

FESTSCHRIFT FÜR OTTO PETERKA

I. aea 10

FESTSCHRIFT
FÜR
OTTO PETERKA

ZUM 60. GEBURTSTAG

HERAUSGEGEBEN

IM NAMEN EINIGER FACHKOLLEGEN

VON

Franz Laufke

SEMINÁRNÍ
Hist.-práv.



KNIHOVNA
oddělení



VERLAG RUDOLF M. ROHRER

Brünn / Prag / Leipzig / Wien



HOCHVEREHRTER HERR KOLLEGE!

EINIGE IHRER FREUNDE HABEN SICH ZUSAMMENGEFUNDEN, UM IHNEN ZU IHREM SECHZIGSTEN GEBURTSTAG MIT DEN HERZLICHSTEN GLÜCKWÜNSCHEN EINE WISSENSCHAFTLICHE GABE ZU ÜBERREICHEN. WENN AUCH DER UMFANG, DEN GERINGEN MITTELN ENTSPRECHEND, NUR KLEIN IST, SO HOFFEN WIR DOCH, DASS SIE BEI IHRER ANNAHME DIE FREUNDSCHAFTLICHEN GEFÜHLE IN ANSCHLAG BRINGEN, MIT DENEN SIE DARGEBRACHT WIRD

PRAG, IM MÄRZ 1936

INHALT

Oskar Engländer

Die österreichischen Salinenscheine 1848—1899
als Vorläufer der Politik des offenen Marktes

Ernst Hoyer

Die Ehekrise und die Judikatur der Sacra Romana Rota

Franz Laufke

Schutzvorschriften im Agentenrecht

Robert Mayr

Deutsches Recht im A. B. G. B.

Egon Weiss

Die Verteilung der Vindizien und der Eigentumsschutz
bei der Legisactio sacramento in rem

Wilhelm Weizsäcker

Die Rechtsmitteilung Breslaus an Olmütz

OSKAR ENGLÄNDER / DIE ÖSTERREICHISCHEN SALINENSCHNEIDEN 1848—1899 ALS VORLÄUFER DER POLITIK DES OFFENEN MARKTES

Unter Politik des offenen Marktes verstehen wir ein Eingreifen der Notenbank in den Geldmarkt durch Kauf oder Verkauf von Wertpapieren. Das eigentliche Mittel der Notenbanken, den Geldmarkt zu regulieren, ist die Diskontpolitik, also Erhöhung und Herabsetzung des Zinsfußes bei Diskontierung von Wechseln und dementsprechend dann auch des Lombardzinsfußes. Eine solche Erhöhung oder Herabsetzung des Zinsfußes muß nun aber mit besonderer Vorsicht angewandt werden, da der Zinsfuß in der gesamten Volkswirtschaft vom Diskontsatz der Notenbank abhängt und eine Änderung des Diskontsatzes der Notenbank daher tiefgreifende Folgen auf die Volkswirtschaft hat. Rasche Änderungen des Diskontsatzes werden also nur in besonderen Ausnahmefällen bei Geld- oder Währungskrisen erfolgen. Nun kann es aber geboten erscheinen, in die Geldmarktverhältnisse einzugreifen, ohne daß man wegen der angeführten Folgen die Diskontschraube in Bewegung setzen will. Hier bedient sich nun die Notenbank der sogenannten Politik des offenen Marktes (Open-market-policy) durch An- oder Verkauf von Wertpapieren. Als solche kommen vornehmlich Staatspapiere und sogenannte Privatdiskonte in Betracht. Nehmen wir an, es herrsche auf dem Geldmarkte Geldknappheit. Dieser könnte die Notenbank in der Weise begegnen, daß sie mehr Wechsel diskontiert, was aber dadurch verhindert werden kann, daß jenes Wechselmaterial fehlt, das nach den Statuten der Bank diskontfähig ist. In diesem Falle nun kauft die Bank auf dem freien Markte Staatspapiere. Hiedurch

vermehrt sie den Notenumlauf, das Geld wird flüssiger und der Zinsfuß sinkt. Umgekehrt kann es sein, daß auf dem Geldmarkte Geldüberfluß besteht und der Zinsfuß unter den Diskontsatz sinkt. Durch die Geldfülle verliert die Bank die Herrschaft über den Geldmarkt, da sich die Wirtschaft außerhalb der Notenbank bei den Privatbanken mit Geldmitteln versorgen kann. Will nun die Notenbank das Geldangebot verringern und so die Herrschaft über den freien Markt zurückgewinnen, ohne den Diskontsatz zu senken, verkauft sie Staatspapiere und entzieht so dem Markte Geld, was zu einer Verknappung des Geldmarktes und damit zu einer Erhöhung des Zinsfußes am offenen Markt führt. Von dieser Politik des offenen Geldmarktes ist selbstverständlich der An- und Verkauf von Staatspapieren behufs Regelung ihres Kurses zu unterscheiden, wenn auch letztere Manipulation an sich die gleichen Folgen hat wie die behufs Regelung der Geldmarktverhältnisse erfolgende Veräußerung und Erwerbung von Staatspapieren.

Die Politik des offenen Marktes wird allgemein als eine Errungenschaft der jüngsten Zeit angesehen¹. Tatsächlich finden wir aber schon in früheren Zeiten Manipulationen, die der Politik des offenen Marktes sehr nahe kommen. Ein Beispiel hiefür ist die Regelung des Umlaufes der österreichischen sogenannten Salinenscheine in den Jahren 1848—1899.

Die österreichischen Salinenscheine verdanken ihre Entstehung den Finanznöten der Österreichischen Monarchie im Jahre 1848. Durch die Gründung der Österreichischen Nationalbank im Jahre 1816 war das österreichische Geldwesen nach seiner Zerrüttung durch die napoleonischen Kriege wieder in Ordnung gebracht worden und erhielt sich bis zum Jahre 1848 stabil. Die Notenbank konnte

¹ Amerikanische Bundesreservebanken seit 1922.

der Verpflichtung zur Einlösung ihrer Noten in Silber nachkommen, wobei die Stabilität des Geldwesens es wieder mit sich brachte, daß in dieser Beziehung keine übermäßigen Ansprüche an die Bank gestellt wurden. Tatsächlich jedoch war das Geldwesen unterhöhlt, und zwar durch die immer stärker werdende Beanspruchung der Notenbank durch den Staat, die schließlich 43⁰/₁₀ der Deckung des Notenumlaufes erreichte, was vor der Öffentlichkeit freilich geheimgehalten wurde. Als nun im Jahre 1848 der Staat durch innere Unruhen und einen äußeren Krieg an den Rand des Abgrundes gebracht wurde, mußte auch die Währung zusammenbrechen. Die Notenbank mußte die Einlösung ihrer Noten einstellen und hat sie bis zum Ende der Österreichisch-ungarischen Monarchie im Jahre 1918 nicht wieder aufgenommen. Das Silber erhielt ein Agio gegenüber den Banknoten, deren Menge durch Anleihen der Notenbank an den Staat stark vermehrt wurde.

Eine dieser Anleihen nun waren die sogenannten Salinenscheine. Der Staat begab 30 Mill. fl Schatzscheine mit 4, 8 und 12monatlicher Laufzeit und mit einem Zinsfuß von 5, 5¹/₂ und 6⁰/₁₀ bei der Österreichischen Nationalbank. Diese Schatzscheine erhielten eine Sicherung durch eine Hypothek auf die ärarischen Salzbergwerke und hießen offiziell Partial-Hypothekar-Anweisungen. Statt dieser umständlichen Bezeichnung bediente man sich für die Schatzscheine allgemein des Namens Salinenscheine. Die Nationalbank mußte den Gegenwert der Salinenscheine dem Staate sogleich in Banknoten ausfolgen. Es war dann Sache der Bank, die Salinenscheine auf dem Markte abzusetzen. Hierin liegt nun schon der Ansatz zu einer Politik des offenen Marktes. War nämlich der Zinsfuß auf dem Geldmarkte höher als die Verzinsung der Salinenscheine, konnten diese nicht abgesetzt werden und blieben im Portefeuille der Nationalbank. Sank aber der Zinsfuß unter die Ver-

zinsung der Salinenscheine, konnten diese veräußert werden, wodurch der Nationalbank der entsprechende Betrag an Banknoten zurückströmte, was den Geldumlauf verminderte und somit deflatorisch wirkte.

Nun hatten aber die Salinenscheine noch eine Eigentümlichkeit, die sie mit den alten englischen Exchequer-Bills vom Ende des 17. Jahrhunderts gemein hatten, denen sie auch sonst nachgebildet waren. Sie wurden nämlich bei allen Staatskassen in Zahlung angenommen und waren somit eine Art von verzinslichem Papiergeld, wenn auch ohne Zwangskurs für Private. Ein solches verzinsliches Papiergeld erscheint zunächst als ein Widerspruch in sich selbst. Denn Papiergeld soll umlaufen, vom Inhaber ausgegeben werden; in der Verzinsung aber liegt ein Anreiz, das Papiergeld nicht auszugeben, sondern es als Anlage zu behalten. Allein es liegt dem verzinslichen Papiergelde, „der irrationellsten Form des Papiergeldes“, doch ein wenigstens theoretisch nicht unrichtiger Gedanke zugrunde. Durch die Verzinsung des Papiergeldes ergibt sich nämlich ebenfalls eine Art von Selbstregulierung des Geldumlaufes. Besteht Geldfülle und daher niedriger Zinsfuß, wird ein solches Papiergeld zurückbehalten, wodurch sich die Geldmenge vermindert; besteht Geldknappheit, ergibt sich der entgegengesetzte Vorgang. Wenn sich gleichwohl verzinsliches Papiergeld nicht erhält, so liegt dies in praktischen Schwierigkeiten. Der Nennwert der einzelnen Note steigt mit dem Ablaufe der Zeit. Er muß daher von Tag zu Tag neu berechnet werden. So stieg der Nennwert der alten englischen Exchequer-Bills je 100 Pfund täglich um 3 d. Dazu tritt dann die Notwendigkeit, das verzinsliche Papiergeld nach Ablauf der Verfallszeit zur Einlösung oder Umwechslung vorzulegen. Aus diesen Gründen wird der Verkehr verzinsliches Papiergeld nicht aufnehmen, und man muß auf die Selbstregulierung des Geldumlaufes durch dieses

Mittel verzichten. Übrigens wurde der Kassenkurs der Salinenscheine schon im Jahre 1853 aufgehoben.

Bei dieser Gelegenheit wäre zu bemerken, daß das verzinsliche Papiergeld einen gewissen Gegensatz zu dem neuerdings wieder propagierten Schwundgeld bildet. Beim verzinslichen Papiergeld wächst der Nennwert mit der Dauer des Umlaufes, beim Schwundgelde soll er mit der Dauer des Umlaufes sinken. Beim verzinslichen Papiergelde herrscht die Absicht, den Inhaber zu veranlassen, es womöglich zurückzubehalten, die Verzinsung soll deflatorisch wirken; beim Schwundgeld soll die Abnahme des Nennwertes den Inhaber veranlassen, das Geld so rasch wie möglich auszugeben, es soll die Umlaufgeschwindigkeit des Geldes erhöht werden, die Nennwertverminderung soll inflatorisch wirken. Im übrigen ergibt sich beim Schwundgeld die praktische Undurchführbarkeit aus denselben Gründen, wie sie eben beim verzinslichen Papiergeld angeführt wurden. Daß sich außerdem der Zweck des Schwundgeldes, die Umlaufgeschwindigkeit des Geldes zu erhöhen, soweit dies überhaupt wünschenswert erscheint, auf anderen Wegen besser erreichen läßt, sei nur nebenbei bemerkt.

Der Betrag der ausgegebenen Salinenscheine wurde in der Folge wiederholt erhöht und schließlich im Jahre 1863 mit 100 Mill. fl nach oben begrenzt. Die entscheidende Wendung trat dann im Jahre 1866 ein. Zum vierten Male seit 1848 war es ein Krieg, der die unmittelbar bevorstehende Ordnung des Geldwesens verhinderte und durch Vermehrung des Geldumlaufes eine neuerliche Zerrüttung der Währung verursachte. Die Vermehrung des Geldumlaufes war bisher in verschiedener Weise erfolgt. Außer der unmittelbaren Inanspruchnahme der Bank bediente man sich, wie oben angeführt, auch der Ausgabe von verzinslichem Papiergelde. Im Jahre 1866 verschaffte sich der Staat das für die Krieg-

führung erforderliche Geld dadurch, daß er die Noten der Nationalbank mit kleinem Nennwert zu 1 fl und 5 fl zu Staatspapiergeld erklärte. Für die Entlastung, die dadurch auf der Passivseite der Bank entstand, mußte die Bank dem Staate Banknoten mit höherem Nennwerte ausfolgen. Nebenbei bemerkt hat auch die Tschechoslowakei bei der Ordnung des Scheidegeldumlaufes im Jahre 1932 die umlaufenden Banknoten mit kleinstem Nennwerte zu 10 Kč und 20 Kč zu Scheidegeld, also Staatsnoten, erklärt, so daß wir hierin eine Parallele zu dem Vorgange im Jahre 1866 finden. Nur wurden dem Staate im Jahre 1932 für die zu Staatsnoten erklärten Banknoten keine Banknoten höheren Nennwertes ausgefolgt, sondern der Betrag wurde von der Notenschuld des Staates an die Bank abgeschrieben. Der Zweck der Maßnahme war eben im Gegensatze zu dem analogen Vorgange im Jahre 1866 nicht der, dem Staate eine außerordentliche Einnahme zu verschaffen. Es blieb ferner im Jahre 1866 nicht nur bei der Umwandlung von Banknoten in Staatsnoten, sondern der Staat gab auch eigene Noten zu 50 fl heraus. Hiedurch stieg der Umlauf an Staatsnoten auf 300 Mill. fl und vermehrte sich später noch um 12 Mill. fl durch Umwandlung des papiernen Scheidegeldes (Münzscheine) in Staatsnoten. So war der Zustand nach Beendigung des Krieges.

Als man nun zur Ordnung des Geldwesens überging, ergab sich ein bemerkenswerter Wandel der Ansichten, der gleichfalls eine Analogie in Vorgängen der jüngsten Vergangenheit findet. Bisher hatte man getrachtet, die Vollwertigkeit des Geldes nach seiner Entwertung wieder zu erreichen, und hatte zu diesem Zwecke den aufgeblähten Geldumlauf mit großen Opfern wieder herabgesetzt. Die Folge war eine Deflationskrise in den Jahren vor 1866. Nun änderte man das Verhalten. Man war nicht mehr bestrebt, das entstandene Disagio der Währung gegenüber dem Silber zu beseitigen oder

auch nur herabzusetzen und ging daher auch nicht daran, obschon dies im Gesetze vom Jahre 1866 vorgesehen war, den Umlauf an Staatsnoten zu vermindern. An Stelle der früheren Aufwertungs- und Deflationspolitik trat eine Politik der Stabilität. Nun bestanden neben dem Staatspapiergelde noch Salinenscheine mit einem Höchstbetrage von 100 Mill. fl. Der Staat konnte diesen Betrag nicht entbehren. Andererseits hatte man keine Gewähr dafür, daß der Staat diese Schatzscheine immer zur Gänze werde absetzen können. Man fand nun einen bemerkenswerten Ausweg. Durch das Gesetz vom 27. August 1866 koppelte man den Umlauf von Staatspapiergeld und Salinenscheinen. Der Umlauf an Staatspapiergeld und Salinenscheinen sollte zusammen nicht mehr als den bisher ausgegebenen Betrag von 400 Mill. fl (später 412 Mill. fl) ausmachen. Dabei durften die ausgegebenen Salinenscheine 100 Mill. fl nicht übersteigen. Für den Fall, daß es nun nicht möglich sein sollte, diesen Betrag voll abzusetzen, wurde das Finanzministerium ermächtigt, an Stelle der nicht abgesetzten Salinenscheine Staatsnoten auszugeben. So war das finanzielle Interesse des Staates gewahrt. Gleichzeitig erzielte man aber durch diese Maßnahme — und das ist hier das Entscheidende — einen Einfluß auf die Geldmarktverhältnisse. Der Mechanismus war dabei der gleiche wie oben angeführt. War der Geldmarkt flüssig, so nahm er die Salinenscheine auf und ihr Gegenwert floß direkt oder indirekt dem Staate in Form von Staatsnoten zu, wodurch dem Geldmarkte Geld entzogen wurde. Herrschte Geldknappheit, wurden Salinenscheine nicht abgesetzt und ihr Betrag durch Ausgabe von Staatsnoten ersetzt, wodurch das Geldanbot vermehrt wurde. Es trat also eine Selbstregulierung des Geldmarktes ein. Die Finanzverwaltung wirkte auf diese Selbstregulierung nur dadurch ein, daß sie den Zinsfuß der Salinenscheine entsprechend ansetzte.

Der Zinsfuß der Salinenscheine mit kürzester Laufzeit (6, 4, 3 Monate) betrug:

Jahr	Laufzeit	%	Jahr	Laufzeit	%	Jahr	Laufzeit	%
1848/53	4 Mon.	5%	1865/66	4 Mon.	5½%	1880/85	6 Mon.	3½%
1852/58	4 "	4½%	1866/68	4 "	4½%	1885/91	6 "	3%
1853/60	6 "	5%	1868/72	4 "	4%	1888/91	3 "	2½%
1860/61	6 "	5½%	1872/74	4 "	4½%	1892/94	3 "	2½%
1861/63	4 "	5½%	1874	4 "	4%	1894/99	3 "	3%
1863	4 "	5%	1874	6 "	4½%	1899/1900	3 "	4%
1863/65	4 "	4½%	1874/80	6 "	4%			

Der Umlauf an Salinenscheinen betrug (in Mill. fl.):

Ende des Jahres	im Umlauf	Ende des Jahres	im Umlauf	Ende des Jahres	im Umlauf
1866	100,0	1878	48,0	1890	41,6
1867	99,0	1879	99,0	1891	33,0
1868	98,5	1880	84,0	1892	68,0
1869	90,5	1881	91,5	1893	40,0
1870	60,0	1882	60,5	1894	38,6
1871	38,0	1883	61,0	1895	41,0
1872	36,0	1884	58,0	1896	44,0
1873	68,0	1885	74,0	1897	63,0
1874	67,0	1886	68,0	1898	43,6
1875	65,5	1887	74,6	1899	36,0
1876	56,5	1888	75,0		
1877	66,0	1889	55,0		

Es ergeben sich also beträchtliche Schwankungen. Bemerkenswert ist insbesondere der geringe Stand in den Jahren 1871 und 1872, was offenbar mit der Hochkonjunktur dieser Jahre und dem durch diese verursachten Geldbedarf zusammenhängt.

Umlauf an (Mill. fl.):

Ende des Jahres	Banknoten	Staatspapiergeld	Salinenscheinen	Staatspapiergeld + Salinenscheine
1866	284,0	215,8	100,0	315,8
1870	296,9	352,1	60,0	412,1
1873	358,9	344,0	68,0	412,0
1878	288,8	364,0	48,0	412,0
1883	380,5	351,0	61,0	412,0
1888	426,7	336,8	75,0	411,8
1893	486,6	372,1	40,0	412,1

Durch die Selbstregulierung unterschied sich diese Art von offener Marktpolitik von der heute von den Notenbanken befolgten gleichartigen Politik. Die Notenbanken können frei entscheiden, ob sie durch An- oder Verkauf von Staatspapieren den Geldmarkt verflüssigen oder verknappen wollen. Sie können ferner die Mittel, die sie dem Geldmarkte durch Verkauf von Staatspapieren entziehen, diesem im Wege des normalen Diskontgeschäftes wieder zuführen. Das entfällt bei der durch Koppelung von kurzfristigen Staatsanleihen und Staatspapiergeld erfolgenden Geldmarktpolitik. Hier sind es lediglich die Bedürfnisse des Geldmarktes, die — innerhalb der festgesetzten Grenzen — die Höhe des Geldumlaufes bestimmen.

Durch die Koppelung von Staatspapiergeld und Salinenscheinen sorgte die Finanzverwaltung für eine Elastizität des Geldmarktes und ergänzte so die auf das gleiche Ziel gerichtete Tätigkeit der Notenbank. Es war dies um so mehr erforderlich, als der Umlauf an Staatspapiergeld im Verhältnis zu dem an Banknoten sehr beträchtlich war. Hätte man ersteren starr gehalten, wäre die Aufgabe, die Elastizität des Geldumlaufes aufrecht zu erhalten, voll auf die Notenbank gefallen, was mit Schwierigkeiten verbunden gewesen wäre.

Die Koppelung von Staatspapiergeld und Salinenscheinen dauerte bis zum Jahre 1899. Sie fand ihr Ende mit dem Übergange Österreich-Ungarns zur Goldwährung. An Stelle des Guldens österreichischer Währung, der noch immer nominell in Silber ausgedrückt war, obschon seine Kaufkraft den Wert des in einem Silbergulden enthaltenen Silbers längst überschritten hatte, trat die in Gold definierte österreichisch-ungarische Krone mit einem Umrechnungsverhältnisse (rekurrenten Anschluß) von 2 K = 1 fl. Die Staatsnoten wurden eingezogen und durch Banknoten ersetzt, wogegen der Bank die entsprechende Menge Goldes

zukam. Damit war die Notenbank in die Lage versetzt, den Geldmarkt selbst zu regulieren; es entfiel die Notwendigkeit einer Koppelung von Notenumlauf und Umlauf an Salinenscheinen.

Zunächst wurden im Jahre 1894 200 Mill. fl Staatsnoten eingezogen und bei dieser Gelegenheit der Höchstumlauf an Salinenscheinen vorerst auf 70 Mill. fl und später auf 49·5 Mill. fl eingeschränkt. Mit 1. November 1899 wurde dann anlässlich der Einziehung der restlichen Staatsnoten der Zusammenhang zwischen Staatsnoten und Salinenscheinen endgiltig gelöst. Die zu diesem Zeitpunkte an Stelle von Salinenscheinen umlaufenden Staatsnoten im Betrage von 13·3 Mill. fl wurden durch neu ausgegebene Salinenscheine ersetzt. So wurden die Salinenscheine zu einer normalen schwebenden Schuld des Staates und überdauerten mit 87 Mill. K den Weltkrieg.

