer Lit.; Seckel, Festschrift für Bekker (1907) 323; Solazzi, Bull. 17, 208; 18, 228; 20, 5; Beseler, Beiträge 3, 192. — Über Interpolationen betreffs der Konkurrenz der Actiones adj. qual. mit der Condictio und betreffs der adjektizischen Klagen auf Bereicherung Mitteis, Jh. J. 39, 167; PR. 227 N. 81; Solazzi, Riv. ital. 49, 51; Albertario, Rend. Ist. Lomb. 46 (1913) 340; Lit. zu § 120, S. 511[3]. — Zu den Actiones utiles, namentlich zur Actio utilis de in rem verso und zur Actio quasi institoria neuerdings Solazzi in St. Brugi, n. XIII; Bull. 23, 153; 25, 103 = Le azioni del pupillo 143. 245; Bonfante, Ist. 384 N. 1; Albertario, L'actio quasi institoria, Pav. 1912; Rabel in Festschr. f. Zitelmann (1913).

quod iussu, als hätte er selbst den Vertrag geschlossen [1]. Rüstet er den Sohn oder Sklaven mit einem Erwerbsfonds (peculium) aus, so gilt dies als eine Ermächtigung an alle Dritten, mit dem Gewaltunterworfenen Geschäfte mit Beziehung auf das Pekulium zu schließen, derart, daß der Hausvater bis zum Betrag des Pekulium (dumtaxat de peculio) haftet. Dazu gesellt sich allerdings eine zweite Haftung auf so viel als aus einem Geschäft mit dem Sohn oder Sklaven in das Vermögen gelangt ist (si quid in rem inde versum est). Aber neuerdings ist nicht ohne Grund behauptet worden, daß die Versionshaftung nicht bloß im prätorischen Album kein selbständiges Formelblankett aufweist — wie Lenel dartat —, sondern immer nur auf der fakultativen Einfügung der Klausel sive si quid etc. in die Pekuliarklage beruht, also als selbständige Formel nicht geltend gemacht werden kann [2]. Erforderlich wäre danach die geschehene Erteilung des Pekuliums und daß das Geschäft sich auf dieses bezog. Nicht erforderlich ist nach den Grundsätzen der actio de peculio selbst, laut der überwiegenden Ansicht der Römer (D. 15, 1, 30 pr.), daß das Pekulium schon bei der Litiskontestation solvent ist, und die kombinierte actio de peculio deque in rem verso hat jedenfalls ihren Wert durch die Verurteilung auf den Vermögenszuwachs bei Insolvenz des Pekuliums auch zur Zeit des Urteils (Ulp. D. 15, 3, 1 pr.) oder wenn es sine dolo malo eingezogen und die actio annalis nicht mehr anstellbar ist (vgl. Ulp. D. 15, 2, 1, 10). Zur Ergänzung dienen nämlich einige Hilfsklagen, darunter eine actio annalis de peculio binnen eines Jahres nach dem Tod oder der Freilassung des Sohns oder Sklaven; ferner eine actio tributoria wegen doloser Verteilung eines Handelsvermögens (merx peculiaris) durch den Gewalthaber. Daß die eifrige Arbeit der Juristen an diesen Formeln über den Grundgedanken hinaus zu mehrfacher Ausdehnung führt, nimmt nicht wunder. Rein tritt derselbe aber schließlich in den vom Prätor wegen freier und unfreier Angestellten zugebilligten actiones institoria und exercitoria hervor. Der Reeder (exercitor), der seinem Schiff einen magister navis vorsetzt, damit er Kapitäns- und Seehandelsgeschäfte treibe — wie das bei den Griechen im Gegensatz zu den Italienern heute noch vorteilhafte Übung ist —, und der Kaufmann, der einem bestimmten Gewerbezweig, z. B. Ölhandel, Lagerhaus, Lombardgeschäft, einen ständigen Handelsbevollmächtigten (institor) vorsetzt (praeponit), haftet den Gläubigern je nach dem Umfang der Anstellung, bestimmt durch Gattung oder Zweck der abzuschließenden Verträge und je nach der gehörigen Kundbarmachung ihrer Einschränkungen (z. B. durch Plakat im Laden, Ulp. D. 14, 3, 11, 2—6) — er haftet also im Rahmen einer begrenzten offenen Vollmacht, die in der Anstellung erblickt wird, auf die ganze Schuld [3].

b) Daß die aktive Prozeßführung durch einen dem Beklagten mit solennem Spruch „gegebenen" Kognitor (Gai. 4, 83) das Recht des Klägers ebenso stark berührt, als führte der Vertretene selber den Prozeß, beruht auf seiner Erklärung, die nach alten Rechtsbegriffen mündlich vorgenommen sein muß. Diesem Verhältnis entspricht vielleicht noch vielerlei in der späteren Geschichte der Prozeßvertretung, sicher, daß schließlich nach Pap. Vat. 331 der Vertreter eines Anwesenden — der ihn hindern könnte! — gleich einem Kognitor gilt, und daß nach Mod. D. 3, 3, 65 die Bestellung gegenüber dem Gegner durch Schriftsatz erfolgen darf. Aber auch im übrigen sind alle Prozeßvertreter dem Kognitor in dem Maße angeglichen worden, als man die Prozeßvollmacht für genügend sicher hielt, um die solenne Erklärung zu ersetzen [4].

c) Die einem Schuldner erteilte Anweisung, an Titius zu zahlen, bindet den Gläubiger an die befreiende Wirkung einer gutgläubigen Zahlung auch dann, wenn er inzwischen dem Titius mit interner Instruktion die Empfangnahme verboten hat (Jul.-Afr. D. 46, 3, 38, 1). Eine gleiche Inkassovollmacht an einen Sklaven gilt als den Dritten erklärt, falls man ihn

---

[1] Diese Klage setzt m. E. stets ein iussum an den Dritten voraus; interne Instruktion an den Gewaltunterworfenen genügt nicht (Festschr. f. Zitelmann S. 23). Natürlich kann iussum den Befehl bedeuten und verpflichtet so nicht bloß den Gewalthaber, sondern jeden Befehlenden als mittelbaren Täter wegen Delikts. Stellen bei Mommsen, Röm. Strafrecht 77 f.

[2] Solazzi, Studi Brugi (1910); fest bewiesen ist seine These nicht, besonders auch nicht durch Gai. 4, 74.

[3] Lenel, Jh. J. 36, 131; Hupka, Vollmacht 205; Rabel, a. a. O. 9.

[4] Wenger, Actio iudicati 176—222; vgl. Koschaker, Translatio iudicii (1905) 40—170.

zur Einziehung von Forderungen angestellt hat; und sie wirkt auch, wenn der Sklave inzwischen freikam (Jul.-Afr. D. 12, 1, 41; Ulp. D. 46, 3, 18).

d) Ganz ähnlich wird die Stellung des procurator[1] entwickelt. Ursprünglich ist es ein Vertrauensmann, Freigelassener oder Freund, der ohne näher bestimmten Auftrag alle Geschäfte eines Abwesenden nach seinem Ermessen versieht (procurator omnium bonorum). In der Kaiserzeit bedienen sich reiche Leute, oft auch begüterte Frauen, hohe Beamte, vor allem nun der Kaiser und die Mitglieder der kaiserlichen Familie für räumlich oder sachlich begrenzte ganze Vermögenskomplexe der procuratores genannten Verwalter. Gesetze, Senatuskonsulte und das Edikt schreiben dem Prokurator omnium bonorum in mannigfachen Anlässen aktive und passive Vertretungsfunktionen zu, aus welchen Gedanken ist fraglich. Mindestens die Juristen aber unterlegen ihm ein Generalmandat und erkennen ihm wegen der Anstellung (praepositio) zwanglos eine Reihe von Befugnissen zu, die zu einer ordentlichen Verwaltung gehören, z. B. Veräußerungsrechte und eben auch die Empfangnahme von Zahlungen aus der Hand von Schuldnern mit befreiender Wirkung wie nach einer Anweisung (Jul. D. 46, 3, 34, 3), Stundungen, Novationen, Eidesverträge. Diese Grundsätze werden in geringerem Maße auf die vielfältigen Agenten und Verwalter mit beschränktem Wirkungskreise angewendet, je nach dem Bereich ihrer Anstellung; doch ist die nähere Durchführung in den interpolierten Quellen schwer erkennbar. Eines dürfte ziemlich sicher sein. Den Prokurator, der für einen bestimmten Verwaltungszweig angestellt ist, stellt Pap. (D. 14, 3, 19 und in D. 19, 1, 13, 25) geradezu dem kaufmännischen Institor gleich, von dem er sich bisher nach den Lebensverhältnissen unterschied, indem nun aus den sämtlichen Geschäften des Betriebs eine der Actio institoria nachgebildete Haftung (sog. Actio quasi institoria) des Dominus folgen soll.

e) Die gleiche Idee führt in Griechenland zunächst dazu, daß man haftbar wird, wenn man einen Zahlungsempfänger dem Dritten persönlich vorstellt (συνιστάναι), sodann dazu, daß die schriftliche Erklärung an den Dritten (σύστασις), die auch dem Vertreter eingehändigt werden kann, den Aussteller bindet. Auch hier ist bei Verpflichtungsgeschäften mindestens die Anfangsregel die gleichzeitige Haftung des Vertreters und des Prinzipals. Wo daher das öffentliche Recht den Organen einer Korporation noch nicht eine eigene Macht zur Verpflichtung derselben einräumt, werden durch Verträge des Beamten er selbst und die Korporation solidarisch verpflichtet. Auch bei den römischen Privatkorporationen tritt dies wohl noch in der merkwürdigen Klausel hervor, daß der curator und der populus spondieren[2].

§ 120. **Stellvertretung** im modernen Sinne entwickelt sich in Rom auf denjenigen Gebieten, wo der Prätor sich frei fühlt[3]. Nirgends ist auch von Juristen und Kaiserreskripten das die Stellvertretung ausschließende Dogma so nachdrücklich und so lang proklamiert worden, wie bei den Stipulationen, dem eigentlichsten Reich des strengen Zivilrechts. So wird unbefangen Antrag auf prätorische Erbeinweisung, Anstellung eines Institor, Übernahme eines Receptum nautarum u. a. durch Vertreter zugelassen. Im großen Maßstabe leitet der Prätor Klagen auf den Vertretenen über, die ein mittelbarer Vertreter während der Geschäftsführung für sich begründet hat, in einigen Fällen auch solche, die gegen ihn entstanden sind. So wird namentlich der Erfolg der Verträge von Gemeindebeamten diesen abgenommen und der Regel nach jede nichtdeliktische Klage für und gegen den Vormund nach Beendigung der

---

[1] Schloßmann, Besitzerwerb durch Dritte 89; Bonfante, Stud. Schupfer 1, 1; Naber, Mnemos. 17, 388; Mitteis, PR. 232; Costa, Cicerone giurecons. 174; Rabel, a. a. O. 7. — Bei Just. ist häufig der Procurator (absentis) gestrichen, Solazzi, Bull. 23, 174; vgl. aber Mitteis, N. 102.

[2] Material bei Mitteis, PR. 380 N. 15, der es aber für sinnlose Floskeln hält. Für die griechischen Gemeindestaaten s. Partsch, Gr. Bürgsch. 357 N. 6.

[3] Hierüber erstmals klar Mitteis, PR. 220—224. Über die Klage gegen den bolosen Scheinsklaven Ulp. D. 40, 12, 22, 1, Hupka, Vollmacht 65. Zu den Klagen für und gegen den Pupillen Solazzi, Le azioni del pupillo e contro il pupillo (aus Bull. 22—25); Debray, Nouv. rev. 1911, 98. Besonders bestritten ist die Haftung des Mündels für den Dolus des Tutors: Schulz, ZSavSt. 27, 125; Solazzi, Bull. 24, 116; Albertario, Rend. Ist. Lomb. 46 (1913) 575.

Vormundschaft durch eine Actio utilis für oder gegen den Mündel ersetzt. Bisweilen wird die Insolvenz eines Mittelsmannes zugunsten des Drittkontrahenten, manchmal auch zugunsten des Prinzipals durch eine Actio utilis unschädlich gemacht; beispielsweise erhält der Chef eines zahlungsunfähigen Institor eine Klage gegen den Dritten (Marc.-Ulp. D. 14, 3, 1 a. E.; Paul. D. 46, 5, 5; Gai. (?) D. 14, 3, 2) — der Vorläufer zu DHGB. § 392 Abs. 2, wonach die Forderung des Kommissionärs gegen den Dritten dem Kommittenten verfangen ist. Das muß Ausnahme bleiben, weil der Vertreter selbst dem Dritten auf Erfüllung persönlich haftet.

Als nichtig ausgeschlossen sind unter allen Umständen Stipulationen, die auf fremden Namen lauten [1]. Verspricht ferner ein Vertreter durch Stipulation im fremden Interesse, obgleich im eigenen Namen, so schlägt häufig der Gesichtspunkt durch, daß damit der dritte Gläubiger ihm Kredit gewährt hat und aus keinem Grunde mehr den Prinzipal verantwortlich machen darf [2].

Mühsam ist die Entwicklung des Besitzerwerbs durch Freie, die selber den Besitzwillen fassen sollen. Vom Vormund ist es, ungeachtet heutiger starker Bestreitung, ziemlich sicher, daß er dem Mündel Besitz und daher auch Traditionserwerb direkt vermitteln kann, desgleichen für das 3. Jahrhundert von dem für einen ganzen Geschäftskreis bestellten Prokurator. Die übrigen schwierig abgerungenen Fortschritte sind uns in der Kompilation teilweise bis zur Unkenntlichkeit verdeckt. Denn Justinian läßt auch durch freie Personen ohne Wissen des Vertretenen Besitz erwerben und verallgemeinert den Satz: per ⟨procuratorem (vel tutorem?)⟩ ignoranti quoque adquiri possessionem receptum est (z. B. C. 7, 32, 1 a. 196) zu dem Prinzip: per extraneam personam nihil adquiri posse excepto eo quod per liberam personam ... etiam ignorantibus vobis adquiri possessionem (J. 2, 9, 5). Hierdurch reiht er übrigens den Besitzerwerb durch Dritte völlig unter die Stellvertretung ein, was der modernen Dogmatik schädlich geworden ist. Freilich macht gerade das römische Erfordernis des Besitzwillens den Erwerb des Besitzes zu einer rechtsgeschäftsähnlichen Handlung.

Im ganzen dürfte der nichts weniger als abgerundete spätklassische Rechtszustand den praktischen Bedürfnissen seiner Zeit doch nicht übel genügt haben. Durch die Sklavenwirtschaft und die weitgehende Sonderbehandlung der beamteten und gewillkürten ständigen Vertreter samt dem System der Doppelhaftung war für die Hauptfälle gesorgt. Das übrige tat der Magistrat, zumal wie es scheint, in der extraordinaria cognitio. Tatsächlich zeigen die reichen Zeugnisse aus dem ägyptischen Erwerbsleben eine verblüffende Fülle ungezwungener Repräsentationen. Es wird deshalb gezweifelt, ob die Theorie sich im schroffen Gegensatz zur Praxis hielt. Indessen möchte ein Vergleich der römischen Entscheidungen und Anschauungen mit den einzelnen Fällen der Papyrusurkunden wohl ergeben, daß die gedanklichen Grundlagen überall dieselben waren und höchstens gelegentlich eine doktrinäre Sentenz der kaiserlichen Kanzlei einer gesunden Rechtsprechung ein Hemmnis bot.

§ 121. **Die Schenkung** [3] zeichnet sich sowie die Mitgiftsbestellung nicht durch ihre juristische Form aus, die vielmehr in jeder Güterverschiebung bestehen kann, sondern durch ihren Zweck. Seinethalber bestehen viele abträgliche Rechtssätze. Der unentgeltliche Erwerber genießt manche Vorteile sonstiger Erwerber nicht [4] und zieht die Anfechtung des Pflichtteilsberechtigten sowie leicht diejenige der Gläubiger (z. B. Ulp. D. 42, 8, 6, 11 Satz 1) auf sich. Vor allem beschäftigen die Römer die Verbote der Lex Cincia und betreffs der Schenkung unter Ehegatten. Das Cincische Plebiszit 294 v. Chr. verbot munera, vor allem zu hohe Honorare an Advokaten, die solche oft erpreßten, und viele kaiserlichen Anordnungen mußten dieses Verbot erneuern [5]; sodann Schenkungen über ein bestimmtes, uns nicht bekanntes Maß

[1] Schwerlich auch sonstige, geschweige denn etwa ein Kaufvertrag im fremden Namen, wie er in der Praxis oft vorkam. Paul. D. 44, 7, 11 ist itp. (oben § 117 nach Eisele-Krüger). Die Diokletianische Argumentation in C. 5, 12, 26; C. 4, 50, 6, 3 (?), s. § 117, paßt keinesfalls auf die klassische Stellvertretungslehre mit den adjektizischen Klagen, Mitteis, PR. 216.

[2] Vgl. Mitteis, PR. 224 N. 68; Rabel, a. a. O. 20.

[3] Ascoli, Stud. e doc. 14, 245; Trattato delle donazioni, Fir. 1898; Perozzi, Arch. giur. 58, 313; 527; Mitteis, PR. § 10 (bes. zur Lex Cincia) u. Zit.

[4] Vgl. Mitteis, PR. 112 N. 51; 114 N. 57; und betreffs der Delegation oben § 96.

[5] Girard, ZSavSt. 34, 308 N. 3.

hinaus, es sei denn an gewisse nahe Angehörige (exceptae personae, Paul. Vat. 298—309). Die verpönten Schenkungen sind nicht nichtig; nur der Prätor versagt seinen Gerichtsschutz, und dies ist gegenstandslos, wenn der Beschenkte schon alles hat, also weder eine Klage braucht, noch einer solchen des Schenkers ausgesetzt ist, z. B. wenn die Schenkung einer res mancipi durch Besitztradition und Manzipation oder auch Ersitzung erledigt ist (donatio perfecta).

Eine vollendete Schenkung kann nach klassischem Recht nur aus ganz besonderen, erst von Justinian verbreiterten Gründen zurückgefordert werden, natürlich aber nach allgemeinen Grundsätzen, z. B. wegen irrtümlicher Zahlung mit Condictio indebiti (Ulp. Vat. 266). Alle Besonderheit endigt mit dem Tode des Schenkers, der von der Cincia nicht (gerichtlich?) Gebrauch gemacht hat: morte Cincia removetur (Vat. 259, 266).

Zwischen Ehegatten [1] sind während der Ehe Schenkungen verboten (D. 24, 1), seit einem unbekannten Zeitpunkt, der zwischen 59 und 8 v. Chr. angesetzt werden darf. Wie sich kaum bezweifeln läßt, sind solche Schenkungen nichtig. Der Schenker darf die Zuwendung einfach ignorieren, bestehe sie in einer Sachübereignung, einer Stipulation, Akzeptilation, Delegation, Novation oder worin immer. Ehegatten sind also schlechter gestellt als Konkubinen. Das könnte als ein Anzeichen mehr dafür gelten, daß das Verbot auf den Augusteischen Spezialgesetzen über die Ehe beruht, die mehrfach ähnliche Ergebnisse haben. Wir wissen aber lediglich, was zur Severenzeit als Motiv der Altvorderen gilt: daß die gegenseitige Liebe nicht zur gegenseitigen Beraubung führen und keiner die Eintracht durch Geschenke erkaufen solle (D. 24, 1, 1; 3 pr.). Das mochte im Hinblick auf die stete Scheidungsgefahr wirklich den Ausschlag geben, und dem entspricht es, daß nur die möglicherweise unlautere Ausbeutung eines auf die Ehe vertrauenden Gatten getroffen werden soll. Denn zulässig ist es nach einer von Ulp. (reg. 7, 1; D. 24, 1, 11, 11; 13 pr.) und Hermog. D. 24, 1, 60, 1 vertretenen Ansicht für den Fall der Scheidung zu schenken — anders Paul. (?) l. 12 — und nach allgemeiner Lehre für den Todesfall. Beide Male wird die Auflösung der Ehe geradezu ins Auge gefaßt und der Zweck ist Versorgung. Eine vertragliche Scheidungsstrafe wäre freilich auch nicht erlaubt, die Ehen müssen frei sein. Sei es dieser Ausnahmen wegen, sei es, um das Verbot weiter einzuschränken, wozu entschiedene Neigung herrscht, formuliert man das Prinzip, daß zur Schenkung dreierlei gehört, ein Ärmerwerden des einen, Reicherwerden des anderen und eine reine Liberalität. Ausschlagung einer Erbschaft oder eines Legats ist keine Vermögenseinbuße [2] (Ulp. l. 5 §§ 13, 14; vgl. l. 31 § 7); dem Anstand entsprechende Gelegenheitsgeschenke sind keine Schenkungen (Pomp. l. 31 § 8). Die wichtigste Ausnahme statuiert die Oratio Antonini a. 206: mit dem Tod des Schenkers hört die Ungültigkeit mit Rückwirkung auf, gleichwie wenn die Schenkung durch ein Legat bestätigt worden wäre (Ulp. l. 32, 1). Die Tendenz ist offensichtlich dieselbe wie in der Neuerung morte Cincia removetur. Daraus ist aber nicht zu folgern, auch die Ehegattenschenkung sei bis zum Tode bloß widerruflich; die severischen Juristen zweifeln sicherlich nicht an ihrer Ungültigkeit, und die juristische Lage ist ohnedies völlig anders als bei der nur prätorisch entkräftbaren unvollendeten Schenkung ultra modum.

[1] In der reichhaltigen Lit. (vgl. Windscheid-Kipp, § 509 N. 1 u. 2; Costa, Storia 554 N. 1) ist gegenwärtig am meisten bestritten, 1. ob das Verbot auf Gewohnheitsrecht (moribus Ulp. D. 24, 1, 1 im just. Text) oder auf einem der Augusteischen Ehegesetze beruhe (Alibrandi, Opere 1, 593 ex 1892; Kipp, a. a. O); im ersteren Falle, ob es mit den Vorstellungen der Manusehe zusammenhänge (Hofmann, Grünhuts Z. 8, 286; dagegen schon Savigny und neuerdings Gradenwitz, Ungültigkeit 201) oder mit der Retentio propter res donatas gegenüber der Mitgiftklage (Bechmann, Dotalr. 2, 333); vermittelnd Nikolski in einer von v. Tuhr, Kr. Vjschr. 45, 163; v. Nolde, ZSavSt. 24, 441 besprochenen Schrift. Mit diesen historischen Vermutungen hängt einigermaßen die Frage zusammen, 2. ob und inwiefern die verbotene Schenkung ursprünglich und noch im klassischen Recht ipso iure nichtig war oder eine bloße persönliche Rückforderungsklage (condictio) erzeugte; die letztere allein läßt De Medio, Riv. ital. 33, 361 und Intorno al divieto di donare fra coniugi, Mod. 1902 unter zahllosen Interpolationsannahmen gelten. Das dürfte unhaltbar sein; für die römischen Juristen besteht wohl bloß die Frage nach dem Verhältnis der das nichtige Geschäft ignorierenden Klagen, z. B. rei vindicatio, mit der etwaigen condictio aus der Verwandlung des geschenkten Gegenstandes in eine Bereicherung, z. B. wenn Geld geschenkt ist, Paul. D. 24, 1, 55 itp., dazu Lit. bei v. Mayr, ZSavSt. 26, 114 und De Medio, Intorno etc. 34; Seckel, Hdw. condicticia; Lenel, Ed. 182; Pflüger, Condictio und kein Ende 28; Collinet, Nouv. rev. 34, 167.

[2] Über dieselbe Beobachtung in anderen Lehren Wlassak, ZSavSt. 31, 312—315.

Vielmehr zeigt sich dasselbe Bestreben, eine nicht vollkräftige Schenkung einer letztwilligen anzugleichen, in dem Durchdringen der Ansicht, daß das willkürliche Recht des Patrons seine Schenkungen an Freigelassene zu widerrufen, unvererblich ist (bestätigt von Philipp. Vat. 272 a. 249) und in der späten Behandlung derjenigen Zuwendungen, die unter die uralte elterliche Teilung fallen. Pap. Vat. 294. 296 weiß sehr gut, daß die Konvaleszenz der übermäßigen und der ehelichen Schenkungen keine Analogie auf Schenkungen von Vätern an gewaltunterworfene Kinder verträgt, da diese kein Vermögen neben dem Vater haben. Trotzdem dürfte schon Pap. D. 10, 2, 20, 3[1], 33 eine tatsächlich vollzogene Teilung der Aktiva durch den Vater unter Zuteilung der Passiva an die Kinder ohne weitere testamentarische Bestätigung aufrechterhalten, indem er hierin eine bindende Anweisung an die Erbteilungsrichter erblickt. Sicher ist dies die Stellungnahme der späteren Kaiserreskripte zu allen väterlichen Teilungen auf Rechnung des Erbteils an die Abkömmlinge („erfrühte Erbfolge") und zu den Vorempfängen der nicht emanzipierten Hauskinder[2].

§ 122. **Mitgift**[3] (dos), Beisteuer an den Mann, damit er die Ehelasten leichter trage, wird dem Ehemann selbst gegeben, nicht der Frau. Mitgiftbestellung ist jede Zuwendung, sei es eine Güterschiebung (datio), sei es das bindende Versprechen einer solchen durch Stipulation (promissio) oder dictio, wonach die Mitgift im Forderungsrecht besteht. Entgegen der griechischen, später sehr einflußreichen und unserer Anschauung wird in Rom der Ehemann der Berechtigte, an Sachen also Eigentümer, an Forderungen Gläubiger usw. Dies erklärt sich wohl weniger aus dem Beispiel der Manusehe mit ihrem ausschließlichen Manneseigentum, als aus der Herkunft von einer Zeit, die kein entsprechendes dingliches Nutzungsrecht kennt. Unterschieden wird, je nachdem ein väterlicher Aszendent der Braut die Dos bestellt (d. profecticia) oder ein anderer, etwa auch sie selbst (adventicia); es war natürlich der älteste Fall, daß der Gewalthaber die Braut aussteuerte. Eine Dotationspflicht des Gewalthabers läßt sich, so sehr sie Ehrensache für römische Väter war und so sehr die Juristen selber davon durchdrungen sind, daß mitgiftlose Frauen auf Heirat keine Aussicht haben, und daher stets die Dos zu retten bestrebt sind, für die klassische Zeit nicht nachweisen[4].

Nach beendigter Ehe ist der Mann zur Rückstellung je nach Maßgabe des von ihm dem Besteller abgelegten Stipulationsversprechens mit Actio ex stipulatu verpflichtet. In Ermangelung eines solchen bestehen die eigentümlichen Grundsätze der vom Prätor eingeführten Actio rei uxoriae, deren Natur sich teils aus ihrer stufenweisen Geschichte, teils aus dem Bestreben erklärt, der lebenden Frau die Mitgift zu verschaffen. Die Frau gehört mit ihrer Forderung zu den im Konkurs privilegierten Gläubigern[5].

---

[1] Der Satz mit plane ist mit der allg. Ansicht als itp. zu betrachten (anders noch meine Elterliche Teilung 1907, 526, woselbst Lit. zum Obigen).

[2] C. Gregor-Wisig. 8, 2 (a. 260); Diocl. a. 286 Vat. 277, 278, 281; Const. a. 315 Vat. 274; unbek. Datums Vat. 290—292; Syr. röm. Rechtsbuch L. 22, R. I 8, II 7 mit Anm. Die Konstruktion: Anleitung für das Officium ad vicem familiae erciscundae ist noch bei Diocl. klar; Const. redet schließlich von mortis causa donatio. — Über eine Begünstigung des Schenkungsversprechens an emanzipierte Kinder, angeblich seit Pius, Diocl. Vat. 314; Const. C. Th. 8, 12, 4 W. Francke, Civ. Abh. 54; Cuq, Instit. 2, 839 N. 4.

[3] Bechmann, Das röm. Dotalrecht 1863—1867; Czyhlarz, Das röm. Dotalrecht 1870; Solazzi, La restituzione della dote 1899; Grabenwitz, Mél. Gérardin 283. Zu Vat. 269 Burckhard, Würzb. Festschr. f. Dernburg 1900. Zur Geschichte des Iudicium rei uxoriae Lit. bei Costa, Storia 20 ff.; De Francisci, Azioni penali 27; über das durch Weginterpolierung verdeckte Quellenmaterial zu dieser Klage Lenel, Paling. und Ed. § 113 mit Lit.; Perozzi, Obbligazioni romane 105; Segrè, Studi Fadda 6, 349 N. 1; vgl. Beseler, Beitr. 3, 101. Interpolierte Stellen mit favor dotium: Mitteis, ZSavSt. 32, 18. Über Dictio dotis oben § 65. — Über die Dotalpfandrechte im Altertum bes. Weiß, Pfandrechtl. Unters. 1, 7—128; dazu über Anlegung und Sicherung der Dos Kübler, Mélanges Girard 2, 43. Vgl. auch Fadda, Diritto delle persone etc. 364—415.

[4] Über Moriaud, Mél. Girard 2, 296 hinaus geht in Interpolationsannahmen Castelli, Filangieri 38 (1913) 57; Bull. 26, 164. M. E. ist in der Tat kein unverdächtiges Zeugnis für die Dotationspflicht vorhanden, aber auch keines dagegen, da sich Ulp. D. 38, 5, 1, 10 für keine Auslegung pressen läßt.

[5] Lenel, Ed. 413. Über die ägyptische πρωτοπραξία Mitteis, PR. 1, 371; Weiß, a. a. O. 87.

Was die Frau sonst im Vermögen hat, ist allermeist nicht viel. Die Hauptsache pflegen ihre persönlichen Gebrauchsgegenstände zu bilden, die sie dem Mann ins Haus bringt und gewöhnlich in einem Libellus rerum (Ulp. D. 23, 3, 9, 3; P. Teb. 405, Z. 12 und offenbar P. Oxy. 1051, 3. Jahrh.) verzeichnen läßt. Diese nennen die Griechen παράφερνα, und sie sind von den übrigen res extra dotem wohl zu unterscheiden [1], um so mehr, da die nachklassische Gesetzgebung die Paraphernalforderung mit besonderen Kautelen umkleidet.

Die Vorsicht der Frau ist sehr angebracht, da in Rom seit Q. Mucius die Vermutung gilt, alles, was die Frau habe, gehöre dem Mann. Das dem Mucius beigelegte Motiv klingt seltsam: der Frau soll der Anreiz zu schimpflichem Erwerb genommen werden (Pomp. D. 24, 1, 51). Die Praesumptio Muciana gilt doch, abgesehen von eben den Res usibus puellae destinatae, noch heute (BGB. § 1362) und hat ihren Sinn. In Rom wirkt sie als weitere Einschränkung der Ehegattenschenkung, immer aber als notwendiges Hilfsmittel der Gläubiger des Mannes.

§ 123. **Eheschenkungen** [2], Gaben des Bräutigams an die Braut vor oder bei der Hochzeit begegnen bei allen Völkern, jedoch auf verschiedenen Kulturstufen und unter verschiedenem Brauch nicht in gleicher Bedeutung. Bei orientalischen Völkern finden sich in den Eheverträgen häufig Zuwendungen, die teils der Versorgung der Witwe dienen, teils den Mann wegen willkürlicher Scheidung strafen sollen. Die Römer versorgen ihre Frauen durch Legate und verbieten Scheidungsstrafen. Die auch bei ihnen ganz übliche Liebesgabe an die Braut, donum nuptiale, ist demgemäß, wie übrigens auch die altgriechischen ἕδνα, eine verhältnismäßig untergeordnete Aufmerksamkeit. In der Regel gilt sie als „gewöhnliche Schenkung" (res simpliciter donatae) und darf auch wenn es nicht zur Ehe kommt, nicht zurückgefordert werden (Pap. Vat. 262 u. a.). Dabei bleibt es praktisch im spätrömischen Abendland, während die reichsrechtlichen Gesetze seit dem 4. Jahrhundert die morgenländischen Brautschenkungen zur Grundlage einer sehr wechselreichen Ordnung machen. Wenn sich schon seit den Severen die römischen Reskripte mit den östlichen [3] Gebräuchen beschäftigen müssen, so ist es wegen der Sitte [4], daß der Mann mangels einer standesgemäßen Aussteuer schriftlich als ihm eingebrachte Mitgift einen höheren Betrag bestätigt, als er wirklich bekommt oder die Mitgift ganz fingiert. Da die Kaiser von der verpflichtenden Wirkung der Skriptur nichts wissen wollen, verlangen sie körperliche Übergabe der Schenkung und Rücktradition in dotem (Sev. Car. C. 5, 3, 1; 5, 15, 1) für den Bestand der Mitgift. Ist durch Stipulationsklausel für die formelle Wirkung der Schenkung gesorgt, so gilt diese nach allgemeinen Grundsätzen, also wenn bei währender Ehe geschehen, mit dem Tode des Mannes (C. 5, 15, 2 [legitime confectam] itp., ⟨stipulatione⟩ interposita).