Ihr Erlöschen gab noch Anlaß zu einem interessanten Rechtsstreite, der zu ihrer Entstehung zurückführt. Nach dem Friedensvertrage von St. Germain hatten von den sichergestellten Staatsschulden Österreich-Ungarns die einzelnen Nachfolgestaaten jene Staatsschuld zu übernehmen, deren Pfandobjekte sich auf ihrem Gebiete befanden. Dementsprechend wurde ausgesprochen, daß die Salinenscheine — im Hinblick auf die Lage der staatlichen Salzbergwerke — eine Schuld der neu entstandenen Republik Österreich darstellten. Österreich protestierte und verwies darauf, daß die angeführte Bestimmung sich offenbar nur auf solche Staatsschulden beziehe, die zugunsten eines bestimmten Pfandobjektes aufgenommen und auf dieses sichergestellt wurden, also insbesondere um Schulden aus der Verstaatlichung von Eisenbahnen. Die Salinenscheine aber seien eine Gesamtschuld des alten Österreich gewesen und hätten mit den Salinen, die als Pfandobjekte für sie dienten, nichts zu tun. Der Protest der Republik

Österreich wurde von der Reparationskommission zurückgewiesen, die sich an den Wortlaut des Friedensvertrages hielt. — Die Salinenscheine wurden dann durch eine Kundmachung des österreichischen Finanzministeriums im Jahre 1924 eingezogen.

Durch den Untergang der Österreichisch-ungarischen Monarchie, die Entstehung von Währungen in den Nachfolgestaaten auf völlig neuer Grundlage und den dadurch bedingten Bruch der Tradition ist das Interesse für die österreichische Geldgeschichte sehr geschwunden, obschon diese Geschichte Tatsachen enthält, die nicht nur an sich von hohem historischen Interesse sind, sondern auch für die Beurteilung der gegenwärtigen Währungsverhältnisse Bedeutung haben. Auf diese Geldgeschichte durch Hinweis auf eine ihrer bemerkenswertesten Episoden aufmerksam zu machen, war Zweck dieser Zeilen.

Literatur

- J. M. Keynes, „Vom Gelde“: Die Politik des offenen Marktes, S. 500 und 596 ff., München und Leipzig 1932.
- Österr. Staatswörterbuch, Art. Geld, C. Mensi, Papiergeld (bis zum Beginne der Valutaregulierung); D. Spitzmüller, Valutareform und Währungsgesetzgebung.
- ebenda Raudnitz, Art. Partial-Hypothekar-Anweisungen.
- Handwörterbuch der Staatswissenschaften, 3. u. 4. Aufl., Art. Schatzscheine: England, Österr.
- Compaß, Finanzielles Jahrbuch, Österr., Jahrgang 1925.
- Zuckerkaudl, Art. Bank, Österr.-Ung., Handwörterbuch der Staatswissenschaften, 3. Aufl.
- Philippovich, Die Bank von England im Dienste der Finanzverwaltung des Staates, Wien 1885, S. 59 ff.
- Palgrave, Dictionary of political economy, Art. Exchequer-Bills.

ERNST HOYER / DIE EHEKRISE UND DIE JUDIKATUR DER SACRA ROMANA ROTA

Der hochgeschätzte Jubilar hat meine Arbeiten aus dem Eherechte mit soviel Anteilnahme verfolgt, daß es nur angemessen erschien, demselben Teilgebiete des Kirchenrechtes auch den Vorwurf für die Abhandlung zu entnehmen, welche einen kleinen Beitrag zur literarischen Ehrung Professor Otto Peterkas bilden möge. Und so soll im folgenden aufgezeigt werden, wie sich in der Judikatur der Sacra Romana Rota, des obersten Berufungsgerichtes der römisch-katholischen Kirche, die heute herrschende Ehekrise widerspiegelt; wie allein schon die kurzen Angaben der in den letzten Jahren in den Acta Apostolicae Sedis veröffentlichten Tätigkeitsberichte der Rota erkennen lassen, daß wir nicht zu unrecht von einer Ehekrise sprechen und worin diese Ehekrise ihren Ausdruck findet. Mit dieser Abgrenzung unserer Aufgabe ist aber auch bereits begründet, weshalb es sich im folgenden erübrigt, sich mit dem Schrifttum im besonderen auseinanderzusetzen, welches gerade hinsichtlich aller Fragen der Eheform schier unübersehbar geworden ist.

Diese Tätigkeitsberichte der Sacra Romana Rota enthalten allerdings hinsichtlich der Prozesse, in denen Endurteile, *sententiae definitivae*, erflossen, nur die Namen der Rotarichter des betreffenden Turnus *Rotalis*, des *Vinculi Defensor deputatus* oder des *Promotor Justitiae* und des oder der *Advocati*, weiter den Streitgegenstand und das *Dubium*, also den formulierten Streitpunkt (*can. 1728 Cod. iur. can.*), dann die datierte Sentenz — jedoch *tantum in parte dispositiva* — und schließlich in manchen Fällen die Diözese, aus welcher die Rechtssache an die Rota gebracht

worden war; hinsichtlich der anderweitig erledigten Prozesse wird nur die Streitsache bezeichnet und der Name des Referenten sowie die getroffene Verfügung (mit kurzer Begründung) erwähnt. Deshalb scheint auch die Annahme, man könnte aus dem Wenigen, das heute über die Tätigkeit eines Gerichtshofes der römischen Kurie veröffentlicht wird, Schlüsse mit allgemeiner Geltung, Schlüsse gar für das Eheproblem überhaupt ziehen, im ersten Augenblicke wohl etwas kühn. Es darf aber nicht übersehen werden, daß Umstände, die den Bestand der Ehe überhaupt, also jeder vom Rechte anerkannten Geschlechtsverbindung (vgl. m. Abh. Die Ehen minderen Rechts in der fränkischen Zeit, Brünn 1926, S. 9), gefährden, im Grunde die nämlichen sind wie die, welche sich dem Zustandekommen einer Ehe zwischen katholischen Christen in den Weg stellen. Es wird ja doch wohl keinem ernstlichen Zweifel unterliegen können, daß die Lehre der katholischen Kirche über die Ehe, wie neuerdings G. H. Joyce (Die christliche Ehe. Eine geschichtliche und dogmatische Studie, Leipzig 1934, S. 11, 12) hervorgehoben hat, „auch heute eine lebendige Macht ist, die für viele Millionen Menschen, nicht nur in Europa, sondern in allen Teilen der Welt, den Glauben bestimmt und das Handeln lenkt“, und daß „das kanonische Recht über die Ehe einen sehr viel weiteren Einfluß ausübt, als jemals im Mittelalter“; ungeachtet des „ungeheueren Wechsels“, der in der öffentlichen Meinung Europas und Amerikas über das überlieferte christliche Eheideal seit dem Beginne des 19. Jahrhunderts stattgefunden und der dazu geführt hat, daß — wie Papst Pius XI. im Anschlusse an die „klassische Eheenzyklika“ Leo XIII. „Arcanum divinae sapientiae“ vom 10. Feber 1880 (vgl. Codicis iuris canonici Fontes cura Petri Card. Gasparri editi, Romae 1925, III, n. 580) in seiner groß angelegten Enzyklika „Casti connubii“ vom 31. Dezember 1930 (A. A. S. XXII, 539—592, 604) sagt — „so

viele Menschen . . . die erhabene Heiligkeit der Ehe entweder gar nicht mehr kennen oder schamlos leugnen oder gar, von den falschen Grundsätzen einer neuen, aber ganz verkehrten Sittenlehre ausgehend, aller Orten mit Füßen treten“ (vgl. u. a. die Ausgabe von A. Huber, 3. Aufl., München 1934, S. 5, 6). Diese „errores de matrimonio christiano“, gegen welche bereits Papst Pius IX. im § VIII (propos. LXV.—LXXIV.) des mit der Enzyklika „Quanta cura“ vom 8. Dezember 1864 (Acta Pii Papae IX, vol. III., p. 687 sq.) verlautbarten „Syllabus complectens praecipuos nostrae aetatis errores . . .“ (ebenda, p. 701 sq.) kraftvoll Stellung genommen hatte, „die Vergehen und Sünden der Menschen“, sind nach Ansicht des Oberhauptes der katholischen Kirche (siehe die Enzyklika Pius XI. „Casti connubii“) auch die Ursachen dafür, daß „das Fundament“, auf dem „das Staatswohl und das irdische Glück der Menschen“ beruhen, „die sittliche Ordnung“, ins Wanken zu geraten und daß „der Quell“ verschüttet zu werden droht, „aus denen der Staat entspringt“, „die Ehe und die Familie“ (Huber, S. 67).

Daß „diese gefährlichen Irrlehren und verderbten Sitten sich auch unter den Gläubigen breit zu machen begonnen haben und sich immer tiefer einzudrängen suchen“ (ebenda, Huber, S. 6), das lassen die Eheprozesse, welche vor der Sacra Romana Rota zur Entscheidung kommen, leider deutlich erkennen. Aber nicht zu diesem Ende allein sollen im folgenden die Tätigkeitsberichte der Rota aus den letzten Jahren (1931, 1932, 1933, 1934) erörtert werden, sondern um auf Grund eines durchaus verläßlichen Zahlenmaterials feststellen zu können, welches die vorwiegenden Ursachen für die Anfechtung der Gültigkeit und für die Ungültigkeitserklärung einer Ehe waren. Zahlenmäßige Feststellungen, welche auch allen denen, welchen die Ausführungen der oben genannten päpstlichen Enzykliken nicht maßgebend sind oder nicht hinlänglich begründet scheinen,

zumindest klare Rückschlüsse gestatten auf die Gründe der heute zweifellos bestehenden Ehekrise.

Um diese aus den Tätigkeitsberichten der Sacra Romana Rota sich ergebenden zahlenmäßigen Feststellungen aber entsprechend werten zu können, wird man die Bedeutung wie den Wirkungskreis und die Zuständigkeit dieses päpstlichen Gerichtshofes wohl zu beachten haben, wie sie von Papst Pius X. mit der Konstitution „Sapienti consilio“ vom 29. Juni 1908, tit. II, n. 2 (A. A. S. I, 15), und in der gleichzeitig erlassenen Lex propria Sacrae Romanae Rotae et Signaturae Apostolicae, tit. I, cap. II (A. A. S. I, 23, 24), festgesetzt wurden (siehe darüber u. a. F. Egon Schneider, Die römische Rota, 1. Bd., Paderborn 1914 [22. Heft d. Veröffentl. d. Sekt. f. Rechts- u. Sozialwissenschaft d. Görres-Ges.], bes. S. 169 ff.; Franciscus Xav. Wernz-Petrus Vidal, Jus Canonicum, tom. VI., Romae 1928, p. 113 sq.) und wie sie — diesen Anordnungen entsprechend — im Codex iuris canonici (can. 259, 1598—1601) dekretiert sind. [Über die Organisation der Rota siehe auch die Lex propria Rotae et Signaturae Apostolicae, tit. I, cap. I (A. A. S. I, 20 sq.), den Ordo servandus in Sacris Congregationibus Tribunalibus Officiis Romanae Curiae vom 29. Juni 1908 (A. A. S. I, 36 sq.) und die Regulae servandae in iudiciis apud Sacrae Romanae Rotae Tribunali vom 2. August 1910 (A. A. S. II, 783 sq.), welch' letztere — mit Rücksicht auf die Bestimmungen des Codex iuris canonici — novelliert wurden durch die Normae S. Romanae Rotae Tribunalis vom 22. Juni 1934 (A. A. S. XXVI, 449 sq.), bes. tit. I und II].

Was nun die örtliche Zuständigkeit der Sacra Romana Rota anlangt, so ist diese insofern unbeschränkt, als die Rota zuständig ist für die ganze lateinische Kirche, also auch für die Missionsländer. [Die ordine iudiciario zu entscheidenden Rechtssachen der orientalischen Kirche sind

der S. Congregatio pro Ecclesia Orientali zugewiesen (can. 257 §§ 1, 2 Cod. iur. can.), welche sie ad tribunal remittet quod ipsa Congregatio designaverit (can. 257 § 3 Cod. iur. can.)] — Die sachliche Zuständigkeit der Rota ist allerdings in verschiedener Richtung eingeschränkt. Festzuhalten ist jedoch, daß die Sacra Romana Rota der ordentliche oberste Appellationsgerichtshof der römisch-katholischen Kirche für alle Zivil- und Strafsachen ist, die nicht im Verwaltungs-, sondern auf prozessuaalem Wege (ordine iudiciario) zu erledigen sind (vgl. u. a. Eduard Eichmann, Das Prozeßrecht des Codex Iuris Canonici, Paderborn 1921, S. 63). Als solcher entscheidet die Sacra Romana Rota in zweiter Instanz in Rechtssachen, über welche in erster Instanz das Gericht eines Ordinarius geurteilt hatte und die ad Sanctam Sedem per appellationem legitimam deferantur (can. 1599 § 1 n. 1 Cod. iur. can.), und in dritter und letzter Instanz in Rechtssachen, über welche von ihr selbst oder von anderen kirchlichen Gerichten in zweiter Instanz das Urteil gefällt worden war (can. 1599 § 1 n. 2 Cod. iur. can.); außerdem hat die Rota aber aus eigenem Rechte auch in erster Instanz zu entscheiden und zwar in den im can. 1557 § 2 Cod. iur. can. aufgezählten Belangen: Zivilklagen gegen Residenzialbischöfe (abgesehen von den im can. 1572 § 2 Cod. iur. can. aufgezählten Rechtsfällen) und Rechtssachen von Diözesen und anderen kirchlichen juristischen Personen, welche dem Papste unmittelbar unterstehen, wie exemte religiöse Genossenschaften, Klosterverbände u. a. Von dieser Kompetenz der Sacra Romana Rota sind aber kraft Gesetzes ausgenommen die dem Papste selbst als causae maiores (can. 220 Cod. iur. can.) vorbehaltenen Strafklagen gegen Titular- und Residenzialbischöfe (can. 1557 § 1 n. 3 Cod. iur. can.), sowie Zivil- und Strafklagen gegen Staatsoberhäupter, deren Söhne, Töchter und Thronfolger (can. 1557 § 1 n. 1 Cod. iur. can.),

gegen Kardinäle (can. 1557 § 1 n. 2 Cod. iur. can.) und gegen Legaten des Apostolischen Stuhles (can. 1557 § 1 n. 3 Cod. iur. can.); vgl. dazu auch can. 2227 § 1 Cod. iur. can. Der Papst kann allerdings die Entscheidung auch in diesen, ihm selbst vorbehaltenen Rechtsfällen der Rota überweisen, und dasselbe gilt für jene Rechtsfälle, welche der Papst aus eigener Initiative oder auf Bitten einer Partei vor seinen Gerichtshof gezogen hat (can. 1557 § 3, 1569 § 1 Cod. iur. can.); hier entscheidet die Rota als delegiertes Gericht in erster und — wenn im Überweisungsdekrete nichts anderes bestimmt ist — auch in zweiter und dritter Instanz (vgl. Eichmann, Prozeßrecht, S. 64). Ausgenommen von der Kompetenz der Rota sind schließlich noch jene Rechtssachen, deren Entscheidung vom Gesetze den Kongregationen überwiesen wurde. So hat über das Delikt der Haeresie oder des Haeresieverdacht (can. 247 § 2 Cod. iur. can.; Ordo servandus, Norm. pec., cap. VII art. 1 n. 6, A. A. S. I, 78, 79), ferner in Sachen des privilegium Paulinum (can. 1120, 1962 Cod. iur. can.), des impedimentum disparitatis cultus (can. 1070 Cod. iur. can.) und des impedimentum mixtae religionis (can. 1060 Cod. iur. can.) die S. Congregatio S. Officii zu entscheiden (can. 247 § 3 Cod. iur. can.); in Sachen nichtvollzogener Ehen (can. 1962 Cod. iur. can.) und der Ungültigkeit von Weihen (can. 1993 sq. Cod. iur. can.) ist die S. Congregatio de disciplina Sacramentorum zuständig (can. 249 § 3 Cod. iur. can.; Ordo servandus, Norm. pec., cap. VII art. II n. 11, A. A. S. I, 87, 88); die Selig- und Heiligsprechungsprozesse (can. 1999—2141 Cod. iur. can.) fallen in die Kompetenz der S. Congregatio Sacrorum Rituum (can. 253 § 3 Cod. iur. can.) und für Prozesse über die Ungültigkeit einer Profese (can. 586 § 3 Cod. iur. can.) ist die S. Congregatio negotiis religiosorum praeposita zuständig (can. 251 § 2 Cod. iur. can.). Das Hl. Offizium kann die Streitsachen,

die sich auf das Privilegium Paulinum oder auf die Enehinder-nisse der Kultus- und der Religionsverschiedenheit beziehen (can. 247 § 3 Cod. iur. can.), und ebenso kann die Sakramentenkongregation die Streitsachen, welche die nichtvollzogenen Ehen betreffen (can. 249 § 3 Cod. iur. can.), allerdings der Rota zur Entscheidung überweisen. Es scheint die Tendenz aber keineswegs dahin zu gehen, denn eine Entscheidung des Hl. Offiziums vom 18. Jänner 1828 (A. A. S. XX, 75) hat ausdrücklich festgestellt, daß Eheprozesse jeder Art, welche zwischen einer katholischen und einer nicht-katholischen Partei geführt werden, ausschließlich vor das Forum des Hl. Offiziums gehören (vgl. Nikolaus Hilling, Die Entscheidung des Hl. Offiziums vom 18. Januar 1928 über seine Kompetenz in Ehesachen, im Archiv f. kathol. Kirchenrecht, 108. Bd., S. 537 ff.). Die sachliche Kompetenz der Rota ist demnach gerade in Ehesachen eingengt und beschränkt sich in diesen Belangen mehr oder weniger auf Berufungsentscheidungen in Ehescheidungs- und Ehenichtigkeitsstritten. In allen diesen Prozessen entscheidet die Rota aber in letzter Instanz, außer in den Fällen einer Nichtigkeitsbeschwerde (can. 1892 Cod. iur. can.) gegen ein Zwischen- oder Endurteil der Rota (can. 1603 § 1 n. 3 Cod. iur. can.) oder eines Rekurses gegen ein Urteil der Rota, mit dem die neuerliche Verhandlung einer Ehesache abgelehnt wurde (can. 1603 § 1 n. 5 Cod. iur. can.), in welchen Fällen für die ganze lateinische Kirche das Supremum Signaturae Apostolicae Tribunal (can. 259, 1602 sq. Cod. iur. can.) zu urteilen hat; dessen übrige Kompetenz in den can. 1603 § 1 n. 1, 2, 4, 6 § 2, 1604 §§ 1, 2, 1612 § 2, 1614 § 1, 1625 § 1 Cod. iur. can. dekretiert ist. [Für das Verfahren bei der Rota, das in diesem Zusammenhange weiter nicht von Bedeutung ist, kommen vor allem die cap. I und III der Lex propria Rotae (A. A. S. I, 20 sq., 24 sq.) und (gemäß cap. VIII art. II dieses

Gesetzes) der Ordo servandus, Norm. gen., cap. X, und Norm. pec., cap. I—V (A. A. S. I, 53 sq., 59—77, 102) sowie die Regulae servandae apud Rotae Tribunal (A. A. S. II, 783 sq.) in Betracht, soweit deren Bestimmungen nicht durch jene des Codex iuris canonici abgeändert (can. 243 § 1, 1555 § 2, 1604 § 2 Cod. iur. can.) und durch tit. I und III der Normae S. Romanae Rotae Tribunalis (A. A. S. XXVI, 451 sq., 466 sq.) ersetzt wurden.]

Wir haben in den Entscheidungen der Sacra Romana Rota also oberstgerichtliche Entscheidungen vor uns, die nicht nur durch ihre Entscheidungsgründe hervorragende Bedeutung für die kirchlichen Gerichte und die kanonistische Jurisprudenz besitzen (siehe Johannes Hollnsteiner, Die Spruchpraxis der S. Romana Rota in Ehenichtigkeitsprozessen seit Geltung des C. J. C., Freiburg im Br. 1934, S. 6), sondern auch allein schon mit Rücksicht auf das zur Entscheidung stehende Dubium, und den gefällten Urteilspruch von hohem rechts- und staatswissenschaftlichem Interesse sind. Und so sehr wir es mit Petrus Card. Gasparri (Tractatus canonicus de matrimonio, edit. nova, Città del Vaticano 1932, vol. II, p. 65 n. 1) bedauern, daß die Urteile der Rota nicht mehr in den Acta Apostolicae Sedis veröffentlicht werden, sowenig angebracht es uns auch scheint, daß die, seit dem Jahre 1912 in Rom erscheinende offizielle Sammlung der in jedem Jahre (seit 1909) ergangenen Rota-Urteile, die S. Romanae Rotae Decisiones seu Sententiae, quae juxta Legem propriam et Const. „Sapienti consilio“ Pii PP. X prodierunt... cura ejusdem S. Tribunalis editae, mit dem 16. Bande, welcher die Entscheidungen des Jahres 1924 enthält, abgeschlossen wurde (vgl. Bernardo Lijdsman, Introductio in ius canonicum, Hilversum in Holl. 1929, vol. II., p. 406, 407, und Hollnsteiner, Spruchpraxis, S. 6), so sehr müssen wir es begrüßen, daß durch die alljährlich in den Acta Apostolicae

Sedis veröffentlichten Tätigkeitsberichte der Sacra Romana Rota wenigstens das Dubium und die gefällte Sentenz oder der Gegenstand und die Art der Erledigung der bei der Rota anhängigen Rechtsstritte weiteren Kreisen mitgeteilt werden.

So sind wir in der Lage auf Grund der in den Acta Apostolicae Sedis (XXIV, 84—100; XXV, 85—101; XXVI, 110—129; XXVII, 170—196) abgedruckten Tätigkeitsberichte in der auf Seite 22 abgedruckten Tabelle I eine Übersicht über alle Prozesse zu geben, die in den Jahren 1931 bis 1934 teils von der Rota durch definitiva sententia (can. 1868 § 1 Cod. iur. can.) erledigt wurden, teils „transactae fuerunt, vel peremptae, vel... absque definitiva sententia, ex peculiaribus circumstantiis, finem habuerunt“ (einschließlich der „decreta quoad recursus contra libellorum reiectionem“), wobei es der Gegenstand der Abhandlung erforderlich machte, bei der Einteilung der einzelnen Rubriken dieser, wie auch der anderen, der Abhandlung beigefügten Tabellen auf die oft ungenauen Angaben der Dubia Bedacht zu nehmen.

Diese Übersicht läßt nun deutlich erkennen, daß die Rota sich vor allem mit Ehenichtigkeitsprozessen zu befassen hat, machten diese doch in den Jahren 1931 und 1932 rund vier Fünftel (86·2% und 77·5%) der gesamten Gerichtsagenden aus. Im Jahre 1933 stieg die Zahl der von der Rota erledigten Ehenichtigkeitsprozesse von 69 auf 92 und im Jahre 1934 fast auf das Doppelte (130), während die Zahl der übrigen Prozesse — wir können „Prozeß“ und „Prozeßerledigung“ synonym gebrauchen, weil die Tätigkeitsberichte nur die erledigten Rechtsstritte ausweisen und nur in je einem Falle der Jahre 1933 und 1934 (A. A. S. XXVI, 124, n. LXXXVI, und A. A. S. XXVII, 187, n. LXXXV) im selben Jahre in einem und demselben Rechtsstritte zwei Urteile der Rota erflossen sind — ungefähr die gleiche

Tabelle I

Rubrik	Rechtssache	1931		1932		1933			1934			Anmerkung		
		Anzahl der Prozesse durch Endurteil in anderer Weise	erledigt	Anzahl der Prozesse durch Endurteil in anderer Weise	erledigt	Anzahl der Prozesse durch Endurteil in anderer Weise	erledigt		Anzahl der Prozesse durch Endurteil in anderer Weise	erledigt				
							durch Endurteil	in anderer Weise		durch Endurteil	in anderer Weise			
1	Strafsachen	4	1	3	4	2	2	1	1	1	1			
2	Vermögensrechte. .	4	2	2	5	3	2	4	2	2	3	2	1	
3	Patronats- und Präsentationsrechte .							1	—	1	—	—		
4	Andere Berechtigungen.	3	1	2	3	2	1	—	—	—	1	1	—	
5	Grenzen von Pfarrsprengeln				1	—	1	—	—	—	1	1	—	
6	Aufhebung eines Schiedsspruches .	1	1	—	—	—	—	1	1	—	—	—	—	
7	Ehescheidung . . .	—	—	—	3	1	2	—	—	—	1	—	1	
8	Ansuchen um Dispens vom matrimonium ratum et non consummatum	—	—	—	1	1	—	1	1	—	—	—	—	Gemäß can. 249 § 3 Cod. iur. can. von der S. Congr. Sacr. überwiesen
9	Nichtigkeit einer Ehe	75	56	19	69	51	18	92 ¹	71 ¹	21	130 ¹	92 ¹	38	¹ In einem Prozesse erlassen im selben Jahre zwei Urteile
10	Wiedereinsetzung in den vorigen Stand	—	—	—	1	—	1	—	—	—	1	—	1	
11	Inzidentstritte . . .	—	—	—	2	—	2	2	—	2	3	2	1	
12	Zusammen	87	62	25	89	60	29	102	76	26	141	99	42	

blieb, wie in den Vorjahren; die Ehenichtigkeitsprozesse machten in den Jahren 1933 und 1934 mehr als neun Zehntel aller von der Rota zuendegeführten Prozesse aus (90·2% und 92·2%).

Nun ist ja wohl richtig, daß der kirchliche Eheprozeß ausnahmsweise auch bei zwei gleichlautenden, die Ungültigkeit einer Ehe bestätigenden Urteilen noch eine Berufung des Defensor vinculi an eine dritte Instanz vorsieht (vgl. Eichmann, Prozeßrecht, S. 218, 219), doch diese prozessuale Bestimmung allein kann ein Überwiegen der Ehenichtigkeitsprozesse über die anderen Gerichtsagenden von solchem Ausmaße natürlich nicht erklärlich machen. Der Grund muß offenbar darin liegen, daß von allen, im can. 1553 § 1 Cod. iur. can. aufgezählten Zivil- und Strafsachen, über welche die Kirche ihre ausschließliche Zuständigkeit aus eigenem Rechte beansprucht (vgl. dazu Eduard Eichmann, Lehrbuch des Kirchenrechts auf Grund des Codex Iuris Canonici, 4. Aufl., Paderborn 1934, 2. Bd., S. 198 ff.), gerade den Ehesachen eine ganz besondere praktische Bedeutung zukommt.

Und was dieses ungeheure Anwachsen der Ehenichtigkeitsprozesse gerade in den Jahren 1933 und 1934 anlangt, so läßt sich dieses wohl nur dadurch erklären, daß — wie Papst Pius XI. in seiner Enzyklika „Casti connubii“ betonte — „in dem feierlichen, glücklich getroffenen Abkommen zwischen dem Heiligen Stuhle und dem Königreich Italien auch bezüglich der Ehe eine friedliche Regelung und ein freundschaftliches Zusammenarbeiten festgesetzt wurde. Ganz entsprechend der glorreichen Geschichte und den ehrwürdigen Überlieferungen des italienischen Volkes“ (Huber, S. 69). Der Papst nimmt hier nämlich Bezug auf das „Concordato fra la Santa Sede e l'Italia“ vom 11. Feber 1929 (A. A. S. XXI, 275—290; Raccolta ufficiale delle leggi e dei decreti del regno d'Italia, anno VII, vol. IV,

n. 1503, p. 3992—4007) und auf das italienische Ausführungsgesetz zum Konkordat („Disposizioni per l'applicazione del Concordato dell' 11 febbraio 1929 tra la Santa Sede e l'Italia, nella parte relativa al matrimonio“) vom 27. Mai 1929 (Raccolta uff. delle leggi, anno VII, vol. IV, n. 1521, p. 4026—4033). Art. 34 dieses Konkordates (A. A. S. XXI, 290; Raccolta uff. delle leggi, anno VII, vol. IV, n. 1503, p. 4004) hatte festgestellt: „Lo Stato italiano, volendo ridonare all' istituto del matrimonio, che è base della famiglia, dignità conforme alle tradizioni cattoliche del suo popolo, riconosce al sacramento del matrimonio, disciplinato dal diritto canonico, gli effetti civile“; demgemäß erkennt das italienische Gesetz in den Art. 17 und 22 (Raccolta uff. delle leggi, anno VII, vol. IV, n. 1521, p. 4031, 4032) die kirchliche Ehegerichtsbarkeit bezüglich der Ehen — insoweit sie „davanti un ministro del culto cattolico“ abgeschlossen und in die bürgerlichen Register eingetragen sind — an (vgl. auch Johannes Linneborn, Grundriß des Eherechts nach dem Codex Iuris Canonici, 5. Aufl., Paderborn 1933, S. 469 Anm. 7; Adolfo Ravà, Il matrimonio secondo il nuovo ordinamento italiano, Padova 1929, p. 88 sq.). Daß diese im Jahre 1929 getroffene Verfügung sich erst im Jahre 1933 in der Judikatur der Sacra Romana Rota auswirkte, ist übrigens leicht damit zu erklären, daß die Rota mit wenigen Ausnahmen (eine solche siehe z. B. A. A. S. XXVII, 193, n. XXVIII) in zweiter oder dritter Instanz entscheidet und somit die Zeit der Erledigung solcher Ehenichtigkeitsprozesse in erster und zweiter Instanz in Betracht gezogen werden muß. Wie lange aber ein solcher Prozeß die Unterinstanzen beschäftigen kann, das läßt sich an Hand der Bestimmung des can. 1620 Cod. iur. can. wenigstens einigermaßen erschließen: „Judices et tribunalia curent ut quamprimum, salva iustitia, causae omnes terminentur, utque in tribunalis primae instantiae ultra bien-

nium non protrahantur, in tribunalis vero secundae instantiae ultra annum.“ Ganz abgesehen also von den, vom Tage nach der Bekanntgabe des Urteils laufenden zehntägigen Appellationsfristen (can. 1881 Cod. iur. can.) vergehen auch bis drei und mehr Jahre, ehe eine Nullitätsklage an die Rota gelangt, und dann wird die Verhandlung der Rechtssache bei der Rota noch Zeit in Anspruch nehmen, so daß man die Erledigung oder Entscheidung dieses päpstlichen Gerichtshofes in einer, in der zweiten Hälfte des Jahres 1929 bei einem bischöflichen Gerichte eingebrachten Ehenichtigkeitsklage vor dem Jahre 1933 schwerlich wird erwarten können. [Deshalb wird sich auch die Bestimmung des Art. VII des Konkordates zwischen dem Hl. Stuhle und der Republik Österreich vom 5. Juni 1933, demzufolge letztere u. a. (§ 3) „die Zuständigkeit der kirchlichen Gerichte und Behörden zum Verfahren bezüglich der Ungültigkeit der Ehe und der Dispens von einer geschlossenen aber nicht vollzogenen Ehe“ anerkennt (A. A. S. XXVI, 249 sq., bes. 258), bislang in der Judikatur der Sacra Romana Rota noch nicht haben zahlenmäßig auswirken können.]

Der strikte Nachweis, daß tatsächlich das italienische Gesetz von 1929 dieses außerordentlich starke Anwachsen der Ehenichtigkeitsprozesse bei der Sacra Romana Rota zur Folge hatte, wird sich allerdings schwerlich führen lassen, denn — wie als Beispiel erwähnt werden soll — bei 37 von den 130 im Jahre 1934 erledigten Ehenichtigkeitsprozessen der Rota ist im Tätigkeitsberichte der Rota nicht angeführt, aus welcher Diözese sie an das päpstliche Berufungsgericht gelangten; immerhin ist aber doch bei 21, also fast bei einem Sechstel aller im Jahre 1934 erledigter Nullitätsprozesse, bemerkt, daß sie in erster Instanz vor italienischen Ordinarien verhandelt worden waren, und schon das allein muß als eine, im Verhältnisse zu den

anderen Ländern mit überwiegend katholischer Bevölkerung ganz ungewöhnlich hohe Beteiligung an der Ehegerichtsbarkeit der Rota bezeichnet werden. Besonders wenn berücksichtigt wird, daß noch im Jahre 1932 von 69, von der Rota erledigten Ehenichtigkeitsprozessen bloß 9 aus italienischen Diözesen stammten (bei 16 Prozessen fehlte die Angabe der Diözese). Somit kann es also doch wohl keinem Zweifel unterliegen, daß der Grund für das starke Anwachsen der Nullitätsprozesse bei der Sacra Romana Rota vor allem in den Lateranverträgen des Jahres 1929 gesucht werden muß.

Dieses starke Ansteigen der Ehenichtigkeitsprozesse im Jahre 1933 war aber wohl auch mit ein Grund dafür, daß die Auditoren der Rota es für angezeigt hielten, „*novas conscribere normas, quibus plura definirentur spectantia ad constitutionem Tribunalis et ad officium Auditorum aliorumque Tribunali addictorum* (A. A. S. XXVI, 450). Daß die Zahl der Rotarichter auf (im Jahre 1934) elf erhöht (vgl. Hollnsteiner, Spruchpraxis, S. 1) und daß die stärkere Heranziehung des Hilfspersonals zur Erledigung der Gerichtsakten in den *Normae S. Romanae Rotae, tit. II cap. III und IV* (A. A. S. XXVI, 459 sq.) zum Ausdrucke gebracht wurde, war sicher eine unbedingte Notwendigkeit geworden, denn die neun *Prelati Uditori* der Sacra Romana Rota, welche der *Index Praepositorum et Officialium in Romana Curia* (A. A. S. I, 130) nennt, hätten mit den wenigen, ihnen im Jahre 1908 zugewiesenen *Officiali* und *Aiutanti di studio* gewiß eine Arbeitslast nicht bewältigen können, die das Fünf- und Dreifache dessen ausmacht, was die Tabelle II auf Grund der *Volumina I und II* der oben (S. 20) erwähnten *S. Romanae Rotae Decisiones seu Sententiae* (Romae 1912 und 1913; weitere Bände waren nicht zugänglich) an Prozeßentscheidungen der Rota in den Jahren 1909 und 1910 aufzeigt (19 und 39

Tabelle II

Rubrik	Rechtssache	1909			1910			Anmerkung
		Anzahl der Urteile	Der Klage wurde		Anzahl der Urteile	Der Klage wurde		
			—	nicht stattgegeben		—	nicht stattgegeben	
1	Strafsachen	3	—	3	3	1	2	
2	Vermögensrechte . . .	3	3	—	3	1	2	
3	Patronats- und Präsentationsrechte	2	1	1	2	2	—	
4	Andere Rechte	2	—	2	5	4	1	ius canendi missas adventicias, ius curae animarum u. a.
5	Zulässigkeit einer Eheschließung	—	—	—	1	—	1	
6	Ehescheidung	—	—	—	1	1	—	
7	Nichtigkeit einer Ehe .	9	6	3	19	10	9	
8	Zusammen	19	10	9	34	19	15	

im Verhältnis zu 62 im Jahre 1931 und 99 im Jahre 1934; wobei allerdings nur die durch *sententia definitiva* entschiedenen Prozesse in Betracht kamen).

Aus dieser zahlenmäßigen Übersicht geht hervor, daß die Ehenichtigkeitsprozesse in den Jahren 1909 und 1910 nicht einmal die Hälfte aller von der Rota entschiedenen Rechtsstritte ausmachten. Ihre Zahl ist aber auch an sich geradezu verschwindend, gemessen an den Zahlen, die uns die Tabelle I aufgezeigt hat; 9 und 19 Ehenichtigkeitsurteile in den Jahren 1909 und 1910 stehen 71 und 92 Ehenichtigkeitsurteilen in den Jahren 1933 und 1934 gegenüber. Dabei ist zu berücksichtigen, daß der mit der Konstitution *Benedikt XV. „Providentissima Mater Ecclesia“* vom 27. Mai 1917 promulgierte *Codex iuris canonici* inhaltlich nur eine einheitliche Zusammenfassung des bisher geltenden Rechts ist (vgl. Eichmann, *Kirchenrecht*⁴, 1. Bd., S. 47 ff.) und „Neuerungen auf das Notwendigste beschränkte“; solche Neuerungen griffen aber gerade hinsichtlich des Eherechtes in der Richtung Platz, daß die Ehehindernisse (so jenes der Blutsverwandtschaft, der Schwägerschaft, der geistlichen Verwandtschaft, der öffentlichen Ehrbarkeit) vermindert wurden (vgl. darüber u. a. Ulrich Stutz, *Der Geist des Codex iuris canonici*, Stuttgart 1918 [Kirchenrechtl. Abh., 92. und 93. Heft], S. 51, 75, 146 ff.), so daß das Inkrafttreten des neuen Kodex (am Pfingstsonntag 1918) keineswegs den Anstoß zu vermehrter Anfechtung von Ehen gegeben haben kann.

Bei der Wertung der in der Tabelle II zusammengestellten zahlenmäßigen Übersicht darf allerdings nicht übersehen werden, daß das Jahr 1909 das erste nach der mit der Konstitution „*Sapienti consilio*“ verfügten Kurialreform ist. Dessenungeachtet geben diese Zahlen wohl sehr zu denken, mag man mitunter vielleicht auch die Meinung hören, daß gerade die große Zahl von solchen, bei

den kirchlichen Gerichten geführten Eheprozessen beweise, wieviel Gewicht die Katholiken heute wieder auf die Entscheidung der kirchlichen Amtsträger, auf das Gebot der Kirche legen, trotzdem ihnen die Lösung des bestehenden Ehebandes und damit der Abschluß einer neuen Ehe vor dem staatlichen Forum möglich wäre (vgl. u. a. § 13 des tschechoslowakischen Gesetzes vom 22. Mai 1919, Z. 320 G.-S.). Demgegenüber muß aber wohl gesagt werden, daß die Kirche nicht die Nichtigkeit des Ehebandes zu bestätigen wünscht, sondern die Konvalidation einer solchen ungültigen Ehe (vgl. Linneborn, *Grundr. d. Eherechts*, S. 431 ff.), und dann muß auch berücksichtigt werden, daß es — wie schon oben (so auf S. 19) angedeutet wurde — nur in einem kleinen Bruchteil aller bei den bischöflichen Gerichten levierten Nullitätsprozesse zu einer Entscheidung der *Sacra Romana Rota* kommt und daß den kirchlichen Amtsträgern gewiß nicht daran gelegen sein kann, gerade im Einbringen von Ehenichtigkeitsklagen die Liebe der Gläubigen zur Mutter Kirche und ihren Gnadenmitteln bestätigt zu sehen.

Und so wird es auch verständlich, daß Papst Pius XI. sich entschloß, am 31. Dezember 1930 in seiner Enzyklika „*Casti connubii*“ „zur gesamten Menschheit vom Wesen und von der Würde der christlichen Ehe“ „zu reden“ (Huber, S. 6). „Die feindlichen Mächte“, welche — wie der Papst sehr ausführlich darlegt (Huber, S. 26—51) — Schuld daran tragen, daß „diese göttliche Einrichtung gegenwärtig der Verachtung und Erniedrigung preisgegeben ist“, diese „feindlichen Mächte“ sind zweifellos durch Krieg und die Not der Nachkriegszeit groß geworden. Ein Blick in die Tabelle III, welche den Klagsgrund der von der Rota in den letzten Jahren erledigten Ehenichtigkeitsprozesse aufzeigt, bestätigt das. In etwa vier Fünftel der Fälle (z. B. in 62 von 75 Ehenichtigkeitsprozessen des

Tabelle III

Rubrik	Nichtigkeitsgrund	1931			1932			1933			1934			Anmerkung
		Zahl der Prozesse	Ehe für un-gültig erklärt	Andere für ledigung	Zahl der Prozesse	Ehe für un-gültig erklärt	Andere für ledigung	Zahl der Prozesse	Ehe für un-gültig erklärt	Andere für ledigung	Zahl der Prozesse	Ehe für un-gültig erklärt	Andere für ledigung	
1	Zurückziehung der Vollmacht des Vertreters	1	1	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	
2	Irrsinn	2	1	1	3	3	3	1	1	1	—	—	—	
3	Zwang und Furcht	35	13	10	27	10	13	4	18 ¹	7	58 ¹	24	20 ¹	9
4	Irrtum	1 ¹	—	1	1 ¹	1	—	—	—	—	1 ²	—	1	—
5	Simulation	2	1	1	—	—	—	—	1	—	4	1	2	1
6	Einpaarigkeit	—	—	—	1	—	1	—	2	3	3	—	2	1
7	Unauflöslichkeit	3	1	1	4	2	1	1	6	1	10	3	4	3
8	Kindererzeugung	8	1	6	4	—	2	2	11	4	14	4	7	3
9	Abicht oder Bedingung gegen das Wesen der Ehe überhaupt	—	—	—	—	—	—	—	—	—	2	—	—	2
10	Mängel des EHEKONSENSSES wegen	3	1	2	7	2	1	4	4	1	12	2	6	4
11	Mängel der EHEKONSENSSES wegen	7	—	6	10	1	7	2	11	1	7	2	3	2
	nicht erfüllter Bedingung	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—
	ohne nähere Angabe	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—
	zu Rubrik 6, 7, 8	—	—	—	—	—	—	—	—	—	2	—	—	2
	ex capite conditionis appositae	—	—	—	—	—	—	—	—	—	12	2	6	4
	ex capite defectus consensus	—	—	—	—	—	—	—	—	—	7	2	3	2

Rubrik	Mängel der EHE-SCHLIESSUNGSFORM	1931			1932			1933			1934			Anmerkung
		Zahl der Prozesse	Ehe für un-gültig erklärt	Andere für ledigung	Zahl der Prozesse	Ehe für un-gültig erklärt	Andere für ledigung	Zahl der Prozesse	Ehe für un-gültig erklärt	Andere für ledigung	Zahl der Prozesse	Ehe für un-gültig erklärt	Andere für ledigung	
12	Mängel der EHE-SCHLIESSUNGSFORM	5	3	2	5	1	2	2	2	—	4	1	—	3
13	Religionsverschiedenheit	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—
14	Verbrechen	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	1	—
15	Impotenz	5	1	3 ¹	4	2	2 ¹	—	8 ²	—	4	—	2	2
16	Bestehendes Eheband	1	—	1	1	—	—	—	—	—	—	—	—	—
17	Blutsverwandschaft	—	—	—	—	—	—	—	—	—	3	2	—	1
18	Schwägerschaft	—	—	—	1	—	1	—	—	—	2	2	—	—
19	Öffentliche Ehrbarkeit	—	—	—	—	—	—	—	—	—	1	1	—	—
20	Ohne nähere Angabe	2	—	—	1	—	—	—	—	—	6	—	1 ¹	5
21	Zusammen	75	23	33	69	18	33	18	29	42	130	43	49	38
			56	19	51	71	92	21	92	71	21	92	38	

Jahres 1931 und in 107 von 130 solchen Prozessen des Jahres 1934) wird das Fehlen jener wahren Einwilligung behauptet, welches eine christliche Ehe nicht zustande kommen läßt (siehe dazu Hollnsteiner, Spruchpraxis, S. 46 ff.). Daß der Eheabschluß vorwiegend als einziges Mittel angesehen oder als solches hingestellt wurde, sich einem von außen eingeflößten, ungerechten Zwange zu entziehen (vgl. darüber die trefflichen Ausführungen Hollnsteiners, Spruchpraxis, S. 83 ff., bes. S. 87), auch das verdient hervorgehoben zu werden, umsomehr als in der erwähnten Zusammenstellung nur der in den einzelnen Prozessen zuerst genannte und daher wohl auch als wichtigster Anfechtungsgrund geltend gemachte Umstand angeführt werden konnte und das Vorliegen von Zwang und Furcht noch in anderen Fällen mit zur Begründung des Begehrens auf Nichtigkeitserklärung der Ehe herangezogen wurde.