§ 124. **Schenkungen von Todes wegen** [5]. Zweifellos aus Zeiten, wo die einseitigen letztwilligen Verfügungen durch Testament noch nicht genügend ausgebildet waren, stammen in Rom wie anderwärts die Versuche, durch Verträge unter Lebenden Zuwendungen mit einer erst vom Tode beginnenden Wirkung vorzunehmen. Gleiches begibt sich bei Griechen, Ägyptern,

---

[1] Dies weist Castelli, I parapherna nei papiri greco-egizii e nelle fonti romane 1913 nach. Zur Kritik von D. 23, 3, 9 etwas kühn S. 60; vgl. S. 67 gegen Pampaloni, Riv. ital. 52, 162—168.

[2] Mitteis, Reichsrecht und Volksrecht 256; Hollbach, Zur Geschichte der Donatio ante nuptias und der dos. Betrachtungen über das Verhältnis des hellenistischen Rechts zu der armeno-kaukasischen Rechtsbildung (aus Festgabe für Güterbock) 1910.

[3] Vgl. aber auch Pius in D. 6, 2, 12 pr.; Paul. D. 24, 1, 59.

[4] Mitteis, Reichsrecht 275; 297, ArchPapF. 1, 347; Gdz. 222; Brunner, SitzBer. BerlAk. 1894, 551; Ruggiero, Bull. 15, 212; Rabel, ZSavSt. 28, 329.

[5] Cohen, Die Lehre des röm. Rechts von der Schenkung von Todes wegen 1878; Fadda, Stud. e quest. di dir. 1, 65 (ex 1888); Pernice, Lab. 3, 263; Karlowa, RRG. 2, 944; Cugia, Indagini sulla dottrina della causa del negozio giuridico: l'espressione mortis causa, Nap. 1910; Senn, Etudes Girard 1, 283; Nouv. rev. 1913, 169; 193; Bruck, Grünhuts Z. 40, 551; Biondi, Appunti intorno alla donatio mortis causa (aus Ann. Univ. Perugia II) 1914.

Germanen. Einzelne Stücke des Vermögens und, soweit nicht Mitrechte der Verwandten es hindern, ganze Massen bis zum gesamten Vermögen werden unter Lebenden direkt verschenkt oder an Treuhänder zur Verteilung nach dem Tode gegeben. Die Vergabung wird durch Vorbehalte mit dem Tode befristet oder durch den Tod irgendwie bedingt und gern auch widerruflich gestaltet. Derartiges ist noch unter der römischen Herrschaft im Osten ganz gewöhnlich.

Im entwickelten römischen Recht behalten solche Vertragstypen nur noch ein bescheidenes Leben. Der wichtigste, der offenbar ihnen zugehört, die Manzipation der familia an einen Vertrauensmann, ist längst zum materiell einseitigen Testamentsakt geworden, Gesamtvergabungen, die nicht an den Erben erfolgen, gehen im Wege der Vermächtnisse. Nur gelegentlich begegnet in den Rechtsbüchern eine Vermögensschenkung mit Vorbehalten, wie in der sehr genau gefaßten widerruflichen, sonst einer deutschen Gutsübergabe recht ähnlichen Zuwendung eines Vaters an seinen emanzipierten Sohn mit Iniurecessio und Stipulation, Scaev. D. 32, 37, 3 [1]. Die Einzelschenkungen haben ihre Wichtigkeit durch die Legate eingebüßt, deren Geschichte die jüngsten Forscher eben an die Schenkung anknüpfen. Außerdem sind die Fideikommisse so vervollkommnet, daß es sich lohnt, eine Hinterlegung mit Bestimmung des Empfängers für den Todesfall in ein Fideikommiß umzudeuten, um es mit einer Klage für den Drittbedachten auszustatten (fideicommissum a debitore relictum, s. § 117). Dank der freien Behandlung der erbrechtlichen Grundsätze unter den Severen werden, wie soeben berührt (§ 121), mangelhafte Schenkungen vom Tod ab als quasilettwillige gültig. Es verhält sich überall wie mit den Zuwendungen an Treuhänder unter einer nach dem Tod des Verfügenden zu vollstreckenden Auflage, fiducia und mandatum post mortem [2]; auch ihre Häufigkeit tritt hinter dem Vermächtnis mit Bedingung oder Fideikommißbeschwerung zurück.

Unentbehrlich bleibt jedoch die sofort vollzogene Zuwendung an Hausfremde, die Schenkung auf den Todesfall, donatio mortis causa. Ein dauernder Musterfall scheint zu sein: jemand übergibt in Todesgefahr eine Sache unter der Bedingung des folgenden Todes (si mors secuta fuerit). Eine andere Figur ist die unbedingte Übereignung mit obligatorischer Rückleistungspflicht, falls der Schenker mit dem Leben davonkommt (Jul. D. 39, 6, 8, 1) oder falls der Beschenkte früher stirbt als der Schenker (Jul. D. 12, 1, 19 pr.). Die Pflicht kann durch Fiduziarpaktum oder Stipulation hergestellt werden; die Sabinianer lassen ohne weiteres eine condictio zu (D. 39, 6, 35, 3). Das alles kann ohne dringende Todesgefahr im Hinblick auf den möglichen Tod geschehen (Jul. u. Paul. eod. 2; 35, 4). Das Wesen der donatio mortis causa erscheint den Juristen durch den Willen des Schenkers gekennzeichnet: er wolle lieber die Sache selber haben als der Beschenkte und lieber daß dieser habe als der Erbe (Marci. u. Paul. D. 39, 6, 1; 35, 2). Aber die Rechtssätze sind durch ein justinianisches Reurecht verdunkelt (condictio poenitentiae) und nicht durchaus erkennbar. Um so weniger sicher ist ihre Ableitung [3]. Wenn wir insbesondere sehen, daß die Verfügungsfähigkeit des Schenkers und die Geschäftsfähigkeit des Bedachten in wichtigen Punkten nach dem Zeitpunkt des Todes und nicht der Schenkung beurteilt wird (Ulp. D. 24, 1, 11, 2. 4—7), so dürfte dies wohl nicht den Regeln der aufschiebend bedingten Geschäfte entstammen. Vielmehr besteht auch sonst die Neigung, diese Zuwendungen unter eine größere Kategorie des mortis causa capere zu bringen und den Regeln der Vermächtnisse zu unterwerfen. Die allgemeine Unterwerfung gehört aber offenbar erst den Byzantinern an [4], und ihr klassisches Maß ist zweifelhaft.

[1] Hellwig, Verträge auf Leistung an Dritte 10; zum Worte (in iure) cessi Jörs in Realenz. 5, 533.

[2] Vgl. Pernice, Labeo 3, 128; Haymann, Freilassungspflicht 5; Mitteis, PR. 167; Biondi 41.

[3] Mitteis, PR. 189 denkt an die condictio als Ausgangspunkt; Biondi 14 leitet alles von der m. E. treffend hervorgehobenen Form der aufschiebend bedingten Tradition ab, die er für die Hauptform hält, obwohl sie nicht auf res mancipi paßt, weil diese ursprünglich die familia ausmachen. — Ulp. D. 39, 6, 29 glaube ich mit Mancaleoni und v. Mayr (s. Mitteis) interpoliert.

[4] Cugia 43; Bruck, ZSavSt. 33, 571.

V. Erbrecht[1].

§ 125. **Einleitung**[2]. Das Verständnis des römischen Erbrechts bietet seit jeher außerordentlich große Schwierigkeiten. Auf keinem andern Gebiet fand Justinian so viel zu reformieren vor, ja nachdem die gesamte Kompilationsarbeit getan war, zeigte sich erst noch die Dringlichkeit neuer einschneidender Eingriffe, die Justinians Novellengesetze schlecht und recht, mehr schlecht, durchführten. Zum Teil galt es damals die griechisch-byzantinischen Einflüsse zu bewältigen. Fast darf man aber annehmen, das Erbrecht sei schon den römischen Juristen selbst nur halb durchsichtig gewesen. Das Rechtsmaterial war aufgeschichtet aus den Perioden sehr alten Gewohnheitsrechts und einzelner republikanischer Gesetze, des besonders mächtig einwirkenden prätorischen Amtsrechts, der älteren und neuen Kaisergesetze. Die prätorische Handhabung der Rechtsgangmittel war zu einem System entwickelt, das große Stücke des Zivilrechts überdeckte, ohne es theoretisch oder auch nur durchwegs praktisch zu beseitigen, die Neuerungen der Senatuskonsulte und Kaisererlässe ergänzten dementsprechend zum Teil das zivile, zum Teil das Honorarrecht, unorganisch stellten sich hinein die Kaduzitätsvorschriften der Ehegesetze. Die Jurisprudenz vermochte trotz starker Anstrengung das vielartige Gemenge nicht gründlich zu verarbeiten. Im Erbrecht hat sich das Stück- und Flickwerk der privatrechtlichen Normenschaffung am schlimmsten gerächt. Warum gerade hier, während sonst oft die Evolution segensreich wirkte, beruht nicht bloß auf der positivrechtlichen Natur der meisten Teile des Erbrechts. Es ist dasjenige Rechtsgebiet, wo die Bevölkerung an den hergebrachten Sätzen auch nach gänzlicher Veränderung der sozialen Grundlagen zu hängen pflegt. Offenbar sind die gesellschaftlichen Bedürfnisse der vielen Jahrhunderte der Entwicklung niemals wirklich befriedigt worden. Jede Epoche nahm Gewohnheiten, Gesetze und Begriffe mit sich, deren Ver-

---

[1] Vering, Röm. Erbrecht 1861; Köppen, System des heut. röm. Erbrechts 1862, 1864; Lehrb. 1886—1895; Unger, Syst. d. öst. allg. Privatr. 6 (1864); Costa, Papiniano 3 (1896); Fadda, Concetti fondamentali del diritto ereditario rom., Nap. 1900, 1902; Kniep, Gai. Ist. 3, §§ 1—87 (1914); einen Abriß der Hauptsätze bietet Manigk in Realenz., Hereditarium ius (1914).

Zum griechischen Recht und zu den Papyri neuere Lit. bei Mitteis, Gdz. 231; ferner Arangio-Ruiz, Osservazioni sul sistema della successione leggitima (Studi econ.-giur. Fac. Giur. Cagliari) 1913. Von Wert bleibt Bruns, Die Testamente der griech. Philosophen, ZSavSt. 1, 1, und Schulin, Das griech. Testament, verglichen mit dem römischen 1882. Für die Schwierigkeiten, die das römische Erbrecht den Provinzialen verursachte, sind die Darlegungen Kübler s, ZSavSt. 28 und 29, sehr lehrreich.

[2] v. Woeß, Das röm. Erbrecht und die Erbanwärter, 1911, kritisiert drei Arten der Beurteilung des römischen Erbrechts während des 19. Jahrhunderts: die „modernistischen", die Römer bitter tadelnden Schriftsteller (Dankwardt), die „germanistische", von Hegel beeinflußte Richtung (Gans), die die deutschrechtlichen Gedanken voranstellt, und die „mystische" (Lassalle): der Erbe sei Nachfolger in die Person des Erblassers. Diese drei Richtungen sind natürlich nicht gegensätzliche Theorien. Heute scheiden sich die Bearbeiter vor allem danach, welchen Ausgangspunkt sie für die Erklärung der römischen Sätze wählen. Dabei wird die Rechtsvergleichung (s. u.) in verschiedenem Sinn verwendet: 1. Die einen gehen von einer familienrechtlichen Sukzession des Erben in die Stellung des Erblassers aus. a) Ähnlich Lassalle viele Deutsche, jetzt besonders Mitteis, PR. 93, 96: „Die transzendente Vorstellung der Unsterblichkeit des Individuums in seinem Samen ist der Ausgangspunkt des römischen Erbrechts." „Nicht das Vermögen, sondern die Persönlichkeit wird ererbt." Noch entschiedener Manigk 625 f. b) Die in Italien stark verbreitete Lehre von Scialoja, Bull. 3, 176 und Bonfante, Ist. [5] 509 N. 2 (mit Zit. und Geschichte dieser Lehre) betont den Übergang der „souveränen Autorität der Familiengewalt", dessen Folge erst der Eintritt in das Vermögen ist. 2. Andere vertreten eine rationalistische Erklärung im Sinne Jherings. Darin treffen neuerdings zusammen: v. Woeß, a. a. O.: Die Rechtsordnung beabsichtigt jeweils eine richtige Vermögensverteilung, z. B. in der Epoche der schrankenlosen Testierfreiheit, indem sie dem Verantwortlichkeitsgefühl des Erblassers und seiner Kenntnis der Sachlage vertraut; Kooiman, Fragmenta iuris Quiritium, Amsterdam 1914 (die Frucht zwanzigjähriger Privatstudien): faßt bewußt nach dem Vorbild Jherings die Erbrechtsgesetze als Bekämpfung von Praktikerschlichen auf; Lenel (s. nächste Note): der Begriff des testamentarischen Erben hat sich im Zusammenhang mit der Schuldenhaftung gebildet. 3. Die von den Gemeinrechtlern vorwiegend an das röm. Recht herangebrachte moderne Vorstellung des Vermögensüberganges als solchen teilt heute kaum mehr ein Historiker rücksichtlich derjenigen älteren Epoche, in welcher die maßgebenden Prinzipien entstanden sein müssen.

anlassung halb oder ganz vergessen, deren Sinn und Tragweite nicht mehr sicher festzustellen waren. Wichtige Rechtssätze reichen offenbar in die geheimnisvollsten Vorzeiten zurück. Sie nötigen auch uns, stärker als sonst irgendein Teil des römischen Rechts, zu kühnen geschichtlichen Hypothesen.

Unserer historischen Erkenntnis verschließt sich unter solchen Umständen noch viel mehr als dem Scharfsinn der Klassiker. Wir können bestenfalls nur ahnen, warum Kastraten bis auf Konstantin kein Testament errichten konnten! Kaum von einer der zahllosen gesetzlichen und prätorischen Neuerungen kennen wir mit voller Sicherheit den rechtspolitischen Zweck. Und allem Raten scheint gerade die mit fast sämtlichen erbrechtlichen Problemen verwachsene Frage zu spotten, woher die Römer ihren Erbrechtsbegriff genommen haben. Die Forschungen der letzten Jahrzehnte brachten uns ihrer Beantwortung nur insofern näher, als wir teilweise Zwiespältigkeiten im klassischen Recht zu beobachten und manches daran mit dem durch Rechtsvergleichung geschärften Blick als Überrest alter, den andern Völkern naher Vorstellungen zu erkennen vermögen [1]. Auch das ist nicht frei von vermutungsweisen Annahmen, und es führt nicht bis zu einem plausiblen Aufbau der ganzen Erbrechtsgeschichte.

Das klassische Recht huldigt durchaus dem Prinzip der Gesamtnachfolge. Es kann sich einen Vermögensübergang vom Verstorbenen her, sofern der Nachlaß nicht etwa an Staat oder Gläubiger fällt, nur dann denken, wenn ein Erbe da ist, eine Person, die in universum ius defuncti (Jul. D. 50, 17, 62), in die gesamte Rechtsstellung des Erblassers einrückt. Soweit wir mit Sicherheit zurückblicken können, steht das Testament voran. Für den begüterten Römer ist es das gewöhnliche, daß er einen letzten Willen errichtet. Die sich von Rechts wegen vollziehende Erbfolge kraft Familienzugehörigkeit hat ihren Namen davon, daß sie in Ermanglung eines Testaments eintritt, und dies schon in den 12 Tafeln: si intestato moritur; der „Erblasser" heißt farblos defunctus, is de cuius bonis agitur und bezeichnender nur als Testamentserrichter: testator [2]. „Gesetzlich" nennen die Römer zwar regelmäßig wie wir den nichttestamentarischen Erben (heres legitimus) im Gegensatz zum scriptus heres, aber bisweilen gerade auch den testamentarischen Erwerb des Erben und Legatars (Ulp. 19, 17; D. 50, 16, 130), weil er durch die Zwölftafeln bestätigt sei. Das Testament ist seinerseits unmöglich ohne gültige Erbeseinsetzung, die sogar äußerlich an der Spitze der Verfügungen stehen muß; heredis institutio caput atque fundamentum totius testamenti (Gai. 2, 229; näheres Paul. 3, 6, 2). Das Vorhandensein eines Testamentserben schließt das Miterben irgendwelcher (im heutigen Sinn) gesetzlich berufener Personen aus, neque enim idem ex parte testatus et ex parte intestatus decedere potest (J. 2, 14, 5). Und sei der Erbe testamentarisch oder sonst berufen, seine Stellung ist starr und unverbrüchlich: „semel heres semper heres" (nach Gai. D. 28, 5, 89).

Daß diesen Vorstellungen und Dogmen nicht insgesamt die Würde einer uralten Herkunft zukommt, ergibt schon ein Blick auf ihre Ausnahmen. Wenn z. B. eine Tochter oder ein Enkel im Testament nicht wenigstens in Bausch und Bogen enterbt erklärt sind, so konkurrieren sie mit dem eingesetzten Erben (Gai. 2, 124), und der Satz: nemo pro parte versagt. Wenn ein Agnat als solcher mangels Testaments berufen ist, so kann er sein Erbrecht veräußern, mit der Wirkung, daß der Erwerber die Erbenstellung einnimmt (Gai. 2, 35); freilich darf er es bloß vor dem Erbantritt, aber mit der Idee einer höchstpersönlichen Erbeneigenschaft, wie sie im Satze semel heres semper heres sich auszudrücken scheint, vollends gar mit einer spirituellen Übertragung der Persönlichkeit des Erblassers ist es nicht vereinbar. Jene Dogmen sind eben im Grunde bloße Maximen und müssen später entstanden sein als diese Ausnahmen.

---

[1] Diese Richtung der Forschung wird mit steigendem Erfolg neuerdings von zahlreichen Gelehrten eingeschlagen. Die Meinungen gehen aber stark auseinander. Vgl. Zitate bei Lenel, Zur Geschichte der Heredis institutio in Essays in legal history, Oxford 1913, 120. Besonders zu nennen außer Lenel: Schirmer, ZSavSt. 2, 165; Lambert, La tradition romaine sur la succession des formes du testament 1901, wiederholt in Etudes de droit commun législatif ou de droit comparé 1903; Appleton, Le testament romain 1903; Ehrlich, ZVgl.Rechtsw. 17, 99; Bonfante, St. Scialoja 1, 533; neuestens Manigk, a. a. O.; Brück, Grünhuts Z. 40, 533; Biondi, Appunti int. alla donatio mortis causa 1914. Vgl. die Schriften Kohler's, zit. oben 25—37; Ehrlich, Grundlegung der Soziologie des Rechts 1913, 24. 183. 210.

[2] v. Woeß 32.

Das Erbentestament nun kann gar nicht seit Urzeiten existiert haben. Das wäre eine unfaßbare Besonderheit der Römer. Bei andern Völkern finden wir auf mittleren Stufen nur die Adoption, durch die ein kinderloser Mann sein Haus und dessen Kult vor dem Verwaisen rettet, und das Zuwenden einzelner Stücke durch Schenkungen oder durch Verträge mit Treuhändern, Salmännern, die nach dem Tode die Verteilung besorgen sollen. Das zivilrechtliche Testament des Prinzipats kommt aber gerade vom Treuhändergeschäft her; es ist in einer Vorstufe, die noch Gai. 2, 103 kennt, ein Verkauf des Vermögens (familia), Manzipation um einen Pfennig an einen familiae emptor, damit dieser nach dem Willen des Erblassers über die Stücke des Vermögens verfügen könne. Das ist ein aus dem Verkehr unter Lebenden zurechtgemachtes Juristenprodukt. Zweifelhaften, aber unmöglich sehr hohen Alters. Es enthielt damals auch keine richtige Erbenbestellung, sondern nur „Legate"; der Verfügende gebraucht noch in der Kaiserzeit in seiner mündlichen Rede (nuncupatio) die Worte ita do ita lego ita testor, die für Vermächtnis und Vormundsernennung technisch sind. Statt des Erben stand der Treuhänder, heredis locum obtinebat, im fremden Interesse. Davon bleibt, nachdem längst der familiae emptor zur bloßen Solemnitätsperson herabgesunken ist, übrig: daß als Testamentszeuge außer den Gewaltunterworfenen des Erblassers auch derjenige des familiae emptor, sowie des letzteren Vater oder Bruder nicht auftreten darf, da ein testimonium domesticum verpönt ist (Gai. 2, 105 f.); daß eigentlich umgekehrt der Hausangehörige des ernannten Erben Zeuge sein kann, was man nur füglich nicht mehr zugeben will (Gai. 2, 108); und daß der Erbschaftsklave, da er gleichsam im Eigentum des familiae emptor steht, nicht im Verfahren gegen letzteren gefoltert werden darf (Divi fratres in D. 48, 18, 1, 6, Len. Ulp. 2209). Wahrscheinlich sind viele Sätze für den Erben aus Übertragung vom familiae emptor her entstanden. Außer diesem privaten Testament hören wir von ehemaligen Testamenten vor der Volksversammlung (calatis comitiis) und dem Heer (in procinctu), wissen aber nicht, welchen Charakter sie hatten und was sie auf das klassische Erbrecht gewirkt haben. Stärker aber tritt endlich eine andere, wohl die älteste und wichtigste Quelle des ius hereditarium hervor: das Familieneigentum.

Wenn nach allen Lehren der Rechtsvergleichung das gewaltigste Rechtsinstitut der Welt die Hausgenossenschaft ist, die engere Familie, die auf gemeinsames Gedeihen und Verderben im Hause sitzt und das Landgut bewirtschaftet, so ist es von vornherein unwahrscheinlich, daß die Römer stets das individuelle und schrankenlose Eigentum des Hausherrn als Axiom faßten. Die Spuren, die auf ein altes consortium deuten, sind freilich schwach. Außer dem Gesellschaftsrecht (§ 69) weisen immerhin gerade die Erbrechtsverhältnisse zuviel davon auf, als daß der Schein trügen könnte. Die Juristen kennen nur eine einzige Art von zivilem Erbrecht, jedoch zwei Arten seines Erwerbs. Die hausangehörigen Kinder und Kinder verstorbener Söhne, die mit dem Tode des Vaters gewaltfrei werden, sind sui heredes genannt und haben die Erbenstellung kraft Rechtens ohne ihr Zutun und ohne ihre Geschäftsfähigkeit, ja auch gegen ihren Willen. Sie sind „notwendige Erben", heredes necessarii, sie nehmen unmittelbar die Rechtsstellung des verstorbenen Aszendenten ein. Dagegen werden alle anderen freien Personen (heredes extranei) auf Grund eines Testaments oder ab intestato durch den Todesfall und unter Umständen sogar erst später bloß zur Erbschaft „berufen" (defertur hereditas), sie erhalten das Recht, die Erbschaft zu erwerben: Ter. Cl. D. 50, 16, 151 delata hereditas intellegitur quam quis possit adeundo consequi, sie erwerben sie erst durch ihren erklärten Willensentschluß, den Erbantritt. Bis zu diesem „ruht" die Erbschaft, hereditas iacet. Hier liegt also zwischen dem Toten und dem Lebendigen eine Kluft, und wenn dann der letztere den ersteren „repräsentieren", seine „Persönlichkeit fortsetzen" soll, wie es mit einer gewissen Berechtigung heute als römischer Erbgedanke gilt, so ist das hier nur durch eine sichtlich mühsame juristische Konstruktion hergestellt. Die Grundmeinung der Römer ist vielmehr, daß die Erbschaftssachen in der Zwischenzeit herrenlos und besitzlos sind, infolgedessen z. B. keiner, der sie wegnimmt, einen Diebstahl an ihnen begeht. Wahrscheinlich bedeuten das familiam habeto der Zwölftafeln, das do lego des Manzipationstestaments eine Ermächtigung an die Bedachten zur Besitznahme durch Betreten des Grundstücks (adire) [1]. Die Idee der Repräsentation ist für die Antike unleugbar. Sie tritt in der Fortsetzung des Kults den Göttern gegenüber hervor, in der künstlichen Sohnessetzung

[1] Lenel 124.

durch den Kinderlosen, auch in der Übergabe des Ringes an den Erben. Aber sie ist offenbar ursprünglich nur bei den agnatischen Deszendenten, und hier hat sie eine sehr reale Grundlage.

Die sui heredes entsprechen [1] den geborenen Erben des ersten Kreises im deutschen und im griechischen Recht. Mit Recht wird neuerdings oft bemerkt, daß die Zwölftafeln den suus heres gar nicht ausdrücklich zur Erbschaft berufen, sondern nur für den Fall, daß keiner da ist, den nächsten Agnaten: si intestato moritur cui suus heres nec escit, adgnatus proximus familiam habeto [2]. Gai. 2, 157 und Paul. D. 28, 2, 11, die sich beide an Sabinus anschließen und daher sicherlich eine alte Überlieferung fortpflanzen, erkennen den Sachverhalt mit „Evidenz" und schildern ihn mit voller Klarheit. Die sui heredes heißen so, weil sie hausangehörig (domestici) sind und schon bei Lebzeiten des Vaters ein Mitrecht am Vermögen haben, etiam vivo patre quodammodo domini existimantur; sie erwerben nicht eigentlich eine Erbschaft, nicht das Vermögen des Vaters geht auf sie über, sondern es fällt nur seine Oberleitung des Hauses fort, ihr latentes Recht verwandelt sich in ein aktuelles: itaque post mortem patris non hereditatem percipere videntur, sed magis liberam bonorum administrationem consequuntur. Dies ist der reine Gedanke der Hausgenossenschaft. Ihm entspricht nicht eine mystische Fortsetzung der Toten, geschweige denn die unausdenkbare Fortdauer erloschener Rechte und Schulden; denn daß mit dem Tode einer Person deren Rechtsverhältnisse erlöschen, ist für jeden Römer eine Selbstverständlichkeit. Ihm entspricht nur deren Fortsetzung durch neue Inhaber, sobald die Oberleitung des Hausvorstandes, so wie es in Rom frühzeitig der Fall war, in eine Herrengewalt ausgestaltet wird. Am ehesten wird sich sagen lassen, das H a u s wird durch seine jeweiligen Vorstände repräsentiert, nach dem Tod des Vaters durch seine im Haus verbliebenen Kinder. Am Hause — domus, in Griechenland οἶκος, οἰκία, ἑστία — als an einer sozialen, wirtschaftlichen und kulturellen Einheit hängen nebst den materiellen Rechten die Opferpflichten (sacra), das Blutrache- und Sühnerecht, wovon wohl ein Ausläufer die Injurienklage wegen der dem Erblasser oder seiner Leiche zugefügten Unbill ist, später freilich sämtlichen Erben (und bonorum possessores?) zugeschrieben, Ulp. D. 47, 10, 1, 4; das Familienbegräbnis [3] im Gegensatz zu den sepulchra hereditaria und das Patronatsrecht am Freigelassenen, welche beide im klassischen Recht unabhängig von testamentarischer Verfügung auf die sui heredes übergehen; und das Band der Gastfreundschaft mit anderen Häusern. In mehreren dieser Beziehungen wirkt noch im Prinzipat mangels der Abkömmlinge der weitere Kreis der agnatischen Seitenverwandten, aber in der Hauptsache werden sie gleich den testamentarischen Erben behandelt. Schließlich bewährt sich das alte Recht der sui heredes noch in ihrem Noterbrecht. Die außerordentliche Steigerung der väterlichen Gewalt in Rom hat es vermocht, daß der Vater das Kindeserbrecht beseitigen kann. Es zeigt sich aber eben noch, wenn es nicht eigens beseitigt wird, sui aut instituendi sunt aut exheredandi. Die Söhne müssen „namentlich", d. h. jetzt unter individueller Bezeichnung, enterbt werden, z. B. (Titius) filius meus exheres esto. Die Übergehung macht das Testament nichtig (Gai. 2, 123; 127).

Das dürften die wichtigsten bis jetzt benutzbaren Bausteine zur Rekonstruktion sein. Ihre Zusammensetzung bleibt leider noch völlig der Phantasie überlassen. Der Wiederaufbau fällt sehr verschieden aus, je nachdem ob man mehr eine spirituelle „Repräsentation der Persönlichkeit des Verstorbenen" durch den Erben betont oder überall die Reflexe materialistischer Interessenregelungen zu erkennen glaubt, etwa nach neuesten Auffassungen den Zweck hervorkehrt, für die Nachlaßgläubiger eine haftende Person zu finden, oder nach einer andern neuen Theorie die sittegemäße Beteiligung der Erbanwärter als Triebkraft denkt. Nicht weniger bedeutsam wäre es, zu wissen, ob sich das Manzipationstestament isoliert entwickelt hat vom Treuhänder zum Hauptbedachten oder direkt auf den Erben zu, oder ob seine Regeln mit denen der dunklen Volkstestamente oder etwa auch mit denen der formell stark abgehobenen Arrogation [4] zusammen-

[1] R a b e l, Elterliche Teilung (Festschr. der 49. Vers. d. Philologen) Basel 1907.

[2] Ob diese Fassung außerdem, wie P a p p e n h e i m (bei Beseler, Beiträge 2, 34) anregt, Kinderlosigkeit voraussetzt, läßt sich schwer ausmachen.

[3] M i t t e i s, PR. 103 N. 22; A l b e r t a r i o, Filangieri 1910 f. 7; ZSavSt. 32, 390: über das gemeinsame Begräbnis Filang. 1910 f. 11/12.

[4] Dies betont mit Recht L e n e l; dennoch dürfte m. E. der Adoptionsgedanke nicht gänzlich auszuschalten sein. Vgl. B r u c k 551, 560. Zum griechischen Rechtskreis dessen frühere Schriften, s. auch meine Bem. ZSavSt. 30, 468, 474.

flossen, inwieweit die gewiß einflußreiche Figur der Nachfolge der sui darauf einwirkte, ob unbekannte oder uns ohne erschöpfende Inhaltsangabe überlieferte Gesetze hineinspielten, und noch vieles andre Mögliche. Ehe die künftige Forschung eine erhoffte Klärung bringt, bedarf eine Darstellung des klassischen Erbrechts, will sie nicht von uferlosen Vermutungen überschwemmt sein, einer empfindlichen Zurückhaltung vom Gebiete der historischen Zusammenhänge und der teleologischen Deutungen.

§ 126. Erbfolge und bonorum possessio. Im historisch bekannten Recht tritt der Erbe, heres, in die gesamte Rechtsstellung des Verstorbenen als Nachfolger ein [1], in sämtliche Rechte, ausgenommen die aus besonderen Gründen höchstpersönlichen — bes. Ususfrukt, Usus, actiones vindictam spirantes, Mandat, Gesellschaft — und mit gewissen Ausnahmen, wozu besonders die Deliktshaftungen gehören, in die Schuldpflichten. Ebenso aber auch in die Rechtslagen, indem er Fehler und Vorzüge des Besitzes vom Erblasser übernimmt, trotzdem er erst durch tatsächliche Ergreifung der Sachen Besitzer wird; z. B. tritt er ein in die Interdiktenlage des fehlerhaften Besitzers, in die bona oder mala fides rücksichtlich der Ersitzung und des Publizianischen Rechtes, in den Erbschaftsbesitz am Nachlaß eines Dritten pro possessore oder pro herede. Der schlechtgläubige Erbe setzt also eine begonnene Ersitzung fort (Paul. D. 41, 4, 2, 19), der redliche Glaube, daß eine vom Erblasser z. B. als Verwahrer innegehabte Sache in dessen bona sei, nützt nichts, da der Erbe keinen selbständigen Ersitzungstitel hat (Pomp. D. 41, 5, 1, vgl. Diocl. C. 7, 29, 4) [2].

Die successio in locum defuncti ist der Eintritt des Erben in sämtliche Rechte und Pflichten des Verstorbenen, soweit sie vererblich sind, und der Eintritt mit dem einen Augenblick des Erbschaftserwerbs. Diese Einheit der hereditas, d. i. der eben durch ihren Gesamtübergang primär gekennzeichneten Erbschaft, macht das scharf ausgeprägte Wesen der Universalsukzession aus, das wir von den Römern übernahmen. Darin liegt der Erwerb einer Masse mit einem Schlage und, was im deutschen Recht nicht zutrifft, der Erwerb des ganzen Nachlasses ohne Teilung in Sondermassen. Eine selbstverständliche Folge ist es den Römern, daß der Nachlaß sich mit dem bisherigen Vermögen des Erben völlig mischt, daher u. a. die Nachlaßgläubiger ohne Schranken seine Gläubiger werden, Rechtsverhältnisse zwischen Erblasser und Erben durch Confusio erlöschen. Sie kennen auch nur teilweise Abhilfen, keine allgemein durchgreifende für den Erben nach dem Antritt und für seine eigenen Gläubiger.

Die Erbfolge beruht entweder auf einem Testament oder einem vom Gesetz anerkannten Naheverhältnis. Erbverträge und gemeinschaftliche Testamente, in den Papyri in mehrfachem Sinn nachweisbar [3], kennen die Juristen nicht. Doch legt ein Inschriftenbruchstück (Corp. Inscr. Lat. XI, 2, 4593) [4] die Annahme nahe, daß auch in Rom gemeinschaftliche Testamente nicht unmöglich waren.

Doch wenn der zivilrechtliche Erbgang dauernd im Mittelpunkt der Doktrin steht, so macht sich praktisch daneben in weitem Umfang die allmählich zu selbständiger Wirkung gediehene bonorum possessio [5] geltend. In der uns beschäftigenden Zeit kann keine Rede davon sein, daß die prätorische Einweisung in die Nachlaßsachen noch hauptsächlich dem wahren Zivilerben zugute kommen soll. Der Prätor hat ein ganz entwickeltes System, u. a. eine eigene Intestatfolge für seine Einweisungen, und das Testament, das er anerkennt, ist nicht mehr notwendig zivilrechtlich gültig. Unter diesen Umständen ist es bemerkenswert, daß sich die juristischen Schriften

[1] Hierzu bes. Bonfante, an oben S. 410 N. 1 ang. O.; in Glück Comm. 29, 1 (1907) 437 u. ö., zuletzt Ist. 509 N. 2.

[2] Das erstere ist wohl nicht wegen einer Itp. in D. 41, 3, 43 zu bezweifeln; aber auch das letztere dürfte bei den Klassikern feststehen, da sich anscheinend gegenteilige Entscheidungen auf andere Tatbestände beziehen, auch D. 41, 3, 44, 4 a. E. (falls überhaupt echt). Näheres hierzu (über die soeben ang. Stelle anders) und betreffs der abweichenden Regelung der longi temp. praescr. Partsch, Longi temporis praescriptio 13 und 165 gegen Zanzucchi, Arch. giur. 72, 180; 353.

[3] Mitteis, Gdz. 241.

[4] Hieran erinnert mich Partsch.

[5] Leist-Glück, 37/38 I—V, 1870—1879 (noch heute ein Muster rechtshistorischer Untersuchung), ital. von Ferrini und Cugia 1902—1909 mit Noten; Schmidt, ZSavSt. 17, 324; Lenel, Ed. 330.

noch in so ausführlicher Weise mit dem Zivilrecht abgeben, oder vielmehr merkwürdiger, daß die wahre Erbenstellung durch die teilweise sogar höheren [1] Vorteile und den Schutz der bon. possessio doch durchaus nicht ersetzt wird; noch nicht einmal die Interpolationen Justinians bringen dies zuwege. Die prätorische Rechtsbildung war hier mit dem Edictum perpetuum nicht fertig geworden und die Kaiser, z. B. Pius, helfen nur in vereinzelten Fällen noch stoßweise nach.

Der Nachlaßbesitz wird gegeben gemäß einem Testament (secundum tabulas), gegen das Testament (contra tabulas) oder mangels Testaments (ab intestato) unter genau geregelten sachlichen und formellen Voraussetzungen. Wer sich berechtigt glaubt, hat binnen der bestimmten Frist von 1 Jahr oder 100 Tagen die Einweisung zu beantragen (bon. possessionem petere, adgnoscere), worauf er sie zumeist ohne Prüfung, in einigen Fällen nach causae cognitio erhält (b. possessionem dare). Sie wirkt praktisch am häufigsten definitiv, so daß der Eingewiesene prätorisch gegen alle Ansprecher geschützt wird (cum re), mindestens aber provisorisch und als Zuteilung der Beklagtenrolle (Ulp. D. 5, 1, 62) gegenüber dem Zivilerben (sine re). Im allgemeinen wird der bon. possessor cum re vermöge seines prätorischen Schutzes einem Erben nach Möglichkeit angenähert. Er gehört aber im Prinzipat durchaus nicht zu den successores, unter die ihn Justinian stellt, um ihn zu einem Universalsuccessor zu machen [2].

§ 127. **Testament** nach Zivilrecht ist die Vermögensmanzipation an einen familiae emptor, Zuwägung eines Scheinkaufpreises mit Hilfe eines libripens und Spruch des Erblassers, alles in bestimmten Worten und vor fünf Zeugen. Die Rede könnte das ganze Testament enthalten, aber dies kommt selten vor; fast immer bestätigt sie, wo sie überhaupt beliebt wird (s. u.), nur einen schriftlich niedergelegten Willen (Gai. 2, 104). Die Urkunde, nach römischem Gebrauch Wachstafel, in Ägypten Papyrus, richtet sich nach der Formvorschrift des SC. von 61 n. Chr. (Paul. 5, 25, 6, oben S. 369); die sämtlichen 7 Solemnitätspersonen und vorsichtig auch der Erblasser versiegeln den Verschlußfaden. Geschrieben kann die Urkunde von wem immer sein; auch der Blinde kann so testieren (Paul. 3, 4a, 4) Einen recht nötigen Schutz gewähren die Strafgesetze, zumal die lex Cornelia testamentaria (Paul. 5, 25) gegen Verfälschung und Unterdrückung. Die Sprache muß die lateinische sein; doch scheint für Römer in Ägypten in der Zeit des Alex. Severus das Griechische zugelassen zu sein [3].

Der Prätor (D. 37, 11) begnügt sich für die Einweisung mit einer — in dieser Zeit — mindestens siebenfach gesiegelten Urkunde (Ulp. 28, 6) auf irgendeinem Material (Ulp. D. 37, 11, 1 pr.) ohne den mündlichen solennen Akt; seit Pius hält dies vermöge exceptio doli gegen den Intestaterben durch (Gai. 2, 120).

Privilegierte Formen kennt erst die nachklassische Zeit [4]. Der Soldat freilich ist von aller Form befreit (Traj. in D. 29, 1, 1 = Pap. Fayum 10). Für ihn gelten überhaupt alle sonst unüberwindlichen Hindernisse und Fallstricke des römischen Erbrechts nicht. Das testamentum militis [5] verwirklicht ein ganz modernes Erbrecht, das nur gerade in der absoluten Formlosigkeit unseren Anschauungen nicht entspricht. Für den Nichtmilitär (paganus) gibt es aber eine Art minderen Testaments in den **codicilli** [6], die sich als schriftliche Niederlegung der von Augustus und Claudius mit Rechtswirkung ausgestatteten Wünsche des Erblassers (fideicommissa) sehr stark entwickelt haben und mit dem Testament in Wettbewerb treten. Nur Erbeinsetzungen

---

[1] Vgl. Lenel, Mél. Girard 2, 65.

[2] Longo, Bull. 14, 150; Bonfante, St. Scialoja 1, 531; Biondi, La leggitimazione processuale nelle azioni divisorie rom. (Ann. Univ. Perugia 1913) 6—41. Der hellenistische Sprachgebrauch unterscheidet 1. die testamentarischen Erben, κληρονόμοι, heredes, 2. die gesetzlichen Erben, διάδοχοι, successores, 3. die διακάτοχοι, bonorum possessores; de Ruggiero, Bull. 14, 103; Mitteis, PR. 104; ZSavSt. 33, 643.

[3] Pap. ER. 1502 a. 235, Mitteis, PR. 282 N. 60. — Das Testament des C. Longinus Castor a. 189, BGU. 326, Neudruck Mitteis, Chrest. n. 316, ist eine griechische Übersetzung.

[4] So auch das sog. Testamentum posterius imperfectum mit Einsetzung der „Intestaterben", welche es seien. Bonfante-Glück 29, 1, S. 2.

[5] Fitting, Zur Gesch. des Soldatentestaments 1866; Bonfante-Glück 29, 1. Arangio-Ruiz, Bull. 18, 157 glaubt eine nicht zufällige Verwandtschaft des Soldatentestaments mit der griechischen διαθήκη feststellen zu dürfen.

[6] Fein-Glück, Band. 44, 45 (1851—1853).

und Enterbungen bleiben dem Testament vorbehalten. Legate, Vormundsernennungen, direkte Freilassungen können in Kodizillen erfolgen, die durch das Testament vorbehalten oder bestätigt sind, die ältere und gewöhnliche Art der codicilli (c. testamento confirmati; Bsp. Testament des Longinus Castor). Fideikommissarische Verpflichtungen des Erben oder irgendwelcher aus dem Nachlaß von Todes wegen etwas erhaltenden Personen zu Vermächtnisleistungen oder Freilassungen lassen sich in jedem Schriftsatz begründen, und sie können sich auf die Weitergabe ganzer Vermögensteile mit voller Wirkung bis zu drei Vierteln des dem Beschwerten zugewendeten Vermögensanteils erstrecken (Universalfideikommisse). Eine Erbfolge im zivilen oder auch nur prätorischen Sinne ist damit nicht zu erzielen, aber doch ein ihr soweit nahekommendes Ergebnis, daß die römischen Testatoren häufig vorsichtsweise die „Kodizillarklausel" beifügen, um das Testament eventuell als Kodizill gegenüber den Intestaterben aufrecht zu halten: testamentum etiam vice codicillorum valere (Ulp. D. 29, 1, 3); griechisch Paul. D. 28, 1, 29, 1. Damit werden gerade die Formvorschriften minder schädlich gemacht. Noch mehr gilt dies von Vermächtnissen und Auflagen; diesen wird daher regelmäßig die Anordnung nachgeschickt, daß sie bei Ungültigkeit des Testaments als fideikommissarische Beschwerung der gesetzlichen Erben gelten, z. B. quisquis mihi heres erit, damnas esto dare facere praestare omnia quae in hoc meo testamento scripta sunt et fidei eius committo (griechisch im Testament des Longinus Castor 1, 14).

Seit dem Erbschaftssteuergesetz (um 5 v. Chr.) ist die Eröffnung des Testaments genau geregelt [1], da sie zur Kontrolle der 5 % igen Steuer dient (Paul. 4, 6); auch legten ihr die Kaduzitätsgesetze zwecks Bestimmung der verfallenden Zuwendungen große Bedeutung bei, indem sie verboten, die Erbschaft vorher anzutreten, und an sie den Anfall der Legate knüpften (Ulp. 17, 1; 24, 31), so daß die Bedachten diesen Moment erleben müssen.

§ 128. **Innere Erfordernisse** des Testaments sind vor allem die Fähigkeit des Erblassers zur Errichtung und des eingesetzten Erben, vom Erblasser bedacht zu werden; beide müssen „miteinander" die testamenti factio haben. Es ist die bedeutsamste Verfügung des römischen Hausvaters, der wichtigste, grundsätzlich schrankenlose und mit Selbstgefühl geübte Gebrauch der Hausgewalt. Dementsprechend muß der Erblasser (sog. „testamenti factio activa") im Augenblick der Errichtung und des Todes — in der Zwischenzeit nach prätorischem Recht nicht; Ulp. 23, 6 — nebstdem daß er Bürger und eigenberechtigt ist, die Mündigkeit haben. Daß der Testator bei der Errichtung (Ulp. D. 37, 11, 1, 9) nicht erklärter Verschwender sein darf so wenig wie er wahnsinnig sein dürfte, erklärt sich aus dem Verbote des Vermögensverkehrs (Ulp. 20, 13). Frauen können seit Hadrian unter (erzwingbarer) Mitwirkung ihres Vormundes testieren (Gai. 2, 112; Ulp. 20, 15), allein, wenn sie das Kinderrecht haben und für die bon. possessio. Ein Haussohn darf über sein peculium castrense testieren, ein Staatssklave über die Hälfte seines Peculiums (Ulp. 20, 16).

Der Erbe muß die Erbfähigkeit (sog. „testamenti factio passiva") im Zeitpunkt der Einsetzung bereits haben — vom familiae emptor her? — und sie von der Berufung (Cels. D. 28, 5, 60, 4) bis zum Antritt behalten. Dazu gehört die physische Existenz und die Vorstellbarkeit für den Erblasser (certa persona, Ulp. 22, 4), die den noch Ungeborenen und den Körperschaften abgeht. Es sind aber Ausnahmen mancher Art zugelassen, für den Sklaven eines noch Ungeborenen (Lab. in D. 28, 5, 65); nach langwieriger Vorgeschichte für die sui des Erblassers, die bis zum Erbfall erzeugt sind und nachher geboren werden (Ulp. 22, 19); und nach prätorischem Recht auch für anderer Leute Kinder [2] und für die Gemeinden (§ 25). Ob der Staat jemals eingesetzt wurde, ist fraglich [3]. Der Peregrine ohne Privileg kann nicht einen Römer beerben; dagegen kann ein Hauskind oder Sklave eingesetzt werden, wenn der Gewalthaber die Fähigkeit hat und zum Erbantritt zustimmt (iubere adire). Der eigene Sklave aber darf allen Grundsätzen zum Trotz unter gleichzeitiger letztwilliger Freilassung zum Erben bestellt werden (liber

[1] Über das zugehörige Edikt in Rom Lenel, Ed. 350; in Ägypten Mitteis, Gdz. 241. Prozeß wegen Testamentseröffnung BGU. 361 col. II, 10 a. 184; Eröffnungsprotokolle P. Oxy. 907 = Mitteis, Chrest. n. 317 a. 276; Bruns-Grad. [7] n. 123 a. 474.

[2] Paul. D. 37, 11, 3; 37, 9, 10; Mühlenbruch-Glück 39, 362.

[3] Von Scialoja öfters, zuletzt St. Moriani 2, 1. 20; St. Fadda 2, 3 (über Einsetzung der Götter) mit guten Gründen bestritten.

heresque esto); die Römer verachten die Schwierigkeit, die sich die Pandektisten im Städelschen Erbstreit insofern machten, als es bedenklich sei, eine Stiftung als Erbin erst im Testament zu kreieren [1]. Nach einer Ansicht (J. 2, 14 pr.) soll sich die Freilassung aus der Erbeinsetzung von selbst verstehen. Die Ernennung fremder Sklaven geschieht zu mancherlei Zwecken [2]; diejenige eigener häufig bei befürchteter Vermögensinsolvenz ev. als Einsetzung letzten Grades, um vom Nachlaß die Schande des infamierenden Konkurses abzuwenden. Denn der Sklave darf nicht ablehnen [3]. Die aktive und passive Fähigkeit fehlt strafweise dem intestabilis — als Rest der mit diesem Namen bezeichneten Unfähigkeit, Zeugnis zu leisten oder sich leisten zu lassen — und fehlt natürlich nach einer Strafe, die das Bürgerrecht benimmt. Verliert der eingesetzte Erbe strafweise die Freiheit, so ist er „Sklave ohne Herrn", daher gilt die Einsetzung nicht zugunsten des Fiskus, sondern ist nichtig (Marci. D. 34, 8, 3). Die seltsamen Ehegesetze, mit denen Augustus das Heiraten und Kinderbekommen erzwingen wollte, benehmen den widerspenstigen in einem Testament bedachten Hagestolzen und Kinderlosen nicht die Erbfähigkeit, aber die Erwerbfähigkeit, capacitas, ein Begriff, den schon die etwas ältere lex Junia betreffs der Latini Juniani aufstellte. Manche Strafen endlich hindern auch nicht den Erwerb, „entreißen" aber den schon gemachten wieder dem Erbunwürdigen [4]. Die durch incapacitas hinfälligen zu den bona caduca gehörigen Zuwendungen und die durch Erbunwürdigkeit verwirkten bona ereptoria fallen unter Umständen an andere Privatpersonen, für die demnach hier ein außerordentlicher gesetzlicher Berufungsgrund vorliegt (Ulp. 19, 17), sehr oft freilich an den Staat (§ 132).

Das Testament braucht nun außer der Form und der aktiven und passiven Testamentsfähigkeit mindestens eine auch im übrigen gültige Erbeinsetzung mit den imperativen Worten Titius heres esto oder Titium heredem esse iubeo (Ulp. 21, 1) an der Spitze der Verfügungen. Von diesen Worten sieht erst Konstantin ab. Dagegen braucht der Erbe nicht mit dem Namen genannt, sondern nur sicher bestimmbar bezeichnet sein (Ulp. D. 28, 5, 9, 8) und daraus, sowie aus der Zulassung der im Testament bestätigten Kodizille, d. i. formloser Schriftstücke, ergibt sich die höchst bedenkliche Konsequenz, daß der Erblasser durch eine Einsetzung: quem heredem codicillis fecero, heres esto (Pap. D. 28, 5, 78) auf einen „Nachzettel" verweisen darf (sog. „testamentum mysticum"). — Endlich: sui müssen eingesetzt oder enterbt werden.

Mangelt eines dieser Erfordernisse zu Anfang, so wäre das Testament non iure factum, iniustum; fällt eines später dahin, so wird das Testament entkräftet (infirmatum), nach dem Sprachgebrauch führender Juristen ruptum durch nachträgliches Auftreten eines suus und durch Aufhebung; irritum durch capitis deminutio des Testators. Führt es tatsächlich zu keiner Erbfolge, so ist es destitutum, desertum. Auch im letzten Fall ist der Erblasser intestatus (Ulp. D. 38, 16, 1 pr.; Paul. Coll. 16, 3, 1). In allen Fällen aber, wo beim Tode ein gültiges Testament vorhanden war, ergeht die Berufung an die Intestaterben erst, sobald sicher ist, daß es dahinfiel (Gai. 3, 13) und an die in diesem Augenblick nächsten Erbanwärter (Ulp. D. 38, 16, 2, 6).

Nach Zivilrecht müßte ein Widerruf des Testaments durch die Errichtung eines neuen geschehen, ein neues würde hinwieder stets das alte aufheben. Die prätorische Praxis der bon. possessio ist anders. Der Erblasser kann durch Vernichtung, z. B. Durchschneiden des Verschlußfadens, die Urkunde untauglich machen (Paul. Coll. 16, 3, 1) [5] oder einzelnes streichen und die Urkunde neu versiegeln lassen (Ulp. D. 28, 4, 2), auch ein früheres Testament durch Vernichtung

[1] Eher ließ sich ja die im BGB. § 84 erledigte Frage aufwerfen, ob die vom Gesetz geforderte staatliche Genehmigung nachgeholt werden kann.

[2] Girard, Manuel 823 N. 1.

[3] Gai. 2, 154; anders hierzu Kooiman 370. Zu C. Theod. 2, 19, 3, Lesung s. Kipp, DLitZtg. 1907, 179.

[4] Lit. zu beiden bei Leonhard in Realenz., bona caduca, bona ereptoria, capacitas. Über strafweise Entziehung von Erbschaften, die als klassische Vorläufer der byzantinischen Enterbungsgründe gelten können, Merkel, Die juristischen Enterbungsgründe (Gierkes Unt. 94, 1908) 8.

[5] Die Intestaterben erhalten b. p. ab intestato cum re (Gai. 2, 151 a; der 2. Teil dieses Paragraphen ist zweifelhaft, die Vermutung von Huschke, die Seckel-Kübler offenbar der Krügerschen Konjektur vorziehen, vermutlich auch der Sache nach falsch, da es für die Klassiker nicht auf die mens testatoris ankommen dürfte); P. Krüger, Krit. Versuche (1870) 1; ZSavSt. 1, 53; 7 II, 91; 8, 109 (dessen Theorie allgemein angenommen ist).

des späteren wieder zur Geltung bringen [1]. Übrigens besteht der Inhalt zweier Testamente nebeneinander aufrecht, insofern man die spätere Erbeinsetzung als fideikommissarisch zugunsten des früher Eingesetzten belastet deuten kann (Sev. Car. in D. 36, 1, 30; Ulp. D. 28, 3, 12, 1).

Es ist also großenteils nur noch ein unpraktischer Lehrsatz, daß sich Widerruf und neue Testamenterrichtung gegenseitig bedingen. Ähnlich steht es mit dem Hauptsatz der Lehre, daß Testament und Erbeinsetzung einander bedingen. Zwar gibt es kein Testament ohne Erbeinsetzung mindestens in blanko, und Erbeinsetzungen sowie Enterbungen können nur im Testament erfolgen. Aber durch Kodizill läßt sich jede beliebige Belastung, außer einer dinglichen, dem Intestaterben auferlegen; und beinahe derselbe wirtschaftliche Erfolg wie durch Erbeseinsetzung kann durch ein Universalfideikommiß in einem Kodizill hergestellt werden. Juristisch-technisch bietet freilich die letztere Art noch bedeutende Umständlichkeiten und Schwierigkeiten; auch ist man das Testieren gewöhnt. Das Testament scheint in der Tat nicht bloß in den Juristenschriften, sondern wirklich im Leben die führende Rolle während des ganzen Prinzipats beizubehalten.

Ist das Kodizill übrigens nach der älteren Weise im Testament bestätigt oder ist es nur überhaupt eine Beschwerung gegenüber dem testamentarisch Bedachten, so gilt es als ein Bestandteil des Testaments. Diese Theorie hatte wahrscheinlich bei der Einbürgerung des Kodizills zu Paten gestanden. Infolgedessen hängt seine Wirksamkeit von der Wirksamkeit des Testaments ab (Jul. D. 29, 7, 3, 2). Es bleibt aber übrig, es von vornherein (Ulp. D. 29, 7, 1) als Intestatkodizill zu gestalten.

§ 129. **Die Einsetzung von Erben** (heredes instituere) ist Ernennung von Universalsukzessoren. Es ist möglich, mehrere zu ernennen, auch beliebige Quoten ihnen zuzuteilen, aber jeder gilt als heres des ganzen Nachlasses, mit den Folgen, daß beim Wegfall eines Miterben sein Anteil sich ausdehnt (Akkreszenz); daß niemals, auch wenn der Erblasser nur eine Quote testamentarisch zu vergeben erklärte, die gesetzlichen Erben den Rest erhalten (nemo pro parte etc.); und daß eine Einsetzung auf einzelne Stücke des Vermögens (ex re certa) als innerer Widerspruch erscheint. Man kann sich schwer des Eindrucks erwehren, daß die beiden letzteren, dem römischen Recht ganz eigentümlichen Anschauungen, deren Erklärung weder scharfsinnigen noch mystischen Deutungen geglückt ist, ihr Dasein einer richtigen Idee und einer teilweise doktrinären Ausgestaltung verdanken. Altes Recht sind sie gewiß nicht. In der Tat ist es falsch, daß die institutio ex re certa jemals „verboten" gewesen wäre, wie oft behauptet wird und was in dem älteren Zustand des Manzipationstestaments schwerlich denkbar gewesen wäre. Denn in diesem gab es neben der Vermögensmanzipation wohl überhaupt nur Legate auf bestimmte Gegenstände, und das war ein instituere ex re certa; selbst als die Legate sich im engeren Begriff von den Erbesernennungen scharf scheiden, heißt noch im Prinzipat instituere häufig das Einsetzen als Legatar. Die republikanischen Juristen werden es gewesen sein, die die Erblasser zu der gebräuchlich werdenden Verteilung von Zwölfteln (unciae) des Ganzen (as) unter die Erben erzogen. Das entwickelte römische System, beruhe es auf Gesetz oder Praxis, ist allerdings auf die Quotenberechtigung der Erben zugeschnitten; schon die Gläubiger werden darauf hingewiesen, und die Erben seit der lex Falcidia für die Berechnung des ihnen verbleibenden Erbteilviertels. Aber wenn deshalb die Einsetzung zugleich als Erbe und auf ein Vermögensstück oder eine beschränkte Vermögensmasse als widerspruchsvoll erschien, für ungültig wurde diese dem gemeinen Mann am nächsten liegende Verfügung nie gehalten, sondern nur etwas grobkörnig behandelt. Man streicht nämlich die Erwähnung der Sache. Dabei bleibt es naturgemäß für einen Alleinerben (Ulp. D. 28, 5, 1, 4 u. a.). Bei Erbenmehrheit tut man dasselbe (Sab. in D. 28, 5, 9, 13; 10) und korrigiert schließlich, insbesondere unter den Severen (Reskript in D. 36, 1, 30) das Ergebnis durch unterstellte Universalfideikommisse und Teilungsanordnungen — freilich aber nicht rücksichtlich der Schuldenhaftung [2].

[1] Pap. D. 37, 11, 11, 2. Über Gai. 2, 148 f. Bonfante, Ist. 576 N. 2.

[2] Pap. u. Ulp. D. 28, 5, 79 pr.; 35. — Neuner, Die Heredis institutio ex re certa, 1853; Kuntze, Leipz. ak. Progr. 1875; Kohler, ArchZivPraz. 91, 342. Über die Interpolationen auch der zit. Stellen vgl. Just. C. 6, 24, 13, Ferrini, Pand. 759; Mancaleoni, Appunti sull' inst. ex re, Studi sassaresi 1902. Gegen meine oben wiederholte Ansicht (Elterliche Teilung 525) v. Woeß 146 N. 24, dessen eigene Vermutung, die Aufteilung in Stücke habe erst aus Griechenland kommen müssen, ich meinerseits ablehne.

Auch die Ausschließlichkeit der testamentarischen Erbfolge gegenüber der gesetzlichen ist nie als naturnotwendiger Satz gemeint worden; sonst vertrüge er keine Ausnahmen [1]. Es ist die allgemeine Weise der älteren Jurisprudenz, Willenserklärungen typisch auszulegen; und wer Intestaterben berufen wollte, setzte sie eben als Erben ein. Ihre Übergehung war deutlicher Ausschluß. Die sui hatten ohnedies ihr Sonderrecht. Danach konnte sich die Praxis sehr gut dauernd richten, um so mehr als in der Kaiserzeit außer der Einsetzung der Intestaterben auf entsprechende Quoten auch die Universalfideikommisse zur Verfügung standen. Natürlich ist die Möglichkeit nicht ganz ausgeschlossen, daß irgendwie auf die Bildung dieser Anschauungen einstmals sehr alte Zustände Einfluß hatten, etwa daß nur der kinderlose Erblasser Testamentserben haben konnte und der gekürte (adoptierte?) Erbe die Agnaten beiseite schob. Doch ist ein solcher Zusammenhang unbeweisbar [2].

Noch viel wahrscheinlicher dürfte ein rein doktrineller Ursprung für die römische Meinung sein: heredi a semet ipso legari non potest (Ulp. 24, 22). Der Erbe kann in Höhe seines Erbteils nicht zu eigenen Gunsten beschwert werden, er kann nicht gleichzeitig Beschwerter und Bedachter sein. Das will sagen, ein Vorausvermächtnis ist, um den krassesten Fall zu nennen, wenn einem Alleinerben eine Forderung gegen sich selbst (Damnationslegat) oder eine Sache aus dem Nachlaß (Vindikationslegat) extra zugedacht werden soll, nichtig. Man kann sagen, die Erbeneigenschaft verträgt sich insofern nicht mit einem besonderen Titel, aber das hat nicht das geringste Mystische, so seltsam die Konsequenzen sind, die schließlich in den Quellen daraus bei Mehrheit der Erben und Prälegatare gezogen werden. Der Grundsatz scheint den Juristen einfach selbstverständlich, das Damnationslegat ist unmöglich, weil eine Obligation gegen sich selber undenkbar ist, und das Vindikationslegat aus analogen Erwägungen einer sich an Dogmen festigenden Jurisprudenz, aus denen der Eigentümer nicht gleichzeitig Nießbrauch an seiner Sache haben darf und einem Legatar nicht dessen eigene Sache vermacht werden kann.

§ 130. **Bedingung. Substitution.** Erlaubt ist eine aufschiebende Bedingung der Einsetzung von extranei. Dadurch schiebt sich die Berufung hinaus, und sie müssen deshalb den Eintritt der Bedingung erleben. Einstweilen scheint der Prätor stets die bonorum possessio secundum tabulas zu geben. Sicher geschieht dies, wenn im Testament für den Gegenfall ein Ersatzerbe bestellt ist, gegen Kaution an diesen (Ulp. D. 2, 8, 12). Die Ernennung eines Ersatzerben (substitutus) für den Fall, daß ein Erbe (institutus) wegfällt, ist selber die häufigste Verwendung der bedingten Einsetzung, z. B.: Titius heres esto. Si Titius heres non erit, Seius heres esto; darauf folgen auch entsprechende Substitutionen fernerer Grade, zum Schluß gern die Bestellung des eigenen Sklaven als unfreiwilligen Retters. Nach der weiten Fassung si heres non erit wird der Substitut berufen, wenn der Institut vor oder nach dem Erbfall stirbt oder aus sonst einem Grund nicht Erbe sein kann oder endlich ausschlägt, und nach prätorischem Recht auch wenn der Erbgang prätorisch rückgängig gemacht wird (beneficium abstinendi, in integrum restitutio). Kompliziertere Anordnungen veranlassen scharfsinnige, mitunter befremdliche Auslegungen; manche dürfen noch heute Geltung beanspruchen, zumal die Regel „substitutus substituto substitutus instituto" in dem Sinn, daß zufolge einer Verfügung: B. soll dem A., C. soll dem B. substitut sein, C. nach dem Vorwegfall des B. als Substitut des A. gilt (Jul. D. 28, 6, 27). Freilich hat die Regel heute ein kleineres Anwendungsgebiet, weil nach BGB. § 1953 ein Substitut nicht mehr „fortfällt", wenn er den Erbfall erlebt hat, und hinterher vor dem Wegfall des Instituten stirbt, vielmehr seine Erben an seine Stelle treten. — Daß an den Substituten der Erbteil mit seinen Lasten anfällt, ist durch ein severisches Reskript (Ulp. D. 31, 61, 1) festgelegt und bietet das Beispiel für andere Übergänge von Anteilen cum onere.

---

[1] Betreffs der sui Gai. 2, 24. oben S. 518. Entsprechende, aber spätere Ausnahmen, die mit einem Verblassen des Dogmas erklärt werden könnten, ergeben sich zufolge des Pflichtteilsrechts aus der teilweisen Rezission eines lieblosen Testaments; Plin Ep. 6, 33, 5; Pap. u. Ulp. D. 5, 2, 15, 2; 24; 25, 1; hierzu in verschiedenem Sinn Costa, Papiniano 3, 16; Fadda, Concetti fond. 1, 341. Bei Fadda 334 ff. Verzeichnis der unendlichen Erklärungsversuche für die Regel nemo pro parte. Eigenartig v. Woeß 167.

[2] Auch die Lehre Bonfantes, die jetzt mehrfach angenommen wird, der Satz erkläre sich aus der Souveränität der Familie, hat m. E. bisher noch keine einleuchtende Gestalt gewonnen.

Der gewöhnlichen Substitution (vulgaris) steht die seltsame substitutio pupillaris [1] gegenüber, die ein Mischgebilde aus verschiedenen Zeitläuften sein muß. Der Erblasser kann seinem unmündigen suus heres nicht bloß falls er vor ihm wegfiele, sondern auch falls er später vor erreichter Mündigkeit stürbe, einen Erben ernennen. Dies gilt als ein Testament für den Sohn (Gai. 2, 180). Der Substitut ist Erbe des Sohnes (Ulp. D. 28, 6, 10, 5) und kann bestellt werden sogar wenn der Vater das Kind enterbt; auch erhält er nicht bloß das väterliche Vermögen, sondern den ganzen Nachlaß des Pupillen (Gai. 2, 182). Das war früher zweifelhaft (Cic. de invent. 2, 21, 62—64), auch jetzt ist diese Substitution doch nur ein Anhang (sequela) zum eigenen Testament des Vaters, was zahlreiche Folgen hat.

§ 131. **Gesetzliche Erben.** Mangels eines Testaments erben in erster Reihe die sui heredes eines Hausvaters nach Stämmen (Ulp. 26, 2), in zweiter — nach einer Frau in erster — Linie gemäß der Zwölftafeln der dem Grade nach nächste Agnat. Die Klasse der Gentilgenossen ist mit den übrigen gentilizischen Rechten längst verschwunden (Ulp. Coll. 16, 4, 2). Gerade die alte Ordnung zeichnete sich anscheinend vor andern, z. B. dem griechischen Recht durch die Gleichbehandlung der Geschlechter aus, sowohl hinsichtlich der nicht in fremde Häuser verheirateten Töchter als der weiblichen Seitenverwandten. Wenn dies wahr ist, so erhielt es sich doch nicht. Im Jahre 269 v. Chr. verbot die lex Voconia den Bürgern der ersten Zensusklasse, Frauen zu Erben einzusetzen, und die feindliche Strömung, die zu diesem im Spätprinzipat nicht mehr gültigen Gesetz geführt hat, beließ in der Agnatenklasse nur die Schwester (Paul. 4, 8, 20). Noch wirksamer drückt die Testiersitte denselben Geist aus, der im Osten die Gesetze erfüllt, daß die Töchter nur auf eine dem Sohneserbteil nicht gleichwertige Mitgift beschränkt werden [2].

Einen Freigelassenen beerben 1. seine sui, 2. der Patron und dessen Abkömmlinge, aber mit komplizierter Beschränkung des Kreises der Berechtigten [3].

Der Prätor läßt diese legitimi heredes nur unter Einschränkungen an die Erbschaft heran und läßt im Einzelfall die Klassen und Unterklassen der Erbanwärter hintereinander zur Anmeldung kommen, während das Zivilrecht immer nur gleichzeitige gesetzliche Berufung nach einem Erbfall ohne Rücksicht auf die praktische Benutzung, keine successio ordinum et graduum kennt (Ulp. D. 38, 9, 1 pr.; 10). Vom Freigelassenen abgesehen, sind die Klassen, durch Gesetze ergänzt, folgende: 1. Unde liberi, die kognatischen Abkömmlinge als ein die Agnaten einschließender Kreis (§ 10); ausgenommen z. B. die in Adoption fortgegebenen nicht wieder emanzipierten Kinder (Gai. 3, 31). Nach der Mutter sind einfach gemäß dem SC. Orphitianum die ehelichen Abkömmlinge Zivilerben. 2. Unde legitimi, die Zivilerben mit geringen Änderungen, aber sukzessive nach Ordnungen. Wiederum greift hier seit dem SC. Tertullianum das Erbrecht der Mutter ein, falls sie das Kinderrecht hat; sie erbt hinter der Klasse unde liberi, dem Vater und dem Bruder von väterlicher Seite, gleichzeitig mit der Schwester von der väterlichen Seite (Ulp. 26, 8). 3. Unde cognati, sämtliche kognatischen Verwandten nach ihrem Grade bis zum 6. Grad und den Kindern von Großgeschwisterkindern. 4. Unde vir et uxor, demnach hinter allen Verwandten erst der Ehegatte.