Noch bedenklicher müssen die Zahlen stimmen, welche für die intentiones und die conditiones contra matrimonii substantiam gerichtet sind, denen wohl zumeist auch die Fälle zuzurechnen sein werden, bei denen aus den Tätigkeitsberichten nur das Vorliegen eines Mangels des Ehekonsenses (*defectus consensus*) ersichtlich ist. So werden wir für das Jahr 1934 wohl bei etwa 35 von 130 Nullitätsprozessen annehmen können, daß sich der Kläger auf eine solche intentio oder conditio contra matrimonii substantiam, also auf die gegen die Ausschließlichkeit und Unauflöslichkeit der Ehe und gegen die Kinderzeugung in der Ehe gerichtete Absicht oder Bedingung beim Eheabschlusse berufen hat; das wäre also fast ein Drittel aller in diesem Jahre erledigter Nullitätsprozesse. Ein Umstand, der umso schwerer ins Gewicht fällt, als die Konvalidation einer wegen Mangels des erforderlichen Konsenses ungültigen Ehe in *can. 1136 Cod. iur. can.* außerordentlich leicht gemacht ist. Schließlich darf auch nicht übersehen werden,

daß es in den meisten Fällen eine intentio oder conditio gegen die Erzeugung von Kindern war, welche gegen den Bestand der Ehe ins Treffen geführt wurde, und daß dieser Nichtigkeitsgrund zahlenmäßig sogar an zweiter Stelle (nach dem Nichtigkeitsgrunde *vis ac metus*) steht.

Und wenn von diesen rund 35 Prozessen nur (etwa) 9 und von den wegen behauptetem Zwange zur Eheschließung levierten 53 Prozessen nur 24 zur Nichtigkeitsklärung der Ehe führten, so beweist auch das lediglich, daß in den meisten dieser Rechtsstritte der Wunsch, sich von drückend gewordenen Fesseln zu befreien, die treibende Kraft war, welche das Bestehen eines Ehebandes anfechten hieß; ein Wunsch, der offenbar auch erst in der Zeit nach dem Kriege stürmisch nach Erfüllung drängte!

Das macht die Tabelle IV deutlich, welche die Gründe ziffernmäßig darstellt, auf welche sich die in den Jahren 1909 und 1910 von der Rota entschiedenen Nullitätsprozesse stützten. Hier — im Jahre 1910 — hielten sich der Rechtsgrund des mangelhaften Konsenses und jener der Mängel der Eheschließungsform die Wage und die Geltendmachung von Ehehindernissen war perzentuell ungleich häufiger als etwa im Jahre 1934; eine Anfechtung der Ehe wegen einer gegen das Wesen der Ehe gerichteten intentio oder conditio beim Eheabschluß kam im Jahre 1910 — das verdient besonders festgehalten zu werden — überhaupt nicht zur Entscheidung. Wenn dazu dann noch berücksichtigt wird, daß mehr als die Hälfte aller Ehenichtigkeitsprozesse tatsächlich zur Feststellung der Ungültigkeit der Ehe führten, während in den Jahren 1931—1934 dieses Verhältnis von affirmativen und negativen Entscheidungen der Rota niemals auch nur annähernd erreicht wurde, so haben wir ein deutliches Bild des großen sittlichen Verfalles der Nachkriegsjahre vor uns, der in der all-

Tabelle IV

Rubrik	Nichtigkeits- grund		1909			1910			Anmerkung	
			Zahl der Urteile	Die Ehe wurde für		Zahl der Urteile	Die Ehe wurde für			
				ungültig erklärt	gültig		ungültig erklärt	gültig		
1	Mängel des EHEKONSENSES wegen	Irrsinn	2	2	—	1	1	—		
2		Furcht und Zwang.	—	—	—	2	2	—		
3		Irrtum	—	—	—	3	—	3		
4		gegen das Wesen der Ehe gerichteter	Bedingung	1	—	1	—	—	—	
5		nicht erfüllter		2	—	2	2	1	1	
6	Mängel der EHE- SCHLIESSUNGS- FORM		1	1	—	7	4	3		
7	Trennende EHEHINDERNISSE	Religions- verschiedenheit	—	—	—	1	—	1		
8		Impotenz	1 ¹	1	—	1 ²	—	1	¹ der Frau ² des Mannes	
9		Schwägerschaft	2	2	—	1	1	—	ex copula illicita	
10		Öffentliche Ehrbar- keit	—	—	—	1	1	—	Quasiaffinität	
11	Zusammen		9	6	3	19	10	9		

gemein empfundenen Ehekrise seinen sichtbaren Ausdruck findet.

Der heute in den Tätigkeitsberichten der Sacra Romana Rota deutlich zutage tretende Wunsch so vieler, sich der vielleicht in mangelnder Form, vielfach aber mit mangelhafter Überlegung eingegangenen Ehen zu entledigen, und die in ihnen ebenso deutlich erkennbare „Flucht vor dem Kinde“ sind auch — und sicher nicht an letzter Stelle — unter jene „Abirrungen von der rechten Ordnung“ zu rechnen, welche nach der Enzyklika „Casti connubii“ „auf keinem anderen Wege in ihren ursprünglichen Stand zurückgeführt werden“ können, „als durch Rückkehr zu den Gedanken Gottes“ (Huber, S. 52), welche der heil. Thomas von Aquin als „das Maß alles Rechten und Richtigen“ bezeichnet hat (siehe Sancti Thomae Aquinatis doctoris angelici Opera omnia iussu impensaue Leonis XIII P. M. edita, tom. VII: Prima secundae Summae theologiae . . . exacta cum commentariis Thomae de Vio Caietani Ordinis Praedicatorum S. R. E. Cardinalis cura et studio fratrum ejusdem ordinis, Romae 1892, qu. 91, art. 1, 2, p. 153, 154). Als solche, den Weg weisende „Gedanken Gottes über die Ehe“ bezeichnet der Papst vor allem das Eingehen der Ehe in höchster Ehrfurcht vor Gott und in demütigem Gehorsam gegen die Kirche, der zugleich eine Abkehr von der falschen „Autonomie“ der menschlichen Vernunft bedeutet; die Gläubigen sollen über die Ehe genau unterrichtet werden und die Brautleute sollen nur nach gründlicher Vorbereitung in den Stand der Ehe treten, dann könne erwartet werden, daß die Gatten den festen Entschluß fassen, „die heiligen Ehegesetze Gottes und der Natur zu beobachten“: „in steter gegenseitiger, von Liebe getragener Hilfeleistung, in der Wahrung reiner Treue, ohne je die Festigkeit des Ehebandes auch nur irgendwie anzutasten, ohne je von ihren ehelichen Rechten anders Gebrauch zu machen, als in

christlicher und würdiger Weise“; es solle aber auch getrachtet werden, den Nöten abzuhelfen, „in die die Ehegatten durch Vermögensschwierigkeiten und große Armut kommen“ können, und hier solle, wenn die Ehegatten selbst hiezu durch „eigenes Können“ oder „in der Form von privaten und öffentlichen Bündeln“ nicht imstande sind, die christliche Nächstenliebe eingreifen, und wenn auch diese nicht ausreicht, die „öffentliche Autorität“. Jedenfalls hat der Staat die „zum Schutze der ehelichen Treue, der wechselseitigen Hilfeleistung und ähnlicher Forderungen“ (also auch zur Fürsorge für Arbeitslose, arme Kranke und arme Mütter, zur Sicherstellung des angemessenen Arbeitslohnes) „gerechte Gesetze“ zu erlassen (Huber, S. 54, 56, 57, 59, 60, 62, 64 ff., 66 ff.). Für die nötige Aufklärungsarbeit soll die von Papst Pius XI. „so sehr gewünschte und empfohlene Katholische Aktion“ (siehe die Enzyklika dieses Papstes „Ubi arcano“ vom 23. Dezember 1922; A. A. S. XIV, 673—700) „als Hilfstruppe des hierarchischen Apostolats“ herangezogen werden (Huber, S. 58); die Erziehungsarbeit hat bereits bei der Jugend zu beginnen und da nach den Grundsätzen der Enzyklika Papst Pius XI. „Divini illius Magistri“ vom 31. Dezember 1929 (A. A. S. XXI, 723—762) durchgeführt zu werden (Huber, S. 62 ff.); die für die Beseitigung der wirtschaftlichen Not geeignete Regelung der sozialen und wirtschaftlichen Verhältnisse „in der bürgerlichen Gesellschaft“ soll nach den Weisungen der Enzykliken Papst Leo XIII. „Rerum novarum“ vom 15. Mai 1891 (lateinisch und deutsch abgedruckt im Sammelwerke: Sanctissimi Domini nostri Leonis divina providentia papae XIII epistolae encyclicae mit dem Titel: Sanctissimi Domini nostri Leonis divina providentia papae XIII Litterae encyclicae de conditione opificum, Friburgi Brisg. 1891, p. 6—85) getroffen werden (Huber, S. 64 ff.), welche Weisungen noch vertieft und ausgestaltet wurden durch die

Enzyklika Papst Pius XI. „Quadragesimo anno“ vom 15. Mai 1931 (A. A. S. XXIII, 177—228).

Wenn aber „menschliche Unüberlegtheit oder Bosheit“ es trotzdem „unternimmt, die so fürsorglich getroffene Ordnung der Dinge zu ändern oder zu verwirren, dann“ — sagt Papst Leo XIII. in seinem Rundschreiben „Arcanum divinae sapientiae“, c. 13 (Fontes, vol. III., p. 161), und Papst Pius XI. wiederholt dies wörtlich (Huber, S. 52) — dann allerdings „beginnt auch das, was weise und zweckvoll eingerichtet ist, zu schaden, oder es hört wenigstens auf, Nutzen zu bringen, entweder, weil es die Nutzkraft durch die Änderung verloren hat, oder weil Gott selbst auf solche Weise den Stolz und die Vermessenheit der Menschen strafen will“. Daher auch, wie Papst Pius XI. in seiner Enzyklika „Casti connubii“ betont (Huber, S. 69, 70), Staat und Kirche „gemeinsam für die Ehe Sorge tragen“ sollen, „um die verhängnisvollen Gefahren, ja den bereits drohenden Untergang von der christlichen Ehe fernzuhalten“.

FRANZ LAUFKE / SCHUTZVORSCHRIFTEN IM AGENTENRECHT

Eine heftig umstrittene Frage ist es, ob die Rechtsordnung den Agenten ähnlich wie den Privatangestellten durch ein umfangreiches System zwingender Vorschriften schützen soll. Bei dieser Meinungsauseinandersetzung unterläuft vielfach der Fehler, daß von den Vertretern der einander gegenüberstehenden Ansichten mit dem Worte „Agent“ verschiedene Vorstellungen verbunden werden. Die einen sehen im Agenten eine Person, die von einem Kaufmann außerhalb seiner Betriebsstätte zur Vermittlung oder zum Abschluß von Geschäften verwendet wird, ohne daß sie unterscheiden, ob diese Hilfsperson in einem Anstellungsverhältnis steht oder nicht. Die andern sehen im Agenten denjenigen, der, ohne angestellt zu sein, ständig damit betraut ist, für den Geschäftsherrn Geschäfte zu vermitteln oder in seinem Namen abzuschließen. Der Unterschied liegt auf der Hand. Der erste Begriff ist der weitere. Er umfaßt auch den zweiten. Die angeführte Streitfrage hat aber nur einen Sinn, wenn man den Agentenbegriff im engern Sinne faßt. Denn für jene Agenten, die im Angestelltenverhältnis stehen, ist sie müßig, da sie bereits durch § 1, lit a und d des Privatangestelltengesetzes (PAG.) beantwortet ist.

I

Unter den Gesetzen, die sich mit den Agenten befassen, können wir im Hinblick auf das hier zu erörternde Thema drei Gruppen unterscheiden. In die erste fallen die Regelungen des japanischen und des russischen Rechts. In die zweite das deutsche Handelsgesetzbuch, das polnische

Handelsgesetzbuch und die skandinavischen Gesetze über die Kommission, die Handelsagenten und die Handlungsreisenden. In die dritte das österreichische Agentengesetz vom 24. Juni 1921, BGBl. 348.

Den Gesetzen der ersten Gruppe sind Vorschriften, die die Interessen des Agenten berücksichtigen, völlig fremd. Auch Vorschriften nachgiebigen Rechts fehlen.

Das deutsche Handelsgesetzbuch kennt demgegenüber Vorschriften zugunsten der Agenten (§§ 88, II, IV; 91; 92, I). Sie sind aber ausnahmslos nachgiebigen Rechts. Die Wirkung dieser Vorschriften erschöpft sich demgemäß darin, daß sie nur dann gelten, wenn nichts anderes vereinbart ist. Für die Parteivereinbarung läuft die Grenze erst dort, wo die Vereinbarung gegen ein Gesetz oder die guten Sitten verstoßen würde. Sie verhindern also nicht grundsätzlich einen vom Gesetze abweichenden Rechtszustand, sondern zwingen — mit einer noch zu erwähnenden Einschränkung — lediglich zu einer Vereinbarung, wenn er beabsichtigt ist. So bewirken sie, daß der Agent in der Regel darauf aufmerksam gemacht wird, wenn eine ungünstigere als die im Gesetze vorgesehene Regelung Platz greifen soll. Sind sie so geeignet den Rechtskundigen zu schützen, so sind sie doch nicht geeignet dem wirtschaftlich Schwachen zu helfen. Dem hilft in der Regel die Kenntnis von der Tragweite seiner Entschließung nicht. Demgemäß ist für ihn durch die Vorschriften des Handelsgesetzbuches nicht viel gewonnen. Die Verfasser des Handelsgesetzbuches glaubten trotzdem genug getan zu haben. Sie ließen sich von der Annahme leiten, jeder Kaufmann sei wirtschaftlich so stark, daß er eines Schutzes durch zwingende Normen nicht bedürfe. Die Denkschrift zum Handelsgesetzbuch (S. 73) sagt: „Die Agenten sind selbständige Kaufleute. Sie stehen daher gegenüber dem Geschäftsherrn nicht in einer solchen Abhängigkeit, daß sie eines Schutzes durch

zwingende Vorschriften notwendig bedürfen.“ Ähnliches führt der Kommissionsbericht zu den §§ 86 und 88 des Entwurfes eines Handelsgesetzbuches aus. Daß nicht einmal die Aufklärung des Agenten darüber, daß er in eine ungünstigere Rechtslage eintritt, als sie das Gesetz vorsieht, voll erreicht wird, wurde schon erwähnt. „Der im Interessenskreis des Handelsgebrauches Stehende muß es sich gefallen lassen, daß seine Erklärungen, Handlungen und Unterlassungen nach Maßgabe der Usance beurteilt werden¹.“ Dieser Grundsatz und der Satz, daß sich Kaufleute nicht auf die Unkenntnis einer Usance berufen können (RG. 95, S. 243), führt unter Umständen dazu, daß der Agent, ohne daß eine entsprechende Vereinbarung getroffen wurde, einem ganz anderen Rechtszustand gegenüber steht, als es der des Handelsgesetzbuches ist.

Ähnlich wie im Handelsgesetzbuche ist es in allen übrigen Rechten, die zu dieser Gruppe gehören. Der Unterschied ist lediglich darin gelegen, daß die Normen, die dem Interesse des Agenten zum Durchbruch verhelfen, spärlicher oder zahlreicher sind.

Im österreichischen Recht haben wir demgegenüber zwei Arten von Vorschriften zugunsten des Agenten zu unterscheiden. Zunächst solche, die dispositiven Charakter tragen. Anzuführen sind hier die §§ 6, III; 7; 8; 9, I; 10, II; 11, II; 12, II; 13; 17, III; 18; 19, II; und 23 des österr. AgG. Vielfach wird in ihnen nur ausgesprochen, was die Praxis längst erarbeitet hat. Von der Bedeutung dieser dispositiven Normen für den Schutz des Agenten gilt das, was eben zum Handelsgesetzbuch bemerkt wurde. Daneben finden wir eine Reihe von Vorschriften, die zwingenden Charakter tragen. Zum Teil sind sie im § 28 aufgezählt. Andere wurden nicht ausdrücklich in den § 28 aufgenommen, geben sich aber durch ihren Inhalt als zwingende Vorschriften zu

¹ Lehmann: Lehrbuch des Handelsrechts, Berlin 1921, S. 36.

erkennen; hier wären anzuführen die §§ 19, III, und 26. Bei § 21 wiederum ergibt sich die Unabdingbarkeit aus § 879 ABGB. Das wurde von der Lehre und Judikatur häufig bezüglich anderer Vorschriften, die dem § 21 entsprechen, anerkannt. Unter diesen zwingenden Vorschriften ist die Mehrzahl nur relativ, nämlich zugunsten des Agenten, zwingend. Es sind dies die §§ 10, I; 14, II; 15, I und II; 16, II; 24; 25 und 26. Absolut zwingend sind demgegenüber die Vorschriften der §§ 19, III; 20 und 27. Sie kommen Agenten und Geschäftsherrn gleichermaßen zugute. Für uns sind sie in diesem Zusammenhange nur soweit von Interesse, als die Beschränkung der Vertragsfreiheit zugunsten der Agenten wirkt.

Bei einem Vergleich zwischen dem österreichischen Angestelltengesetz vom 11. Mai 1921, BGBl. 292, und dem Agentengesetz bemerkt man sofort, daß zugunsten der Angestellten viel mehr zwingende Vorschriften bestehen als zugunsten der Agenten. Der Grund hiefür ist — wie aus den Materialien hervorgeht — in der Annahme gelegen, daß der Agent ein selbständiger Unternehmer und daher weniger schutzbedürftig sei als der Angestellte. Nur dort, wo die allerwichtigsten Interessen der Agenten in Frage stehen, hat das Gesetz, von seiner grundsätzlichen Einstellung abweichend, zwingende Vorschriften aufgestellt. Im übrigen ging die Regierungsvorlage von der Absicht aus, die Vertragsfreiheit nicht über die aus § 879 sich ergebenden Bindungen hinaus einzuschränken, sondern nur Bindungen aufzustellen, die „den allgemeinen Grundsätzen über die Zulässigkeit des Vertragsinhaltes auf dem Gebiete zweiseitig verbindlicher Verträge“ entsprechen¹. Insoweit hat § 28 nicht den Charakter einer sozialpolitischen Schutzvorschrift, sondern bringt nur zum Ausdruck, welche Grenzen sich nach seiner Meinung in gewissen konkreten

¹ MB. S. 13.

Fällen aus § 879 ABGB. ergeben. Zu bemerken ist allerdings, daß die Vorstellungen der Regierungsvorlage über die Konsequenzen, die sich aus § 879 ergeben, bis auf wenige Fälle — zu den Fällen, in denen sich schon aus § 879 die Unabdingbarkeit ergibt, zählt meines Erachtens § 20 — unzutreffend sind. Die Frucht dieser rechtsirrigten Auffassung ist es, daß der § 28 österr. AgG. als sozialpolitische Schutznorm wirkt, soweit er Vorschriften als zwingend bezeichnet, bei denen sich dies nicht aus § 879 ABGB. ableiten läßt.

II

Zunächst ist festzustellen, ob es gerechtfertigt ist, Agenten durch zwingende Rechtsvorschriften zu schützen.

1. Wie sich aus dem Ausgeführten ergibt, wird diese Frage vom Handelsgesetzbuch und — wenn wir genau hinsehen — im allgemeinen auch von den Autoren des österreichischen Angestelltengesetzes verneint. Begründet wird dieser Standpunkt — wie gleichfalls oben ausgeführt — damit, daß der Agent Kaufmann und als solcher nicht schutzbedürftig sei. Daß der Agent Kaufmann ist, ist richtig. Das ergibt sich für das deutsche Recht aus § 1, Z. 7 HGB, für unser Recht aus Art. 272, Z. 4, und Art. 4. Im österreichischen Agentengesetz ist es in § 1, II sogar ausdrücklich gesagt. Der Satz aber, ein Kaufmann sei nicht schutzbedürftig, ist zwar sehr verbreitet und ein wirkungsvolles Motiv der Gesetzgebung, aber trotzdem falsch. Er sieht nur den Großkaufmann und identifiziert ihn mit dem Kaufmann schlechweg. Er übersieht es aber, daß es neben dem Großkaufmann noch andere Kaufleute gibt, ja daß diese zahlenmäßig überwiegen. Der Hausierer (§ 7 Ges. 183/1928), der Krämer Adl. Cl. 1093), die Obsthändlerin (Art. 271, Z. 1, mit Art. 4), die Milhhändlerin (Adl. Cl. 1093), der Zeitungskolporteur (Art. 272, Z. 5), der Trafikant (Vážný 10.803), der Tank-

stellenwart (JW. 1934, 3076), der Viehtreiber (ROHG. 13, S. 133), der Dienstmann (RG. 6, S. 100; RG. 20, S. 49), der Bote (Buschs Arch. III, S. 52), der Kantinier (Adl. Cl. 415), der kleine Handwerker, der Grundhandelsgeschäfte betreibt (Adl. Cl. 786, 288, 831; Buschs Arch. V, 494), sie alle sind Kaufleute. Sollten sie wirklich alle nicht schutzwürdig und schutzbedürftig sein? Man muß sich doch vergegenwärtigen, daß die meisten der Angeführten bestimmt über bedeutend geringere wirtschaftliche Erfahrung verfügen als private oder öffentliche Beamten und die in freien Berufen Stehenden. Zu welchen Resultaten der Satz, Kaufleute seien nicht schutzbedürftig und nicht schutzwürdig, führt, zeigt sich bei der Anwendung des Ratengesetzes. Der kleine Milchhändler, der sich einen Hund, der ihm den Milchwagen ziehen soll, oder ein Handwägelchen, mit dem er die Milch befördern will, auf Raten kauft, um seine Existenz zu fristen, wird nicht geschützt. Der gleiche Milchhändler, der sich leichtfertig einen 5-Lampenapparat oder ein Motorrad auf Raten kauft, der genießt die Wohltaten des Ratengesetzes.