§ 132. **Erbloser Nachlaß und verfallene Anteile.** In allerletzter Reihe, praktisch so gut wie im BGB. ohne Erbrechtsgrenze, wird der Nachlaß erblos (bona vacantia) und dem Zugriff des Staates [4] frei. Allerdings vermehren die römischen Machthaber ihre Einkünfte nicht unbeträchtlich und nicht immer unabsichtlich durch Vermögenskonfiskationen im Anschluß an Kapitalstrafen (bona damnatorum). Dazu kommen (s. § 128) die bona ereptoria, die dem Erbunwürdigen „entrissen" werden, und namentlich die erledigten Anteile, die vom Erben und sonstigen Bedachten „abfallen". Durch die Augusteischen Leges Julia et Papia Poppaea erleiden die allgemeinen Grundsätze sehr einschneidende Ausnahmen. Alles was den testamentarischen Erben oder Vermächtnisbedachten am Erwerb hindert, macht die Zuwendung an ihn „kaduk",

---

[1] Costa, Bull. 6, 245; Karlowa, RRG. 2, 875.

[2] v. Woeß 65 ff.

[3] Hierzu und wegen der Bon. possessio Gai. 3, 39—76; und dazu zuletzt Kniep, Gai. Inst. 3 (1914) 81—125.

[4] Nach Ulp. 28, 7 ist dies wahrscheinlich außerhalb der kaiserlichen Provinzen noch das Ärar; hierzu und wegen der Überweisung der übrigen Güter an den Fiskus Mitteis, PR. 353.

und zwar caducum im engern Sinn, wenn das Hindernis nach dem Tod des Testators eintritt oder sich entscheidet, insbesondere Tod des Bedachten vor Eröffnung des Testaments oder dem Eintritt der Bedingung, Vereitlung der Bedingung, Ausschlagung, Mangel der capacitas durch Zölibat oder Kinderlosigkeit in dem zur Beseitigung vorgeschriebenen Zeitraum; in causa caduci, wenn das Ereignis vor dem Erbfall eintritt, Vortod des Bedachten, Vereitlung der Bedingung. Durch eine Substitution kann der Erblasser dem entgegenwirken. Ferner werden Aszendenten und Deszendenten des Erblassers bis zum dritten Grad nach altem Recht (ius antiquum) behandelt, an sie als Miterben findet Akkreszenz statt, und wenn ihnen auferlegte Vermächtnisse hinfällig werden, kommt es ihnen zugute. Sonst aber findet ein Vindicare caducum statt. Ursprünglich haben dieses Recht die im Testament bedachten Personen, die den Ehegesetzen genügen. Es ist fraglich, ob diese Kindererzeugungsprämie noch zur Zeit Ulpians besteht, und damit wohl auch fraglich, wie weit der Begriff der Caduca damals reicht. Im allgemeinen vindiziert seit Caracalla jedenfalls der Fiskus (Ulp. 17, 2).

Lobenswerte Regel ist aber die Rücksicht auf die Interessenten. Auch die kaiserliche Konfiskationspraxis läßt den Kindern des Verurteilten einen großen Teil, manchmal das ganze Vermögen, oft die Hälfte, dem Patron die Hälfte, d. i. seinen regelmäßigen Pflichtteilsbetrag [1]. Stets werden vorweg bis zur Höhe der Masse die Gläubiger und sogar die Vermächtnisse, Freilassungen und sonstigen Lasten eingezogener Teile befriedigt [2]. Ebendeshalb kann der Fiskus eine erblose Erbschaft ausschlagen (prät. Edikt, Call. D. 49, 14, 1, 1) und es seit Marc Aurel Dritten oder einem Sklaven überlassen, die Liquidation freiwillig zu übernehmen (addictio bonorum libertatum servandarum causa, J. 3, 11), er braucht nicht als notwendiger Erbe seine Beamten mit zahlungsunfähigen Erbschaften zu beschäftigen, wie nach BGB. § 1942 Abs. 2.

§ 133. Noterbrecht [3]. Es gehört zu den sittengemäßen Pflichten des sorglichen Hausvaters, ein Testament zu errichten, Söhne und Freunde durch Erbeinsetzung zu ehren (honos institutionis), die Gattin und nicht ausgesteuerte Töchter mit Vermächtnissen zu versorgen, reichlich Sklaven freizulassen, wozu bei Höhergestellten nicht selten eine Einsetzung des Kaisers kommt, teils aus Liebedienerei, teils um die Durchführung des Testaments zu sichern. Von Frauen gilt dies weniger. Ihr Vermögen beschränkt sich meistens auf die Mitgift, deren Schicksal festgelegt ist, und ein geringes Sondergut. Reiche Frauen testieren aber auch und setzen normalerweise den Gatten oder die Kinder zu Erben ein.

Leitsatz ist die freie Gewalt des Erblassers. Sie beruht recht eigentlich auf der weitestgespannten Beherrschung des Hauses über den eigenen Tod hinaus, die stolze Freiheit des Testaments ist den nüchternen Römern im prosaischen Privatrecht das am meisten ans Herz gewachsene Stück. Gewiß deshalb kennen sie nicht die vertragsmäßige Bindung von Erb- und Vermächtnisanordnungen. Der Erblasser soll bis zum letzten Augenblick seine Gunst zu ändern vermögen; ambulatoria est voluntas defuncti usque ad vitae supremum exitum (Ulp. D. 24, 1, 32, 3 + 34, 4, 4). So mag er sein Vermögen zuteilen, wem er will. Die Willkür ist vom älteren Recht her nur durch das sog. formelle Noterbrecht [4] beschränkt. Der Hausvater muß sich die Mühe nehmen, seinen sui das Erbrecht, das er ihnen nehmen will, im Testament zu entziehen. Dazu aber braucht er keine Gründe. Die unbe-

[1] Paul. D. 48, 20, 7, 1 und 3; Call. D. 48, 20, 1, 3; Vermutungen dazu bei v. Woeß 254.

[2] Vacantia: Jul. D. 30, 96, 1; b. damnat. oder allg.: Jav. D. 49, 14, 11; caduca: Ulp. 17, 3. — Wegen der Gläubiger vgl. noch oben § 20 und Lenel, Ed. § 212.

[3] Die Lehre ist neuestens von v. Woeß, Das römische Erbrecht und die Erbanwärter, 1911, methodisch gefördert worden, indem die Wechselwirkung und der Zwiespalt zwischen dem Rechtsleben und den Rechtssätzen untersucht wurde. Freilich zeigt sich die Materie gegenüber den Folgerungen des Verf. großenteils recht spröde.

[4] W. Francke, Das Recht der Noterben und Pflichtteilsberechtigten 1831; A. b. Schmidt, Das formelle Recht der Noterben 1862; Das Pflichtteilsrecht des Patronus und des Parens manumissor 1868; P. Krüger, Krit. Versuche 124; Schröder, Das Noterbenrecht 1, 1877; Leist-Glück, 37/38, IV, V; Schirmer, ZSavSt. 2, 165; K. Demertzes, περὶ τῆς ἀναγκαστικῆς διαδοχῆς Ath. 1901; v. Woeß 129 ff.; Kniep, Gaius 3, 88. Über die Wahrung der Vermächtnisse bei der Bon. poss. contra tabulas Moriaud, De la simple famille paternelle 181.

schränkt zulässige Exheredation entspricht der Vollgewalt des römischen Hausvorstands. Die Griechen, die diese Gewalt nicht haben, kennen nur eine Verstoßung (ἀποκήρυξις) des unwürdigen Kindes aus dem Hause mit Enterbungswirkung, und diese kann nicht „ohne Grund" erfolgen, wie das syrisch-römische Rechtsbuch sagt [1]. Zur römischen Enterbung gehört lediglich eine kurze Verfügung im Testament; diese aber ist erforderlich gegen Söhne unter individueller Bezeichnung (D. 28, 1, 1 ff.), gegen Töchter und Enkel wenigstens durch die Klausel: ceteri exheredes sunto, eine Klausel, die man formularmäßig anwendet, weil es einmal vorkommen könnte, daß ein Abkömmling unbekannt oder irrig für tot gehalten ist. Viele Gelehrte meinen, dieser Zwang habe einen leichten Druck auf den Hausvater ausgeübt, da man seinem Haus nicht gern die Schande antut, einen Sohn ausdrücklich zu enterben. Doch könnte dieser Gedanke, der auf die des Schutzes ebenso bedürftigen nicht ausgesteuerten Töchter gar nicht anwendbar wäre, weder ursprünglich sein, da der Zwang vom Familieneigentum herkommt, noch ist er sehr einleuchtend, da die Enterbungen am häufigsten den in allen Ehren abgeschichteten Sohn und die mit ihrer Mitgift abgefundene Tochter getroffen haben müssen — hier war Enterbung das einzig richtige Mittel, da Erbverzicht als unsittlich galt (Alex. C. 6, 20, 3) —, noch kann er den geschichtlichen Verlauf namhaft beeinflußt haben. Wenn der Prätor unter der Drohung der bonorum possessio contra tabulas (D. 37, 4) die Voraussetzungen des Zivilrechts erweiterte, statt der sui alle liberi setzte und statt der hausangehörigen Söhne die männlichen Deszendenten, so zog er nur die Konsequenzen aus seiner Erblasse unde liberi. Die Wirkungen der verbotenen Übergehung hat er nicht ausgebaut, sondern gegenüber der zivilen Testamentsnichtigkeit wesentlich abgeschwächt. Das Pflichtteilsrecht aber knüpfte er nicht im mindesten hieran. Und doch hätte dies nahegelegen, würde der honos institutionis wirklich auf materielle Begünstigung der Anwärter zielen. Verwendete doch der Prätor das gleiche äußere Mittel der bonorum possessio contra tabulas, um dem Patron, der auf Erbeinsetzung überhaupt keinen Anspruch hat, ein Pflichtteilsrecht gegen den Freigelassenen zu geben und ein analoges dem parens manumissor (Lenel §§ 150, 154). Einen solchen Weg konnte der Prätor um so eher zugunsten der Verwandten gehen, wenn er wollte, daß der Erblasser ihrer nicht bloß gedenke, sondern sie bedenke (Puchta). Statt dessen nahm er den völlig verschiedenen Weg der Querela inofficiosi testamenti [2], ob aus eigener Machtvollkommenheit oder infolge eines Gesetzes, wissen wir nicht. Im klassischen Recht stehen das zivile und prätorische Noterbrecht und die Querel nebeneinander.

In der Tat bewährte sich die Gewaltfülle der männlichen und die unbeabsichtigterweise noch größere der weiblichen Testatoren nicht. Daher überprüft auf die Klage naher Angehöriger gegen die in einem „lieblosen Testament" eingesetzten Erben entweder der Magistrat selbst die Vermögensteilung sachlich (sog. Kognitionsquerel), oder er leitet, was in unserer Periode das Normale ist, den Prozeß zu dem für Erbschaftsklagen zugänglichen Zentumviralgerichtshof. Die Klage ist aber wahrscheinlich nicht identisch mit der Erbschaftsklage [3]. Ihr Gedanke scheint mittelbar durch das attische Muster, direkt durch die Rhetoren beeinflußt zu sein, indem der Anfechtende dem Erblasser Lieblosigkeit mit Anspielung auf geistige Störung

---

[1] R I 63 u. Zit. Die ἀποκήρυξις, im klassischen Athen anscheinend selten, hat sich im Hellenismus dauernd erhalten und lebt nach dem Zeugnis von Triantophyllopoulos, Ὁ Φαλκίδιος νόμος (1912) S. VI noch heute „als Begriff im ganzen griechischen Volke fort". S. Mitteis, Reichsrecht 212 und über die ἀποκήρυξις und den öffentlichen Aushang (ἀποταγή) in P. Cairo Masp. 67097 verso D. aus dem 6. Jahrh. und eine Schrift von Cuq hierzu Lewald, ZSavSt. 34, 441.

[2] G. Hartmann, Über die Quer. inoff. test. 1864; Eisele, ZSavSt. 15, 256; Kipp in Realenz. 5, 224; Unzner, Die Quer. inoff. 1891; Wlassak in Realenz., 3, 1942 mit Lit.; Brugi, Mél. Fitting 1, 113; Jobbé-Duval, Mél. Gérardin 355; Mél. Fitting 1, 437; H. Hellwig, Erbrechtsfeststellung und Rezission des Erbschaftserwerbes 1908; v. Woeß 178 ff.; Naber, Mnemosyne 40, 397. — Bemerkenswert für das byzantinische Recht Triantaphyllopoulus, Ὁ Φαλκίδιος νόμος, Ath. 1912.

[3] Über die byzantinische Theorie (vgl. Just. C. 3, 28, 34) und die Interpolationen, die dies verdunkelten, Brugi; Woeß 216; doch ist die Kritik noch nicht abgeschlossen. Über den prozessualen Hergang s. außer Woeß bes. Jobbé-Duval, Mél. Fitting 1, 445.

(color insaniae) nachsagt[1]. Als berechtigte Kläger gelten Kinder und Eltern, vielleicht ebenso unbedingt Geschwister (bis Const. C.Th. 2, 19, 1). Sonstige Seitenverwandte sollten sich nach Ulpians Rat (D. 5, 2, 1, Echtheit bestritten) lieber die Kosten sparen. Wann eine Übergehung pietätlos sei, ist dauernd Ermessensfrage, doch steht seit etwa dem späten 1. Jahrhundert nach Analogie der quarta Falcidia die Höchstgrenze fest, daß sich nicht beklagen darf, wer den vierten Teil seines reinen gesetzlichen oder prätorischen Erbteils (quarta legitimae partis, portio debita) irgendwie durch das Testament oder durch Schenkung von Todes wegen[2] empfängt. Daß nur der im konkreten Fall als Intestaterbe Berechtigte den Anspruch hat[3], z. B. die Mutter nur in Ermangelung von Kindern, ergibt sich im Prinzip schon daraus, daß nur er von der Umstoßung des Testaments Nutzen zieht; von Ausnahmefällen abgesehen, wie dem Heimfallsrecht des Vaters eines über sein Peculium castrense testierenden Sohnes. Seit der Festlegung der Quart scheint dieses Prinzip folgerichtig noch gefestigter zu sein. Die Bescheidenheit der portio bestätigt neuerdings, wie zaghaft Rom gerade Testamente einschränkt. Vielleicht mag ein vorsichtiger Erblasser bisweilen lieber mehr als das Viertel den Anwärtern zuwenden, um einen Spielraum für spätere Veränderungen zu lassen, da der Pflichtteil nach dem Vermögensstand der Todeszeit berechnet wird und ein Sieg der Anfechtungsklage grundsätzlich das ganze Testament umstößt (Ulp. D. 5, 2, 8, 16). Das letztere erleidet aber bedeutende Ausnahmen, das Gericht beurteilt offenbar die Erbeinsetzungen desselben Testaments verschieden, hält nach Ermessen die einen aufrecht und kassiert die anderen[4]. Im übrigen kennen wir die Praxis nicht genug, um beobachten zu können, wie weit sie sich an Testiersitten anschloß und dadurch ihrerseits die letztwilligen Verteilungen beeinflußte[5].

Die Querel tritt dem Andenken des Erblassers nahe und wird daher nur als letztes Hilfsmittel zugelassen. Wenn ihre erfolglose Anstellung Erbunwürdigkeit nach sich zieht (Ulp. D. 5, 2, 8, 14), so hat das aber den praktischen Zweck, von mutwilligen Anfechtungen des Testaments abzuschrecken, ebenso wie die Indignität nach fruchtloser Anklage der Fälschung (C. 9, 22, 6 a. 245).

Dem am strengsten geschützten Freilasser bietet das Edikt für seine bon. poss. contra tabulas eine wichtige Ergänzung in den actiones Fabiana und Calvisiana[6], womit er Schenkungen des Freigelassenen wegen Benachteiligung des Pflichtteils anficht (vgl. ferner Ulp. D. 47, 14, 16 pr.). Für die Pflichtteilsberechtigten eines Freigeborenen bestehen entsprechende Querelen inofficiosae donationis und inofficiosae dotis wegen übermäßiger Zuwendungen unter Lebenden unter Alex. Severus (Paul. D. 31, 87, 3) und später (C. 3, 29; 30).

§ 134. Erwerb der Erbschaft. Der suus erwirbt seine Erbenstellung durch den Erbfall, der extraneus durch Antritt (aditio). Für diesen kann vom Erblasser im Testament eine formelle Erklärung binnen bestimmter Frist (cretio) vorgeschrieben sein; dieser alte Brauch hat sich erhalten (Gai. 2, 164), wohl um den fehlenden gesetzlichen und den unbefriedigenden

---

[1] v. Woeß, der nach einer Anregung Wlassaks an die prätorische Herkunft der Querel glaubt (a. M.: Beseler, Beitr. 2, 34) und die Lehren der Rhetorik schön darlegt, legt großen Wert darauf, daß bei letzterer der Color insaniae nur eine rednerische Figur bedeutet, womit auf Wahnsinn verblümt angespielt wird. In der Tat dürfte nicht an Fiktion der Verrücktheit zu denken sein, vielleicht aber doch an eine Analogie mit dem Wahnsinn.

[2] Auch Aussteuer oder Mitgiftvorempfänge? Dafür darf nicht Ulp. D. 5, 2, 25 pr. angerufen werden, itp. nach C. 3, 28, 35, 2; vgl. 29; 30, 2; Ferrini, Pand. 778 N. 2. Weitere interpolierte Stellen: Mancaleoni, St. Scialoja 2, 609. Vgl. aber v. Woeß 84. 253 u. ö.

[3] Vgl. Girard, Man. 864 N. 3. Den Grundsatz erkennt auch Fitting, Peculium castrense 232 ff. an. Die Gegeninstanzen bei v. Woeß 210. 233 aus dem 1. Jahrhundert dürfen höchstens als Quellen für die ehemalige, noch nicht fixierte Abmessung der Portio debita und deren Terminus post quem gelten.

[4] Vgl. oben S. 526 N. 1; Wlassak 1938 f.; Woeß 247. Nicht alles Nähere ist sicher, bes. was den anscheinend klassischen Satz angeht, daß der Anfechtende mit der Zuwendung oder dem Pflichtteil zufrieden sein muß, Sev. Car. in D. 36, 1, 30 u. a., vgl. Mancaleoni 622. Die Kompilatoren setzen eine neue Ordnung durch und geben dem Anwärter, dem etwas hinterlassen ist, grundsätzlich nur eine Actio ad supplendam legitimam. Über die „Lex damnata" Paul. D. 5, 2, 19 s. Naber, Mnemosyne 34, 365; Hellwig 11.

[5] Optimistisch versucht v. Woeß eine Anzahl von Feststellungen, bes. S. 84.

[6] Lenel, Ed. § 151; Lit. bei Girard, Textes [4] 454.

prätorischen Zwang zur Entschließung zu ersetzen [1]. Sonst tritt der Erbe an, indem er den Willen kundbar macht, Vermögensinhaber zu sein (pro herede gestio Ulp. 22, 26) [2].

Eine solche Erklärung liegt natürlich in dem, wie die Papyri [3] zeigen, auch seitens des Zivilerben gewöhnlichen — ihm ja auch nützlichen — Ansuchen um Erteilung der bonorum possessio. (C. 6, 30, 12 a. 294).

Sowohl die pro herede gestio als die bonorum possessio ist ursprünglich und noch ihrer klassischen Grundbedeutung nach persönliche Besitznahme der körperlichen Erbschaftssachen. Daher hatten sie einst beide, wenn nicht ihre eigentliche, so doch eine wichtige Wirkung darin, daß sie die altertümliche Ersitzung unberechtigter Dritter (usucapio lucrativa pro herede) ausschlossen; und hieraus leiten sich noch Sätze ab, wie z. B. daß man durch den Erbschaftssklaven nicht an anderen Erbschaftssachen Besitz erwerben kann [4]. Daher auch scheint das Interdictum quorum bonorum, auf Grund dessen der vom Prätor Eingewiesene dritten Inhabern die Erbschaft abnimmt, nur auf körperliche Sachen, nicht auf Einklagung von Forderungen, gerichtet zu sein [5].

Die sui heredes erwerben seit jeher die Erbschaft unmittelbar und notwendig. Sie sind von selbst Erben. Hausfremde müssen tätig sein, um Erben zu werden. Dem suus, der sich von der Erbschaft fernhält, muß der Prätor gegen die Klagen der Erbschaftsgläubiger helfen (ius abstinendi). Seine Passivität wirkt also wie eine Ausschlagung, ist freilich keine, denn er bleibt Zivilerbe und braucht keine Ausschlagungserklärung, die Geschäftsfähigkeit erfordern würde; im Gegenteil schadet dem Unmündigen die Einmengung in die Erbschaftsangelegenheiten nichts (Gai. D. 29, 2, 57 pr.). Der extraneus benötigt seinerseits die Unterstützung der Rechtsordnung, damit ihm der leere Zwischenraum zwischen seiner Berufung und dem Erwerb (hereditas iacens) nicht schädlich werde. Zwei Systeme! Beide langen nicht ohne Künstlichkeiten aus. Das BGB. zieht die altertümliche Ordnung vor, es erspart durch die Unmittelbarkeit der Erbfolge die ruhende Erbschaft [6], aber es muß das Ausschlagungsrecht offen halten (§ 1942) und hat daher Fiktionen nötig (§ 1953), die genau das Widerspiel der römischen sind. Um den Schwebezustand kommt keine Rechtsordnung herum. Soll man es tadeln, daß die Römer in ihrer vorgeschritteneren Ordnung es dem Berufenen überlassen, ob er von dem Erwerbsrecht Gebrauch machen will und ihn nicht unangenehmen Weiterungen aussetzen, wenn er eine Ausschlagungsfrist aus irgendwelchen Gründen versäumt? Vielleicht entspräche das auch unserem Empfinden besser. Es handelt sich nur darum, die übrigen Interessenten nicht zu lange im ungewissen zu lassen, wer Erbe ist. Dafür sorgen die Römer freilich nicht sehr vollkommen. Ehemals diente dazu das gewaltsame Mittel der schnellen Ersitzung der Erbschaft durch den nächsten Beikommenden. Der Prätor läßt dann die eventuell Berufenen nacheinander in den Gruppen der bonorum possessores antreten. Doch dauern die Fristen lange. Auch ist die Anmeldung zur Einweisung häufig nicht nötig und ohne sie der Antritt für Dritte schwer beweisbar. Den Gläubigern der Erbschaft

---

[1] Anders Lenel, a. a. O. 137.

[2] Bestritten ist, ob für die Klassiker der Antritt nuda voluntate (Gai. 2, 167) eine dritte Art sei, Perozzi, Ist. 2, 507 verdächtigt sogar den Text. — Über den Antritt durch Personen in Sklavenstellung bestand in Rom eine Kontroverse, vgl. Pomp. D. 41, 1, 19, die neuestens von Partsch, Negot. gestio 95 N. 5 und Berger, Philologus 73, 80 N. 49 verschieden beurteilt wird.

[3] P. Giss. Inv. 40, ed. Eger, ZSavSt. 32, 378 a. 249 und P. Oxy. 1201 a. 258 zeigen die von Theoph. Paraphr. Inst. 3, 9, 10 geschilderte Formel: rogo domine des mihi bonorum possessionem matris meae (patris mei) etc.; Erwähnungen in Steuererklärungen P. Oxy. 1114 a. 237; P. Amh. 72 = Bruns-Grabenwitz n. 125 a. 246. Bon. poss. und hereditas werden dabei offenbar gar nicht auseinandergehalten: P. Oxy. 1114: profiteor hereditatem seu bonorum possessionem. — Cretio a. 170 ed. Seymour de Ricci und Girard, Nouv. rev. 1906, 479 = Bruns n. 124.

[4] Paul. D. 41, 2, 1, 16; Mitteis, ZSavSt. 32, 4.

[5] Paul. D. 43, 2, 2; dazu zuletzt Biondi, La leggitimazione processuale nelle azioni divisorie rom. 1913, 29.

[6] Freilich sind gesetzestechnisch auch andere Konsequenzen eingeschlossen, wie die Vererblichkeit der Berufung und die Bestimmung der eventuell berufenen Personen nach dem Zeitpunkt des Erbfalls.

sucht daher das Edikt de iure deliberandi gerecht zu werden [1]. Die Gläubiger rufen den präsumtiven Erben vor den Magistrat und befragen ihn dort, ob er Erbe sei. Auf Verlangen erhält er eine Überlegungsfrist (D. 28, 8, 1, 1). Nach deren fruchtlosem Ablauf wiederholt sich das Verfahren gegen die Nächstberufenen so lange, bis ein Erbe da ist oder die Erbschaft erblos erscheint und den Gläubigern zum Verkauf überlassen wird. Bei Widerspenstigkeit der Erben muß irgendwie geholfen sein. Doch scheint es jedenfalls ein langwieriges Verfahren. Wenn unsicher ist, ob jemand als Erbe berufen sein wird, z. B. die zufällige Bedingung seiner Einsetzung oder seiner Freiheit schwebt, werden die Gläubiger in den vorläufigen Sicherungsbesitz gewiesen und nach Umständen ein Kurator mit dem Verkauf der Sachen und der Bezahlung der Schulden beauftragt, nach Analogie der Güterpflege, die zugunsten ungewisser Erben selbst stattfindet, speziell der in den Besitz gewiesenen ungeborenen Leibesfrucht und des Mündels, das keinen Vormund hat [2].

§ 135. **Das Recht aus der Berufung** des Hausfremden ist eine persönliche Befugnis, die Erbschaft anzutreten. Sie erlischt mit seinem Tode (hereditas non adita nec transmittitur, Just. C. 6, 51, 1, 5) und jeder nachträglichen Erb- oder Erwerbsunfähigkeit. Sie erlischt natürlich auch durch eine etwaige Ausschlagungserklärung (repudiatio) und durch das Verstreichenlassen der Frist zur Kretion. Die prätorische Berücksichtigung entfällt mit der Frist zur adgnitio der bon. possessio, vermutlich [3] ebenso des spatium deliberandi. Ausnahmen werden vor Theodosius nur im Wege außerordentlicher Billigkeitshilfe mit in integrum restitutio zugestanden. Auch diese wird zunächst nur gewährt, wenn sie schon dem verstorbenen Berufenen selbst gegen den Verlust der Delation gebührt hätte (Ulp. D. 4, 1, 6 u. a.), doch nach einem Vorgang des Kaisers Pius zuletzt auch, wenn der Berufene bei seinem Tode noch eine Zeit für die Antretung gehabt hätte und ein Restitutionsgrund, z. B. seine oder des Vormunds Abwesenheit in Staatsgeschäften die Verzögerung bis dahin rechtfertigt [4]. Umgekehrt wird die Befugnis des suus, der Erbschaft fernzubleiben, wenigstens seinem eigenen suus heres zugesprochen (Paul. D. 29, 2, 7, 1). Darin liegt immerhin ein Anfang des Transmissionsgedankens, der nachklassisch aufkeimt.

Die persönliche Natur der Berufung hindert zufolge alten Rechts nicht den Intestaterben, vor dem Antritt seine Erbschaft einem Dritten insgesamt, mit Aktiven und Passiven, abzutreten (Gai. 2, 34 f.; 3, 85—87; Ulp. 19, 12—15). Da von dieser Ausnahme keine Analogie versucht wird, ist sie nur historisch aus dem einstigen Agnatenrecht zu erklären, das nicht so stark und unmittelbar wirkte wie das der sui, aber kräftig genug, um sofort mit dem Erbfall eine veräußerliche Macht zu geben und denn auch die Abtretung der Tutel über die unmündigen und weiblichen Abkömmlinge des Verstorbenen erlaubt.

§ 136. **Ruhende Erbschaft** [5]. Wie immer die Erbfolge gestaltet ist, ob mittelbar wie für den römischen extraneus oder unmittelbar wie nach BGB., ergeben sich Schwebezustände: normal solange allgemein Annahme oder Ausschlagung noch freistehen, abnorm, wenn der berufene Erbe ungewiß ist — z. B. ungeborene Leibesfrucht, statuliber, bedingt eingesetzter Erbe — oder nicht geschäftsfähig, z. B. ein Unmündiger, der keinen Vormund, ein Sklave, der keinen Herrn hat. Der römische Ausgangspunkt ist sehr einfach und in einer Zeit, die den

---

[1] Dedekind, Das Deliberationsrecht des Erben usw. 1870, dem die meisten folgen; Lenel, Ed. § 208; Solazzi, Spatium deliberandi, Catania 1912 mit neuen Aufstellungen, die teilweise Bedenken erregen. Die Texte scheinen allerdings interpoliert zu sein, die obige Darstellung berücksichtigt daher nur das Wahrscheinlichste.

[2] So nach den sichersten Stellen: dem Edikt (Lenel 402) si diu incertum sit, D. 42, 4, 8, und Pomp. D. 28, 5, 23 §§ 2, 3 [et maxime — imminet m. E. itp.], wonach die Parallelstelle Paul. D. 42, 7, 1, 1 zu korrigieren ist (falsch Mommsen, gegen dessen Konjektur schon Lenel, Pal. Paul. 705—707). Vgl. Lenel, Ed. § 224.

[3] Es wird trotz Ulp. D. 29, 2, 69 a. E. von Solazzi 7 bestritten und ist in der Tat nicht so ganz sicher.

[4] D. 29, 2, 30 pr. und 86 pr.; Lit. zu l. 86 bei Samter, Nichtförmliches Gerichtsverfahren 18; im letzten Satze ist vielleicht humanitatis gratia nur allein itp.

[5] Steinlechner, Das schwebende Erbrecht und die Unmittelbarkeit der Erbfolge, 1893, 1897 mit Lit.; Fadda, Conc. fondam. 2, 1.

Agnaten keinerlei Mitrecht bei Lebzeiten des Hausvaters zugesteht, beim Fehlen von sui heredes mit Selbstverständlichkeit gegeben. Die Sachen des Verstorbenen sind herrenlos und in niemandes Besitz, sine domino. Dies blieb stets die Grundlage. Res hereditariae, antequam aliquis heres existat, nullius in bonis sunt, Gai. D. 1, 8, 1 pr. Infolgedessen war bis in das 2. Jahrhundert n. Chr. die usucapio pro herede für jeden Bürger, der sich die Erbschaft aneignet, möglich. Dauernd bleibt ein Diebstahl an Erbschaftssachen ausgeschlossen, so lange bis der heres extraneus wirklich Besitz ergriffen hat (Gai. 3, 201), es hätte denn ein Dritter die Detention (Marc. u. Scaev. D. 47, 2, 69—71) [1]. Daher ist seit Marc Aurel (D. 47, 19, 1) das besondere Delikt des Crimen expilatae hereditatis geschaffen, um der „unredlichen Usukapio" die letzte Lebenskraft zu entziehen. Auch neuere Konsequenzen werden bisweilen noch aus dem Prinzip abgeleitet (z. B. D. 31, 55, 1 [Text freilich unecht]; Paul. Vat. 55 u. Hermog. D. 41, 1, 61, 1), aber nicht ohne praktische Gründe. Die Juristen erkennen ihre Aufgabe, die Erbschaftsmasse als lebensfähigen Verwaltungsgegenstand zu erhalten und dem später eintretenden Erben die Brücke zum Erblasservermögen zu bauen. So sind nach und nach einzelne praktische Fragen erledigt worden. Die Erbschaft vermehrt sich von selbst durch Sklavenkinder, Tierjungen, Pachtzinse, die dem Bodeneigentümer gehörige Schatzhälfte. Eine begonnene Ersitzung läuft fort. Der Erbschaftsklave kann als Erbe eingesetzt werden (Lab. in D. 28, 5, 65 u. a.) und Legat erhalten, er erwirbt für die Masse, er kann sogar Stipulationen schließen, zwar nicht für einen namentlich genannten Erben (Paul. D. 45, 3, 16; 2, 14, 27, 10 [sed — potest itp.[2]], aber „für den künftigen Erben" (Cass. u. wohl Gai. gegen Proc. D. 45, 3, 28, 4 [a. E. itp.]; Pap. D. 45, 3, 18, 2), Forderungen erlassen (Paul. D. 46, 4, 11, 2); er macht auch den Erben mit actio de peculio haftbar. Ein Bürge kann für eine Erbschaftsschuld eintreten (Flor. D. 46, 1, 22). Dem Erben erwachsen aus den Ereignissen während des Ruhens Deliktsansprüche.