2. Ebenso verfehlt ist es aber generell zu sagen, der Agent sei zwar Kaufmann, aber er stehe in einem Dienstverhältnis und sei deshalb schutzwürdig und schutzbedürftig. Die Verfechter dieser Ansicht sehen wieder bloß den kleinen Agenten und verallgemeinern, was sie bei ihm beobachten.

3. Dieses vorzeitige Verallgemeinern führt in der Gesetzgebung zu Ergebnissen, die nur einem Teile der Normunterworfenen Gerechtigkeit widerfahren lassen, nicht aber zu einer Lösung, die dem Sachverhalt gerecht wird. Dazu ist es nötig, daß man von den Lebensformen, in denen der Agent vorkommt, ausgeht.

Schon bei einem ganz oberflächlichen Blick können wir verschiedene Typen von Agenten unterscheiden. Wir sehen

Agenten, die physische Personen sind, wir sehen aber auch juristische Personen als Agenten auftreten. Es sei nur darauf verwiesen, daß die Verkaufsgesellschaften der Kartelle vielfach in einem Agenturverhältnis zu den Kartellmitgliedern stehen. Gelegentlich dient der Agenturvertrag, der zwischen juristischen Personen abgeschlossen wird, als ein Mittel der Konzernbildung. Eine große Rolle spielen Agenturverhältnisse im Außenhandel. So gründen ausländische Gesellschaften im Inlande Gesellschaften, die als Agenten für den Vertrieb der Ware sorgen. Daneben bedienen sich Exporteure sehr häufig physischer Personen als Agenten am fremden Platz zum Vertrieb der Waren. Diese Agenten haben ihren Häusern gegenüber mit Rücksicht darauf, daß sie den ausländischen Markt kennen und daß der Absatz auf diesem Markt von ihnen abhängig ist, eine ungewöhnlich starke Stellung. Das Zerschlagen des Agenturvertrages, ja die bloße Verärgerung des Agenten ist häufig gleichbedeutend mit dem Verlust des Marktes an einen Konkurrenten. Dann sehen wir Agenten, die für eine große Anzahl von Auftraggebern arbeiten und daher vom einzelnen Auftraggeber wenig abhängig sind. Neben diesen Agenten gibt es auch solche ganz anderer Art. Besonders drastische Beispiele für sie sind die aus ihrer Existenzbahn Geworfenen, die nirgends eine Anstellung finden und sich auf andere Weise um Fristung ihres Lebensunterhaltes kümmern müssen. Anzuführen sind weiter wirtschaftlich schwache Agenten, die lediglich für ein Haus oder für ganz wenige Häuser tätig sind. Sie sind auf ihre Tätigkeit nicht minder angewiesen wie der Angestellte.

Wenn wir uns diese von Grund auf verschiedenen Sachverhalte vergegenwärtigen, so zeigt es sich, daß eine einheitliche Beantwortung der Frage, ob der Agent schutzbedürftig und schutzwürdig sei, nicht möglich ist. Wir müssen vielmehr feststellen, es gibt Agenten, die des

Schutzes durch zwingendes Recht bedürfen, und solche, bei denen dies nicht der Fall ist. Eine gesetzliche Regelung, die dies nicht berücksichtigen würde, wäre für viele Fälle unangemessen.

III

Nun ergibt sich die Frage, wie der Kreis jener Agenten, zu deren Schutz Vorschriften mit zwingendem Charakter zu erlassen sind, von dem Kreis jener, bei denen dies nicht zu geschehen hat, abzugrenzen ist.

1. Dem Versuche, derartige Kriterien zu finden, müssen einige allgemeine Feststellungen vorausgeschickt werden. Als Kriterien dafür, ob ein Agent durch zwingende Vorschriften zu schützen ist oder nicht, müßten Tatbestände gewählt werden, die bestimmt und eindeutig umrissen werden können. Weiterhin wäre es notwendig, daß leicht festgestellt werden kann, ob sie vorliegen. Außerachtlassung des ersten Postulates würde zu Schwierigkeiten bei der Gesetzesauslegung führen, Nichtbeachtung des zweiten zur Erschwerung der Tatsachenfeststellung. Die unweigerliche Folge ist Rechtsunsicherheit. Weiterhin ist es notwendig, daß die Tatsachen, auf die es ankommt, von der Art sind, daß ihr Vorhandensein möglichst wenig von Augenblickszufällen abhängig ist.

Allerdings wird es nie ganz zu vermeiden sein, daß auch die Tatsachen, die dafür entscheidend sind, ob eine Norm im konkreten Falle zwingenden oder nachgiebigen Charakter trägt, während der Vertragsdauer in Wegfall kommen oder in Erscheinung treten. Der Zustand, daß ein Agenturverhältnis, je nachdem, ob solche Wandlungen eintreten, bald erhöhten Schutz genießt bald nicht, ist untragbar. Derjenige, der einen Agenten bestellt, würde bei der Eingehung dieses Vertrages nicht wissen, welche Verpflich-

tungen ihn in Zukunft treffen werden. Aber auch der Agent, der von vornherein nicht durch zwingendes Recht geschützt ist, hat — so merkwürdig das im ersten Moment klingt — ein Interesse daran, daß die bloße Veränderung der Tatsachen nicht zu einer Veränderung der Rechtslage führt. Wäre dem so, würden Verschlechterungen der Positionen des Agenten, die es wahrscheinlich erscheinen lassen, daß die Schutzvorschriften demnächst zwingenden Charakter annehmen, den Geschäftsherrn dazu treiben, das Agenturverhältnis zu lösen, bevor noch der Wandel in den Rechtsbeziehungen eingetreten ist. Eine Verschlechterung der Lage des Agenten würde also notwendigerweise Vorgänge auslösen, die ihrerseits eine weitere Verschlechterung herbeiführen. Eine Milderung des Grundsatzes, daß eine Veränderung der Verhältnisse während des Agenturverhältnisses dafür, ob einer Norm zwingender oder nachgiebiger Charakter zukommt, nicht entscheidend ist, könnte dadurch erzielt werden, daß bestimmt wird, der Agent könne mit dem Geschäftsherrn nach Eintritt der Veränderung vereinbaren, daß das Rechtsverhältnis den geänderten Verhältnissen angeglichen werde. Sonst aber muß man wohl oder übel den Standpunkt einnehmen, daß für die Frage, ob die Schutzbestimmungen in ihrer Anwendung auf ein Agentenverhältnis als zwingend oder nachgiebig zu betrachten sind, die Lagerung des Tatbestandes im Momente des Vertragsabschlusses entscheidend ist und daß später eingetretene Veränderungen unberücksichtigt bleiben.

2. Als Kriterien dafür, ob man den Agenten einen erhöhten Schutz gewähren soll oder nicht, kommen eine Reihe von Tatsachen in Frage.

a) Ohne Zweifel dürfte es gerechtfertigt sein, von dem Schutz durch zwingende Vorschriften juristische Personen,

die als Agenten auftreten, auszunehmen. Hier fallen alle Gesichtspunkte weg, die eine Einschränkung der Vertragsfreiheit über das Maß, das sich aus § 379 ABGB. ergibt, hinaus rechtfertigen könnten.

b) Ebenso dürfte es begründet sein, von dem Schutz durch zwingendes Recht Agenten auszuschließen, die Vollkaufleute sind. Sie sind in der ganz überwiegenden Mehrzahl der Fälle — und auf diese kommt es allein an — wirtschaftlich so stark, daß der Geschäftsherr nicht ohne weiters Abweichungen von den gesetzlichen Bestimmungen diktieren kann. Soweit es aber doch geschieht, wird die erzwungene Abweichung vom Gesetzesinhalt nur in den seltensten Fällen an den Nerv ihrer Existenz greifen. Anders verhält es sich in der Regel bloß bei jenen Vollkaufleuten, die nach Wegfall der Voraussetzungen für die Erlangung der Vollkaufmannsqualität ihre Vollkaufmannseigenschaft nur dem § 4 des Gesetzes vom 13. Oktober 1928, Slg. 183 verdanken. Es ist nicht angängig, für diesen Fall eine Sonderregelung vorzuschlagen, da die Berücksichtigung solcher Spezialfälle zu einem Untergang des Gesetzes in weitgehender Kasuistik führen müßte. Übrigens könnte der Mangel, der sich ergibt, dadurch behoben werden, daß bei der Reform des Allgemeinen Handelsgesetzbuches eine Bestimmung ins Gesetz aufgenommen wird, nach der die Vollkaufmannsqualität verloren geht, wenn „der Geschäftsbetrieb dauernd, nicht bloß in vorübergehender Verschlechterung des Geschäftsganges, auf den Umfang eines Kleinhandelsgewerbes gesunken ist“¹.

c) Auch die offene Handelsgesellschaft und die Kommanditgesellschaft, die ein Agenturgewerbe betreiben, sind in Konsequenz des billigen Gedankens, daß sie den Vollkaufleuten gleichgestellt sind (vgl. § 1, Gesetz vom

¹ Staub-Pisko, 3. Aufl., § 4 zu Art. 10.

13. Oktober 1928, Slg. 183, und Art. 5 AHGB.), vom Schutz durch zwingendes Recht auszunehmen. Im einzelnen kann auch hier auf das oben über die juristischen Personen Ausgeführte verwiesen werden.

Wir können feststellen, daß alle drei Fälle, in denen, nach dem bisher Ausgeführten, der Schutz durch zwingendes Recht zu versagen ist, im Gesetze leicht so präzise umrissen werden können, daß Interpretationsschwierigkeiten nicht wahrscheinlich sind. Auch wäre es relativ leicht, die angeführten Tatbestände mit Sicherheit festzustellen. Ferner sind die angeführten Kriterien von relativer Beständigkeit und von Zufällen ziemlich unabhängig.

3. Nicht verkannt darf freilich werden, daß es zweifelsohne auch unter den Minderkaufleuten, die nicht juristische Personen sind, Agenten gibt, die des Schutzes durch zwingende Vorschriften nicht bedürftig sind.

a) Das ist vielfach bei jenen der Fall, die eine größere Anzahl von Geschäftsherrn vertreten. Man könnte daher geneigt sein, unter den Agenten, die Minderkaufleute sind, jene vom Schutze durch zwingende Normen auszunehmen, die auf Grund des Agenturvertrages für mehrere Häuser tätig sein dürfen und bei Abschluß des Agenturvertrages mit Wissen des Geschäftsherrn auch tatsächlich für mehrere Häuser tätig sind. Eine solche Abgrenzung wäre deshalb gefährlich, weil es häufig vorkommt, daß ein Agent zwar für mehrere Geschäftsherrn tätig ist, daß aber lediglich die Tätigkeit für eines der vertretenen Häuser dem Agenten die Existenzgrundlage schafft. Für ihn hat dieses Agenturverhältnis dieselbe Bedeutung, die es hätte, wenn er nur in diesem Agenturverhältnis stünde. Zudem ist zu bedenken, daß für einen Agenten, dessen Einkünfte sich am Existenzminimum bewegen, jedes einzelne Agenturverhältnis von hoher Wichtigkeit ist, trotzdem er eine Mehrzahl von

Geschäftsherrn vertritt, und daß seine Abhängigkeit von jedem einzelnen Geschäftsherrn nicht viel geringer ist als die jenes, der nur oder hauptsächlich für einen Geschäftsherrn tätig ist. Aus diesen Gründen ist es nicht zu empfehlen, jene, die für mehrere Geschäftsherrn tätig sind, von dem Schutz durch zwingendes Recht auszunehmen.

b) Der Einwand, daß auch das Agenturverhältnis, das die wesentliche Existenzgrundlage bildet, geschützt werden müsse, wie das einzige Agenturverhältnis, fiel weg, wollte man den Gesichtspunkt zugrunde legen, den das Privatangestelltengesetz im § 1, II bei der Abgrenzung seines Anwendungsgebietes verwendet. Das Privatangestelltengesetz findet nach dieser Vorschrift auf Personen, die die im § 1, I angeführte Tätigkeit — nach dem Willen der Parteien — nur als Nebenbeschäftigung betreiben, nicht Anwendung. Positiv ausgedrückt besagt dieser Satz, das Privatangestelltengesetz finde auf die Anstellungsverhältnisse jener Personen Anwendung, die die in § 1, I angeführte Tätigkeit als Hauptbeschäftigung betreiben. Demgemäß schließt die Tatsache, daß ein Angestellter für mehrere Personen tätig ist, die Anwendung des Privatangestelltengesetzes auf ein Dienstverhältnis, das nach dem Vertragsinhalt die eigentliche Existenzgrundlage des Angestellten bildet, nicht aus. Die übrigen Bedenken, die im vorstehenden geltend gemacht wurden, bestehen aber auch hier. Zudem würde eine solche Bestimmung der Rechtsanwendung ernste Schwierigkeiten bereiten. Schon das, was man unter Haupt- und unter Nebenbeschäftigung zu verstehen hat, ist nicht von vornherein klar. Man kann die Meinung vertreten, unter Hauptbeschäftigung sei, ähnlich wie im § 2, Z. 2, des Gesetzes vom 21. Februar 1929, Slg. 26 jene Tätigkeit zu verstehen, aus der das hauptsächlichste Einkommen fließt. Man kann aber auch annehmen — und dies ist bezüglich des Privatangestelltengesetzes als die

herrschende Lehre zu bezeichnen¹ — daß damit jene Tätigkeit gemeint ist, die die in Frage kommende Person zeitlich am meisten in Anspruch nimmt. Immerhin muß zugegeben werden, daß diese Interpretationsschwierigkeiten zum erheblichen Teil durch eine entsprechende Textierung aus der Welt geschafft werden könnten. So wäre es möglich, im Gesetz — ähnlich wie im Gesetz vom 21. Februar 1929, Slg. 26 — den Ausdruck dahin zu erläutern, ob mit Hauptbeschäftigung die Beschäftigung gemeint ist, aus der der Hauptteil der Einkünfte fließt, oder die Beschäftigung, die den Großteil der Arbeitszeit in Anspruch nimmt. Dagegen wäre eine sichere Feststellung, ob einer dieser beiden Tatbestände gegeben ist, fast unmöglich. Das verhält sich bei einem Angestelltenverhältnis zum Teil anders. Dort steht die Höhe der Entlohnung und die Arbeitszeit von vornherein einigermaßen fest. Aus diesen beiden Größen lassen sich Schlüsse darauf ziehen, ob wir es bei der auf Grund des Dienstvertrages geschuldeten Leistung mit einer Haupt- oder Nebenbeschäftigung zu tun haben. Beide Größen sind beim Agenturvertrag von vornherein unbestimmt und bestimmen sich erst nach Lage und Entwicklung der Verhältnisse. Anders ist es nur, wenn weitgehende Beschränkungen der Freiheit, neben der Agentur eine andere Erwerbstätigkeit zu betreiben, eintreten, sei es, daß der Agenturvertrag nebenbei Pflichten auferlegt, die faktisch eine anderweitige Tätigkeit ausschließen, sei es, daß das Recht eine anderweitige Erwerbstätigkeit zu entfalten im Agenturvertrag eingeschränkt oder gar ausgeschlossen wird. Das sind die Ausnahmefälle. In der großen Mehrzahl der Fälle wird es aber beim Agenturvertrag nicht festzustellen sein, ob von den Parteien bei Vertragsabschluß daran gedacht war, die Agenturtätigkeit solle Hauptquelle der Einnahmen sein

¹ Fröhlich: Z. o soukr. zaměstnancích Prag 1936, S. 36.

oder die Erwerbstätigkeit des Agenten überwiegend erschöpfen.

c) Weiterhin wäre es zu erwägen, ob nicht Agenten, die ihre Tätigkeit nicht allein zu verrichten haben, sondern verpflichtet sind, einen Werbeapparat beizustellen, insbesondere selbst bei der Werbung Hilfspersonen zu verwenden, der Schutz durch zwingendes Recht zu entziehen wäre, ohne Rücksicht darauf, ob sie Vollkaufleute sind. Dagegen spricht die Tatsache, daß das Vorhandensein eines Apparates der der Kundenwerbung dient, und insbesondere die Verwendung von Hilfspersonen an sich noch nicht auf eine besondere Leistungsfähigkeit hindeutet. Ja gerade in diesen Fällen kann das Abweichen von Vorschriften des Gesetzes zuungunsten des Agenten besonders ruinöse Wirkungen äußern. Stellen wir uns vor, daß eine Person, die eine Agentur übernimmt, ihr letztes Vermögen zum Aufbau des Werbeapparates verwendet. Unerwartete Lösung des Agenturverhältnisses hätte hier nicht bloß Verlust der Erwerbsgelegenheit, sondern häufig auch den Verlust des investierten Geldes zur Folge. Es kann unter diesen Umständen kaum als billig betrachtet werden, daß der Kündigungsschutz, der dem Agenten eingeräumt wird, der nichts investierte, wirksamer gestaltet wird als der zugunsten dessen, der Aufwendungen machte. Oder ein Agent übernimmt es, für den Vertrieb der Waren durch Subagenten zu sorgen. Er braucht Vorschüsse auf das verdiente Entgelt häufig viel dringender als der Agent, der allein tätig ist. Denn er bestreitet aus dem Vorschuß nicht bloß seinen Lebensunterhalt, sondern deckt aus demselben ja noch die Ansprüche, die seinen Subagenten gegen ihn zustehen. Wäre es da wirklich begründet, diesem Agenten bloß deshalb, weil er Subagenten beschäftigt, nur ein entziehbares Recht auf Vorschuß einzuräumen, wenn man sonst dem Recht auf Vorschuß, dem § 14, II, österr. AgG. folgend, relativ

zwingenden Charakter beilegt. Warum weiterhin die Kontrollrechte des § 15 und 16 österr. AgG. bloß deshalb nicht zwingend sein sollten, weil der Agent Hilfspersonen beschäftigt, ist gleichfalls nicht einzusehen. Nicht zu verkennen ist außerdem, daß der Geschäftsherr auf diese Weise in die Lage versetzt würde, sich leicht der Anwendung der zwingenden Normen zu entziehen. Er braucht bloß mit seinem Agenten vereinbaren, dieser habe einen ständigen Werbeapparat aufzubauen. In wirtschaftlichen Notzeiten würden sich immer genügend Leute finden, die eine solche Verpflichtung auf sich nehmen. Zweifelsohne würden die Gerichte annehmen, daß Vereinbarungen, die den Zweck verfolgen, die Anwendung der zwingenden Schutzvorschriften auszuschließen, gegen die guten Sitten verstoßen und daher nichtig sind. Aber der exakte Nachweis, daß das Gesetz umgangen werden soll, wäre nur sehr schwer zu erbringen. Als hauptsächlichstes Indizium, aus dem die Absicht der Gesetzesumgehung erschlossen werden könnte, kämen die wirtschaftlichen Verhältnisse des Agenten in Frage. Schließen dem Geschäftsherrn bekannte Verhältnisse die Möglichkeit des Aufbaues eines Werbeapparates aus, müßte auf die Absicht das Gesetz zu umgehen geschlossen werden. In andern Fällen wäre dem Agenten in der Regel nicht zu helfen. Wenn sich der Geschäftsherr daher eine Person als Vertragspartner heraussuchen würde, von der man den Aufbau eines Werbungsapparates erwarten kann, würde in der Mehrzahl der Fälle die Gesetzesumgehung gelingen. Nun könnte man bemerken, daß die Nichtanwendung zwingenden Rechts in diesen Fällen relativ bedeutungslos sei, da das Gesetz nur gegenüber jenen vereitelt werde, die ohnedies seines Schutzes nicht oder weniger bedürfen. Diese Ansicht übersieht es, daß bereits ein relativ geringes Vermögen, ja daß unter Umständen schon die Möglichkeit, sich Kredit zu verschaffen, den Aufbau eines selbständigen Werbe-

apparates ermöglicht. Beides sind Fälle, in denen die Anwendung der Schutzvorschriften erwünscht ist.

Zudem würde es dazu kommen, daß jene Personen, die nicht einmal jene Mittel oder jene Kreditfähigkeit aufbringen, die zum Aufbau eines Werbeapparates erforderlich sind, von der Beschäftigung als Agenten ausgeschlossen würden.

Nach dem Ausgeführten erscheint es als empfehlenswert, den Schutz durch zwingendes Recht nur den Vollkaufleuten, den Handelsgesellschaften und allen juristischen Personen, die als Agenten auftreten, zu versagen, allen anderen Agenten aber zu gewähren.

IV

Darüber, welche zwingenden Normen vorzusehen sind, wurde bisher nichts gesagt. Mit Rücksicht auf den beschränkten Raum ist es an dieser Stelle auch nicht möglich, ins einzelne gehend Stellung zu nehmen. Nur einige Grundprobleme können gestreift werden.

a) Eine wichtige Frage ist es, ob ein Angleich an unser Privatangestelltengesetz wünschenswert ist oder ob man dem österreichischen Agentengesetz folgen soll.

Zunächst zur Frage, ob das Privatangestelltengesetz als Vorbild dienen kann.

α) Zu beachten ist, daß gewisse Normen des Privatangestelltengesetzes der besonderen Natur des Angestelltenverhältnisses Rechnung tragen und daher auf das Agentenverhältnis kaum übertragbar sind. Beispielsweise seien hier nur die §§ 10, 22, 23, 28 und 43 des PAG. hervorgehoben.

β) Alle jene Vorschriften des Privatangestelltengesetzes sind zu übernehmen, die dem Geschäftsherrn nur das zuzumuten, was ein Prinzipal, der nicht auf die Ausbeutung

seines Personals und die prinzipielle Ablehnung seiner Wünsche, sondern auf die Wahrung seiner eigenen Interessen bedacht ist, auch ohne gesetzliche Vorschrift tun würde. In Betracht kommen z. B. die §§ 5, 16, 35, 44 und 51, I und II ferner wäre unter diesem Gesichtspunkte die Aufnahme der Bestimmungen der §§ 45 und 46 ins Agentenrecht dringend geboten.