Während nun eine Klage gegen einen im Testament freigelassenen Sklaven wegen Diebstahls und Sachbeschädigung eigens vom Prätor aufgestellt ist (Lenel § 135), die actio iniuriarum wegen Verletzung des Leichnams, des Grabes oder der Sklaven aus besonderer Rücksicht hervorgeht und der praktisch bedeutsamste Fortschritt: eine negotiorum gestio für den Erben anzuerkennen, eigentlich keine erbrechtliche Konstruktion braucht, sobald eine Geschäftsführung für eine incerta persona als denkbar gilt (vgl. aber Paul. D. 3, 5, 20, 1 [wie weit echt?]) — bedürfen die obigen Entscheidungen einer theoretischen Rechtfertigung. Zu diesem Zweck wagen die Juristen verschiedene Versuche, leichtgezimmerte Hilfsbauten, die ganz ihrem Wesen zuwider von den Gemeinrechtlern als tiefgründige Fundamentaltheorien angesehen wurden. Bis ins 2. Jahrhundert behilft man sich gern mit der Fiktion, daß der Erbe, sobald er angetreten hat, nachträglich als vom Erbfall ab sukzessierend gelte (Cass. in D. 45, 3, 28, 4; Pomp. (?) D. 46, 2, 24; Flor. D. 29, 2, 54). Später wird die Anschauung Julians (in D. 41, 1, 33, 2) beliebter, daß die Erbschaft ihre werbende Kraft vom Erblasser her beziehe und dogmatisch dahin formuliert, daß sie nicht die Person des Erben, sondern diejenige des Erblassers vertritt (sustinet); Gai. D. 28, 5, 31, 1; Marc. in D. 41, 3, 15 pr.; Ulp. D. 41, 1, 34. Einige Male wird auch die Erbschaft selbst juristischer Beziehungen für fähig gehalten (Paul. D. 3, 5, 20, 1; Mod. D. 45, 3, 35), aber nie für ein aktuelles Vermögenssubjekt. Die von Justinian bevorzugte Vorstellung, die ruhende Erbschaft sei eine juristische Person, ist den Klassikern völlig fremd [3].

§ 137. **Miterben** gelten stets als auf die ganze Erbschaft berufen, so daß nur ihr Zusammentreffen in dem vom Gesetz oder Testator geregelten Maße Quoten herstellt. Die

[1] Subtil hierüber Steinlechner 137 u. Zit.

[2] Rotondi, pactum de non pet. 27 verdächtigt auch „nominatim", doch nur dem Ausdruck nach.

[3] Itp. D. 9, 2, 13, 2 [dominus — habebitur]; 28, 5, 31, 1 [dominam esse]; 43, 24, 13, 5 [accedit — optinet]; 41, 3, 15 pr. [nam — usucapionem]; 46, 1, 22 [quia — societas]; 47, 4, 1, 1 [hoc — contrectaverit]; vermutlich auch Diocl. C. 4, 34, 9, und vielleicht die viel weniger verfängliche Stelle D. 46, 4, 11, 2 [ut — liberetur]. Das meiste sah Perozzi, Ist. 2, 399 N. 5. Mehrfach abwegig Di Marzo, St. Scialoja 2, 51. — Manigk, Realenz. 8, 626 will Ulp. D. 41, 1, 34 nicht auf die ruhende Erbschaft beziehen; das Fr. handelt aber offenbar de hereditate censenda, Lenel, Ulp. 23.

Quotenberechtigung besteht an allen einzelnen Aktiven und Passiven, auch an Forderungen und Schulden. Die letzteren zerfallen daher, wenn sie teilbar sind, ganz folgerichtig von selbst (ipso iure) unter die Erben, ein Satz, der auf die Zwölftafeln zurückgeführt wird. Körperliche Sachen teilen sich nach ideellen Miteigentumsanteilen. Fällt ein Erbe fort oder erschöpfen die testamentarisch bestimmten Quoten nicht die Erbschaft, so dehnen sich die Quoten automatisch aus (ius adcrescendi), falls nicht die Kaduzitätsgesetze abändernd eingreifen. Der Erblasser kann aber in jedem Fall Einfluß üben, indem er Ersatzerben beruft, und er kann die zivile Anwachsung sowie die Reihenfolge der den kaduken Anteil Vindizierenden besonders regeln, indem er zwei oder mehrere Erben zu einer engeren Einheit verbindet (coniunctio, Paul. D. 50, 16, 142, vgl. Gai. 2, 207).

Da die Anwachsung sich selbständig vollzieht, ist sie vom Willen, vom Leben und der sonstigen Fähigkeit (Paul. D. 29, 2, 80, 2; Marci. 38, 16, 9) des Erwerbers unabhängig: portio portioni adcrescit; hat er also den Stammanteil bereits angetreten, so kann er den Zuwachs nicht ausschlagen (Gai. D. 29, 2, 53, 1). Auch würden logisch die Lasten, wie Vermächtnisse und Freilassungspflichten, die dem Weggefallenen auferlegt sind, erlöschen (Cels. D. 31, 29, 2; Jul. in D. 31, 61, 1); aber nachdem K. Severus dem Substituten die Lasten des erledigten Instituten auferlegt hat, wird analog auch hier gelehrt: portio adcrescit cum suo onere (Ulp. D. 31, 61, 1; vgl. Diocl. C. 6, 49, 4).

Wie Gemeinschaften überhaupt behandelt werden, so regelt sich auch das Verhältnis zwischen den Miterben lediglich durch die Auflösungsklage. Erst mit der Auseinandersetzung des Vermögens werden die seit dem Todesfall zugunsten und zu Lasten der einzelnen Beteiligten vorgekommenen Ereignisse ausgeglichen. Dieses sehr alte Iudicium familiae erciscundae steht aber nur unter Zivilerben zu. Für bonorum possessores sorgt der Prätor auf eine derzeit bestrittene Weise [1].

Auf einen wichtigen Punkt nimmt das Edikt Bedacht [2]. Der Prätor läßt zur Intestatklasse unde liberi und zur bon. possessio contra tabulas neben den sui auch hausfremde, insbesondere emanzipierte Kinder und Sohneskinder des Hausvaters zu. Wenn sie die Einweisung wollen, so verlangt er von ihnen die Sicherstellung einer Ausgleichung des Vermögens (collatio bonorum), das sie zufolge ihrer Selbständigkeit gewannen. Dazu gehört der anfangs sicherlich wichtigste Erwerb vom Vater selbst durch Abschichtung, sowie was sie sich sonst an Gütern schaffen konnten, während die sui für den Vater, also den Nachlaß erwarben. Doch hat der Pater familias das souveräne Verteilungsrecht; die Kollationspflicht macht vor seinem Testamente halt. Zu leisten haben die Pflichtigen die Kaution, daß sie ihr Vermögen in die Teilung nach billigem Ermessen einbeziehen werden (D. 37, 6, 1, 9); daß sie statt dessen sofort das Vermögen selbst einbringen können (collatio re, Pomp. Ulp. D. 37, 6, 1, 11), versteht sich [3]. Die Kaution erfolgt aber nur an die sui, deren Anteil durch ihren Eintritt geschmälert wird („ei confertur cui aufertur") und betreffs des Vermögens, das sie bis zum Tod des Aszendenten erworben (Ulp. 28, 4) oder dolos beseitigt haben (Ulp. D. 37, 6, 1, 23). Aus gleichen Erwägungen und ursprünglich durchaus analog — in Reaktion gegen die einstige Abschichtungsbedeutung der Dotierung einer aus dem Haus fortheiratenden Tochter — wird von der Tochter das Einbringen ihrer Mitgift (collatio dotis) gefordert, wenn sie ohne testamentarische Berufung an der bonorum possessio oder Zivilerbschaft (Pius in D. 37, 7, 1 pr.) teilnehmen will. Gemäß den herrschenden Gedanken hat sie auch die ihr von Dritten als Mitgift zugewendeten Rechte herzugeben. Eben dies aber führt zu neuen Bildungen in der späteren Kaiserzeit bis auf Just. Nov. 18, die unter Beseitigung der alten Schranken und Einbeziehung anderer Vorempfänge eine allgemeine Ausgleichung unter Abkömmlingen be-

[1] Siehe Lit. zu § 46. Berger, Teilungsklagen 21 und Arangio-Ruiz, Appunti 6 bleiben trotz Interpolationsannahmen noch bei actiones fam. ercisc. utiles, Biondi, legg. proc. 28 denkt hauptsächlich an die A°. communi dividundo.

[2] Fein, Das Recht der Collation 1842; Leist-Glück 37/38, 3, 201 (1875); Lenel, Ed. §§ 144 f., 283.

[3] Dagegen dürfte es eine Frage sein, ob aus D. 37, 6, 1, 12 eine zweite klassische Art der Realkollation herausgelesen werden darf.

zwecken; schon im Jahre 239 gilt wenigstens das als entschieden, daß die dos profecticia gegenüber allen Geschwistern zu konferieren sei (C. 6, 20, 4).

§ 138. **Schutz des Erbrechts.** Dem Zivilerben stehen die einzelnen dinglichen und persönlichen Klagen zu, die der Erblasser hatte (iudicia singula), außerdem aber von alters her die Erbschaftsklage, hereditatis petitio[1], eine Vindikation des Nachlasses im ganzen, wie der Eigentümer seine Sache vindiziert. Die Klage richtet sich auf alles, was der Beklagte aus dem Nachlaß hat: die körperlichen Sachen, die der Erblasser besaß oder innehatte, natürliche und Zivilfrüchte, Erwerb der Erbschaftssklaven, eingelaufene Zahlungen und was sonst die ruhende Erbschaft vermehren würde, aber auch was der Beklagte aus den Mitteln der Erbschaft erwarb, den Kaufpreis für veräußerte Erbschaftssachen und die mit Erbschaftsgeld gekauften Sachen, kurz den Bestand des als Einheit gefaßten, sich durch Surrogation verändernden Erbschaftsvermögens (vgl. BGB. § 2019). So die spätklassische, namentlich durch das SC. Iuventianum a. 129 geförderte Auffassung. Einstmals wird ja die hereditas sich ziemlich in den körperlichen Res hereditariae erschöpft haben und Erbschaftsbesitzer war deren Eigenbesitzer. Jetzt aber ist der Erbschaftsbesitz, der zur Passivlegitimation des Beklagten gehört, wenn nicht terminologisch, so doch sachlich ein Rechtsbesitz[2]. Auch der Erbschaftsschuldner, der die Leistung verweigert, kann possessor hereditatis sein. So steht wohl analog der rei vindicatio Recht gegen Faktum. Passend fügt sich diesem Gedanken ein, daß ein tauglicher Beklagter ist, wer selbst Erbe zu sein glaubt oder nach klassischer Entscheidung ihm gleichstehend (Ulp. D. 5, 3, 11), wer schlechtgläubig Erbe zu sein behauptet, der pro herede possidens. Mit ihm wird um das Erbrecht allein gestritten und ihm wird doch damit gleichzeitig der Titel abgestritten, der seiner ganzen Nachlaßinhabung zugrunde liegt. Die Singularklagen werden dadurch nicht ausgeschlossen, aber solange die Frage nach dem eigenen Erbrecht des Beklagten nicht mit der Litiskontestation (Jul. D. 44, 1, 13) im Erbschaftsprozeß voll aufgerollt ist, werden Singularprozesse nicht durchgeführt, wenn sie dem Erbschaftsstreit präjudizieren[3]. Dies letztere ist für uns nicht recht durchsichtig. Wir denken begreiflicherweise am ehesten an die Vorteile des klassischen gutgläubigen Erbschaftsbeklagten, die ihm die Singularklage nehmen würde, aber das ist wahrscheinlich aus vielen Gründen falsch; die Römer reden denn auch davon nicht, sondern von der Autorität des die hereditatis petitio entscheidenden Zentumviralgerichtshofs (Ulp. D. 5, 3, 5, 2; Just. C. 3, 31, 12 pr.), dem ein anderer Richter nicht vorgreifen darf, oder vom unzulässigen Plagen mit (gehäuften) Singularklagen (Ulp. D. 5, 3, 13, 4). Immerhin ist hier das Verhältnis zu den Einzelklagen klar abgesteckt. Die her. petitio ist aber auch gegen den pro possessore possidens zulässig (Ulp. D. 5, 3, 11, 1; 13), der auf die Frage, warum er besitze, antworten würde: weil ich besitze (Ulp. D. 5, 3, 12 für das Rechtsmittel des bon. possessor), also der, ohne für seine Vorenthaltung einen besonderen und gültigen (l. 13 § 1; D. 4, 2, 14, 2) Rechtsgrund anzuführen, das Erbrecht des Klägers bestreitet. Dieser etwas rätselhafte Gewaltmensch (praedo) dürfte mit dem einstigen in titelloser Erbschaftsersitzung begriffenen eigenmächtigen Okkupanten identisch sein[4], dessen Ersitzung freilich just usucapio pro herede hieß. Schaden mochte es auf keinen Fall, gegen einen titellosen Inhaber die Klage gelten zu lassen, die die ganze Erb-

[1] Dernburg, Über das Verhältnis der Hereditatis petitio zu den erbschaftl. Singularklagen 1851; Francke, Exeget.-dogm. Kommentar über den Pandektentitel de her. pet. 1864; Leist-Glück 37/38 I; Fitting, ArchZivPrax. 52, 239; Pfersche, Privatr. Abh. (1886) 254; Lammfromm, Zur Gesch. der Erbschaftsklage 1887; R. Leonhard, Der Erbschaftsbesitz 1899; W. Stintzing, Beitr. z. röm. Rechtsg. (1901) 62; Bruns, diese Enzykl. 425; Leinweber, Die Her. pet. 1899; A. Starke, Der Besitz bei der Erbschaftsklage 1905, mit sonst. Lit.; Naber, Mnemosyne 40 (1912) 389 (bes. zu D. 5, 3, 5 pr. itp.). Über die Haftung des Erbschaftsbesitzers vor dem SC. Iuvent. als negotiorum gestor und spätere Nachklänge Appleton, Nouv. rev. 1900, 731.

[2] Für die Echtheit der Iuris possessio (s. Stellen bei Seckel, HWB. S. 441) auch in formaler Hinsicht Lenel, Ed. 173; dagegen, zu radikal, Di Marzo, St. Moriani 2, 23, dem Perozzi, Ist. 522 N. 3 folgt.

[3] Praescriptio: ea res agatur, si in ea re praeiudicium hereditati non fiat, Gai. 4, 133; zum prozessualen Sinn bes. Wlassak, ZSavSt. 33, 81, aus dessen vielfachen Anregungen sich vielleicht auch endlich eine sachliche Erklärung ergeben wird.

[4] Leist-Glück, 37/38, 1, 253.

schaft herbeischafft und nur den Beweis des Erbrechts und der Zugehörigkeit der Gegenstände zum Nachlaß erfordert.

Den Umfang der Verurteilung bestimmt die verallgemeinernde Anwendung des SC. Iuventianum. Der redliche Erbschaftsbesitzer hat herauszugeben, um was er bei der Prozeßbegründung[1] bereichert ist — gleichgültig, wie man zu diesem Satze kam, legislativpolitisch betrachtet gerade hier eine sehr treffliche Lösung, weil der Besitzer in Wahrheit keinen Titel hat, die Wirtschaft des Gutgläubigen aber stets zu schonen ist[2]. Der des Mangels eines Erbrechts Bewußte steht für alle Minderungen ein. Vom Prozeßbeginn ab sollte nach der das SC. einleitenden Oratio D. Hadriani der Kläger so gestellt werden, als ob ihm damals die Erbschaft restituiert worden wäre; das Aufkommen für alle Zufälle ist aber für den gutgläubigen Besitzer zu hart (Paul. D. 5, 3, 40 pr.), da er sein Recht vertreten darf, und wird für ihn wohl bereits in dem Sinn eingeschränkt, daß er von der Litiskontestation ab als ein eventueller Verwahrer fremden Gutes Sorgfalt zu üben hat. Bösliche Entäußerung macht auch schon vor dem Prozeß haftbar (D. 5, 3, 20, 6 c; 25, 2; bon. poss.: D. 43, 2, 1).

Der scriptus heres hat nach Bezahlung der Erbschaftssteuer, die dadurch belohnt werden soll, ein besonderes Rechtsmittel (missio ex edicto D. Hadriani, Paul. 3, 5, 14—18). Der bonorum possessor genießt wegen körperlicher Sachen das Interdictum quorum bonorum gegen Erbschaftsbesitzer pro herede und pro possessore und den dolo desinens possidere und ein eigenes Interdikt quod legatorum[3] gegen eigenmächtig als Legatare innehabende Dritte. Auch gehen für und gegen ihn die Einzelklagen aus den Rechtsverhältnissen des Nachlasses unter der Fiktion, daß er Erbe sei (Lenel, Ed. 178). Ob außerdem die der Erbschaftsklage nachgebildete hereditatis petitio possessoria schon klassisch sei, ist zweifelhaft[4].

§ 139. Vermächtnisse[5]. Mit den legata stehen die durch den kaiserlichen Schutz geförderten Fideikommisse in lebhafter Konkurrenz. Jenes sind altförmliche Zuwendungen in einem Testament oder testamentarisch bestätigten Kodizill. Die Wirkung wird durch die vom Erblasser gewählten Worte bestimmt. Das Legatum per vindicationem: Titio hominem Stichum do lego, oder Titius hominem sumito, capito, sibi habeto überträgt dem Bedachten nach dem Grundgedanken — den es freilich erst juristisch durchzuführen gilt — unmittelbar mit Übergehung des Erben das Eigentum an einer Nachlaßsache. Das Legatum per damnationem: Heres meus Titio hominem Stichum dare damnas esto oder dato, facito, heredem meum dare iubeo begründet eine Obligation gegen den Erben. Auf eine Abart des ersteren kommt nach der vorherrschenden prokulianischen Lehre das Leg. per praeceptionem hinaus (Ulp. 24, 6). Eine Abschwächung des Damnationslegats bildet das Leg. sinendi modo, der Erbe soll ein Nehmen des Legatars dulden, braucht nicht zu geben oder zu tun. Da das Vindikationslegat etliche schwere Voraussetzungen hat, gebraucht der Testator vorteilhaft die Klausel zur eventuellen Rettung als Damnationslegat, vorsichtiger noch eventueller als Fideikommiß. In beschränktem Maß[6] statuiert das SC. Neronianum von Gesetzes wegen eine Subsidiarität des Damnationslegats.

Für Fideikommisse scheint nicht eigentlich eine Form notwendig. Die Auswahl zwischen zahlreichen „bittenden Worten" steht frei, wie fidei committo, peto, volo dari „oder ähnliche", aber auch andere Worte (Ulp. D. 30, 115 u. a.), auch mündliche (Jul. D. 40, 5, 47, 4) und sogar stillschweigende Anordnung (nutu, Ulp. 25, 3; Paul. D. 32, 21 pr.). Das weitaus ge-

---

[1] Das SC. Iuvent. selbst spricht von der denuntiatio im Prozeß des Fiskus wegen caduca D. 5, 3, 20, 6 d; in § 6 c ist [ante litem contestatam] itp., Beseler, Beitr. 2, 22 Note.

[2] Leonhard, auch Instit. 476, macht ferner aufmerksam, daß der Rückgriff gegen einen Gewährsmann fehlt.

[3] Lenel, Ed. § 228. Gegen Lotmar, ZSavSt. 31, 129: der Zivilerbe habe es auch, Lenel, Mél. Girard 2, 63; Perrot, Etudes Girard 1, 171.

[4] Neuerdings von Biondi, La legg. proc. (zit. oben § 126) bestritten.

[5] Arndts-Glück 46—48 und Salkowski-Glück 49; ital. von Ferrini, Glück, Comm. 30—32 (1898—1901) mit einigen Anm.; Fein-Glück 44/45; Ferrini, Teoria generale dei legati e fedecomissi 1889; Rend. Ist. Lomb. II 33 (1900) 697. 1213; Carusi, Studi e docum. 16 (1890), 336; 17, 3; Wlassak, ZSavSt. 31, 196 (speziell, s. u., aber für die ganze Legatslehre wichtig). — Über den Ursprung der Legate s. noch Lit. zu § 124.

[6] Gegen zu weitgehende Behauptungen Segrè, St. Scialoja 1, 245 mit Lit.; Wlassak 225.

wöhnliche sind aber die üblichen Wendungen und Schriftlichkeit. Die Worte relinquo und commendo sind geradezu unzulässig[1]. Als Hauptmerkmal erkennt man, daß hier der Wille des Erblassers herrscht (Ulp. 25, 1). Begreiflicherweise hat diese freie und schmiegsame Art der Verfügung die Oberhand über die Legate. Dennoch sterben die letzteren nicht aus, gewiß wegen ihrer unnachahmlichen Wirkung, Zivilklagen und Eigentum und sonstige Zivilrechte zu schaffen. Keineswegs auch erbringt die während der ganzen klassischen Zeit angestrebte juristische Ausgleichung der Legate und Fideikommisse einen festen Abschluß oder etwa die Umschmelzung der Legate. Die Annäherung ist zögernd und gegenseitig, im ganzen ist es vielmehr nötig, die Fideikommisse dem Erbrecht gehörig einzuordnen; bisweilen dringen die Legatssätze sogar durch, wo wir dies nicht ohne weiteres erwarten würden.

Der Erblasser muß testierfähig sein. Erb- und Erwerbfähigkeit wird grundsätzlich — mit Ausnahmen — vom Legatar und mit einer Ausnahme mehr (Ulp. 25, 7) auch vom Fideikommissar gefordert. Eigenartig ist die Regula Catoniana (D. 34, 7, 1): das Legat ist ungültig, wenn es im Augenblick der Testamentserrichtung ungültig gewesen wäre, falls da der Erblasser gestorben wäre; z. B. die Sache gehörte damals dem Legatar oder der Bedachte war Sklave des Erben.

Unter den zahlreichen Fällen des Unwirksamwerdens der Vermächtnisse ist der Widerruf des Legats (ademtio)[2] und die Ersetzung durch ein neues (translatio) zu erwähnen.

§ 140. **Erwerb** ist erst möglich, wenn der Erbgang vollendet ist. Damit die Verzögerung desselben durch einen Heres extraneus dem Vermächtnisnehmer nicht schade, wird das Vermächtnisrecht schon vorher inhaltlich fixiert und vererblich erklärt; der Zeitpunkt heißt Dies cedens, es ist regelmäßig nach der Lex Papia der Tag der Testamentseröffnung[3]. Der Erwerb geschieht dann nach der Grundregel von selbst im Dies veniens; dies ist in der Regel der Antritt des Erben. Für Vindikationslegate verlangen aber die Prokulianer eine Annahmeerklärung des Legatars, bis zu welcher die Sache herrenlos ist. Ulpian D. 30, 44, 1 huldigt wie Marcian D. 34, 5, 15 einer ergänzten Julianischen Theorie (D. 30, 86, 2): Der Bedachte kann ausschlagen, wenn er es nach erhaltener Kenntnis ohne schuldhaftes Zögern tut. Läßt er diese Frist verstreichen oder erklärt er die Annahme, so entscheidet sich, daß er von Anfang Eigentümer war. Das Eigentum schwebte[4].

Aus dem Vindikationslegat steht die Eigentumsklage zu; aus dem Damnationslegat die Actio ex testamento gegen den Erben, dazu das Recht auf Nachlaßabsonderung (Jul. D. 42, 6, 6) und wegen bedingter oder betagter Legate auf Kaution, letzteres durchsetzbar durch Missio in possessionem legatorum servandorum causa. Diese Kaution ist auch auf Fideikommisse erstreckt (Ulp. D. 36, 3, 14 pr.). Vor allem dient dem Fideikommissar die persönliche Klage im außerordentlichen Verfahren (petitio, persecutio fideicommissi) gegen den Beschwerten und als Ergänzung eine Einweisung in den Vermächtnisgegenstand gegen schlechtgläubige Dritte (Paul. 4, 1, 15), ein Gedanke, der dem „Recht zur Sache" im preußischen Landrecht sehr nahe kommt[5].

§ 141. **Besondere Arten der Vermächtnisse.** Nach dem durchgängigen Grundsatz der Rechtsgeschäfte müssen die Vermächtnisse, zumal die Legate, äußere Bestimmtheit der Verfügung aufweisen, betreffs der Personen des Beschwerten und Bedachten und betreffs des Gegenstands. Je mehr freilich die festen, durch bestimmte Worte gekennzeichneten Vermächtnisarten ihren inneren Formalismus verlieren, desto eher sehen sich die Juristen veranlaßt, unbestimmtere Fassungen gemäß dem gewöhnlichen Brauch, der Gewohnheit des Erblassers und namentlich bei den Fideikommissen auch gemäß dem erkennbaren Willen des Testators

---

[1] Paul. 4, 1, 6, rationalistisch für die Severenzeit gewiß nicht erklärbar, eher als Überbleibsel aus den Kaisererlassen des 1. Jahrhunderts. Die Sachlage führt zum heutigen Streit über die nichtaltzivile Förmlichkeit, vgl. oben § 4. An einen historischen Hergang, wie ihn Eisele, Stud. z. röm. Rechtsg. 63, annimmt, kann man schwer glauben.

[2] Über den kompilatorischen animus adimendi Segrè, St. Scialoja 1, 256 N. 2.

[3] Näheres Wlassak, ZSavSt. 31, 238.

[4] Genaueres Wlassak, ZSavSt. 31, 196, der diese Theorie erst entdeckte.

[5] Mitteis, PR. 88.

zuzulassen und auszulegen. Das Rückgrat dieser wegen ihrer mannigfachen Verästelung nicht kurz darstellbaren Lehren bildet aber eine Anzahl älterer Typen. Zum Teil zeichnen sich dieselben durch ihren juristischen Charakter aus, z. B. [1]: die für die Juristen höchst schwierigen Vermächtnisse an alternativ bestimmte Bedachte [2]; Vindikationslegat mehrerer Sachen zur Auswahl mit ausdrücklichem Legat „des Wahlrechts" (optio legata) als einer persönlichen Befugnis; Vermächtnis einer Gattung (genus legatum), aus der der Erbe wählen darf, als Vindikationslegat natürlich nichtig, wenn im Nachlaß keine der Gattung angehörige Sache ist [3]; Vermächtnis eines Schulderlasses (liberatio legata) usf. Noch wichtiger sind aber die durch den wirtschaftlichen Zweck des Gegenstands und der Zuwendung typisch festgelegten Legate: z. B. des Weinvorrats, des Goldes und Silbers, des Holzes. Insbesondere folgen Sonderbegriffe aus dem Bedürfnis des Testators, seine Angehörigen, namentlich die Witwe [4], zu versorgen mit Legaten des Nießbrauchs; des Gebrauchs und Wohnrechts; von Renten (annua D. 33, 1), speziell Alimenten (D. 34, 1); des Frauenschmucks und der sonstigen Frauensachen (uxoris causa parata, Paul. 4, Ulp. 22 ad Sab.) sowie des Vorrats an Lebensmitteln (penus, ebd.) — jenes der Gerade, dieses dem Mußteil entsprechend, die nach deutschen Rechten von Rechts wegen der Witwe gebühren [5]. Es hat auch einen Zweck, der Frau ihre Mitgift zu hinterlassen (dos relegata, D. 33, 4). Der Vater vermacht der Tochter unter Enterbung ihre Mitgift (Pap. D. 31, 77, 9), der Gewalthaber vermacht das peculium usf.

Nach der Auffassung der Sabinianer war das Leg. per praeceptionem stets ein Vorausvermächtnis an einen Miterben, „Prälegat" [6]; die Hauptform dafür ist es geblieben, ohne daß es immer diese Bedeutung haben muß und neben beliebigen anderen Formen der Legate oder Fideikommisse. Das praelegare ist ungültig, soweit es auf den eigenen Erbteil des Bedachten fällt (§ 129). Aus dieser vermeintlichen logischen Wahrheit soll sich praktisch wohl nur ergeben, daß der Miterbe, was er erhält als Erbe, nicht als Legatar empfängt, doch folgen daraus im Verein mit anderen Grundsätzen höchst seltsame und berüchtigte Konsequenzen. Ist z. B. ein Grundstück dem auf elf Zwölftel eingesetzten Erben A. und dem auf ein Zwölftel eingesetzten B. zusammen mit Vindikationslegat hinterlassen, so fallen dem A. ein Zwölftel, dem B. elf Zwölftel zu (Ulp. D. 30, 34, 12).

Besondere Bedeutung haben die Vermächtnisse von Nachlaßquoten. Schon in der Republik wurde das Legat dazu verwendet, um Frauen trotz der Lex Voconia mit Nachlaßteilen zu bedenken. Dieses Legatum partitionis ist noch den Klassikern bekannt, viel wichtiger ist ihnen aber das Fideicommissum hereditatis, Universalfideikommiß der ganzen oder teilweisen Erbschaft, das sich vielseitig verwenden läßt, da das Fideikommiß auch einer erst nach dem Tode des Erblassers geborenen oder empfangenen Person zugewendet werden kann. Mehrfach hat sich die Gesetzgebung mit der Fortbildung dieses Gesamtvermächtnisses beschäftigt, doch in wenig glücklicher Weise. Das SC. Trebellianum a. 56 will den Empfänger des Vermögens oder Teiles in die Stellung eines Erben oder Miterben gegen Dritte bringen (heredis loco). Das SC. Pegasianum (69—79. n. Chr.) will den Universalfideikommissar aus der Unselbständigkeit befreien, daß seine Klage vom Erbantritt des beschwerten Erben abhängt, bietet letzterem die Falcidische Quart an und läßt ihn bei Widerspenstigkeit zum Antritt der Form halber zwingen. Dabei wird aber ein Stück vom Fortschritt des SC. Trebellianum wieder

---

[1] Für die allermeisten Einzelheiten bleibt Ferrini, Teoria, unübertroffen; das. frühere Lit. Über die verbotenen Legata poenae nomine relicta zuletzt Marchi, Bull. 21, 1; De Francisci, Saggi rom. (1913) 51. Über das Legat des nackten Eigentums Pampaloni, Mél. Girard 2, 331.

[2] Bernstein, ZSavSt. 4, 177, noch von Ferrini 171 zugrundegelegt, bedarf heute der textkritischen Nachprüfung.

[3] Für das Damnationslegat Ulp. D. 30, 71 pr. mit bestrittener Tragweite: nichtig nur insofern derisorisch?

[4] Esmein, Nouv. rev. 8, 1; zum Leg. penus Siber, ZSavSt. 29, 90.

[5] v. Woeß, Erbrecht 63 f.

[6] Gegen Bernstein, ZSavSt. 15, 26 f. Ferrini, Bull. 8, 1 = Glück, Comm., 30 bis 32, 1, 916. — Über die Orgien der Spitzfindigkeit in dieser Lehre Dernburg, Pand. §§ 115 f.; Ferrini, Pand. 822 u. Zit.; Kohler, ArchZivPrax. 91, 347 („punische Scholastik"; sehr treffend betrachtet er das Präzeptionslegat als entstanden aus elterlicher Teilung); Kübler, ZSavSt. 28, 179.

weggeräumt, so daß die Gesamtregelung bei den Klassikern ein übles Durcheinander bildet. Völlig erreicht wird auch keiner der Zwecke, nicht einmal viel später von Justinian, der zwar wenigstens den Zustand vereinfacht und eine „indirekte Sukzession" herstellt, nicht aber darüber hinwegkommt, daß ein Vermächtniserwerb durch Vermittelung des Erben, keine zweite Erbfolge stattfindet. Indessen genügten die Grundlagen für das Pandektenrecht und die deutschen Partikulargesetze zur Anerkennung der „fideikommissarischen Substitutionen" mit verschiedenen Abarten. Die Testamentspraxis bedient sich ihrer da, um das Vermögen beim Tode des oder der Erstbedachten in der Familie des Erblassers zu erhalten. Es ist offenbar der auch von den Römern hauptsächlich beabsichtigte Zweck, und oft ein geeigneterer Weg, als der gleicherweise verwendete, im noch geltenden Text des preußischen Erbschaftssteuergesetzes § 27 mit Recht gleichgestellte, den Erstberufenen mit dem Vermächtnis des Nießbrauchs abzuspeisen. Der Schluß der Entwicklung mußte auf die Beseitigung des Dogmas semel heres semper heres warten; erst das BGB. § 2100 erkennt glatt an, daß der Testator zwei Erben hintereinander, Vorerben und Nacherben, als seine eigenen Universalsukzessoren berufen kann. Interessanterweise finden sich aber in den Papyri Anordnungen, die geradenwegs als Nacherbeinsetzungen erscheinen und von den Kaisern des 2. und 3. Jahrhunderts, nach deren Judikaten zu schließen, zweifellos als Erbschaftsvermächtnis aufrechterhalten wurden [1].

§ 142. Haftung des Erben. Nach dem Erwerb der Erbschaft ist der römische Erbe außerstande, die Haftung seines Einzelvermögens für Erblasser- und Erbmasseschulden abzulehnen, falls er sich nicht vorher mit den Gläubigern vertragsmäßig verständigt hat [2] oder ausnahmsweise Wiedereinsetzung in den vorigen Stand erlangt. Anders steht es, wenn der Erbe zum Antritt gezwungen ist; der durch Erblasserwillen zum Erben und Bankerotteur werdende Sklave haftet beschränkt (Gai. 2, 155), der unfreiwillige mit Universalfideikommiß beschwerte Erbe gar nicht. Nur für den Soldaten sorgt schon das 3. Jahrhundert. Dem Nichtmilitär gibt erst Justinian die Rechtswohltat des Inventars. Miterben haften gemäß des angeblichen Zwölftafelsatzes grundsätzlich bloß anteilig.

Dagegen wird schon aus allgemeinen Grundsätzen der Überlastung mit willkürlichen letztwilligen Beschwerungen tunlichst vorgebeugt. So ist es namentlich Maxime, daß zwar jeder Empfang, aber nur der Empfang von Todes wegen (Ulp. D. 32, 1, 6) fideikommissarisch beschwert sein kann, woraus folgt non plus posse rogari quem restituere quam quantum ei relictum est (Marcian D. 30, 114, 3 u. a.) [3]. Noch mehr leistet die Lex Falcidia [4], und ihre vielfache Erweiterung, ursprünglich wohl eher im Interesse des Staates wegen einer Kriegssteuer auf Erbschaften (Appian b. c. 5, 67; Dio Cass. 48, 33, 5) als den gegen den Erben vorgehenden Gläubigern zulieb, in der Kaiserzeit am ehesten im Interesse der Testamentsdurchführung, die ohne den Erben zum Teil gefährdet ist. Jeder Erbe, auch der Intestaterbe als Universalfiduziar (Pius in D. 35, 2, 18 pr.), behält grundsätzlich gegenüber allen Belastungen — möglichst vollständig ist deren Liste erst durch Just. C. 6, 50, 18 gemacht — ein Viertel seines Anteils zurück. Die Quart berechnet sich nach dem reinen Nachlaßbestand zur Zeit des Todes (Gai. D. 35, 2, 73). Das Vermächtnis usw. kürzt sich ipso iure (ebd. § 5), d. h. ohne besondere Geltendmachung, ist also je nach Lage des Falls durch entsprechende Rechtsmittel — z. B. Vindikation, exceptio doli, condictio indebiti — und durch Kaution bei der Erfüllung (Lenel, Ed. § 284) zu wahren; und der Abzug ist dem Belieben des Erblassers entrückt (Pap. D. 35, 2, 15, 8). Doch kann er vorschreiben, Vermächtnisse und sonstige Empfänge des Erben, auch seine Vorempfänge unter Lebenden seien in die Quart einzurechnen, sonst geschieht dies nicht (Marcian ebd. l. 91). Für mehrere Miterben ist das Viertel individuell, für jeden einzeln zu

---

[1] Kübler, ZSavSt. 29, 183—189.

[2] Ulp. D. 2, 14, 7, 17; Jul. D. 17, 1, 32 (obwohl stark itp.); Jul.-Afr. D. 16, 1, 19, 1 u. 2; Ulp. D. 44, 4, 4 pr.; Stammler, ArchZivPrax. 69, 65.

[3] Näheres Ferrini, Legati 97—108.

[4] Plebiszit 40 v. Chr. Windscheid-Kipp, §§ 650—653; Ferrini, Legati 20; 419; Gust. Kretschmar, Erbrechtliche Kompensationen 1892; Kohler, ArchZivPrax. 91, 314; Mancaleoni, St. Scialoja 2, 623; Pampaloni, Bull. 21, 180; Vassalli, Bull. 26, 52. — K. D. Triantaphyllopoulos, Ὁ Φαλκίδιος νόμος ἐν τῷ Βυζαντίνῳ δικαίῳ, Ath. 1912.

berechnen (Gai. ebd. l. 77). Weitere Bedachte, auch der Universalfideikommissar, haben keine Quart, sondern nur ein ihrem eigenen Verlust proportionelles Abzugsrecht.

Während die Erbengläubiger gegen den Antritt einer insolventen Erbschaft schutzlos sind, weil sie der Person des Erben kreditiert haben und dieser seine Gläubiger vermehren darf (Ulp. D. 42, 6, 1, 2), wird den Erbschaftsgläubigern Rücksicht geschenkt, ganz folgerichtig mit der Einschränkung: sofern sie sich nicht mit dem Erben selber neu einlassen (heredem sequi, ebd. § 10). Sie dürfen gegenüber einem im Verdacht der Zahlungsunfähigkeit stehenden Erben Kaution verlangen (Ulp. D. 42, 5, 31) und — unsicher, in welchem Verhältnis damit, vielleicht auch bloß gegen den Testamentserben — Nachlaßabsonderung [1] begehren (Lenel, Ed. § 223). Damit erlangen sie nach Prüfung des Magistrats den ausschließlichen exekutiven Zugriff auf den Nachlaß, verlieren aber die persönliche Haftung des Erben mit seinem Vermögen, und zwar mindestens nach der letzten klassischen Ansicht auch hinter den Erbengläubigern [2].

§ 143. **Willensvollstreckung** [3]. Als Vollstrecker war vielleicht der Treuhänder im Manzipationstestament gedacht, etwa in der Epoche, als der jüngere, noch im Prinzipat geltende Spruch entstand, daß er das Vermögen in seine mandatela custodelaque empfange (Gai. 2, 104). Doch seitdem er dem heres wich, ist es dessen Recht, den letzten Willen durchzuführen, und man beschränkt den Erben nie durch einen Vollstrecker des ganzen Testaments. Dies erklärt sich aus der unbeschränkten Haftung des Erben für die Nachlaßverbindlichkeiten, deren Mangel bei erblosen Vermächtnistestamenten für Griechen, Byzantiner und Germanen die Vollstrecker zur gewöhnlichen Erscheinung macht.

Eine gewisse Drohung gegen den Erben enthält die Erbunwürdigkeit derer qui contra voluntatem defuncti faciunt (Paul. 3, 5, 13). — Gläubiger, Vermächtnisnehmer und Miterben haben ihre eigenen Interessen selbst wahrzunehmen und sind darin in zunehmendem Maße geschützt. Wegen sonstiger Beschwerungen wird der Erbe nicht gerade systematisch, aber doch nicht unwirksam beaufsichtigt, namentlich wenn die Errichtung eines Grabmals oder Stiftungsbauten, Sklavenfreilassung, Unterhalt von Freigelassenen u. dgl. auferlegt sind. Die Kontrolle besorgen teils die Miterben, teils geistliches und behördliches Eingreifen [4]. Am besten sorgt der Erblasser selbst durch allerlei Hilfen, die wir kennen gelernt haben, insbesondere durch die Gestaltung seines Wunsches als Bedingung der Erbeinsetzung oder indem er einem Vertrauensmann, sei es einer der Erben oder ein Dritter, unter Lebenden eine Zuwendung macht (§§ 116. 124) oder ihm ein Vermächtnis hinterläßt und ihm den Vollzug der gewünschten Handlung durch Auflage (Pius bei Paul. D. 35, 3, 7), sicherer durch Bedingung (Jul. D. 30, 96, 3) oder Fideikommiß (Scaev. D. 31, 88, 1, wohl auch Pap. D. 3, 5, 30, 4) überbindet. Einen mit Vermächtnissen und Auflagen vollbeschwerten Erben zu ernennen, ist wegen der ausgedehnten Geltung der Lex Falcidia kaum mehr angängig, da er doch das Viertel der Erbschaft zurückbehalten darf.

---

[1] Oertmann, Grünhuts Z. 17, 257; Jh. J. 34, 82; Solazzi, Bull. 11, 248; Baviera, Commodum separationis, Bol. 1901; Ferrini, Bull. 13, 32; Fadda, Concetti fond. 2, 348; Milani, Studi e doc. 25 (1904) 3.

[2] Paul. u. Ulp. D. 42, 6, 5; 1, 17. Anders Pap. eod. l. 3 § 2, für itp. gehalten von Costa, Pap. 3, 195; Ferrini, Arch. giur. 63, 549; Fadda, 407; dagegen Solazzi 258; Baviera 89; Milani 49.

[3] Schulin, Das griech. Testament 54; Deutsch, Die Vorläufer der heutigen Testamentsvollstreckung, Gött. Diss. 1899; Lambert, Etudes de droit commun 1 (1903) 446; Appleton, Testament romain 107; Ehrlich, ZVglRechtsw. 17, 99; Mitteis, PR. 1, 105, N. 30; Schupfer, Riv. ital. 47, 303; 54, 138 (über Roberti); Roberti, Le origini dell' esecutore testamentario (Studi econ.-giur. Cagliari 5, 2) Mod. 1913; Bruck, Grünhuts Z. 40 (1914) 533. Lit. zur Auflage § 116. — Über die griechischen und hellenistischen Willensvollstrecker noch Gelegentliches bei Kübler, ZSavSt. 28, 183; 31, 189; Bruck, Schenkung auf den Todesfall 1, 145; a. a. O. 569; Rabel, ZSavSt. 30, 474; Mitteis, Gdz. 239; Triantophyllopoulos, Ὁ Φαλκίδιος νόμος 64.

[4] Mitteis a. a. O.

Sachregister.

A.

Aberacht 129.
Abgaben, indirekte 124.
Abmeierungsrecht 248.
Abschichtung 146.
Abschoß 207.
Abschreckung 55.
Abtretungszession 476.
Aburnius Valens 363.
Abzugsrecht 207.
Acceptilatio 406, 485.
Acceptilatio als bedingungsfeindliches Geschäft 500.
Accessio 442.
— temporis 440.
Accidentialia feudi 242.
Accursius 395.
Acht 95, 172.
Achtbücher 110.
Achtel 147
Achtenbeele 70.
Achtergut 91.
Achtsachen 75.
Actio 455.
— ad exhibendum 435, 442.
— aquae pluviae arcendae 433.
— auctoritatis 312, 455, 465.
— Calvisiana 530.
— communi dividundo 447.
— conducti 466.
— damni iniuriae 456.
— de aestimato 470.
— de arboribus caedendis 433.
— de eo quod certo loco 461.
— de modo agri 465.
— de peculio 510, 533.
— — deque in rem verso 510.
— depensi 338.
— depositi 461.
— de rationibus distrahendis 455, 468.
— doli 458.
— empti 464.
— exercitoria 510.
— ex stipulatu 514.
— ex testamento 537.
— Fabiana 530.
— furti 443, 456.
— iudicati de peculio 415.
— iniuriarum 339, 415, 433, 456.
— institoria 510, 511.
— locati 466.
Actio mandati 466.
— negotiorum gestorum 468.
— praescriptis verbis 458, 469.
— — (zur Erzwingung von Auflagen) 505.
— pro socio 466.
— Publicana 446.
— quasi institoria 511.
— quasi Serviana 496.
— quod iussu 509.
— rei uxoriae 514.
— revocatoria 249, 251.
— sacramento 318.
— sepulchri violati 456.
— Serviana 496.
— tributoria 510.
— tutelae 455, 468.
— utilis 477.
— vi bonorum raptorum 456.
Actiones adjecticiae qualitatis 509.
— in factum 407.
Actores dominici 89.
Actus 448.
Adalingi 78.
Abäration 254.
Additio sapientum 82.
Adel 71.
— hoher 154, 202.
— niederer und neuer 204 f.
— persönlicher 204.
— qualifizierter 204.
Adfinitas 414.
Adgnitio 532.
Aditio 530.
Adminicula 467.
Adnotatio 354, 376.
Adoption 31, 419.
Adoratio 371.
Adrogare 315.
Adrogatio 419.
Adsidui 321.
Adstipulatio 489.
Aelius Pantus 344.
— Tubero 345.
Aequum 319.
Aequitas 359.
Aerarii 322.
Aerarium 336, 348, 428.
Aes curionium 315.
— equestre 322.
— hordearium 322.
— rude 312.
Africanus 365.
Agentes in rebus 373.
Ager compascuus 311.
— publicus 317.
— Romanus 334.
— vectigalis 436.
Agere 343.
Agnaten 203, 276.
Agrargenossenschaften 214.
Agrargesetzgebung, neuere 248.
Agri limitati 430.
Ahnenadel 204.
Ahnenkult 26.
Ahnenprobe 204.
Ahrens 11.
Aktionensystem 404.
Akzeptilation 332.
Akzessorietät 476.
Aldien 71.
Alfenus Varus 345.
Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten 161.
Allmendgemeinde 214.
Allmendgut 213.
Allodialschulden 246.
Allodifikation 247.
Allodifikationsgesetzgebung 152.
Alluvio 442.
Almende 70, 100, 152.
Alter Adel 204.
Alteri stipulari non licet 506.
Altersunterschied 201.
Altersversicherung 211.
Altersvormundschaft 146, 287, 468.
Alterum tantum 474.
Altgemeinde 214.
Alveus derelictus 442.
Ambitus 433.
Ambrosius confessor 380.
Amortisationsgesetze 209.
Ämter 102.
Ämterbücher 110.
Amtleute 121.
Amtmann 170.
Amtmänner 121.
Amtsherzogtum 90.
Amtsrecht 408.
Anatokismos 474.
Anatolius 382, 387, 388.
Anayasystem 56.
Andecavenses, formulae 83.
Anefangsklage 264.

Anefangsverfahren 136.
Aneignung 233, 441.
Anerbenrecht 36, 152, 252, 301.
Anfechtbarkeit 39.
Angeld 267.
Animus 439.
— sibi habendi 436.
Ankindung 31, 33.
Anklagezwang 129.
Anleite 128.
Anonymus 388.
Anrüchigkeit 132, 205.
Ansegisus 82.
Ansippung, gerichtliche 294.
Anstalt 210.
Anstalten, kirchliche 211.
Anstandsschenkungen 513.
Antiquo 336.
Antoniniana 346.
Antritt der Erbschaft 530.
Antrustionen 88.
Antwerpener costumen 160.
Anwachsung 534.
Anwalt 127.
Anwartschaft 502.
Anweisung 467.
Apanage 250.
Apochae 370.
Appendix Marculfi 83.
Appendixmasse 383.
Aquae ductus 448.
Aquilius Gallus 344, 485.
Arbeitshäuser 171.
Arbeitsstrafen 171.
Arbeitsverträge 271.
Arbitri 339.
Arbores succisae 329.
Archiadvocatus 118.
Archicapellanus 88.
Argentarii 508.
Aristoteles 3.
Aristotelische Philosophie 8.
Armenverbände 211.
Arrha 137, 267, 490.
— confirmatoria 490.
— poenitentialis 491.
— sponsalicia 415.
Arrogatio 419.
Ashburhamer Rechtsbuch 393.
Asega 74, 120.
Assis distributio 367.
Asylidee 56.
Asylrecht 95.
Athgabail 58.
Attributio 322.
Auctoritas 82, 312, 445.
Auditores 343.
Auditorium 355.
Aufidius Namusa 345.
Auflage 504.
Auflassung 133, 134.
Auflösende Bedingungen 502.
Aufnahme der fremden Rechte 155.
Aufrechnung 489.
Aufschiebende Bedingungen 401.
Auftrag 466.
Augsburger Entwurf, revidierter 159.
— Religionsfriede von 1555 158.
Auguration 59.
Augusti 371.
Aulici 88.
Aurum oblaticium 371.
Auseinandersetzung 213.
Ausschlagungserklärung 532.
Außereheliche Geschlechtsverbindungen 422.
Ausspielvertrag 273.
Ausstattung 146.
Ausstäupen 170.
Aussteuer 29, 144, 147, 284.
Austauschgeschäfte 42.
Autarchie 48.
Authenticum 386.
Authentische Interpretation 191.
Automonie 187.
Autorität, richterliche 96.
Autun 367.
Avulsio 442.

B.

Badacâyana 7.
Badisches Landrecht 161.
Bahrprobe 59.
Baltisches Recht 185.
Bambergensis 159.
Bannbußen 91.
Banngewalt 87.
Bannitio 96.
Bannleihe 115, 118, 120, 121, 122, 129.
Bannrechte 220.
Bannus 126.
Bantaidinge 110.
Bargilden 101.
Barschalke 71, 103.
Basilius 388.
— Macedo 388.
Bauergüter 251.
— Erbfolge 300.
Bauermeister 129.
Bauern, freie 101.
Bauernlegung 152.
Bauernlehen 248.
Bauernstand 154, 205.
Beddemund 132.
Beden 122.
Bedingung bei der Erbeinsetzung 526.
Bedingungen 500.
Befristung 504.
Begnadigung 55.
Begnadigungsrecht, richterliches 126.
Begriffsjurisprudenz 16.
Beispruchsrecht 148, 249.
Belehnung 247.
Beliebungen 108.
Beneficium abstinendi 526.
— divisionis 492.
— sessionis et roti 167.
Benefizialwesen 92.
Bergbaufreiheit 239.
Berghoheit 237.
Bergleute 240.
Bergrecht 239.
Bergregal 116, 121, 239.
Bergwerkseigentum 240.
Berlich 170.
Berolzheimer 13.
Berufsgenossenschaft 211.
Berufsstände 205.
Beschneidung 26.
Bescholtenheit 205.
Besitz 227, 435.
Besitzer (Fruchterwerb) 444.
Besitzerwerb durch Dritte 509, 512.
— durch Freie 512.
Besitzrechte, bäuerliche 248.
Besitzrecht, lassitisches 100.
Besitzschutz 440.
Besitzverhältnisse 99, 151.
Besitz, Wesen desselben 227.
Besitzwille 439.
— von Liegenschaften 221.
Besteuerung, direkte 124.
Besthaupt 132.
Bestimmtheit des Leistungsgegenstandes 471.
Betrug 458.
Beweistheorie 61.
Beweisung der Schuld 138.
Beweisurteil 75, 173.
Beweisverfahren 97, 127.
Bewidmung 104.
βιβλιοθῆκαι 431.
Biergelden 101.
Bignonianae, formulae 83.
Bis de eadem re ne sit actio 345.
Bischof 374.
Blinde 201.
Blume von Magdeburg 211.
Blumenhut 253.
Blutrache 53, 70, 126.
Blutsbrüderschaft 32.
Blutsverwandtschaft 79.
Bodenzinse 255.
Bologna 394.
Bona adventicia 415.
— damnatorum 527.
— ereptoria 527.
— fides 479.
— paterna avitaque 315.
— vacantia 527.
Bonifilius 394.
Bonorum possessio 521.
— — ab intestato 522.
— — secundum tabulas 522.
Bonum et aequum 408.
Börsenspiel 46.
Brachylogus 393.
Brautlauf 143.
Brautschatz 284.
Breve edictum 351.
Brevia 98.
Breviarum Alaricianum 85, 390.
Brevi manu traditio 439.

Briefadel 154, 204.
Briefgrundschuld 261.
Briefhypothek 261.
Brokmerbrief 108.
Buchgrundschuld 261.
Buchhypothek 261.
Bulgarus 394.
Bulle, goldene 114, 121.
Bûmede 132.
Bundesakte, deutsche 181.
Bürgschaft 40, 266, 272, 451.
Bürgerbücher 110.
Bürgerschaft 124.
Bürgerstand 204.
Burgfriede 217.
Bürgschaft 139, 491 fg.
Bußbestimmungen 80.
Buße 74, 275.
Bußensystem 125.
Bußsystem 95.
Bußtaxen 108.

C.

Caesares 371.
Cancellarius 90.
Caukara 7.
Capacitas 524.
Capite censi 334.
Capitis deminutio 411, 422.
— — als Schuldauflösungsgrund 489.
Capito, Ateius 361, 362.
Capitula 82.
Capitulare 82, 83.
— Langobardorum 82, 85.
— Saxonicum 81.
Capitulatio de partibus Saxoniae 81.
Caracalla 346.
Carpzov 171.
Carta 83, 112.
Cartae pagenses 83.
— regales 83.
Cartam levare 83.
— tangere 83.
Cartularium Langobardicum 85.
Cascellius 345.
Cassatura 138.
Cassius Longinus 363.
Casus, Einstehen für 479.
Causa Curiana 330.
— possessionis 438.
Causidici 393.
Cautio 137.
— damni infecti 433.
— Muciana 504.
— usufructuaria 450.
Cavere 343.
Celsus 364.
— der Ältere 364.
— Juventius 364.
Census 255.
Centena 89, 90.
Centenarius 90, 119.
Centesimae usurae 474.
Centumviri 339.
Centuria 321.
Chia, Verbände der 49.
Chirographum 369.
Christianisierung der Prozeßformalitäten 96.
Civilis ratio naturalia iura corrumpere non potest 359.
Civitas 71.
Civitates foederatae 320.
Code civil 161, 182.
— de commerce 161.
— de procédure civile 161.
— d'instruction criminelle 161.
— pénal 161.
Codex accepti et expensi 463.
— Gregorianus 378.
— Hermogenianus 378.
— iuris bavarici criminalis 161.
— iuris bavarici iudiciarii 161.
— Maximilianeus Bavaricus civilis 182.
— rescriptus 367.
— Theodosianus 378.
Codicilli 522.
— dignitatis 373.
— testamento confirmati 523.
Coemptio 316, 406.
Cognitio 354.
Cognitor als Prozeßführer 510.
Cohortes urbanae 349.
Coinvestitura iuris communis 243.
— iuris Germanici 243.
Collatio bonorum 534.
— legum Romanarum et Mosaicarum 379.
Collegia 428.
Color insaniae 530.
Comes 89.
— largitionum 373.
— rei privatae 373.
Comitatus 89.
Comitia 332 f.
— curiata 313, 317.
— tributa 322.
Comitiatus maximus 322, 326.
Comitiva maior 163.
— minor 163.
Commenda 44.
Commendatio 348.
Commentarii 319.
— pontificum 329.
Commercium 320, 330.
Commodatarius (Haftung) 478.
Commodatum 460.
Communis opinio doctorum 190.
Compensatio 489.
Compilatae 160.
Compositio 126.
Conciliabula 320, 334.
Concilia plebis 323.
Concilium 72.
Conclusum imperii 167.
Concordia de singulis causis 85.
Condicio iuris 501.
Condiciones impossibiles 503.
Condiciones in praesens vel praeteritum collatae 503.
— turpes 503.
Condictio 470.
— auf certum 459.
— ob causam 471.
— furtiva 443, 470, 482.
— incerti 471.
— indebiti 441, 471.
— ob rem 471.
— poenitentiae 516.
— sine causa 332.
Conditio sine qua non 482.
Condominium juris Germanici 233.
— plurium in solidum 233.
Confarreatio 316.
Confirmatio iuris Germanici 288.
Confusio 475.
Conjuncta manus 216.
Consiliarii 89.
— a secretis 89.
Consilium 341.
— consulum 320.
Consistorium 371.
Consolidatio perpetua 246.
Consortium 466.
Constitutio 346, 355.
— Antonina 463.
— criminalis Carolina 158.
— de expeditione Romana 109.
— Friderici de Regalibus 235.
— Joachimica 182.
— Licet iuris 114.
— Moguntina 105.
Constitutiones 108.
— pacis 105.
Constitutum 492.
— possessorium 262, 439.
Consularis 373.
Consultatio 354.
— veteris cuiusdam iuris consulti de pactis 379.
Contio 336.
Contractus feudalis 243.
Contrarius consensus 486.
Contrectatio 457.
Conubium 323, 416.
Corpus 438.
— catholicorum 167.
— evangelicorum 167.
— iuris Fridericiani 161.
Corrector 373.
Couvade 31.
Cretio 530.
— als bedingungsfeindliches Geschäft 500.
Crimen expilatae hereditatis 533.
Crimina extraordinaria 354.
Culpa 343, 478.
— in concreto 479.
— lata 479.
Cura minorum 288, 425.
— sexus 289.
Curator 425.
— viae 354.

Curatores rerum publicarum 349.
Curio 315.
— maximus 315, 333.
Custodia 479.

D.

Dagescalci 103.
Dagewerchten 103.
Damnationslegat 526.
Damnatio memoriae 356.
Damnum corpori corpore datum 457.
— iniuria datum 338.
Dante 3.
Darlehen 43, 271, 459.
Darlehenshingabe 460.
Debita feudalia 246.
Decemviri litibus iudicandis 339.
Decima collatio novellarum 156.
Decreta 314.
Decretio 82.
Decretum 82.
Defensor civitatis 374.
Defunctus 518.
Deichgenossenschaften 237.
Deichverbände 211.
Dediticii 346.
Definitiones 345.
Deiecta et effusa 481.
Dekrete, kaiserliche 353.
Delegatio 467, 488.
Delikte 455.
Deliktsobligationen 273 f.
Denare 81.
Denegatio actionis 339, 341.
Denuntiatio (bei der Zession) 477.
Depositum 460.
— irregulare 460.
— miserabile 460.
Deputati 108.
Designatus (beim römischen Beamten) 335.
Desponsatio 142.
Detentio 436, 437.
Determinismus 52 Anm. 4.
Dezisionen, kursächsische 160.
Dictio dotis 462.
Dienstadel 78.
Dienstbarkeiten 252, 448.
Dienstlehen 136.
Dienstmannen 101.
Dienstpflicht 154.
Dienstrecht 109.
Dienstvertrag 272, 465.
— (Gegenseitigkeit) 484.
Dies cedens 537.
Dies certus 504.
— incertus quando 504.
— interpellat pro homine 482.
— veniens 537.
Differreatio 316.
Differenzgeschäft 273.
Digesten 382.
Digestum novum 396.
— vetus 396.
Diis sacer esto 317.
Dilectus 317.
Ding 74.
Dinge, echte 91.
— gebotene 92.
— gemeine 129.
— heimliche 129.
— offene 129.
— ungebotene 91.
Dingfrieden 74.
Dingmannenzeugnis 128.
Dingzeugnis. 128.
Diplomata 83.
Diptychon 369.
Disparagium 203.
Dispensatoren 197.
Disputatio fori 330, 344.
Disputationes 366.
Dissens 499.
Dolus 478.
Domänenkammer 170.
Domänenverwaltung 89.
Domestici 89.
Dominium eminens 231.
Dominus 242.
— terrae 120.
Dona annualia 91.
Donatio 512.
— mortis causa 515.
Donationes post obitum 149.
Donum nuptiale 515.
Dorfschaften 70.
Dorotheus 382, 385, 387.
Dos 143, 144, 278.
— adventicia 514.
— profecticia 514.
Dositheus 368.
Dotalitium 284.
Do ut des 469.
— ut facias 469.
Draufgabe 270, 490.
Dreißigste 147.
Droit d'aubaine 207.
— de retour 135, 148.
Ducatus 89.
Duilia Maenia 337.
Dukduk 59.
Dupondii 386.
Durchwinterungsfuß 253.
Dux 90.
Dyarchie 347.

E.

ß 71.
Ebenbürtigkeit 133, 203.
Ecclesia vivit lege Romana 392.
Echtes Lehen (feudum proprium) 242.
Echtlosigkeit 205.
Edicta 317.
— Justiniani 386.
— perpetua 342.
— provincialia 343.
— repentina 341.
Edictales 386.
Edictum 82.
— Rothari 392.
— Theoderici 392.
— tralaticium 342.
— vetus 342.
Edictus Langobardorum 85.
Edikt 341 f., 351.
— Chlothars II. von 614 77.
Edikttalverfahren 196.
Edikte, kaiserliche 353.
Edikts masse 383.
Egbo 59.
Ehe 142, 277, 415, 416.
— Auflösung derselben 418.
— morganatische 133, 203.
— zur linken Hand 133, 203.
Ehegatte, Besitzschutz 437.
— Erbfolge 294.
Ehegattenschenkung 513.
Ehehafttaidinge 110.
Ehehindernisse 417.
Ehelichkeit 418.
Ehescheidung 418.
Eheschenkungen 515.
Eheschließung 142, 416.
Ehevertrag 280.
Ehewahl 29.
Ehre 205, 219, 423.
Ehrenstrafen 170.
Ehrenwort 270.
Ehrlosigkeit 132, 205.
Eid 60, 76.
— der Zeugen 127.
Eidesfähigkeit 132.
Eidesform 96.
Eideshilfe 61 Anm. 2.
Eidhelfer 127, 129, 130.
Eidhelferbeweis 97.
Eidhilfe 71.
Eigen 232.
Eigenbehörigkeit 154.
Eigenbesitz 436.
— (Erwerb) 438.
Eigenbild 220.
Eigengewere 133, 226.
Eigenkirchenrecht 118.
Eigenleute 103.
Eigentum 432.
— am Ufer 237.
— bonitarisches 446.
— geteiltes 233.
Eigentümergrundpfandrecht 260.
Eigentumserwerb 237, 441.
Eigentumserwerb ohne Eintragung 234.
Eigentumspfand 141.
Eike von Repkow 106.
Eineid 76, 127.
Eingebrachtes Gut 281.
Einkindschaft 287.
Einlager 140, 270.
Einrede 198.
Einreiten 270.
Einsatz 172.
Einstandsrecht 149.

Einweisung des deutschen Rechts 243.
Einwerfungspflicht 534.
Einzelehe 28.
Einzelerbfolge 34.
Einzelhöfe 70.
Einzelpersönlichkeit 21.
Einziehung des Vermögens 95.
Eisenbahn 274.
Eisernviehvertrag 271.
Electiones 108.
Elende 207.
Elevatio 87.
Elterliche Gewalt 285.
Elterngabe 135.
Emancipare 145.
Emancipatio tacita 285.
Emanzipation 415, 419.
Emblemata Triboniani 383.
Emphyteusis 451.
Emtio ad mensuram 474.
— venditio 464.
Endurteil 75.
Engagement 258.
Enterbung an Söhnen 520.
Enthegung 74.
Entsippung 71.
Epilogus 385.
Epistola evacuatoria 138.
Epistula 354, 369.
— Div. fratrum 415.
— Hadriani 422, 492.
Epistulae 366.
Epitome exactis regibus 393.
— Juliani 386.
Equites 321.
Erbadel 204.
Erbbauberechtigte (Besitzschutz) 437.
Erbbaurecht 249, 452.
Erbebücher 110.
Erbeinsetzung 525.
— als bedingungsfeindliches Geschäft 501.
Erbeinsetzungsvertrag 295.
Erbenlaub 249.
Erbfähigkeit 131, 523.
Erbfolge 521.
— gesetzliche 292.
Erbgang 146.
Erbloser Nachlaß 527.
Erblosung 257.
Erbpacht 451.
Erbpächter (Fruchterwerb) 444.
Erbpachtgüter 248.
Erbrecht, Schutz desselben 535.
Erbschaft der agnatischen Familie 35.
Erbschaftsabgaben 103.
Erbsühne 70.
Erbteilung 147.
Erbtochter 296.
Erbuntertänigkeit 154.
Erbverbrüderungen 296.
Erbvertrag 35, 149, 295.
Erbverzichte 296, 529.
Erbzinsgüter 248.
Erfüllung 485.
Erfüllungseid 172.
Erholung 127.
Erklärungstheorie 499.
Erlaß 485, 486.
Ermächtigung 509.
Erogatores 149.
Errungenschaftsgemeinschaft 144, 283.
Ersitzung 234, 445.
— von Servituten 449.
Erwerb der Erbschaft 291, 530.
— ex operis vel ex re des Gewalthabers 507.
Erwerbsgrund (des Besitzes) 438.
Erworbene Rechte 192.
Erzämtertheorie 114.
Erzkanzler 118, 164.
Esago 74.
Essentialia feudi 242.
Ethik, nikomachische 5.
Eventualbelehnung 243.
Eviktion 464.
Ewa 71.
Ewa Chamavorum 81.
Ewiggeld 255.
Exaktionsklausel 138.
Exceptae personae 513.
Exceptio annalis 498.
— doli 446, 458, 486.
— iusti dominii 446.
— legum Romanorum 393.
— pacti 467.
— rei venditae 446.
Excusatio 424.
Exekutoren 149.
Exercitor 510.
Exfestucatio 134.
Exkulpierung 480.
Exogamie 27.
Expensilatio 485.
— als bedingungsfeindliches Geschäft 500.
Exspectativa feudalis 243.

F.

Facio ut facias 469.
Fahnlehen 115, 242.
Fahrnisgemeinschaft 144, 283.
Fahrnis 222.
Fahrnisrecht 261.
Fallrecht 293.
Familia 519.
Familiae emptor 519.
Familie 276, 412.
Familienanwartschaft 250.
Familieneigentum 23.
Familienersatz 32.
Familienfideikommiß 173, 250.
— Erbfolge 300.
Familienrat 146.
Fara 70.
Faustpfand 141.
Favor dotium 409.
— libertatis 409.
— testamenti 409.
Fehde 74, 95, 126.
Fehderecht 96.
Fehdewesen 105.
Feldgemeinschaft mit wechselnder Hufenordnung 70.
Feldgraswirtschaft 70.
Femding 130.
Femgericht 122.
Femgerichte, westfälische 129.
Femrüge 130.
Festuca 134, 137, 267.
Feuda hereditaria 246.
Feudisten 241.
Feudum 242.
— improprium 242.
— oblatum 243.
Feuerordalien 76.
Fichte 10.
Fictio legis Corneliae 422.
Fidepromissio 491.
Fideicommissum a debitore relictum 516.
— familiae relictum 250.
— hereditatis 538.
Fideiussio 491.
Fidelitas 244.
Fides 316.
Fiducia 459.
Fiduziar (Haftung) 478.
Fiktionstheorie 427.
Finanzverwaltung 91.
Finem levare 83.
Finis 433.
Firma 219.
Firmatio 83.
Fischereigenossenschaften 211.
Fischereirecht 237.
Fiscus 89, 348.
— comitialis 89.
Fiskus 210.
Fixation 254.
Flamen curialis 315.
Flavius 329.
— Syntrophus 505.
Florentina 396.
Fluchwasser-Ordal 60.
Foedus 319.
Forbannitio 97.
Forderung 267.
Forderungsgemeinschaft 268.
Forderungsrechte 193.
Forisfamiliare 145.
Form 39, 269.
Formalismus 75, 127, 407, 408.
Formelbuch, Baumgartenberger 113.
— des Bischofs Salomo III. von Konstanz 83.
Formelsammlung, westfränkische 83.
Formelsammlungen 82, 112.
Formen der Rechtsgeschäfte 194.
Formula 340.
— hypothecaria 496.
Formulae 83.
Formularius de modo pro sandi 113.