γ) Bei andern Vorschriften wird man die Übertragbarkeit nicht ohneweiters verneinen oder bejahen können. Beispielsweise seien angeführt die Vorschriften der §§ 19, 20, 21, 24, 26 und 27 PAG. Man wird bei der Entscheidung über die Übernahme dieser Vorschriften ins Agentenrecht ebenso wie bei der über die Einführung der Sozialversicherungspflicht für Agenten äußerst vorsichtig zu Werke gehen müssen. Viele Unternehmer beschäftigen und können unter Umständen einen Agenten nur deshalb beschäftigen, weil sie sich sagen, daß sie nichts riskieren und nur gewinnen können. Wenn die angeführten Bestimmungen auch auf gewisse, nämlich die Kleinagenturverhältnisse Anwendung finden, wäre dem bezüglich dieser Agenturverhältnisse anders. Die Geschäftsherrn würden nun natürlicherweise darnach streben, sich der Belastung durch diese Bestimmungen zu entziehen. Zwei Wege, gegen deren Beschreiten nichts unternommen werden könnte, würden sich eröffnen. Einerseits würden es die Unternehmer, die bisher Kleinagenten beschäftigten, versuchen, an Stelle dieser Agenten solche zu verwenden, für die der weitreichende soziale Schutz nicht in Wirkung steht. Dies würde im Effekt dazu führen, daß Kleinagenten um ihre Existenz kämen und daß auf ihre Kosten der Tätigkeitsbereich der großen Agenturfirmer eine Ausdehnung erfahren würde. Soweit die Verwendung großer Agenten an Stelle der kleinen nicht in Frage käme, würden die Agenten zum Teil durch neue Methoden der Kundenwerbung verdrängt. In den Fach-

zeitschriften der Agenten werden schon heute ständig Versuche, die Agenten durch neue Methoden der Kundenwerbung auszuschneiden und zurückzudrängen, beklagt. Die restlose Übernahme der sozialpolitischen Vorschriften zugunsten der Angestellten würde die Unternehmer veranlassen, diese Versuche zu intensivieren. Wieweit diese Bestrebungen von Erfolg begleitet waren, läßt sich freilich nicht sagen. Aber darüber kann man keine Zweifel hegen, daß es schon heute gewisse Mittel gibt, die diesem Ziele dienstbar gemacht werden können, und daß die Anwendung dieser Mittel bei einem zu weit gehenden Ausbau des Agentenrechts in der angedeuteten Richtung an Verbreitung gewinnen müßten. Daß es der Erfindungskraft der Unternehmer gelänge, weitere Wege der Kundenwerbung zu finden, kann ebenfalls als sicher betrachtet werden. Aber auch soweit der Ersatz der Tätigkeit der Kleinagenten durch andere Werbemethoden oder durch Großagenten nicht möglich ist, würde eine vollkommene Angleichung des Agentenrechts an das Angestelltenrecht Agenten freisetzen. Alle jene Unternehmer, die heute ihren Betrieb eben noch aufrecht erhalten können, müßten, wenn ihnen durch die Beschäftigung von Kleinagenten Mehrbelastungen erwachsen würden, auf die Dienste der Agenten verzichten, und zwar auch dann, wenn sie sie nicht durch Großagenten oder Änderung der Werbemethoden überflüssig machen können. Soweit dann das Unterbleiben der Werbung durch den Agenten einen Ausfall am Absatze oder gar die Unmöglichkeit der Weiterführung des Unternehmens bewirken würde, würden die Folgen der vollkommenen Angleichung des Rechts der wirtschaftlich schwachen Agenten an das Angestelltenrecht weit über den Kreis der Agenten hinaus wirken.

Weiter müßte diese Angleichung in jenen Fällen, in denen der Geschäftsherr auf die Tätigkeit einer Hilfsperson nicht

verzichten kann und will, dazu führen, daß der Geschäftsherr, soweit dies möglich ist — und das wäre in weitestem Umfange möglich —, die Agenten durch Angestellte ersetzt. Diese hat der Geschäftsherr immer fester in der Hand als die Agenten. Warum soll der Geschäftsherr auf diesen Vorteil verzichten, wenn die Belastungen, die für ihn aus einem Agentur- und aus einem Angestelltenvertrag erwachsen, die gleichen sind.

Eine Zusammenfassung des Ausgeführten ergibt, die vollkommene Angleichung des Rechts der Kleinagenten an das Angestelltenrecht müßte zu einer Verminderung der Zahl der Kleinagenten führen. Teilweise würden ihre Leistungen ersetzt werden durch andere Werbemethoden, zum Teil würden an ihrer Stelle Angestellte treten und schließlich würde der Tätigkeitsbereich der Großagenturen eine Erweiterung erfahren. Zum Teil würde aber auch von den Geschäftsherren statt der Mehrbelastung, die sich aus weitgehenden Schutzvorschriften ergibt, eine Einschränkung des Absatzes gewählt werden.

b) Auch die Frage, ob die Übernahme der Schutzvorschriften des österreichischen Agentengesetzes empfohlen werden soll, kann nicht mit einem einfachen ja oder nein beantwortet werden. Das österreichische Agentengesetz geht — wie schon erwähnt — gleich dem deutschen Handelsgesetzbuch von dem Grundsatz aus, der Agent bedürfe keines besonderen Schutzes. Diesen Grundsatz haben wir als verfehlt erkannt, daher kann man nicht ohneweiters annehmen, das österreichische Agentengesetz habe für den wirtschaftlich schwachen Agenten hinlänglich gesorgt. Andererseits finden wir im österreichischen Agentengesetz einige Normen, die dem Agenten einen Schutz einräumen, der über das Privatangestelltengesetz hinausgeht (§15, I; 26). Diese sind jedenfalls nicht zu übernehmen, denn es besteht kein Grund, dem Agenten einen weiteren

Schutz zu gewähren als dem Angestellten. Wenn allerdings besondere Umstände es rechtfertigen, daß das österreichische Agentengesetz über das Privatangestelltengesetz hinausgeht — vgl. z. B. die §§ 10, I; 14, II, und 15, II — dann wird man wohl die Übernahme dieser Vorschriften ins Auge fassen dürfen.

c) Das Ergebnis unserer Betrachtungen geht dahin, daß gewisse zwingende Schutzvorschriften zugunsten der Kleinagenten dem Privatangestelltengesetz, andere dem österreichischen Agentengesetz nachzubilden sind. Die mechanische Übernahme der zwingenden Vorschriften aus einem der beiden Gesetze würde dagegen den Verhältnissen nicht gerecht. Welche Vorschriften zu übernehmen sind, kann nicht generell gesagt werden. Es ist vielmehr notwendig, bezüglich jeder einzelnen Norm zu überprüfen, ob ihre Übernahme nicht Funktionen äußern wird, die unerwünscht und für die Wirtschaft gefährlich sind.

Die unverwüstliche Lebenskraft des a. b. G. B., die das Gesetzbuch nicht bloß den Staat überleben ließ, für den es geschaffen war, die es vielmehr auch in den neuen Staaten, zunächst in der Tschechoslowakei und in Jugoslawien in wenig veränderter Gestalt Wiederauferstehung erleben und zum Teile sogar Neuland erobern läßt, hat bereits Franz Klein in der Festschrift zur Jahrhundertfeier des a. b. G. B. (I, 1 ff.) in der ihm eigenen geistreichen und gedankenvollen Art zu ergründen versucht. Man wird seinen Ausführungen vollinhaltlich zustimmen können. Man wird aber vielleicht auch nicht fehlgehen, wenn man als nüchterner Jurist die Erklärung vor allem darin sucht, daß das Gesetz seinen Inhalt in weiser Abwägung der Bedürfnisse gleichmäßig aus drei Quellen schöpfte, die erst gemeinsam den gewaltigen Strom des Rechtslebens richtig zu speisen vermochten, aus dem römischen, aus dem deutschen und aus dem Naturrechte.

Die künstlerische und kunstvolle Art, in der es der Gesetzgeber verstanden hat, diese drei Elemente zu einer höheren Einheit zu verbinden, das ist die Meisterleistung, die dem Gesetzbuche seine Unsterblichkeit sichert. Gewiß war darum Josef Ungers Arbeit, durch die er die Lehre des Gesetzbuches der Umklammerung durch eine reine Paragraphenjurisprudenz entwand, die, völlig abgewandt vom gemeinen Recht und von der deutschen Rechtswissenschaft, das Gesetz lediglich aus sich selbst erklären wollte, von grundlegender Bedeutung. Sie stellte den verlorenen Zusammenhang mit der deutschen Rechtswissenschaft wieder her. Sie verfiel aber in den umgekehrten Fehler, das Gesetz einseitig in romanistischem Sinne zu ver-

stehen, ja es vielfach geradezu gewaltsam in dieser Richtung umzudeuten. Es ist deshalb vielleicht das schönste Zeugnis für Ungers Größe, daß er selbst es war, der schließlich (Grünhuts Z., 15, 676) die Forderung nach „Befreiung von den Fesseln der romanistischen Schuldoktrin“ erhob. Ähnliche Wege ging die nicht weniger verdienstvolle Erkenntnis der Bedeutung des Naturrechts, namentlich in der ihm durch Kant zuteil gewordenen Formulierung, für das Verständnis des a. b. G. B. durch Wellspacher (Das Vertrauen auf äußere Tatbestände, 1906, 124; Festschrift zur Jahrhundertfeier, I, 173 ff.) und E. Swoboda (Das a. b. G. B. im Lichte der Lehren Kants, 1926, u. a. m.). Auch da drohte die Gefahr der einseitigen Überschätzung eines an sich richtig erkannten Einflusses. Aber auch da war es bemerkenswerterweise bereits Wellspacher selbst, der betonte (Festschrift, I, 205), daß das Naturrecht vielfach nur als einfacher Träger deutscher Rechtsgedanken auftritt.

Es ist mit anderen Worten sicherlich reizvoll, den einzelnen Elementen, dem römischen, dem deutschen und dem Naturrecht im a. b. G. B. nachzuforschen. Aber es darf dabei doch nicht übersehen werden, daß die Größe und Bedeutung des Gesetzbuches gerade in der richtigen Synthese dieser drei Elemente gelegen ist. Das zeigt sich vielleicht mit besonderer Deutlichkeit an den Gesetzesbestimmungen, die den Stempel deutschrechtlichen Ursprunges am sichtbarsten tragen, an dem sogenannten Eigentumserwerb „aus Macht Rechtens“. Es sei nur der Hauptfall herausgegriffen, der in dem berühmten § 367 des Gesetzbuches seine Formulierung erhalten hat.

Es ist immer bedenklich und niemals ganz zutreffend, ein ganzes Rechtssystem mit einem Schlagworte charakterisieren zu wollen. Das trifft zweifellos auch auf den heute wieder besonders beliebten Versuch zu, das römische gegenüber dem deutschen Recht als den schärfsten Ausdruck

einer individualistischen Rechtsanschauung zu kennzeichnen. Immerhin ist jedoch dieser Gegensatz, wenn auf irgendeinem Gebiete, so vor allem auf dem des Eigentumsrechts feststellbar. Insbesondere tritt der absolute, ausschließliche und rücksichtslose Charakter des römischen Eigentums in seiner grundsätzlich (Ausnahmen: Pineles, Jur.-Bl., 1920, Nr. 3, 4; Ehrenzweig, System, I, 201) nur durch die Ersitzung gehemmten Verfolgbarkeit gegenüber jedem Inhaber deutlich zutage. Demgegenüber gewährt das deutsche Recht von Haus aus dem Eigentümer von Fahrhabe eine Klage nur zur Verfolgung abhanden gekommener Sachen und nicht einmal die, wenn der Eigentümer die Sachen selbst aus der Hand gegeben hatte: „Hand muß Hand wahren.“

Der Gegensatz der Auffassung scheint hier in der Tat schlagend. Trotzdem wäre es verfehlt, ihn für den individualistischen Standpunkt des römischen Rechts auf der einen Seite, für den angeblich kollektivistischen oder sozialen Charakter des deutschen Rechts andererseits ausmünzen zu wollen. Denn nicht die Verkehrssicherheit oder der Publizitätsgedanke oder irgendwelcher anderer höherer Gesichtspunkt war zunächst für diese Beschränkung des Eigentumsschutzes im deutschen Recht entscheidend. Vielmehr kaum etwas anderes als die rein deliktische Natur des Eigentumsschutzes für Fahrhabe, der nur wegen unfreiwilligen Besitzverlustes eine Klage gegen jeden Dritten anerkannte (Gierke, Holtzendorff-Kohlens Enzyklopädie, I⁷, 136, 264).

Nicht grundsätzliche Gegensätze in der Auffassung des Eigentumsbegriffes, sondern lediglich, wenn der Ausdruck gestattet ist, ein Unterschied in der technischen Gestaltung des Eigentumsschutzes ist es demnach, der einen verschiedenen Umfang, eine verschiedene Tragweite dieses Schutzes hier und dort zur Folge hat. Ihren eigenen ge-

danklichen Inhalt hat die Beschränkung des Eigentumschutzes, die Verdrängung der „absoluten“ römischen Vindikation durch die „relative“ deutsche Fahrnisklage erst, beachtenswerterweise zum Teil im Zusammenhange mit gewissen Handelsprivilegien der Juden (Gierke, Deutsches Privatrecht, 2, 557), *im usus modernus pandectarum* erhalten (Wellspacher, Grünhuts Z., 31, 631 ff.; Vertrauen, 134 f.). Es ist der Publizitätsgedanke, der Gedanke des Verkehrsschutzes, des Schutzes des gutgläubigen Erwerbes, der zugleich in dem vom Naturrechte, vor allem von Kant vertretenen Grundsatz der ausgleichenden Gerechtigkeit (Swoboda, a. a. O. 76 f.) seine Stütze fand.

In diesem Sinn ist die Beschränkung des Verfolgungsrechts des Eigentümers von Fahrhabe Gemeingut der geltenden Rechtsordnungen geworden. Teilweise allerdings nur derart, daß der redliche Erwerber bloß ein sogenanntes Lösungsrecht erhält, Anspruch auf Ersatz des Preises, den er seinem Vormanne bezahlt hat (Preuß. A. L. R., 15, I, §§ 18—26, 36, 37, 42; Sächs. B. G. B., §§ 295, 298 ff.), während das österreichische Recht (§ 367) die Klage gegen den redlichen Erwerber in gewissen Fällen überhaupt ausschließen und jüngere Gesetze (H. G. B., Art. 306; Schweiz. Z. G. B., Art. 714; deutsches B. G. B., §§ 932—935) diesen Gedanken verallgemeinern.

Dieses Ringen zwischen römischer und germanischer Gestaltung des Eigentumsschutzes und die schließliche Gewinnung eines mittleren Standpunktes im Geiste des Naturrechts spiegelt sich in dem Werdegang der fraglichen Bestimmung des geltenden Rechts (§ 367) von ihren Anfängen im Codex Theresianus bis zu ihrer endgültigen Gestaltung im a. b. G. B. deutlich wieder. Die Fahrnisklage des Codex Theresianus steht wohl in engstem Zusammenhange mit gemeinrechtlichen Fahrnisklagen, die unmittelbare Nachkommen der deutschen Fahrnisklage sind

(Wellspacher, Grünhuts Z., 31, 631 ff.). In dieser Gestalt hat sie auch noch in den Entwurf Hortens (II, 21, §§ 46 ff.; II, 6, §§ 5 ff.) Eingang gefunden: Der Nachweis des objektiv unverdächtigen Erwerbes befreit den Erwerber von der Herausgabepflicht. Er hat „aus Macht Rechtens“ Eigentum erworben. Der Entwurf Martinis (§ 20, II, 3) sieht dagegen den Schutz des Dritten nur mehr dann als gerechtfertigt an, wenn dem Eigentümer seinerseits eine Sorglosigkeit zur Last fällt (Wellspacher, Vertrauen 168).

Damit ist der Wandel der Anschauung auf dem Wege vom Codex Theresianus zum a. b. G. B., das (§ 367) nur eine fast wörtliche Wiedergabe des Martinischen Entwurfes darstellt, zweifellos zutreffend gekennzeichnet.

Die an sich richtige Charakteristik ist jedoch insofern unbefriedigend, als sie nur auf den dritten der drei bekannten Fälle des § 367 vollkommen zutrifft, die beiden ersten, den Erwerb „in einer öffentlichen Versteigerung“ oder „von einem zu diesem Verkehr befugten Gewerbsmanne“, dagegen nicht deckt (Wellspacher, Vertrauen, 168, 169). Auf den ersten Blick liegt daher die Annahme Randas (Eigentum, 340) und anderer (Krasnopolski, Der Schutz des redlichen Verkehrs usw., 1902, 19 f., u. a. m.) nahe, daß mit dem Entwurfe Martinis der grundsätzliche Schutz des redlichen Erwerbes wieder aufgegeben und nur mehr ausnahmsweise unter Verzicht auf einen einheitlichen Gedanken anerkannt sei. Man wird aber vielleicht doch mit mehr Recht ein einigendes Band in dem naturrechtlichen Gedanken des Verkehrsschutzes (Zeiller, 2, 133, u. a. m.) oder, wenn man will, in Kants ausgleichender Gerechtigkeit (Swoboda, a. a. O. 76) finden.

Unterstützt wird diese Auffassung durch den Umstand, daß Martini (§ 21, II, 3) eine zweite entscheidende Änderung vorgenommen hat. Der Codex Theresianus hatte dem Beklagten den Beweis des objektiv unverdächtigen

Erwerbes auferlegt. Martini geht dagegen von der naturrechtlichen Vermutung des redlichen Erwerbes aus und stellt es nur dem Kläger frei, den Gegenbeweis gegen diese Vermutung zu führen. Das ist auch noch der Standpunkt des a. b. G. B. (§ 368). Damit sind jedoch die objektiven Merkmale des verdächtigen Erwerbes, die schon der Codex Theresianus aufgestellt hatte, übernommen. Damit ist aber die Lehre Martinis nicht als Bruch mit der Vergangenheit, sondern als deren Fort- und Umbildung deutlich gekennzeichnet (Wellspacher, Vertrauen, 170), als naturrechtliche Synthese römischer und germanischer Auffassung.

Tatsächlich stoßen in der Frage des Eigentumserwerbes vom Nichtberechtigten zwei Welten aufeinander. Die eine (A. Menger, Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen, 3. Aufl., 1904, 127) sieht in dessen Anerkennung einen unerfreulichen Sieg des Handelsgeistes über die Eigentumsordnung, des Verkehrsrechts über das Sachenrecht, ein die Eigentumsordnung gefährdendes Übel (Binding, Die Ungerechtigkeit des Erwerbes vom Nicht-eigentümer usw., 1905; Reichel, Gutgläubigkeit beim Fahrniserwerb, Grünhuts Z., 42, 174 ff.). Die andere (Wehli, Ger.-Z., 1904, 209 ff.; Koban, Zwei Fragen aus dem bürgerlichen Recht, 1909: Haben auf eigene Gefahr) will dagegen diese Erwerbsmöglichkeit zu einem allgemein herrschenden Prinzip erhoben wissen. Das ist im reichsdeutschen (B. G. B., §§ 932 ff.) und schweizerischen Recht (Z. G. B., Art. 714) und eigentlich schon früher im Handelsrecht (H. G. B., Art. 306) in der Tat im großen und ganzen geschehen.

Angesichts dieses Widerstreites der Meinungen hat der Entwurf des künftigen bürgerlichen Gesetzbuches für die Tschechoslowakei (§ 292) vielleicht am besten getan, das bisherige Recht (a. b. G. B., § 367) unverändert zu übernehmen und dessen mittlere Linie beizubehalten. Daß un-

beschadet dieses grundsätzlichen Standpunktes gewisse Änderungen und Ergänzungen des Entwurfes wünschenswert sind, um einzelne Zweifel der Auslegung endgültig aus der Welt zu schaffen, gehört nicht in diesen Zusammenhang.

Dagegen ziemt sich vielleicht schließlich eine Nutzanwendung aus dem, was hier, weniger originell als zusammenfassend, zu dem Probleme gesagt werden wollte, im Hinblick auf die Person dessen, dessen bescheidener Ehrung diese Zeilen dienen wollen. Otto Peterka ist all seinen Kollegen, den älteren ebenso wie den jüngeren, das leuchtende Vorbild eines unermüdlichen Arbeiters im Dienste der Wissenschaft, der es insbesondere stets verstanden hat, die Früchte der rechtsgeschichtlichen Forschung für das geltende Recht nutzbar zu machen. Er ist zugleich einer von denen, die seit jeher der Reformbedürftigkeit unseres Studienbetriebes und unserer Studienordnung das Wort geredet haben. Wenn irgendeiner, so ist gewiß er berufen, die Bedeutung und Notwendigkeit der Rechtsgeschichte für die Pflege und für die Fortbildung des geltenden Rechts zu betonen. Diese seine Stellungnahme, die wohl nicht bloß von allen Rechtshistorikern, sondern von jedem einsichtigen Rechtslehrer geteilt wird, zu unterstützen, ihre Berechtigung an einem in die Augen springenden Beispiele zu erweisen, das soll der Sinn dieses dürftigen Beitrages sein.

Caveant consules! Mögen die Rechtsfakultäten nicht zu Vorbereitungsschulen für juristische Praktiker herabsinken! Mögen sie bleiben, was sie zur Ehre der Wissenschaft, des Staates und seiner Völker waren und sein sollen, Pflanzstätten der Wissenschaft! Nur eine solche Studienreform, die von diesem Leitgedanken getragen ist, kann der Sache frommen. Kompromisse werden unvermeidlich sein, aber nur dann zweckmäßig und erträglich, wenn sie den praktischen Bedürfnissen entsprechen, ohne die Wissenschaft zu erschlagen.