Frageverfahren 96.
Fragmenta Argentoratensia 368.
— Ulpiani 367.
— Vaticana 379.
Fragmentum de iure fisci 368.
Frau, Stellung im römischen Recht 411, 424.
Fraudem facere 316.
Frauenerbrecht 35.
Frauenkauf 29, 142.
Frauenraub 28, 142.
Fraus 409.
Fredus 74, 126.
Freibrief 132.
Freie 71.
Freigelassene Erbfolge 527.
Freigerichte 129.
Freigrafschaft 129.
Freiheit, als Persönlichkeitsrecht 219.
Freiheit des wirtschaftlichen Verkehrs 41.
Freiheitsstrafen 170.
Freilassung 71, 132, 420.
Freirechtsschule 6.
Freischöffen 129.
Freiteilsrecht 148.
Fremde 71, 132, 207.
Fremdenrecht 207, 330.
Fremdenregal 207.
Frevel 125.
Friedenbann 87.
Friedensbruch 74.
Friedensgeld 74, 132.
Friedlosigkeit 74, 132.
Friedloslegung 76.
— des Schuldners 139.
Frist 195.
Fronbote 120.
Fronden 255.
Fronhof 78, 100.
Fronhofsystem 100.
Fronung 74, 97, 128.
Fruchterwerb 444.
Frühscholastik 395.
Fürfang 136.
Furiosus 426.
Fürsten 101.
Furtum 457.

G.

Gabella emigrationis 207.
— hereditaria 207.
Gaffel 102.
Gairethinx 149.
Gaius 364, 366.
Ganerben 147, 291.
Ganerbschaft 217.
Garantie 480.
Gasindi 92.
Gastrecht 132.
— städtisches 207.
Gattungsschuld 473.
Gau 72.
Gauauflösung 120.
Gaue 89.
Gaufürsten 72.
Gebietskörperschaften 211.
Geburtsadel 78.
Gefährdeeid 172.
Gefahrzinsen 255.
Gefolgschaft 73.
Gegenpfändung 198.
Gegenseitigkeit 483.
Gegenstand als Rechtsobjekt 193.
Geheimer Rat 170.
Geiselschaft 270.
Geisteskrankheit 202, 426.
Geld 42, 69.
Gelegenheitsgeschenke 513.
Geleitrecht 116.
Geltungsbereich der Rechtssätze 190.
Gemächtbücher 110.
Gemächte 297.
Gemeinde 210.
— als juristische Person in Rom 427.
Gemeindegliedervermögen 213.
Gemeinden (Haftung) 274.
Gemeindeservituten 253.
Gemeindeverfassung 49.
Gemeindevermögen 213.
Gemeindevorsteher 129.
Gemeindezeugen 76.
Gemeinfreie 71, 78.
Gemeinschaft, eheliche 278.
Gemeinschaften zur gesamten Hand 216.
Gemeinschaftliche Testamente 298.
Gemeinschaftseigentum 231.
Generalhypotheken 260.
Genossengut 213.
Genossenschaften des Wasserrechtes 237.
Genossenschaftstheorie, germanistische 211.
Gens 314.
Gentes 314.
Gentiles 314.
Genus legatum 538.
— perire non censetur 474.
Gerade 144, 148, 281.
Gerichtsbarkeit, grundherrliche 93.
— patrimoniale 170.
Gerichtsbriefe 128.
Gerichtsbücher 110.
Gerichtsgebrauch 190.
Gerichtsgefälle 91.
Gerichtsgemeinde 72.
Gerichtsgewalt 89.
Gerichtsjahr 195.
Gerichtslehen 242.
Gerichts- und Landesordnung, Solmser 182.
Gerichtsordnung Karls V., peinliche 158.
— allgemeine für die preußischen Staaten 161.
Gerichtspflicht 91.
Gerichtsschreiber 88, 90.
Gerichtsurkunden 88, 128.
Gerichtsversammlung 72.
Gerichtsvogtei 118.
Gerichtszeugnis 98.
Gerüste 76.
Gesamtgut 282.
Gesamte Hand 216.
Gesamtsache 223.
Gesamtschuld 475.
Gesamtvormundschaft der Sippe 70.
Geschäftsführung ohne Auftrag 467.
Geschäftsherr, Haftung 274.
Geschäftsirrtum 498.
Geschäftstypen 406.
Geschäftsurkunde 83.
Geschäftszeugen 76.
Geschlechterstaat 49, 71.
Geschlechterverfassung 49.
Geschlechtseid 71.
Geschlechtsunterschied 200.
Geschlechtsvormundschaft 146, 289.
Geschworenen 337.
Gesellschaft 45, 466.
Gesellschaftsvertrag 273.
Gesetz 186.
Gesetze, formelle 186.
Gesetzesumgehung 409.
Gesetzliche Erben 526.
Gesindevertrag 272.
Gesindezwang 154.
Gespilderecht 258.
Gesta per aes et libram 406.
Geständnis 171.
Gestio pro herede 531.
Gesundheit, körperliche 201.
Gewährfrist 271.
Gewalt, tatsächliche 438.
Gewalthaber 127.
Gewalt, königliche 114.
Gewandfall 132.
Gewässer, öffentliche 236.
Gewerbeberechtigungen 220.
Gewere 131, 133, 225, 431.
— beschränkte 226.
— ideelle (saisine de droit) 225.
— lehnrechtliche 226.
— leibliche 225.
— rechte 135, 225.
— Wirkungen derselben 226.
— zu Lehnrecht 133.
— zu Leibzucht 133.
Gewerkschaft 240.
Gewette 126.
Gewohnheitsrecht 71, 186, 188.
Giftordal 59.
Gilden 102.
Gläubigerverzug 482.
Glebae adscripti 103.
Glieder 147.
Glossa ordinaria 395.
Glossatoren 394.
Glossen, malbergischen 81.
Go-min-kumi 50.
Gottesfrieden 126.

Gottespfennig 137, 269.
Gottesprobe 59.
Gottesrecht 59.
Gottesstrafe 54.
Gottesurteil 59, 76.
Gradualsystem 299.
Graf 119.
Grafio 89.
Grafschaft 89.
Grafschaftslehen 242.
Gräfereirecht 253.
Großelternstämme 147.
Großjährigkeit 145.
Großjährigkeitserklärung 201.
Großkaufleute 153.
Grundbesitzergenossenschaften 211.
Grundbuch 110, 259.
Grundbuchrecht 230.
Grunddienstbarkeiten 252.
Grundeigentum, im deutschen Recht 221, 231.
Grundherrlichkeit 93.
Grundlasten 136.
Grundpfandrecht 258.
Grundrente 44.
Grundschuld 140, 260.
Grundzins 255.
Gruppenehe 26.
Gült 255.
Gundobald 391.
Gute Sitten 472.
Gutsabtretung 302.
Güter, gebundene 249.
— in nichterblichem Baurecht 248.
Gütergemeinschaft 144, 279.
— allgemeine 144, 281.
— beschränkte 144.
— fortgesetzte 286.
Güterrecht, eheliches 143, 279.
Güterrechtsregister 280.
Gütertrennung 279, 283.
Gutsherrschaft 151.
Gutsinventar 151.

H.

Habitatio 451.
Hadrian 348, 351.
Haftung 137, 139, 266, 453.
— des Erben 539.
— des Leichnams 38.
— des Schuldners mit Leib und Leben 38.
— für die Nachlaßverbindlichkeiten 291.
— ohne Verschulden 480.
Haftungsgrade 478.
Halbfreie 103, 131.
Halseigenschaft 154.
Handelskammer 211.
Handfeste 110, 128.
Handfestung 83.
Handgeld 137.
Handgemal 148, 293.
Handlungsfähigkeit 199.
Hand muß Hand wahren 136, 264.
Handschlag 137.
Handwerk 153.
Handwerkskammern 211.
Hanse 125.
Hartmann, von 12.
Harzscharren 253.
Haupteid 172.
Häuptlingswesen 26, 47, 56, 58, 61.
Hauptsache und Zubehör 222.
Haus 276.
Hausbrief 141.
Hausbuch 463.
Hausgemeinschaft 272.
— fortgesetzte 286.
Hausgewalt 412, 414.
Hausgüter 250.
— Erbfolge 300.
Haushofmeister 119.
Häusler 100.
Hausmeier 77, 86, 88.
Hausverfassung 188.
Hausvorstand (als Geschäftsherr) 407.
Haverei 466.
Heerbann 91, 116.
Heergeräte 148.
Heergewalt 88.
Heerpflicht 91.
Heerschau 72, 89.
Heerschild 242.
Heerverband 72.
Heerwesen 73, 116.
Hegel 4, 10.
Hegung 74.
Heimburgen 129.
Heimfall 115.
Heimfallsrechte 294.
Heimsteuer 144.
Heiratssteuer 103, 154.
Heredes extranei 519.
— necessarii 519.
Hereditas iacens 531, 532.
— non adita nec transmittitur 532.
Hereditatis petitio 535.
Heredium 311.
Herkommen 188, 196.
Herrenfall 92.
Herren, freie 101.
Herrenhof 78.
Herrschaftsrechte 193.
Herzog 72, 90.
Herzogtum 89.
Hesta 108.
Hingabe an Erfüllungsstatt und erfüllungshalber 485, 488.
Hintersasse 78, 100.
Hochzeitsgeschenke 284.
Höferolle 301.
Hof des Königs 118.
Hofgerichte 122.
Hofkammer 170.
Hofkanzlei 164.
Hofkanzler 119.
Hofkaplan 88.
Hofmeister 119, 121.
Hofpfalzgraf 119.
Hofrat 119, 170.
Hofrecht 104.
Hofstaat 88.
Hoftag 89, 119, 122.
Hofwehr 151.
Homines 88, 93.
— commanentes 93.
— potentes 93.
— proprii de corpore 103.
— rusticani 103.
— unde mithio redebet 93.
Honos institutionis 529.
Hörige 103, 131.
Hörigkeit 205.
Horning 145.
Hornungsgabe 135, 145.
Hospitalitis 73.
Hugo 394.
Hundertschaft 72, 89, 119.
Hundertschaftsvorsteher 90.
Hufe 70.
Hulde schwören 136.
Hunno 90.
Hunsingoer Küren 108.
Hypothek 40.
Hypotheca 494.
Hypothekenbücher 259.

J.

Jacobus 394.
Jagdfronten 152.
Jagdgenossenschaften 211.
Jagdrecht 238.
Jahr und Tag 195.
Jahresgeschenke 91.
Jährigkeitstermine 146.
Javolenus Priscus 363.
Ignominia 423.
Jhering 12.
Imbreviaturae 112.
Imbreviaturbuch 112.
Immunität 93, 104, 120, 124.
Impetratio dominii 496.
Implantatio 442.
Impossibilium nulla obligatio 471.
Impubes 424.
Inaedificatio 442.
Indeterminismus 52 Anm. 4.
Indiculi 83.
— inquisitionis 98.
— regales 98.
In diem addictio 502.
Individualismus 21.
Individualsukzession 87.
Indizienbeweis 61.
Infamia 423.
Infantia 424.
Infidelität 95.
Inforciatum 396.
Ingenui 78.
Inhaberklausel 139, 270.
Inhaberpapiere 139, 224.
Iniquum 319.

Iniurecessio 406.
— als bedingungsfeindliches Geschäft 500.
Iniuria 456.
— (als Delikt) 457.
In ius vocatio 316.
Inkassovollmacht 467.
Innominatverträge 469.
Innungen 102, 211.
Inquisitio 96.
Inquisitionsbeweis 98, 128.
Inquisitionsprinzip 171.
Inquisitionssystem 56.
Insatz 128.
Inscriptio 383.
Institor 510.
Instituere 344.
Institutio ex re certa 525.
Institutiones 361, 366, 384.
— Ulpiani 368.
Insula in flumine nata 442.
Intercessio 323, 493.
Interdictum de glande legenda 433.
— „demolitorium" 433.
— de precario 436.
— de vi 436.
— quem fundum 432, 435.
— quod vi aut clam 433, 456.
— quorum bonorum 531.
— Salvianum 495.
— uti possidetis 436.
— utrubi 436.
Interesse, vermögenswertes 472.
Interimswirtschaft 302.
Internationales Privatrecht 191.
Interpolationes 383.
Interpretatio 86.
Interrex 335.
Intertiatio 136.
Investitur 117, 133, 134, 243.
Investiturstreit 99, 117.
Johannes 381.
Johann von Buch 106.
Ipso iure compensatur 489.
Irnerius 394.
Irrtum 498.
Iter 448.
Juden 206, 264.
Judenregal 116.
Judenschutz 121.
Iudex 124, 336, 339, 387.
— datus 355.
— pedaneus 373.
— privatus 355.
— provincialis 119.
Iudicia legitima 337.
— recuperatoria 352.
Iudicium camerae 164.
— familiae erciscundae 534.
Jugendfürsorge 57.
Julian 352, 363, 364.
Jünglingsweihe 25, 31, 33.
Iuniores 321, 335.
Juniorat 300.
Iura caesarea reservata 163.
— comitialia 163.
Iuramentum calumniae 172.
— delatum und relatum 172.
— purgatorium 172.
— suppletorium 172.
Iura quaesita 192.
Iura regalia 235.
— reservata limitata 163.
Iurati 108.
Iure civili possidere 436.
Iuris quasi possessio 437.
Juristenrecht 186, 189.
Juristische Personen 426 f.
Ius abstinendi 531.
— ad rem 265.
— Aelianum 344.
— albinagii 207.
— applicationis 316.
— augurium 344.
— civile 327, 330.
— collectandi 168.
— conductus 116.
— detractus 207.
— evocandi 116.
— Flavianum 330, 344.
— gentium 326, 327, 330, 341.
— honorarium 340, 342.
— offerendi 497.
— Papirianum 318.
— pontificium 344.
— praetorium 342.
— prohibendi 447.
— quintae relationis 350.
— regalium 118.
— respondendi 168, 360, 377.
— retractus 257.
— sacrum 329.
— spolii 117.
— statuta condendi 187.
— strictum 341.
— territorii et superioritatis 168.
— trium liberorum 353.
— variandi 474.
Iusiurandum liberti 462.
Iussum 467, 509.
Iusta causa 440.
Justinian 380.
Iustitiarius 116.

K.

Kaduzität 527.
Kaiser 371.
Kaiserrecht, kleines 107.
Kaiserwürde 77, 87.
Kämmereibücher 110.
Kämmerer 78, 88, 119, 121.
Kammergericht 164.
Kammergerichtsordnung 164.
Kammerzieler 164, 168.
Kämpen 132.
Kampfvormund 127.
Kant 10.
Kanzler 88, 121.
Kapitalbefriedigung 40.
Kapitalien 43.
Kapitularien 82.
Karl der Große 77.
Kartellverbände 41.
Kashira 50.
Kassiergesetz 377.
Kauf 271, 463, 483.
— auf Wiederkauf 40.
— bricht Miete 465.
— bricht nicht Miete 249.
Kaufehe 28.
Kausalzusammenhang 481.
Kind, uneheliches 132, 145, 285.
Kirad 44.
Kirche 117.
Kirchengemeinde 211.
Kirchenregiment 168.
Kirchenvögte 118.
Klagboten 127.
Klage 197.
— schlichte 128, 264.
Klageformeln 329.
Klagen, bürgerliche 128.
— peinliche 128.
Klagführer 127.
Klagspiegel 156.
Kleinbürgertum 153.
Klienten 316.
Klostertod 199.
Kluften 147.
Knappschaften 211, 240.
Knechte 71, 131.
Kodifizierung des Rechtes 161.
Kodizille 297.
Kognaten 203, 276.
Kognitionsquerel 529.
Kohlenbrennen 253.
Kollegien, landschaftliche 170.
Kollegium der Städte 167.
Kollektivismus 21.
Kolonisten 100.
Kommissar, kaiserlicher 167.
Kompilatoren 383.
König 72.
Königsfriede 88.
Königsgesetze 318.
Königsgerichte 80, 88, 98.
Königskrönung 87.
Königsrecht 80.
Königsschutz 207.
Königsurkunden 83, 98, 112.
Königtum 48, 86.
Konkommissarius 167.
Konkubinat 422.
— öffentliches 145.
Konnossement 262.
Konsistorien 170.
Konsolidationssystem 283.
Konstanzer Konkordat 106.
Konstitut 488.
Konstantinus Harmenopulos 389.
— Porphyrogennetus 389.
Konzessionssystem 209.
Konzil 278.
Kopfzins 103.
Koppelweide 253.
Körperliche Gesamtsache 223.

Körperschaft 210, 426.
Korrealität 475.
Krankenkassen 211.
Kratinus 382.
Krause 11.
Kreditauftrag 467.
Kreditverbände, landschaftliche 211.
Kreis 166.
Kreisdirektoren 166.
Kreishauptmann 166.
Kreisräte 166.
Kreuzprobe 96.
Kriegsbefestigung 172.
Kriegsgefangenschaft als Eheauflösungsgrund 418.
Krokodil-Ordal 60.
Krönung 114.
Krüppel 201.
Küchenmeister 119.
Kulm, der alte 111.
Kulmsche Handfeste 108.
Kulturgeschichte 19.
Kundschaft 128.
Kunkelmagen 70, 276.
Küren, friesische 108.
Kurfürstenkollegium 166.
Kurfürstenrat 166.
Kuriatkomitien 321, 333.
Kurien 314.
Kurrecht 113.
Kürrecht 110.
Kursächsische Konstitutionen 182.
Kurverein von Rense 113.

L.

Labeo, Antistius 361, 362.
Labeschein 262.
Laesio enormis 375.
Lag 71.
Lagerschein 262.
Laienspiegel 156.
Landesgemeinde 72.
Landesherrlichkeit 120.
Landeshoheit 120.
Landeskonstitutionen des Kurfürsten August von Sachsen von 1572 160.
Landesordnung, salzburgische 108.
— von Henneberg von 1539 160.
Landespriestertum 73.
Landesrecht, österreichisches 109.
— steirisches 109.
Landesverweisung 170.
Landfriede, ewiger 127.
Landfriedensgerichte 120.
Landfriedensgesetze 105.
Landfriedensgesetzgebung 125.
Landgerichte 121.
Landgüterrolle 301.
Landleihe, bäuerliche 247.
Landrat 170.
Landrecht 103.
— badisches 161.
— — von 1588 160.
— der Grafschaft Berg 109.
Landrecht des Fürstentums Jülich von 1537 160.
— des Herzogtums von Preußen von 1620 160.
— diethmarsches 108.
— geldernsches von 1619 160.
— kaiserliches 107.
— oberbayrisches 108.
— schlesisches 110.
— württembergisches von 1555 160.
Landrichter 119, 121.
Landsassen 101.
Landsiedelgüter 101.
Landstandschaft 122.
Landstände 169.
Landtage 122.
Landteilung 72.
Landvogteien 122.
Landwirtschaftskammern 211.
Lanfrank 394.
Lantwêri 91.
Laßgüter 152.
Laten 71, 103.
Laterculum 373.
Latini Juniani 420.
Laubsammeln 253.
Launegild 271.
Lebensvermutung für Verschollene 200.
Lectio senatus 335.
Legalitätsprinzip 260.
Legatum per damnationem 536.
— partitionis 538.
— per praeceptionem 536, 538.
— sinendi modo 536.
— per vindicationem 536.
Leges 80.
— agrariae 337.
— annuae 342.
— datae 353.
— Eurici 84.
— iudiciariae 336.
— Juliae 350.
— Julia et Papia Poppaea 527.
— Juliae iudiciariae 337.
— metallis dictae 353.
— regiae 319.
— restitutae 385.
— Romanae 390.
— Upstalbomicae 108.
— Valeriae Horotiae 323.
Legis actio 330.
— — per pignores capionem 322.
Legitimation 197.
Legitimi heredes 527.
Lehen 78, 99, 232.
Lehen an Hofämtern 242.
— Beendigung desselben 246.
— echtes 136.
— veräußerliches 245.
Lehnerbfolge 245, 299.
Lehnrecht 103, 241, 232.
— kaiserliches 107.
Lehnwesen 152.
Lehnsanwartschaft 243.
Lehnsfolge 245.
Lehnsherr 242.
Lehnsherrlichkeit 247.
Lehnsmann 242.
Lehnsnebenpersonen 242.
Lehnsretrakt 258.
Lehnssonderung 246.
Lehnsstaat 92.
Lehnsveräußerung 244.
Lehnsverhältnis 136.
Lehnsvertrag 243.
Leibeigenschaft 154, 205.
Leibesfrucht 412.
Leibesstrafen 95.
Leibgedinge 145, 284.
Leibrentenverkäufe 124.
Leibrentenvertrag 273.
Leibzins 154.
Leibzucht 145, 252.
Leihe 271.
Leihegut 78.
Leihe, hofrechtliche 100.
— nach Stadtrecht 249.
Leiheverhältnisse 78.
— nach Hofrecht 247.
— nach Landrecht 248.
Leihezwang 152.
Leihhäuser 211.
Leo Isaurus 388.
— Philosophus 388.
Leseholz 253.
Leudes 88.
Leudi 70.
Leviratsrecht 30.
Levite Benedikt von Mainz 82.
Lex 350.
— Aebutia 337, 340.
— Aelia Sentia 350, 420.
— agraria 338.
— Alamannorum 81.
— Anastasiana 375.
— Angliorum et Werinorum 81.
— Appuleia 338.
— Aquilia 274, 328, 338, 457.
— Atilia 338, 424.
— Baiuwariorum 81.
— Burgundionum 85.
— Calpurnia 337, 459.
— Canuleia 323, 328.
— Cicereia 338.
— Cincia 337, 409, 413, 512.
— Claudia de tutela mulierum 350.
— coloniae 353.
— Col. Genetivae 424.
— Coloniae Juliae Genetivae 338.
— commissoria 259, 263, 375, 496, 503.
— Cornelia 337, 342, 422, 492, 502.
— — de viginti quaestoribus 338.
— — testamentaria 522.
— curiata de imperio 317.
— de imperio 321.

Lex de Vespasiani 351.
— Falcidia 338, 502, 539.
— familiae Wormatiensis 109.
— Fannia 337.
— Frisionum 82.
— Fufia Caninia 350, 409.
— Furia 337, 338, 492.
— Genucia 337.
— Gundobada 85, 391.
— Hadriana 353.
— Hortensia 324, 333.
— investiturae 245 f.
— Julia 334, 351.
— — de adulteriis 417.
— — de collegiis 428.
— — miscella 504.
— — municipalis 338.
— — et Papia Poppaea 338.
— — et Plantia 338.
— — et Titia 338.
— Junia 420, 524.
— — Norbana 350.
— — Petronia 350.
— — Vellaea 350.
— Licinia Sextia 323, 337.
— Maenia 535.
— — de dote 338.
— Manciana 353.
— Minicia 417.
— municipalis Tarentina 338.
— Ogulnia 324.
— Oppia 337.
— Orchia 337.
— originis 79.
— Papia 537.
— — Poppaea 351, 353, 356.
— Petronia 414.
— Plaetoria 338, 425.
— Plantia 334.
— Poetelia 337, 421.
— Pompeia 413.
— provinciae 335.
— Publilia 322, 337, 338, 492.
— — Philonis 324.
— repetundarum 338.
— Ribuaria 81.
— Romana Burgundionum 86, 391.
— — Curiensis 86, 391.
— — Utinensis 391.
— — Visigothorum 85, 390.
— Rubria 338.
— Salica 80.
— Saxonum 81.
— Scribonia 338, 449.
— Silia 337, 459.
— Sempronia 337.
— Titia 337.
— Valeria 323.
— — Horatia 323, 324.
— Voconia 337, 338.
— Visellia 350.
— Visigothorum 390.
— — Ervigiana 84.
— — Reccessvindiana 84.
— — vulgata 85.
— Voconia 411, 527.
Libellus rerum 515.
Liber authenticorum 386.
Liberatio legata 538.
Liber legis Langobardorum 85.
— libellorum rescriptum et propositorum 356.
— mandatorum 376.
— Papiensis 85.
Liberi 78.
Libertas sine civitate 346.
Libri feudorum 241.
Libripens 522.
Liegenschaften 134, 221.
Ligarius 345.
Lille 405.
Linealsystem 299.
Linien 147.
Lipeigen 103.
Liten 71, 131.
Litkauf 269.
Litterae clausae 112.
— investiturae 243.
— patentes 112.
Litteralverträge 462.
Littera Pisana 396.
— vulgata 396.
Locatio conductio 465.
Logistae 349.
Lombarda 85, 394.
Londriuchta 108.
Longinus 364.
Longi temporis praescriptio 445, 446.
Los-Ordal 59, 76.
Lösungsanspruch 264.
Lösungssumme 95.
Lotterievertrag 273.
Lübisches Recht, revidiertes 182.
Luceres 315.
Luft macht frei 102, 131.
Luftraum 434.
Lüneviller Friede 158.
Lytae 386.

M.

Machtmann 127.
Madal 74.
Magdeburger Fragen 111.
Magen 70.
Maggeld 70.
Magister curiae 119.
— officiorum 373.
Magna Charta des fränkischen Reichs 77.
Magsühne 70.
Mahal 74.
Maifeld 89.
Maior 89.
— domus 78, 88.
Majorat 33, 300.
Mala fides superveniens non nocet 446.
Malbergische Glosse 81.
Maljahre 302.
Mallus 74.
Mancipatio 312, 406, 500.
Mancipia 79.
Mandatar 127, 478.
Mandate, kaiserliche 353.
Manilius 344.
Mannfall 92, 115, 136.
Manngeld 70.
Mannitio 96.
Mannschaft leisten 136.
Mansionarii 78, 103, 131.
Mantelkinder 284.
Manumissio 332.
— censu 420.
— in ecclesia 375.
— per denarium 132.
— testamento 420.
— unter amicos 420.
— vindicta 406, 420.
Manus 316.
— iniectio 318.
Manzipation als bedingungsfeindliches Geschäft 500.
Manzipationstestament 36, 522.
Marcellus 365.
Marchiones 90.
Marchisi 90.
Marculfi, formulae 83.
Maritagium 132.
Mark, gemeine 70, 100.
Marke 219.
Märkerding 100.
Markgrafen 90, 120.
Marklosung 258.
Marktfriede 132.
Marktrecht 123.
Marktzoll 123.
Marschall 78, 88, 119, 121.
Martinus 394.
Märzfeld 89.
Mastrecht 253.
Mater familias 316.
Materna maternis 293.
Matrimonium ad legem Salicam 133, 203.
Maximalhypothek 260.
Mehrheit der Schuldner oder Gläubiger 475.
Mehrheitsprinzip 114.
Medem 91.
Meier 100, 104.
Meiergüter 101.
Meinwerke 75.
Menschenrecht, angeborenes 192.
Menschenrechte 52.
Mentio heredis 489.
Merces 465.
Meta 278.
Michael Dukas 389.
Miete 42, 271, 465, 484.
Milchverwandtschaft 32, 33.
Militärtestament 297.
Ministeria 89.
Ministerialien 78, 101, 103.
Minor 425.
Minorat 33, 300.
Missi 80, 89, 98, 120.
— comitis 90.
— dominici 90.

Missio in bannum 128.
— — regis 97.
— in bona 172.
Missetat 74.
Mißheirat 133, 203.
Miteigentum 447.
Miterben 291, 533.
Mitgift 514.
— (Einwerfungspflicht) 534.
Mitteis 408, 486.
Modus 504.
Mommsen 396.
Monarchie 48.
Monopolrechte 220.
Mora 343, 478.
Morbus sonticus 327.
Mord 75.
Morgan 27.
Morganatische Ehe 133, 203.
Morgengabe 144, 284.
Morte Cincia removetur 513.
Mortgage 259.
Mortifikationsschein 138.
Mortuarium 132.
Mucius 344.
Multae dictio 333.
Mundbriefe 98.
Mundgebühr 132.
Mündigkeit 145.
Mundium 142.
Mundmannen 78.
Munera 317.
Municipia civum Romanorum 320.
Munt 277.
Muntschatz 143, 278.
Münze 123.
Münzrecht 121.
Musteil 144, 281.
Muttermagen 70, 147.
Mutterrecht 27.
Mutuum 459.

N.

Nachbarrecht 235, 433.
Nacherben 37.
Nachsteuer 207.
Nachzettel 524.
Nadelgelder 284.
Näherrechte 257.
Namengebung 26, 131.
Namensrechte 219.
Naturale ius 359.
Naturalia feudi 242.
Naturalis ratio 332, 359.
Naturalobligation 454.
Naturrecht 3, 5, 51.
Nebenverträge 467.
Negotiorum gestio 467.
Negotium per aes et libram 312, 326, 328.
Nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest 345, 518.
— sibi causam possessionis mutare potest 345, 438.
Neratius Priscus 364.
Nerva 363.
— der jüngere 364.
Neuhegelianismus 14.
Neuplatonismus 8.
Nexum 453, 459.
Nexus 312.
Nichterfüllung von Schuldpflichten 477.
Niedergerichte 121.
Niederländisches Recht 185.
Nießbrauch 253, 450.
— an Vermögen 450.
Nießbraucher, Besitzschutz 437.
— (Fruchterwerb) 444.
Nietzsche 12.
Niftelgerade 145.
Nikolaus Wurm 107, 111.
Niyoga 30.
Nobiles 78.
Nobilität 324.
Notariat 112.
Notariatsurkunde 112.
Noterbenrecht 297, 528.
Notitia 83, 112.
Notwehr 274.
Novellae leges 378.
Novellen 385.
Noxae datio 275.
— deditio 406.
Noxalhaftung 481.
Nulli res sua servit 448.
Nuncupatio 519.
Nuntius 509.
Nürnberger Revision 159.
Nutzungsgemeinde 214.
Nutzungspfand 40, 141.
Nutzungsrecht 213.

O.

Oberacht 132.
Oberappellationsgerichte 170.
Obereigentum 233.
Oberhof 104.
Oberst 166.
Obersthofmeister 119.
Obervormundschaft 145, 288.
Obligation 453.
Obsequium 316.
Observanz 188.
Obstagium 270.
Officium iurisdictionis 342.
Öffnungen 110.
Ofilius 354.
Operae 316.
— illiberales 465.
— servorum 451.
Opfertod 74.
Optio legata 538.
Oratio D. Hadriani 536.
— principis 350.
— Severi 351.
Orbi 317.
Ordal 96, 97, 130.
— des geweihten Bissens 60.
— der Wage 60.
— einseitiges 127.
Orderklausel 139, 270.
Orderpapier 138, 224.
Ordnung und Reformation für Jülich und Berg 182.
Ordo senatorius 346.
Ὅρου 345.
Ortsstatuten 187.
Österreichisches Privatrecht 185.
Ostgermanen 69.
Ostpreußisches Provinzialrecht 182.

P.

Pacht 271, 465.
Pächter (Fruchterwerb) 444.
Pacta adjecta 467.
— praetoria 458.
Pactum 458.
Patum de custodiendo 479.
— de non licitando 502.
— de non petendo 458, 486.
— de vendendo 496.
— fiduciae 459.
— disciplicentiae 503.
Pactus Alamannorum 81.
Paganus 522.
Pagus 72.
Palatini 88.
Pand 142.
Pandekten 382.
Panisfarreus 316.
Pao. 49.
Papian 391.
Papia Poppaea 350.
Papinianistae 386.
Papiniansmasse 383.
Papinianus 365.
Papirius Justus 378.
Paragium 250.
Parentelen 33, 147, 276.
Parentelenordnung 292.
Parteieid 127.
Partus ancillae 414.
Passauer Vertrag 158.
Patente 112.
Pater est quem nuptiae demonstrant 419.
— familias 315, 412.
Paterna paternis 293.
Patres 335.
Patres (et) conscripti 322.
Patria potestas 412.
Patronat 420.
Patronatslehen 242.
Patronatsrecht 118.
Patron (Erbrecht) 527.
Patrum auctoritas 334, 335.
Pauli Sententiae 368.
Paulus 365.
Pauperies 481.
Pavia 394.
Peculium 23, 414, 510.
— castrense 530.
Pedaneus 355.
Pegasus 364.
Peinliche Gerichtsordnung Karls V. 170.
Pelagenossenschaft 32.