EGON WEISS / DIE VERTEILUNG DER VINDIZIEN UND DER EIGENTUMSSCHUTZ BEI DER LEGIS- ACTIO SACRAMENTO IN REM

Soviel von römischem Gedankengut auch heute lebendig ist, so dürfen wir doch nicht daran vorübergehen, daß ersteres, wie wir es in unseren Quellen niedergelegt finden, vielfach Spuren einer Denkungsart aufweist, die ihre Heimat nur in ganz altertümlichen Zuständen und in einer ganz altertümlichen Gesellschaft, jenseits aller von uns als grundlegend und wesentlich anerkannten Zustände haben kann. Manchmal könnten wir diese, ich möchte sagen, vorgeschichtlichen Einrichtungen in einem gewissen Umfang zeitlich einordnen, so z. B. für die Hausdurchsuchung *lance et licio* indogermanischen Ursprung annehmen¹. Anderen Ortes ist die Sachlage verwickelter. Erst wenn wir von unserer ältesten Überlieferung noch ein oder zwei Schichten abheben, tritt das Urgestein der archaischen Gesellschaft, die solches Recht hervorzubringen vermochte, zutage. Hieher gehört die älteste Form der *rei vindicatio*, der *legisactio sacramento in rem*.

I

Seit es ein Individualeigentum gibt, muß die Rechtsordnung auf dessen Schutz Bedacht nehmen. Findet man in unserem Verfahren einen Eigentumsprozeß, und ist das Ziel des Verfahrens, wie dies in aller Regel gefaßt wird, die

¹ E. Weiß, Z. S. d. Savigny-Stiftung XLIII 1922, 455 ff., Rheinische Z. S. XI, 1922, 23; v. Schwerin, Die Formen der Haussuchung in indogermanischen Rechten, 1924, 1 ff.; Wenger, Der heutige Stand der römischen Rechtswissenschaft, 1924, 59.

Entscheidung darüber, *cuius sacramentum iustum sit*¹, so gelangt man zu einer psychologischen und juristischen Unmöglichkeit. Kein Eigentümer wird sich damit zufrieden geben, wenn ihm sein Eigentum entzogen wird und seine Genugtuung darin bestehen soll, daß die Entscheidung dahin ergeht, seine Eigentumsbehauptung sei die richtige gewesen. Ist dies einleuchtend, so wolle man noch bedenken, was alles Gegenstand unserer *Legisactio* war. Allerdings hören wir bei Gaius² von der *Vindicatio filii* nur im Zusammenhang mit der Adoption, aber nach der Anlage des Vorganges müssen doch auch Fälle denkbar gewesen sein, wo die Kontravindikation nicht unterblieb. Der Verginiaprozeß, von dem noch zu sprechen sein wird, gehört allerdings zunächst in einen anderen Zusammenhang, denn hier wurde in unserer Überlieferung nicht die *patria potestas* des Klägers behauptet, sondern daß die Verginia dessen Sklavin sei³. Das *interdictum de liberis exhibendis, item ducendis*⁴, ist als solches honorarischen, daher späteren Ursprunges als das Legisactionen-Verfahren.

In Wirklichkeit findet auch in diesem Verfahren ein gerichtlicher Schutz des Habens der Sache statt, und zwar durch die Verteilung der Vindizien. Dies ist natürlich schon bisher nicht übersehen und nur die Tragweite der Einrichtung verkannt, ihre Einordnung in die Geschichte der Entwicklung des Rechtsganges nicht richtig gewürdigt worden. Mit diesem *Vindicias dare* entscheidet der Magistrat über das Haben der Sache.

¹ Wenger, Institutionen des Römischen Zivilprozeßrechts, 1925, 121, Anm. 16; 134, Anm. 8.

² II, 134; Gellius V, 19, 3, . . . *apud eum apud quem legisactio est, vindicantur*. Vgl. an neuere Schrifttum III A 2223 f. E. Weiß unter *status controversia* in der Realenzyklopädie von Pauly-Wissowa III A 2433. Krüger, Der Ingenuitäts- und Labiotinitätsprozeß, Studi Riccobono II, 230 ff.

³ Livius IV, 44: . . . *Claudio clienti negotium dedit, ut virginem in servitute assereret*. Pomp D. I, 2, 2, 24.

⁴ Lenel, EP³ 488; Berger in Pauly-Wissowas Realenzyklopädie IX, 1642, s. Nr. 12, 13.

II

Auch die größte Vorsicht bei der Erörterung über das *Vindicias dare* wird mit Beruhigung davon ausgehen können, daß das Wort *Vindiciae* ersichtlich mit *Vindicare* zusammenhängt¹. Dem Juristen Servius Sulpicius, einem Zeitgenossen Ciceros², wird, wie es scheint, eine Äußerung über diesen Zusammenhang zugeschrieben, über die Festus p. 518 Lindsay folgendermaßen berichtet:

. . . *iam singulariter formato vindiciam esse aut . . . [q]ua de re controversia est, ab eo, quod vindicatur*.

Auch Festus selbst sagt a. a. O.: *Vindiciae appellantur res eae, de quibus controversia est*.

Außerdem berichtet Festus, der Grammatiker Cincius habe sich über das Wort geäußert. Da das Werk, aus dem das Zitat stammt, nicht angegeben ist, so wird angenommen, daß es dem Buch „*de verbis priscis*“ entnommen ist³. Darnach soll Cincius gemeint haben:

Vindiciae olim dicebantur illae, quae ex fundo sumptae in ius adlatae erant.

Doch bezieht sich dies ersichtlich nur auf die Repräsentation des *fundus* durch eine *pars*, an der sich nach dem Bericht des Gaius IV 17, die *Rei vindicatio* vollzog. Hier ist nur eine Teilerscheinung herausgegriffen, während der Bericht des Gaius die innere Wahrscheinlichkeit für sich hat; demzufolge fand die Verteilung der Vindizien allgemein und nicht bloß bei der Vindikation eines Grundstückes statt. Auch die Äußerung des Gellius kann wohl nicht anders verstanden werden, als daß er bei Erörterung

¹ Auf die Frage nach dem sprachlichen Sinn des Wortes *Vindicatio* muß hier nicht eingegangen werden, vgl. die Nachweisungen von Betti, La *vindicatio Romana primitiva*, Filangieri 1915, S. 4, Anm. 11 (Sonderabzug); dazu kritisch Düll, Z. S. d. Savigny-Stiftung LIV 1934, 100 ff., und Senn in den Verhandlungen des Internationalen Historikerkongresses in Warschau 1933.

² Z. B. Krüger, Literatur und Quellen, 66.

³ Wissowa in der Realenzyklopädie III, 2555.

des Rechtes seiner Zeit (160 n. Chr.) den Gegenstand des Eigentumsstreites ohne Unterscheidung als Vindicien bezeichnet¹; doch setzt noch Arnobius (295 n. Chr.) bei seinen Zuhörern Kenntnis der Bedeutung der Vindizienverteilung voraus².

Das *vindicias dare* ist also tatsächlich die Verfügung des Gerichtsmagistrates über das Haben der Sache. Für den Leser seiner Zeit erläutert dies Gaius IV 16, mit den Worten *interim aliquem possessorem constituebat*, gewiß dem ursprünglichen Sinn nicht entsprechend, da die auf *ius honorarium* beruhende *possessio* erheblich jünger sein muß als der altertümliche Begriff der *Vindiciae*. Nur hingewiesen sei darauf, daß andere Quellen den Ausdruck *vindicias dicere* gebrauchen³. Die *Vindiciae* schließen sich an den gerichtlichen Zweikampf, die *provocatio ad sacramentum*, und eine dritte Gruppe von Vorgängen an, die Gaius a. a. O. durch die Bezugnahme auf die uns unbekannt *legisactio sacramento in personam* umschreibt. Es wäre denkbar, daß die Bestellung des *iudex* gemeint war, von der wir anscheinend im Zusammenhang der *legisactio sacramento in personam* bei Gaius IV 15 in dem erhaltenen Absatzschluß hören.

Nun ist indes in unserer Überlieferung die Verteilung der Vindizien nicht so gedacht, daß damit das Haben der Sache endgültig übergehen sollte; sie steht vielmehr ihrer Anlage nach hinter der Entscheidung über das Eigentumsrecht zurück. Es bestehen nicht weniger als drei Mittel, um einen dem Eigentumsrecht, wie es durch den Sakramentsprozeß festgestellt wird, entsprechenden Zustand herbeizuführen.

a) Schon der Prätor fordert denjenigen, dem er das

¹ 20, 10: *Ex iure manum consertum verba sunt ex antiquis actionibus, quae cum lege agitur et vindiciae contenduntur, dici nunc quoque apud praetorem solent.*

² IV 16, p. 155, Reifferscheid: *... quis arbiter cervicibus tantus erit, quis inter personas huius modi aut vindicias iustas dare aut sacramento conetur pronuntiare non iniusta?* Wlassak, Z. S. d. Savigny-Stiftung XXV 1904, 89, Anm. 1.

³ Wlassak, a. a. O. 90 ff.

Haben der Sache zuweist auf, seinem Gegner Bürgen *litis et vindiciarum* zu stellen. Diese übernehmen also die Haftung für die Sache¹, für ihre Rückerstattung und die Rückerstattung der in der Zwischenzeit erzielten Früchte (*id est rei et fructuum*) im Falle eines für den Erstgenannten ungünstigen Ausganges des Sakramentsprozesses. Man nimmt an², daß die Verpflichtung der *praedes* an und für sich, wie schon der Zusammenhang nahelegt, auf Naturalrestitution gegangen sei, daß sie sich indes hätten durch Zahlung des Streitwertes von dieser Haftung befreien können. Dies wird auf Gaius IV, 89, gestützt. Hier berichtet Gaius von der *satisfactio* im dinglichen Prozeß und bemerkt, daß letztere deswegen im dinglichen Rechtsstreit erforderlich ist, weil inzwischen der Besitz auf eine Partei übergeht oder bei einer Partei verbleibt. Unterliegt letztere und gibt sie die Sache nicht heraus, ohne auch die *aestimatio* zu leisten, so muß auch in dem dem Schriftsteller offenbar vorschwebenden Sponsionsverfahren die Möglichkeit bestehen, die erwähnte Partei oder ihre Bürgen in Anspruch zu nehmen. Da nun die Verpflichtung der *sponsores* in diesem Stadium nicht weitergehen kann als die Verpflichtung des Hauptschuldners, so wird ähnlich wie für den griechischen ἔγγυος angenommen, daß auch sie sich, und zwar nicht bloß im Sponsions-, sondern schon im Lesgisaktionenverfahren, durch die Leistung der *aestimatio*, also des Streitwertes befreien

¹ Ascon. in Verr. II, 1, § 114, p. 191, Bruns II⁷ 72 hat nur die unversehrte Rückstellung vor Augen: *... qui eam tenet, dat pro praede litis et vindiciarum adversario suo, quo ille satisfaciatur* (richtig wohl *quo illi satis fiat*) *nihil se deterius in possessione facturum* usw. Vgl. auch die Parallelstelle zu Gaius IV 16, Gaius IV 94.

² So Sethe-Partsch, Demotische Urkunden 1910, 439; Betti, Studi sulla litis aestimatio I, 1915, 9: *così nella legisactio sacramento in rem i praedes si obbligavano sullo condizionale alternativa, purché non venisse restituta la res ipsa pagata, poenae nomine, la sua aestimatio.* Wenger, Institutionen des römischen Zivilprozeßrechts, 1925, 122, Anm. 6; Levy, Z. S. d. Savigny-Stiftung XLII 1921, 487, spricht nur von einem „vertraglich eingeräumten Loskaufrecht“.

konnten. Schuld und Haftung sind also nach doppelter Richtung getrennt; einmal erhalten nicht die haftenden *Praedes* die zurückzustellende Sache, sondern eine der beiden Parteien¹, und ferner wird zwar die Rückstellung der Sache geschuldet, aber die Haftung geht nur auf die *aestimatio*. Es ist dies eine andere Seite des oben dargelegten Grundsatzes, daß das Sakramentsverfahren nicht imstande ist, das Haben der Sache wirksam zu sichern, steht andererseits mit der von Gaius IV 48, berichteten ursprünglichen Verurteilung auf die Sache selbst nicht im Widerspruch, wenn man mit der neueren Lehre richtig² annimmt, daß es sich hier um ein sinnloses Texteschießel handelt und daß auch in dem uns beschäftigenden Verfahren zu Vollstreckungszwecken nur gegen die Bürgen und nur durch ein sich naturgemäß auf Geld richtendes Schätzungsverfahren vorgegangen werden konnte.

b) Bereits die Zwölf Tafeln (XII 3) sollen die Bestimmung enthalten haben:

Si vindiciam falsam tulit, si velitis . . . [prae-] tor arbitros tris dato, quorum arbitrio . . . fructus duplione damnum decidito (Festus p. 518 Lindsay).

Zunächst ergibt sich aus unserer Stelle, daß schon den Zwölf Tafeln ein Rechtszustand zugeschrieben wurde, in welchem dafür Vorsorge getroffen wurde, eine Ausgleichung herbeizuführen, wenn durch den Gerichtsmagistrat einer Partei das Heben der Sache, die Vindizien, zugeteilt werden, und sich nachher herausstellt, daß er nicht Eigentümer, sein *sacramentum* also *iniustum* ist³. Der Ausdruck dafür

¹ Darin liegt der Gegensatz zu den bei Sethe-Partsch, a. a. O. 530, Anm. 2, angeführten, mittelalterlichen Quellen, die daher für die römische Rechtsentwicklung ohne Bedeutung sind.

² So überzeugend Kreller, Z. S. d. Savigny-Stiftung LV 1935, 181; ältere Ansicht bei Wenger, a. a. O. 136, Anm. 10.

³ Levy, Z. S. der Savigny-Stiftung XXXVI 1915, 31 ff.; LIV, 1933, 306; Herdlitzka, a. a. O. XLIX 1928, 27, Anm. 3. Dort in Anm. 2 weiteres Schrift-

ist *vindiciam falsam ferre*. Ist nun die schon längst vorgeschlagene und wohl kaum einem begründeten Zweifel ausgesetzte¹ Ergänzung [*prae*]tor richtig, so würde unsere Stelle besagen, daß der Prätor drei Schiedsrichter² einsetzt, die den Schaden festzustellen haben, der durch den unrechtmäßigen Bezug der Früchte entstanden ist. Diesen Schaden ersetzt, *qui vindiciam falsam tulit*, in doppelter Höhe. Schon daraus geht hervor, daß nicht einmal betreffs der Früchte Naturalrestitution ins Auge gefaßt ist. Den Grundsatz der Geldentschädigung für die in der Zwischenzeit gezogenen Früchte machte sich auch der römische Senat zu eigen, wenn er über Gebietsstreitigkeiten entschied³. Eine Bestimmung über die Rückstellung der Sache ist aus der Stelle der Zwölf Tafeln nicht zu entnehmen. Anders allerdings der spätere Prozeß.

c) Wesentlich weiter geht das Sponsionsverfahren. Hat der Unterliegende den Besitz der Sache erhalten, so wird er zu ihrer Rückstellung aufgefordert (Gaius IV 167). Daneben steht noch das *Cascellianum sive secutorium iudicium de possessione recipienda* (Gaius IV 166) und im Eigentumsstreit *per sponsionem* ein *iudicium fructuarium*, wenn es der *victus* in der *fructus licitatione* verschmäht, von dem *iudicium Cascellianum* Gebrauch zu machen (Gaius IV 169). Ähnliches darf wohl für den Legisaktionen-Prozeß kaum an-

tum, woraus Betti, *Litis aestimatio* I 1915, 16 ff.; Ehrhardt, a. a. O. 43 hervorzuheben sind (nicht ganz klare Polemik gegen Betti).

¹ *Cuiacius*, Abs. V, 21, editio Neap. III 128, schlägt vor: *Si vindiciam falsam tulit sive litis praetor*; hingegen C. O. Müller: *Si vindiciam falsam tulit silitis [vindiciarum praetor arbitros tris dato]*. Wetzell, Der römische Vindikationsprozeß, 1845, 32, schlägt Ausfüllung der Lücke nach *is* mit den Worten *qui vicit, Prae]tor* vor.

² *Wlassak*, Realenzyklopädie II 410, Z. 2; *Wenger*, Institutionen, 57, Z. 2.

³ *Polyb.* XXXII, 2 (Massinissa u. die Karthager). 5 ἀμφοτέρων δὲ ποιουμένων τὴν ἀναφορὰν ἐπὶ τὴν σύγκλητον ὑπὲρ τῶν ἀμφισβητουμένων κ. τ. λ. 8 ὥστε μὴ μόνον τὰς πόλεις καὶ τὴν χώραν ἀποβαλεῖν, ἀλλὰ καὶ πεντακόσια τάλαντα προσθεῖναι τῆς καρπείας τῶν χρόνων, ἐξ οὗ συνέβη γενέσθαι τὴν ἀμφοβήτησιν.

genommen werden; für das *iudicium Cascellianum* wäre eine solche Annahme ausgeschlossen, weil unser *iudicium* auf den Juristen Cascellius der ausgehenden Republik zurückgeführt wird und von ihm komponiert ist¹. Alles dies wäre unmöglich, wenn es zur Zeit des Cascellius, wo das Legisaktionen-Verfahren noch in voller Blüte stand², dort bereits etwas Ähnliches gegeben hätte.

III.

Überblickt man das eben Gesagte, so ergibt sich, daß unter allen in diesem Verfahren der *legisactio sacramento* in rem denkbaren Entscheidungen nur die des Prätors zu einem dauernden Ergebnisse führt; sie ist es, die das Haben der Sache verteilt. Diese Entscheidung ist endgültig, zwar nicht ihrer Anlage nach, wie sie sich in geschichtlicher Zeit darstellt, wohl aber ihrer Wirkung nach. Alles, was geschieht, um diese Wirkung wieder rückgängig zu machen, ist unzureichend und führt nicht zu jenem Ergebnis, welches jedermann anstrebt, dem sein Eigentum entzogen worden ist. Der Sakramentsprozeß stellt nur fest, *cuius sacramentum iustum sit*. Auf der Seite des Siegers hat dies zunächst die Folge, daß die Hafter für die Sakramentssumme, die *praedes*, welche er gestellt hat, frei werden³. Der Sieger erhält die Sakramentssumme nicht, von der wir vielmehr wissen, daß sie *in publicum cedit* (Gaius IV 16). Schon dies allein legt die Auffassung nahe, daß das Sakramentsverfahren seiner Anlage nach gar nicht den Schutz des bedrohten Privatrechts im Auge hatte. Es ist vielmehr, man

¹ Wlassak, Die klassische Prozeßformel (Wiener S. B., 202, 3, 1924), 28. Zum Verfahren Lenel, EP³, 472. Eingehende Darlegung bei Berger, Realenzyklopädie IX, 1693 ff., bes. 1695.

² Mitteis, RPR. 52, Anm. 30.

³ Vgl. Herdlitzka, a. a. O.

mag das *sacramentum* wie immer erklären, viel eher ein Verfahren im Hinblick auf den Staat als Träger und Rächer des gestörten Rechtsfriedens¹.

In unserer Überlieferung besteht bereits eine Rückgabeverpflichtung, aber diese Verpflichtung beruht nur auf der Haftung der *praedes litis et vindiciarum* und den zivilen Privatstrafklagen. Versucht man es, diese Verhältnisse begrifflich zu durchdringen, so spielt wohl der Gegensatz von Schuld und Haftung herein. Wer im Sakramentsprozeß unterlegen ist, von dem steht fest, daß seine Eigentumsbehauptung nicht der Wahrheit entsprochen hat. Hat ihm der Magistrat das Haben der Sache zugeteilt, so ist er zur Rückgabe verpflichtet. Er schuldet sie also natürlich, eine Haftung besteht aber nur betreffs der Bürgen, betreffs seiner nur nach der erwähnten Bestimmung der Zwölf Tafeln über die Strafklage „*si vindiciam falsam tulit*“. Sowohl die Haftung nach dieser Bestimmung als auch die Haftung der *praedes* geht, wie betreffs letzterer oben bemerkt², auf Geld. Auch vom Standpunkte einer archaischen Gesellschaft mit ihren gewiß nicht allzu weitgehenden Ansprüchen auf staatlichen Rechtsschutz mußte hier eine Lücke fühlbar sein. Man hat diese Lücke durch einen Hinweis auf die Selbsthilfe ausfüllen wollen³, die dem obsiegenden Teile zugestanden habe. Es gibt indes dafür gar keinen Beleg. Nirgends begegnen wir dem Gedanken, daß der Ausgang des Sakramentsprozesses die bis dahin unzulässige Selbsthilfe rechtfertigt. Die für diese Auffassung angeführten Äußerungen der Literatur betreffen entweder nicht die

¹ Zum Rachegedanken im ältesten Prozeß s. Weiß, Rheinische Z. S. XI, 1921, 12 ff. (S. A.); Wenger, Institutionen des römischen Zivilprozeßrechts, 9, Anm. 12; 215. Neuerdings Dülle, Z. S. d. Savigny-Stiftung LIV 1934, 106, unter c, 107.

² s. o. S. 67.

³ Koschaker, Z. S. der Savigny-Stiftung XXXVII 1916, 335.

Vollstreckbarkeit, sondern die Erhebung der Eigentumsklage¹, die begreiflicherweise wirklich nur durch eine Handlung des sich in seinem Recht verletzt Fühlenden erfolgen kann; oder aber sie handeln, allerdings erst Jahrhunderte nach dem Abkommen des Legisaktionenverfahrens, zwar von dem Vollzug des obsieglichen Urteils im Eigentumsprozeß, ohne aber die Frage zu berühren, ob dieser Vollzug im Wege der Selbsthilfe stattgefunden hat². Die Annahme, daß die Entscheidung im Sakramentsprozesse die Selbsthilfe, wenn der Ausdruck gestattet ist, legalisiert habe, ist auch innerlich unwahrscheinlich, wenn man für das Legisaktionen- und noch für das Sponsionsverfahren erwägt, daß es, streng genommen, hier überhaupt keinen siegreichen Eigentumskläger gibt, weil die Entscheidung im Sakramentsprozeß nur über das *iustum sacramentum* und im Sponsionsverfahren nur über die Sponsionssumme ergeht; von ihr sagt Gaius IV 94, ausdrücklich, daß sie nur *praeiudicialis* sei und niemals eingetrieben werde³.