Pensio 452.
Pepo 394.
Perduellio 317.
Periculum emptoris 483.
Perpetua causa 449.
Person 192.
Person, juristische 21.
Personalitätsprinzip 79.
Personalpfändung 198.
Personenrecht 410 f.
Personenrechte 193.
Persönlichkeit 192, 218.
— des Rechts 79.
Persönlichkeitsrechte 193, 218 f.
— aus geistiger Schöpfung 220.
Pertinentia comitatus 89.
Perzeption (Fruchterwerb) 444.
Petitiones 108.
Petrus 393.
Pfalzen 88.
Pfalzgraf 88, 118.
Pfand 40, 491.
Pfandbücher 110.
Pfand, genommenes 140.
— gesetztes 140.
Pfandgläubiger 444.
Pfandlehrung 198.
Pfandleihgewerbe 263.
Pfandnahme, außergerichtliche 97.
Pfandrecht 263, 493.
— (Entstehung) 494.
— (Erlöschen) 497.
— (Mehrheit) 496.
Pfandschilling 264.
Pfändung 58.
— außergerichtliche 76, 96.
— obrigkeitliche 142.
Pfändungsklausel 142, 198, 270.
— „mit und ohne Recht" 198.
Pferchrecht 253.
Pfleger 121.
Pfleghafte 101.
Pflegschaft 425.
Pflichtteilsinstitut 36.
Pflichtteilsrecht 297.
Physische Person 410 f.
Pia corpora 215.
Pignoris capio 318, 326.
— causa indivisa est 495.
Pignus 460, 494.
— Gordianum 495.
— nominis 495.
— pignoris 495.
Pistojeser Scholien 392.
Placita 83.
Plaggenhieb 253.
Platonische Philosophie 8.
Poena 490.
Polizei, patrimoniale 170.
Pollicitatio 355, 470.
Pomponius 344.
Pontifex maximus 317.
Pontifices 329, 340.
Portio adcrescit cum suo onere 534.
— portioni adcrescit 534.
Posita et suspensa 481.
Positive Vertragsverletzung 480.
Positivismus 6.
Possessio ad interdicta 436.
— naturalis 436.
Possessor pro herede 535.
— pro possessore 535.
Postliminium 422, 431.
Postlehen 242.
Postpapiniansmasse 383.
Postulare 343.
Potestas 348.
Potestativbedingung 504.
Praeceptio 82.
Praedia subsignata 453.
— stipendiaria et tributaria 434.
Praefatio 385.
Praefecti alimentorum 349.
— iure dicundo 339.
Praefecturae 320.
Praefectus annonae 349, 354, 371.
— praetorio 349, 374.
— urbi 354, 371.
— vigilum 349, 354, 371.
Praepositio 511.
Praepositus castrensis s. palatii 373.
— s. cubiculi 373.
Praes 486.
Praescriptio 336.
Praeses 373.
Praesumptio Muciana 345, 515.
Praetor aerarii 349, 355.
— de liberalibus causis 355.
— fideicommissarius 355.
— fiscalis 355.
— peregrinus 330, 343.
— urbanus 330, 342, 343, 355.
Prätorische Klagen 408.
Prätur 339.
Praeventio 354.
Precarium 316.
Preces 354.
Prekarist 436.
Preußisches Allgemeines Landrecht 182.
Priestertum 48.
Primicerius notariorum 373.
Primogenitur 300.
Primus advocatus 118.
— capellanus 88.
Principes 72.
Princeps legibus solutus est 356.
Prinzip der Nichtrückwirkung 192.
Prinzipalkommissarius 167.
Prinzipatsverfassung 73.
Privateigentum, Ursprung 22.
Prior tempore potior iure 497.
Procurator 511.
— in rem suam 476.
— omnium bonorum 511.
Prodigus 426.
Privatfürstenrecht 154, 202.
Privatgemeinde 214.
Privatgesellschaften, erlaubte 215.
Privatgewässer 237.
Privatgut des Königs 91.
Privathaft 140.
Privatsiegel 127.
Privattestament 297.
Privaturkunde 83, 97, 112.
Privileg 192, 195.
Privilegia fisci 210.
— minorum 201.
— ne inroganto 326.
— veteranorum 353.
Privilegium de non evocando 121.
Privilegium de non appellando 121, 168.
Privilegium für die geistlichen Fürsten 105, 120.
— limitatum 168.
— odiosum 195.
Proculus 364.
Procurator 127.
— ab epistulis 349.
— a libellis 349.
— a rationibus 349.
Prodominus 242.
Produktivdarlehen 43.
Professionis iuris 79.
Promulgare 336.
Proponere 336.
Protest levieren 83.
Protonotare 119.
Provassallus 242.
Provinzialboden 434.
Provocatio 317.
Prozeßführung durch Cognitor 510.
Prozeßmonopol 58.
Prozeß, sächsischer 172.
Psellus 389.
Psychologie 19.
Publicani 333.
Publicatio 430.
Publizitätsprinzip 260, 431.
Pueri 78.
Pupillae 317.
Pupillarsubstitution 527.
Putativtitel 441.

Q.

Quaestiones 366.
— perpetuae 337, 348.
Quaestor s. palatii 373.
Quarta legitimae partis 530.
Quasikontrakt 467.
Quattuor doctores 394.
Quellen des deutschen Privatrechts 181.
Querela inofficiosae donationis 530.
— inofficiosae dotis 530.
— inofficiosi testamenti 529.
— non numeratae pecuniae 462.
Quid-quid-Formel 408, 480.
Quid quid non agnoscit glossa non agnoscit curia 395.

R.

Rache 74.
Rachimburgen 74.
Raffholz 253.
Ramnes 315.
Rat, geheimer 165.
Ratifikationsdekrete 167.
Ratmannen 124.
Ratsbücher 110.
Ratsdenkelbücher 110.
Ratskollegien 121.
Ratsverordnungen 110.
Raub 458.
Raubehe 28.
Rauducculum 312.
Realgemeinde 214.
Reallasten 136, 254.
Realrechte 193, 223.
Realverträge 458.
Receptum 481.
— argentarii 488.
— nautarum 511.
Recessus imperii 158.
Recht 132.
— als Kulturerscheinung 6.
— am eignen Bilde 220.
— an der eignen Stimme 220.
— auf Zölle 121.
— des alten Landes 182.
— der Erholung 127.
— der Rodung 77.
— der Wandelung 127.
Rechte 195.
— beschränkte, dingliche 448.
— des Lehnsherrn 244.
— des rechtlichen Könnens 193, 194.
— des Vasallen 244.
Rechtlosigkeit 132, 145, 205.
Rechtsbedingung 501.
Rechtsbesitz 437.
Rechtsbildung 20, 79.
Rechtsbrüderschaften 59.
Rechtsbuch, Eisenacher 111.
— Meißner 110.
— nach Distinktionen 110.
— der Stadt Briel 111.
— der Stadt Mühlhausen 111.
Rechtsdenkmäler 80.
Rechtsfähigkeit 72, 131, 199, 410.
— Beginn derselben 412.
Rechtsgang 75, 96, 126.
Rechtsgefühl 16.
Rechtsgeschäft 409.
Rechtsgeschichte 67.
Rechtsmangel 464.
Rechtsmißbrauch 409.
Rechtsnachfolge 410.
Rechtsobjekt 193.
Rechtspfandrecht 263.
Rechtsphilosophie 4.
— und Entwicklungslehre 7.
— und Naturrecht 3.
— und Philosophie 7.
— und Rechtspolitik 15.
Rechtsphilosophie und Rechtstechnik 16.
— und Universalrechtsgeschichte 14.
Rechtspolitik 9, 15.
Rechtspostulate 4.
Rechtsprechung 71, 74.
Rechtsquellen 186.
Rechtsschule zu Pavia 85.
Rechtsstaat 52.
Rechtssubjekt 192.
Rechtsübertragung als Funktion der Gewere 226.
Rechtsunterricht im früheren Mittelalter 393.
— (in Byzanz) 386.
Rechtsverhältnisse an Gewässern 236.
— am Walde 238.
Rechtsverordnungen 186.
Rechtsverteidigung als Funktion der Gewere 226.
Rechtsverwirklichung als Funktion der Gewere 226.
Rechtsweisungen 80.
Rechtswidrigkeit 456.
Rechtswissenschaft, vergleichende 16.
Recipio 408.
Re commercioque interdicere 313.
Rector 373.
Recuperatio 339.
Recuperatores 330, 339.
Reeder (Haftung) 274.
Referendarius 88.
Refirmation 243.
Reformation, Nürnberger 181.
— — von 1479 160.
— Wormser von 1499 160.
Reformationen, Frankfurter 160.
Regaliensperre 118.
Reges 72.
Regierungen, landschaftliche 170.
Regimente, landschaftliche 170.
Regiones suburbicariae 349.
Regredienterben 296.
Regula Catoniana 345, 537.
Regulae 345, 361, 366.
— iuris 345.
Reht 71.
Reichsabschied 158.
— jüngster 159.
Reichsacht 129.
Reichsbank 211.
Reichsbauern 154.
Reichsdeputation, ordentliche 166.
Reichsdeputationshauptschluß 158, 167.
Reichsdörfer 154.
Reichsgutachten 167.
Reichshofämter 163 ff.
Reichshofgericht 164.
Reichshofrat 165.
Reichshofratsordnungen 159.
Reichskammergericht 163 ff.
Reichskammergerichtsordnungen 159.
Reichskirchengut 117.
Reichsnotariatsordnung 159.
Reichspolizeiordnung von 1530, 1548 und 1577 159.
Reichsrat
Reichsregiment 165.
Reichsritter 168.
Reichsschluß 167.
Reichssentenzen 106.
Reichsstädte 167.
Reichsstände 167.
Reichsstandschaft 119, 167.
Reichssteuern 117, 168.
Reichstag 89, 119, 166 f.
Reichsunmittelbare 67.
Reichsverwaltung 88, 118.
Reichsvikariat 116.
Reichsvogteien 122.
Reinfeudation 243.
Reinigungseid 172.
Rei vindicatio 434.
Reklamationsrecht 98.
Rektapapiere 224.
Rekuperatoren 330, 339.
Relatio 354.
Religion 56, 206.
Religionsverträge 158.
Remancipatio 316.
Rentenbank 252, 254.
Rentenbrief 256.
Rentengüter 152, 252.
Rentenkauf 140, 256.
Rentkammer 170.
Repetita praelectio 385.
Repräsentationsrecht 34.
Republik 48.
Repudiatio 532.
Repudium 418.
Res communes omnium 429.
— furtivae und vi possessae 338.
— infeudari solita 243.
— mancipi 312, 321, 406, 429.
— nec mancipi 429.
— nullius 430.
— religiosae 430.
— sacrae 430.
— usibus puellae destinatae 515.
Rescriptum 353.
Residuum 491.
Resignatio 134.
Respondere 343.
Responsa 317, 366.
Restitutio in integrum 423.
Restitura 133.
Retraktrecht 149, 152, 258.
Reuerecht 269.
Reugeld 270.
Revenuenhypothek 261.
Rex 317.
Rezeption der fremden Rechte 155.
Rheinbund 150.
Rheinbundakte 181.

Richter 74.
Richtsteig, Landrecht 107.
— Lehnrecht 107.
Richtungen 96.
Ritter, hochfreie 101.
— mittelfreie 101.
Ritterrecht der Grafschaft Berg 109.
Roboratio 83.
Robotten 255.
Röder 10, 11.
Rodung 100.
Rodungsrecht 77.
Rodus 312.
Rom 310.
Romanisches Recht 185.
Römermonat 168.
Rubricae 342.
Rügeverfahren 96, 129.
Ruhende Erbschaft 532.
Ruprecht von Freising 107.
Rustici 103.
Rüstringer Satzungen 108.
Rutscherzinsen 255.

S.

Sabinus 357.
— Caelius 363.
— Masurius 363.
Sabinusmasse 383.
Sacerdos curio sacris faciundis 315.
Sacharten 221.
Sachbeschädigung 457.
Sachen 47, 193, 429.
— bewegliche 221.
— unbewegliche 221.
— verbrauchbare 430.
— vertretbare 431.
Sachenrechte 193.
Sachherrschaft, öffentliche 231.
— private 231.
Sachindividuen 222.
Sachmängel 264.
Sachsenbuße 275.
Sachsenrecht, gemeines 179.
Sachsenspiegel 106, 155, 181.
Sacramentum 318.
Sacrum 371.
Sala 134, 228.
Salbung 87, 114.
Salhof 78, 100.
Salicae Lindenbrogianae formulae 83.
Salland 100, 151.
Salmanen 197, 298.
Salmannes 270.
Salvius Julianus 351.
Salzrecht 240.
Sanctio legis 336.
— pragmatica 376.
Satio 442.
Satzung 80, 186, 187.
— ältere 141, 258.
— jüngere 141, 259.
Satzungsgewalt 187.
Satzungsgewere 133.
Saxonica emancipatio 285.
Scabini 92.
Scaevola 345.
— Cervidius 365.
Scepenbare lude 101.
Scotus Erigena 8.
Scribere 343.
Scriptura 442.
Schadengedinge 138.
Schaden, immaterieller 275.
Schadensersatz 275, 484.
Schäfereirecht 253.
Schandgemälde 140.
Scharwerk 255.
Schatzung 124.
Schatzwurf 132.
Scheidebrief 418.
Scheidung, einseitige 143.
Scheidungsvertrag 143.
Scheinbußen 132.
Scheinkauf 29.
Scheinprozeß 128.
Scheinraub 28.
Schelling 10.
Schenke (der) 78, 88, 119.
Schenkung 46, 270, 512.
Schenkungen unter Ehegatten 513.
— von Todes wegen 515.
Schiffspfandrecht 263.
Schiffstestament 297.
Schirmvogtei 118.
Schlangen-Ordal 60.
Schlußakte, Wiener 181.
Schlüsselgewalt 279.
Schmerzensgeld 275.
Schöffen 92, 127.
Schöffenbarfreie 101.
Schöffenbrief 137.
Schöffenbuch, Brünner 111.
Schöffenbücher 110.
Schöffengerichte 172.
Schöffenrecht, systematisches 111.
Schöffensatzungen 110.
Scholares 394.
Schöll 397.
Schopenhauer 12.
Schoßfall 293.
Schraen 110.
Schreimannen 127.
Schuld 8, 52, 137, 265, 453.
Schuldbefreiungsverträge 485.
Schuldbücher 110.
Schuldgemeinschaft 268.
Schuldhaft 140, 267.
Schuldknechtschaft 97, 140, 266.
Schuldnerverzug 482.
Schuldrecht 37.
Schuldsklaverei 38.
Schuldübernahme, kumulative 488.
Schulburkunde 137.
Schuldvergeltung 55.
Schuldvertrag 137.
Schultheiß 90, 119, 124.
Schulverbände 211.
Schulze 104, 119.
Schulzenlehen 242.
Schulzenrecht, westerlauwersches 108.
Schüttung 198.
Schutzzinse 91.
Schwabenspiegel 107, 155.
Schweizerisches Recht 185.
Schwertmagen 70, 145, 276.
Schwiegerscheu 30.
Schwur 60.
Schwurgerichte 171.
Sculthaisus 90.
Seelgerät 146.
Seelschatz 146.
Seelteil 146, 149.
Seetransport 466.
Seherschau 59.
Selbmündigkeit 201.
Selbsthilfe 57, 75, 126, 133, 198 f., 274.
Selbsthilfeverkauf 483.
Selbstverfluchungen 60.
Selbstverwaltung 124.
Selbstverwünschungen 60.
Semel heres semper heres 501, 518, 539.
Senat 335.
Senatores 89.
Senatus consultum 335, 350.
— — auctore principe factum 350.
— — de partu agnoscendo 418.
— — Juventianum 435, 535, 536.
— — Macedonianum 350.
— — Neronianum 536.
— — Orphitianum 351, 413, 527.
— — Pegasianum 351, 497, 358.
— — Tertullianum 351, 412, 413, 527, 538.
— — Vellaeanum 351, 411, 493.
Senatuskonsult 350.
Seneschall 78, 88.
Seniorat 300.
Seniores 321, 334, 335.
Senonenses, formulae 83.
Sententia de regalibus 105.
Servi casati 78.
Servitus 252, 448.
— servitutis esse non potest 345.
— Besitzschutz 437.
— Entstehung und Ende 449.
Servius Sulpicius 344.
Setzen auf Totschlag 141.
Sex suffragia 321.
Sicherheitshypothek 260.
Siegel 112.
Sielachten 237.
Signata 360.
Si paret condemnato s. n. p. absolvito 340.

Sippe 70, 276.
Skandinavisches Recht 185.
Slavisches Recht 185.
Societas 466.
Sodalitates 428.
Solarium 452.
Soldatenehe 417, 422.
Soldatentestament 522.
Solidarobligation 475.
Solidus 81.
Solsadire 76.
Solutio per aes et libram 485.
Sondereigentum 231.
Sondererbfolge 148.
Soziale Betätigung des Schuldrechts 41.
Sparkassen, kommunale 211.
Spatium deliberandi 532.
Speermagen 70.
Speierer Revision 159.
Spezialitätsprinzip 260.
Spiegel der deutschen Leute 107.
Spiel 46, 272.
Spillmagen 276.
Spindelmagen 70.
Splendor familiae 250.
Spolienrecht 116.
Sponsalia de futuro 278.
— de praesenti 278.
Sponsio 332, 453, 491.
Sprachwissenschaft 19.
Sprichwörter 71.
Spruchpraxis der Juristenfakultäten 156.
Staat 210.
Staatsangehörigkeit 207.
Staatsgut 91.
Staatsvertrag 51.
Stabfreilassung als bedingungsfeindliches Geschäft 500.
Stabrecht 235.
Stadt 123.
Stadtbriefe 128, 137.
Stadtbücher 110.
Städte 123.
Städtebank, rheinische 167.
— schwäbische 167.
Städtebündnisse 125.
Stadtgericht 123.
Stadtherrn 123.
Stadtrat 124, 170.
Stadtrecht 104.
— Freiburger 182.
— Freiburgs im Breisgau von 1520 160.
— revidiertes lübisches von 1586 160.
— von Wiener Neustadt 111.
Stadtrechtsbuch, Wiener 111.
Stadtrichter 124.
Stadtverweisung 140.
Stadtvogteien 122.
Stammesbildung 69.
Stammeserbfolge 34.
Stammesherzogtum 90, 120.
Stammeskönigtum 73.
Stammespfalzgrafen 120.
Stammesrecht 72.
Stammgüter 36, 249.
— (bona stemmatica oder aviatica) 249.
— Erbfolge 300.
Ständekampf 322 f.
Ständewesen 71, 101, 153 ff.
Standrechtsbuch der Stadt Freiberg in der Mark Meißen 111.
Stapelrecht 124.
Status civitatis 411.
— familiae 411.
— libertatis 411.
Statuten 187.
Statuten, Hamburger 182.
— — von 1603 160.
Statutenbücher 110.
Statutenkollision 191.
Statutum in favorem principum 105, 120.
Stellvertretung 507.
— vor Gericht 98.
Sterbefall 132, 152, 154.
Sterbochse 132.
Steuern 117, 122.
Steuerpflicht 91.
Steuerwesen 124.
Stiftungen 37, 208, 429.
— Ende 216.
— privatrechtliche 215.
— unselbständige 215.
Stiftungsfreiheit 209.
Stillgerichte 129.
Stipulatio 83.
— Aquiliana 344.
— faciendi 489.
Stipulation 332, 461.
Stipulationen im fremden Namen 512.
Strafablösungsrecht 126.
Strafgewalt des Staates 95.
Strafhaft 95.
Strafknechtschaft 95.
Strafen, öffentliche 125.
— peinliche 95, 170.
— verstümmelnde 170.
Strafrecht 125.
— staatliches 56.
Strafversprechen 490.
Strandrecht 207.
Streurechen 253.
Stundung 486.
Stuofa 91.
Stuprum 422.
Suadere 336.
Subjektwechsel im Schuldverhältnis 476.
Subinfeudatio per dationem 245.
— per oblationem 244.
Subjektives Recht 192.
Subjektlose Rechte 192.
Subscriptio 354.
Subsidia caritativa 168.
Substitution 526.
Substitutus substituto substitutus instituto 526.
Successio ex pacto et providentia maiorum 246, 250.
— ordinum et graduum 527.
Suffectio 349.
Suffragium 333.
Sühne 52.
Sühnevertrag 75, 79.
Sühngeld 126.
Sui 315.
— heredes 519.
Σύμβολα 463.
Summa de arte prosandi 113.
— legum des Raymund von Wiener-Neustadt 156.
— Perusina 392.
Summae 393.
Summus 118.
Sunnis 76.
Superficies 249, 452.
— solo cedit 359, 442.
Superfluum 491.

T.

Tabellae sponsalicium 415.
Tabu 47.
Tabula Heracleensis 338.
Tabulae honestae missionis 353.
— testamenti 369.
Taidigungen 96.
Taidinge 110.
Talionsgedanke 54.
Tat, nichtvorsätzliche 55.
— vorsätzliche 55.
Taubstumme 201.
Tausch 38, 271, 469.
Tausendschaften 73.
Teerschwelen 253.
Teilbarkeit der Leistung 473.
Teilpacht 42.
Teilrecht 144.
Teilungsprinzip 87.
Teilungssystem 282.
Teilvogtei 118.
Tercia 144.
Terentilius Arsa 324.
Termine 500.
Territorialitätsprinzip 191.
Territorialstaat 49.
Tessarae 463.
Testament 296, 522.
— einseitiges 36.
Testamenti factio 523.
— — activa 523.
— — passiva 523.
Testamentsvollstrecker 36, 197, 298.
Testamentum calatis comitiis 519.
— in procinctu 519.
— irritum 524.
— mysticum 524.
— ruptum 524.
Testator 518.
Testes rogati 407.
Testimonium comitis palatii 88.
Thaleläus 388.
Theoderich 391.

Theophilus 382, 387.
Thingatio 294.
Thinse 149.
Thomas von Aquin 3.
Thronbesteigung 87.
Thronerhebung 87.
Thronfall 115.
Thronfolge 113.
Thunginus 89.
Tierhalter, Haftung 275.
Tignum iunctum 442.
Tiroler Landesordnungen von 1526, 1532 und 1573 160.
Titienses 315.
Tobiasnächte 30.
Tod als Schuldauflösungsgrund 489.
Todbrief 138.
Todeserklärung 200.
Todesstrafe 57, 95, 125, 170.
Todfall 132.
Todgans 132.
Tortur 171.
Tote Hand 209.
Totemismus 25.
Totenstaat 46.
Totenteil 146.
Totsatzung 40, 141.
Totschlag 75.
Tot gradus quot generationes 414.
Traditio cartae 83.
— puellae 142.
Tradition 445.
Traditionspapier 262.
Traditionssymbole 134.
Transactio 486.
Translatio 537.
Trauerfrist 418.
Trauung 142, 278.
Trauungssymbole 143.
Trebatius Testa 345.
Tres partes 396.
Treueid 88.
Treuga 126.
— Dei 126.
Treugelöbnis 137.
Treuhänder 149, 197, 270, 298, 540.
Treuhänderschaft 508.
Treupflicht 88.
Treve 126.
Tribonian 381, 385.
Tribunale 170.
Tribunus militum consulari potestate 323.
— plebis 322.
— aerarius 321.
Tribus 314, 321, 334.
— rusticae 314, 321.
Tributkomitien 333.
Tributum 322.
Tributus 317.
Tridentiner Konzil 278.
Trinundinum 336.
Tripertita 344.
Triptychon 369.
Trödelvertrag 470.
Truchseß 78, 88.
Tübinger Rechtsbuch 393.
Turiner Institutionenglosse 392.
Turma 231.
Turonenses, formulae 83.
Turpitudo 423.
Tuscian 363.
Tutela impuberum 288, 332.
— legitima 423.
— usufructuaria 146.

U.

Übereignung per cartam 134.
Übergenosse 202.
Überküren 108.
Übersiebnen 130.
Überschuß 491.
Übertragung der Forderung aus Schuldverträgen 138.
Ubi rem meam invenio ibi vindico 264.
Ulpianus 365.
Ultimogenitur 300.
Umgehungsgeschäfte 409.
Umsassen 128.
Unechte Bedingungen 503.
Unechtheit 132.
Ungarisches allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch 185.
Ungefährwerk 75.
Ungeld 124.
Ungenosse 202.
Ungerechtfertigte Bereicherung 470.
Ungerichte 125.
Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte 410.
Unitas actus 407.
Universalfideikommiß 538.
Universalrechtsgeschichte 16.
Universitas 427.
Unjährige 146.
Unkörperliche Gesamtsache 223.
Unmöglichkeit der Leistung 471.
Unmündigkeit 424.
Untereigentum 233.
Unterrichtsanstalten, staatliche 211.
Unus iudex 339.
Unvordenklichkeit 196.
Upstalsbomer Verein 108.
Upstalsbomicae, leges 108.
Uradel 204.
Urgroßelternstämme 147.
Urkera 108.
Urkunde 82, 127.
Urkundenbeweis 61.
Urrecht 104.
Ursächlicher Zusammenhang 481.
Urteilsbücher 110.
Usucapio 445.
— lucrativa pro herede 531.
— pro herede 533, 535.
Usurae 474.
Usu receptio 446.
Usus 451.
— auctoritas 328.
— fori 190.
Ususfructus 450.
— iuris Germanici 252.
— hodiernus Pandectarum 157.
— modernus Pandectarum 178.
Uti legassit, ita ius esto 328.
— lingua nuncupassit, ita ius esto 328.
— rogas 336.

V.

Vacatio legis 336.
Vadi 140.
Vadimonium 132.
Vápnatak 74.
Vare 127.
Vassallität 78, 92.
Vassallus 242.
Vassi 78, 92.
Vatermagen 70, 147.
Vaterrecht 27, 30.
Vedantâphilosophie 7.
Vectigal 452.
Vektigalist 437.
Verächtlichkeit 206.
Verarbeitung 443.
Verbalverträge 461, 462.
Verbandspersönlichkeit 208, 427
Verbannung 95.
Verbindung 442.
Vereine 215, 428.
— für ideale Zwecke 215.
— ohne juristische Persönlichkeit 215.
Verfahren, artikuliertes 172.
— kammergerichtliches 172.
— vor Gericht 127.
Verfallklausel 259, 496.
Verfallpfand 40, 491.
Verfangenschaft 144.
Verfangenschaftsrecht 283.
Verfassung 72.
Verfestung 129.
Verfügung von Todes wegen 35.
Verfügungen, letztwillige 146.
Vergebungen von Todes wegen 149.
Vergeltungsrecht 54.
Vergleich 486.
Verhandlungsprinzip 75.
Verjährung 55.
Verkehrsabgaben 91.
Verknechtung, exekutive 140.
— freiwillige 140.
Verkoppelung 152.
Verlagsvertrag 273.
Verlöbnis 415.
Verlobung 142, 278.
Vermächtnis 536.
Vermächtnisvertrag 295.
Vermischung 443.
Vermögen, subjektloses 427.
Vermögensgenossenschaften 212.
Vermögensstrafen 170.

Verpfändung der Ehre 270.
— der Freiheit 132, 270.
— des Seelenheils 270.
Verordnungsbann 87.
Verschämte Ehe 30.
Verschulden 477.
Verschweigung 195.
Verschwendung 426.
Versicherungsanstalten, provinzielle 211.
— staatliche 211.
Versicherungsgeschäft 43.
Versicherungsverträge 273.
Versprechen, einseitiges 470.
Verstümmelte 201.
Verstümmelungsrecht des Gläubigers 139.
Versuch 75.
Vertrag von Verdun 843 77.
Verträge 458.
— zugunsten Dritter 270.
— zugunsten und zu Lasten Dritter 505.
Vertragsschluß durch Weinkauf 137.
Vertragsstrafe 270.
Vertrauensschaden 485.
Vertreter 196.
Vertretung, indirekte 508.
Verwahrungsvertrag 271.
Verwaltungsbann 87.
Verwaltungsgemeinschaft 143, 279, 280.
— fortgesetzte 286.
Verwaltungsverordnung 186.
Verwandlung des Gelübdes 138.
Verwandtschaft, künstliche 31.
— mit dem Pflegevater und dem Lehrer 33.
Verwandtschaftsehe, Verbot 79.
Verzug 478.
Vestitur, körperliche 134.
— unkörperliche 134.
Via 448.
Vicaria 89, 90.
Vicarius 90.
Vicecomes 90.
Viduae 317, 322.
Vieh 69.
Viehpfändung 198.
Vielmännerei 28.
Vierendeele 70.
Viertel 147.
Vifgage 259.
Villicus 100.
Vindex 318, 486.
Vindicatio usus fructus 450.
— utilis 450.
Vindikationslegat 526.
Vites succisae 329.
Vizekanzler 164.
Vocabularius iuris utriusque des Jodocus 156.
Vogt 104.
Vögte 121.
Vogteilehen 242.
Vogteipflichtigkeit 205.
Völkerschaft 72.
Völkerschaftsrat 72.
Volksrecht 80.
Volksversammlungen 333.
Vollstreckungsverfahren, richterliches 97.
Voluntarismus 6.
Volusius Maecianus 364.
Vorbann 97.
Vorbehaltsgut 280.
Voreid 96.
Vorkaufsrecht 149.
Vormund (Haftung) 478.
Vormund, geborener 79, 145.
Vormünder als Stellvertreter 508.
Vormundschaft 142, 145, 287, 423, 468.
— über Abwesende 200.
— über Toren und Sinnlose 146.
Vormundschaftsgericht 277.
Vorsprecher 127.
— des Rechtes 120.
Vorstellungstheorie 500.
Votum 470.
Vulgarrecht 79.
Vulgarsubstitution 527.
Vulgata 386, 396.

W.

Wadia 137, 139.
Wadiatio 137, 267.
Wadium 140.
Wahlkapitulation 158.
Wahlschuld 473.
Wahlversammlung 72.
Währschaftsbücher 110.
Wakf 37.
Waldgenossenschaften 211.
Waldrechte 253.
Waldwende 253.
Wandel 126.
Wandelpön 270.
Wandlungsrecht 127.
Wappen 220.
Warf 74.
Wargus 74.
Warenzeichen 220.
Warpitio 134.
Wartrechte 148.
Wassergenossenschaften 211.
— freie 237.
— öffentliche 237.
Wasserordalien 76.
Wechselehe 28.
Wegerechte 253.
Wegeverbände 211.
Weichbild, Sächsisches 181.
Weinkauf 269.
Weistümer 81, 82, 103, 109, 128.
Weichbild, sächsisches 110.
Weiderechte 253.
Weltbund 62.
Wendisch-Rügianischer Landgebrauch 182.
Weotuma 143.
Wergeld 70, 71, 74, 95, 126, 275.
Werkvertrag 272, 465.
Wer säet, der mähet 262.
Wertpapiere 224, 463.
— obligationenrechtliche 224.
— personenrechtliche 224.
— sachenrechtliche 224.
Westgermanen 69.
Weti 140.
Wetma 143.
Wette 125, 137, 272.
Wettebücher 110.
Wettvertrag 267.
Widemo 143.
Widerlage 284.
Wiederanfallsrecht 148.
— des Schenkers 135.
Wiener Konkordat 106.
Wilder Wurm 261.
Wilihelmus 394.
Willebrief 111, 139.
Willensfreiheit 8, 52.
Willenstheorie 499.
Willküren 110.
Windbrüche 253.
Winkelkind 145.
Wirtschaftliche Vereine 215.
Wirtschaftsleben 69.
Wittemo 142.
Wittum 142, 144, 145, 250, 278, 284.
Witwengerade 148.
Wizzod 71.
Wohnsitz 207.
Wolfsfrei 74.
Wormser Konkordat 99, 105, 117.
Wroge 130.
Wucher 474.
Wucherfreiheit 153.
Wüstung 74.

Y.

Ὑπεροχή 491.

Z.

Zehnten 255.
Zeichenrechte 219.
Zeibelweide 253.
Zeitpächter 100.
Zent 119.
Zentgräve 119.
Zentenaere 119.
Zentumviralgerichtshof 529.
Zenturiatkomitien 321, 333, 335.
Zenturien 334.
Zepterlehen 242.

Zeugen 76, 132.
Zeugenbeweis 61.
Zins 43.
Zinsen 271, 474.
Zinseszins 271.
Zinsgut 78.
Zinspfand 40.
Zinsverbot 271.
Zitiergesetz 377.
Zölle 91.
Zuchthäuser 171.
Zufall 479.
Zufänger 179.
Zugeordnete 166.
Zuwachs 442.
Zünfte 102, 153.
Zunftkämpfe 125.
Zustandsrechte 219.
Zwang 458.
Zwangsrechte 220.
Zwangsversicherungsgenossenschaften 211.
Zwangsvollstreckung 76, 128.
Zweck im Recht 9.
Zweckstrafe 53.
Zweikampf 61, 75, 76, 127, 130.
— gerichtlicher 96.
— der Zeugen 97.
Zwölf Tafeln 324.