Nun ergeht aber doch im Legisaktionenprozeß eine solche Entscheidung über die Sache selbst, es ist dies das mehrfach erwähnte *Vindicias dicere*, die Entscheidung des Magistrates über den Gegenstand der *rei vindicatio*. Sie steht gleichwertig neben der das Eigentum übertragenden⁴ *Ad-dictio* bei der *in iure cessio*, falls die *Contravindicatio* unterbleibt (Gaius II 24). Wir müssen demnach annehmen,

¹ Ovid, Fasti IV 90: *quem Venus iniecta vindicat alma manu*. Amores I, 4, 40: *et dicam mea sunt iniciamque manum*; III, 9, 20: *iniciam dominas in mea iura manus*. Ähnlich Quinctilianus, decl. 350: *translatis manus inicit et suos dicit*.

² Unter Vollzug der Eigentumsklage wird hier die Erfüllung des Klagebehrens zur Abwehr der *condemnatio* verstanden, also Unterwerfung unter das *Arbitrium de restituendo*. Pap. I. 12 resp. D. XL 12, 36: *Dominus, qui optinuit, si velit servum suum abducere, litis aestimationem pro eo accipere non cogitur*. Anders Watzell, 62.

³ Vgl. indes die Einschränkungen Rabels, Z. S. der Savigny-Stiftung XXVII 106, 294.

⁴ Wlassak, a. a. O. XXV 1904, bes. 113. Wenger, Institutionen 1925, 102 f.

daß zwei Entscheidungen gefällt werden, die eine über die Sache selbst, das *Vindicias dicere*, also die Zuweisung der Sache durch den Magistrat und die Entscheidung des *iudex* über das Strafverfahren, das der anstellt, der die Unrichtigkeit der Eigentumsbehauptung seines Gegners (*quando tu inu iria vindicavisti*) behauptet, also, da Behauptung gegen Behauptung steht, eigentlich ein doppelseitiges Verfahren mit zwei Klägern und zwei Beklagten, ähnlich wie später beim *interdictum duplex*¹. Gegenstand des Strafverfahrens ist die *summa sacramenti, quod in publicum cedebat* (Gaius IV 16), das also nicht etwa zur Befriedigung des Geschädigten diene, sondern den Friedensbrecher im Interesse des *publicum*, doch wohl eben wegen der Störung des Rechtsfriedens, der eben erwähnten *iniuria*, strafe. Bei der *summa sponsionis* ist dann der Strafcharakter abgekommen; sie fällt weder dem *publicum* zu, eine Möglichkeit, die Gaius IV 94, nicht einmal einer Erwähnung mehr für wert hält, noch auch dem Gegner.

Welches die Vorstufe dieses Verfahrens war, welche Bedeutung das sacramentum ursprünglich hatte, wird wohl schwerlich jemals mit voller Sicherheit aufgeklärt werden. Gewiß hängt das sacramentum mit der Vorstellung von der Sazertät zusammen, und man kann wohl mit Beruhigung annehmen, daß es ursprünglich eine Selbstverfluchung darstellt, an deren Stelle die unter den damaligen wirtschaftlichen Verhältnissen sehr erheblichen Sätze von fünfhundert und fünfzig As treten, also ursprünglich nicht weniger als 163 kg 725 g Kupfer für fünfhundert As²; daß späterhin der Rechtsverkehr den Libral-As mit dem Silbersesterz gleichstellte³, ist für den in Rede stehenden Zeit-

¹ Z. B. Berger unter *Interdictum* in der Realenzyklopädie von Pauly-Wissowa-Kroll IX 1695.

² Kubitschek in der Realenzyklopädie von Pauly-Wissowa II 1499.

³ Mommsen, Geschichte des römischen Münzwesens 302 ff.

abschnitt ohne Belang. Unserem Verständnis ist es vollkommen entrückt, welche Bedeutung das sacramentum vor der Entstehung der legisactio hatte¹. In dieser legisactio heißt der gerichtliche Zweikampf Vindicatio. Durch sein Friedewirken (mittite ambo hominem) verbietet der Magistrat diesen Zweikampf. Hierauf erst, also nach vollzogener und beendigter Vindicatio kommt es zur provocatio ad sacramentum. Das Verfahren, von dem hier gesprochen wird, folgt demnach zwar zeitlich auf den gerichtlichen Zweikampf; gedanklich und inhaltlich indes tritt es an dessen Stelle, ersetzt die Eigenmacht und beruht auf dem sacramentum als Grundlage. Noch darf in diesem Zusammenhang daran erinnert werden, daß es die Entscheidung des Prätors über das Haben der Sache, die Vindizien ist, die die legisactio konstituiert. Gaius (II 24) bemerkt nach der Erwähnung der inhaltlichen gleichwertigen Addictio bei der in iure cessio: idque legis actio vocatur².

Diese Entscheidung des Gerichtsmagistrates wirkt endgültig. In unserer Überlieferung wird ihrer nicht mehr als einer endgültigen gedacht, und zwar deswegen nicht, weil, wenn sich im Sakramentsprozeß nachher herausstellt, daß das Haben der Sache unrichtig verteilt worden ist, Haftungen zur Entstehung gelangen, nämlich der *praedes*, und auch des dinglichen Schuldners; freilich umfaßt die Strafklage der Zwölf Tafeln nur die Früchte. Aber diese Haftungen führen sämtlich nur zu Geldleistungen, sie führen nicht zur Sache selbst. Über sie ist durch die Verteilung der Vindizien endgültig entschieden; es steht im guten Willen der Hafter (*praedes*) und vor allem dessen, dem das Haben der Sache zugesprochen wurde, ob der

¹ Vgl. zum Folgenden die (sehr abweichenden) Ausführungen Junckers, Gedächtnisschrift Seckel (Abhandl. der Berliner Juristischen Fakultät IX) 1924, 194 ff.; Levy, Z. S. der Savigny-Stiftung XLVIII 1928, 683 ff.

² Wlassak, a. a. O. 86, Anm. 1.

durch den Sakramentsprozeß als solcher erwiesene Eigentümer, gegen den die Vindizienverteilung ausgefallen ist, jemals die Sache wiedersieht, oder sich mit einem Geldersatz zufrieden geben muß, der auch von der Zahlungsfähigkeit der Hafter abhängig gewesen sein wird. Der, zu dessen Gunsten, wenngleich zu Unrecht, die Vindizien erteilt wurden, ersitzt dann die Sache; die ältere Usucapio verlangt ja keinen Titel, für die jüngere stand die Ersitzung pro emptore zur Verfügung¹; Gaius sagt uns dies ausdrücklich von dem, der den Streitwert beglichen hat².

Wer den hier vorgetragenen Standpunkt teilt, wird sich des Eindruckes nicht erwehren können, daß wir bisher die Bedeutung der Verteilung der Vindizien unterschätzt haben dürften. Dies hängt wohl mit der Ausdrucksweise des Gaius, insbesondere seiner Auffassung zusammen, daß es sich hier nur um eine vorläufige Verfügung handle (*interim aliquem possessorem constituebat IV 16*). Indes hat Gaius das alte Recht nicht mehr verstanden; sonst hätte er auch nicht den viel späteren, honorarischen Begriff der *possessio* in diesen quiritischen Prozeß hineinbringen können. Die Auffassung der alten Zeit von der Bedeutung der Vindizien war eine ganz andere. Es wäre darauf zu verweisen, daß der aus alten Quellen schöpfende Gellius (XX 10, 1), übrigens ein Zeitgenosse des Gaius, den Streit um die Vindizien als den Hauptinhalt der *legisactio* bezeichnet, während Gaius nur von der Verfügung des Prätors spricht³. Viel bezeichnender ist indes die Überlieferung des Verginiaprozesses in der bei Livius begegnenden Form. Zwei Tage wird da unter lebhafter Beteiligung der Öffentlichkeit um die Vindicien gestritten, also ob die Verginia auf

¹ So für das Formularverfahren Levy, Die Enteignung des Klägers im Formularprozeß, Z. S. d. Savigny-Stiftung XLII 1921, 485.

² Gaius I. 6 *ad edictum* prov. D. XLI, 4, 1; Levy, 482.

³ Gell. XX 10, 1: *cum lege agitur et vindiciae contenduntur*.

freiem Fuße bleiben soll¹. Bezeichnend ist, in welcher Weise der Historiker über die Entscheidung des Gerichtsmagistrates berichtet. „I“, inquit, „lictor, *summove turbam; et da viam domino adprehendendum mancipium*“².“ Dies sieht nicht nach einer vorläufigen Verfügung aus, wie sie uns Gaius a. a. O. berichtet. Es macht uns begreiflich, daß uns weiter erzählt wird, der Vater Verginius habe seine Tochter lieber mit den Worten „*hoc te uno, quo possum*“, ait „*modo, filia, in libertatem vindico*“ umgebracht, als daß er dies geduldet hätte. Es gab eben für ihn keine andere Hilfe mehr. So wird uns auch klar, welche Bedeutung dem Satze zukam, daß die Vindizien im Freiheitsprozeß stets *secundum libertatem* zu erteilen seien.

IV.

Erwägt man das eben Gesagte, so zeigt es sich, daß es sich eigentlich in unserer Überlieferung der *legisactio in rem* um zwei nach ihrer Anlage, ihrem Grundgedanken und ihrem Zweck untereinander ganz verschiedene Verfahrenstypen handelt.

a) Da ist zunächst das Verfahren um die Entscheidung des Gerichtsmagistrates. Es knüpft an den Akt des *vindicare* an, den Gaius beiden Parteien zuschreibt (*cum uterque vindicasset*). Der Ausdruck *vindicare* selber umfaßt sowohl den gerichtlichen als auch einen außergerichtlichen Akt³;

¹ Liv. III 44—48.

² Liv. III 48. Es entspricht dem Wesen rechtswissenschaftlicher Schriftstellerei, daß Pomp. D. I, 2, 2, 24, auf solche Einzelheiten nicht eingeht. Begreiflicherweise ist der Bericht des Livius nur für die Anschauung seiner Zeit oder der Zeit seiner Quelle von Bedeutung. Noch wäre daran zu erinnern, daß Pomponius (übrigens auch Liv. III, 45) den Satz über die Verteilung der Vindizien für älter als die zwölf Tafeln hält.

³ Hierüber eingehend Betti, *La vindicatio quale Atto del processo reale legittimo*, Rendiconti R. Istituto Lombardico XLVIII, 11, 504 ff. Er verweist auf Servius

nur der gerichtliche Akt ist eine *legisactio* (Gaius IV 29). Mit dem Friedewirken des Gerichtsmagistrates hängt begrifflich dessen Entscheidung über das Haben der Sache, die Verteilung der Vindizien zusammen; unmöglich konnte er sich angesichts der beiden Vindikationen nur darauf beschränken, den Parteien anzubefehlen, vom Streitgegenstand abzulassen.

b) Auch die zweite Gruppe der Verfahrenshandlungen hängt mit dem *vindicare* zusammen, aber in einem entgegengesetzten Sinne. Ihr Gegenstand ist nicht die Erledigung der Vindikationen, sondern ein Strafverfahren wegen unbegründeter *Vindicatio*, das dann mittelbar zur Rechtsfertigung der einen oder anderen Eigentumsbehauptung führt. Eingeleitet wird es durch die *provocatio ad sacramentum*, durch den *qui prior vindica[verat]*, also nach unserer Ausdrucksweise des Klägers, der sich indes für den Fall seines Unterliegens zur gleichen Leistung an das *publicum* (Gaius IV 13; 16) verpflichtet wie sein Gegner. Beide Gruppen von Prozeßhandlungen sind nun in ungemein kunstvoller Weise ineinander geschoben. Der Kläger in dem oben dargestellten Sinne hat nur dann Hoffnung darauf, zu einer ihm günstigen Verteilung der Vindizien zu gelangen, wenn er die „*poena sacramenti*“ (Gaius IV 14) auf sich nimmt, während den Beklagten, der die Sache nicht preisgeben will, die Defensionspflicht¹ trifft, die unter anderem auch die Übernahme der gleichen Verpflichtung in sich schließt.

in Verg. Aen. X, 419 (Bruns, Fontes II⁷, 78) . . . *nulla iudicis auctoritate rem nobis debitam vindicamus*. Hinzuweisen wäre auch auf Festus unter *Vindex* p. 516 Lindsay: *Vindex ab eo, quod vindicat, quo minus is, qui prensus est, teneatur*. In anderem Zusammenhang Düll, ZS. der Savigny-Stiftung LIV, 1934, 100 ff. (dort S. 110 über Boethius in Cic. top. 2).

¹ Bei der *actio in rem* besteht kein Einlassungszwang, zuletzt Wlassak, *Confessio in iure* und Defensionsverweigerung nach der *lex Rubria de Gallia Cisalpina*, Münchner S. Ber. 1934, 8, 34, Anm. 10.

V.

Versucht man das gewonnene Ergebnis begrifflich einzuordnen, so ergibt sich bei Anlegung des Maßstabes gegenwärtiger Anschauungen über die Bedeutung richterlicher, das heißt nach Durchführung eines Prozesses ergangener Entscheidungen eine große Unsicherheit der Eigentumsverhältnisse. Die Entscheidung des Magistrates über das Haben der Sache, also die Vindizienerteilung, wird insofern als nicht ganz verlässlich anerkannt, als ihre mittelbare Nachprüfung durch die Strafklage stattfindet. Trotzdem ist sie endgültig; selbst als man einen Titel zur Usukapion forderte, genügt die Leistung der *litis aestimatio* als Grundlage des Eigentumserwerbes.

Der Schutz des Habens der Sache erfolgt nur durch den Magistrat; allzu großer Willkür soll bei der *Vindicatio in servitutum* die Regel (s. o. S. 80) vorbeugen, daß die Vindizien stets *secundum libertatem* zu verteilen sind. Der an und für sich naheliegende Gedanke, daß die Obrigkeit den Schutz des Habens der Sache als Aufgabe des Gemeinwesens wahrzunehmen habe¹, findet insbesondere bei den Griechen Entsprechungen. In einer mehrfach² behandelten Stelle bespricht Aristoteles, *Ἀθ. πολ. LVI, 2*, die Zuständigkeiten des *Ἄρχων ἐπώνυμος*. Da hören wir: *Καὶ ὁ μὲν ἄρχων εὐθὺς εἰσελθὼν πρῶτον μὲν κηρύττει, ὅσα τις εἶχε, πρὶν αὐτὸν εἰσελθεῖν εἰς τὴν ἀρχήν, ταῦτ' ἔχειν καὶ κρατεῖν μέχρι ἀρχῆς τέλους*. Daß unsere Stelle nur die *κληῖροι* oder nur das Eigentum an Liegenschaften betrifft, ähnlich wie

der Heliasten-Eid¹, geht aus ihrer Fassung nicht hervor. Erinnerung sei in diesem Zusammenhang noch an die Stellung des Kosmopoliten in Lokroi Epizephyrioi, der im Eigentumsprozeß durch seine Verfügung darüber entscheidet, wem die *ἀγωγή* zusteht².

¹ Demosthenes XXIV 149, p. 745 ... *ὁ πείσομαι οὐδὲ τῶν χρῶν τῶν ἰδίων ἀποκοπᾶς οὐδὲ γῆς ἀναδασμὸν τῆς Ἀθηναίων οὐδ' οἰκιῶν*; zur Echtheitsfrage Thalheim in der Realenzyklopädie V 569.

² Polybios XII 16, dazu Fr. Hofmann, Beiträge zur Geschichte des griechischen und römischen Rechtes, 1870, 122, 126; L. Mitteis, ZS. der Savigny-Stiftung XXIII 1902, 274, bes. 288.

¹ Unbegrifflicher Weise spricht sich der Aufsatz Rosenbergs, „Res publica“ (Realenzyklopädie I A., bes. 658), darüber nicht aus.

² Pappulias, Z. S. d. Savigny-Stiftung XXVII 1906, 360 ff.; bereits vorher v. Schoeffer, Realenzyklopädie II 579, der merkwürdigerweise, wenn nicht mißverständlich auf die Analogie mit *Interdictum Auorum bonorum* verweist. Kuhrstedt, Staatsgebiet und Staatsangehörige in Athen, 1934, 133.

WILHELM WEIZSÄCKER / DIE RECHTSMITTEILUNG BRESLAUS AN OLMÜTZ

Die erste Erwähnung Magdeburger Rechts in Olmütz bringt eine Urkunde König Johanns¹, die, von 1326 datiert, auf Bitten der Stadt eine Bestimmung des Magdeburger Rechts bezüglich des Gewerenzuges abändert und den Schluß zuläßt, daß dieses Recht schon längere Zeit vorher daselbst in Gebrauch war². Das geht auch aus der Urkunde des Markgrafen Johann von Mähren von 1352³ deutlich hervor, wonach Olmütz bis dahin sein Recht von Mähr. Neustadt oder Freudenthal geholt hatte. Um diese Zeit trat aber gerade darin ein höchst bedeutsamer Wechsel ein. Wahrscheinlich auf Bitten der Stadt Olmütz beauftragte König Karl IV. (vor dem 25. Januar 1352) die Stadt Breslau, den Olmützern ihr Recht mitzuteilen; zu diesem Auftrag kam die Bitte des Markgrafen hinzu⁴. Vom 25. Januar 1352⁵ ist der Bekenntnisbrief der Olmützer datiert, daß ihnen die Breslauer mitgeteilt hätten „*jura municipalia, leges, consuetudines et gracios, tam in scripto quam extra scriptum habita et in posterum habenda*“. Wie die Übereinstimmung mit dem Bekenntnisbrief der Stadt Ober-Glogau von 1372⁶ nahelegt, dürfte das Diktat der Urkunde auf Breslau zurückgehen. Die Bedeutung der angeführten Worte umfaßt Magdeburger Stadtrecht, Willkür, Gewohn-

¹ Reg. Boh. 3, 1310. Dazu Bischoff, Deutsches Recht in Olmütz, S. 12. Saliger, Über das Olmützer Stadtbuch des Wenzel von Iglau, S. 16. Haněl, O vlivu práva německého, S. 59. Zycha, Ursprung der Städte, S. 205, Anm. 2.

² Zycha, a. a. O. Nešpor, Dějiny města Olomouce, S. 17.

³ Siehe unten Anm. S. 36, Anm. 4.

⁴ Erwähnt in der Urkunde vom 25. Januar 1352 (siehe die folgende Anm.).

⁵ Tzschoppe-Stenzel, 166. Bischoff, a. a. O., Anhang 15.

⁶ Tzschoppe-Stenzel, 184.

heitsrecht und Privilegien¹, wobei unter dem Stadtrecht auch das Ergebnis der Spruchstätigkeit (anderwärts sind *consilia* ausdrücklich genannt²) inbegriffen und auf die Fortbildung des Rechts in der Zukunft Rücksicht genommen ist. Wenige Tage darauf, am 1. Februar 1352³, geben die Breslauer Ratmannen mit Zustimmung der älteren Schöffen jene bekannte Urkunde, in der sie den Olmützern alle Rechte ihrer Stadt, so wie sie bei ihnen (den Breslauern) gehalten werden, „reichen und geben“. In diesen Urkunden ist von der Übermittlung einer schriftlichen Rechtsmitteilung nicht ausdrücklich die Rede. Zur vollen Klarheit darüber kommen wir durch die schon erwähnte Urkunde Markgraf Johanns vom 3. März 1352⁴. Aus ihr erfahren wir nämlich, daß die Olmützer die *jura Magdeburgensia*, deren sich die Stadt Breslau bedient, für sich abgeschrieben haben oder besser gesagt haben abhreiben lassen. Im weiteren Texte der Urkunde bestätigt der Markgraf die Magdeburger Rechte, wie sie in Breslau von Wort zu Wort

¹ Vgl. dazu Tzschoppe-Stenzel, S. 568, Anm. 2. Laband, Systematisches Schöffengericht, S. XXXIII, Anm. 49. Insbesondere Böhlau, Aus der Praxis des Magdeburger Schöffengerichts, ZRG. 9 (1870), S. 18, 24. Bobertag, Die Rechtshandschriften der Stadt Breslau, ZVGASchles. 14 (1878), S. 160 ff. Über Privilegial- und Gewohnheitsrecht Kisch, Kulmer Handfeste, S. 42 f.

² Rechtsmitteilung Breslaus an Groß-Strehlitz, Tzschoppe-Stenzel, 176. Vgl. auch die Rechtsmitteilung Magdeburgs an Schweidnitz, ebenda S. 180: „*jura, Magdeburgensi civitati tradita et sententias ejusdem juris approbatas*.“

³ C. Mor. 8, 140. Bischoff, a. a. O. Anhang 14. Jireček, CJB. II, 3, S. 189 f. Wie mir Herr Professor Nešpor, Archivar des Archivs der Hauptstadt Olmütz, mitteilt, ist im Original der Urkunde bei Angabe der Jahreszahl die Abkürzung für „secundo“ enthalten, somit das richtige Ausstellungsjahr nicht, wie wiederholt angegeben, 1351, sondern 1352. Herrn Prof. Nešpor sage ich für seine freundliche Auskunft in dieser und anderen Angelegenheiten herzlichen Dank. Das Konzept der Urkunde ist im allgemeinen das gleiche wie schon 1292 für Goldberg (Tzschoppe-Stenzel 87) und 1352 für Neumarkt (ebenda 166 a), nur nennt letztere Urkunde „*jura et gratias*“.

⁴ C. Mor. 8, 150. Bischoff, a. a. O. Anhang 16. Jireček, CJB. II, 3, S. 190 f. Vgl. dazu Haněl, a. a. O. S. 61. Bischoff, a. a. O. S. 22 f. Berger, Besiedlung des deutschen Nordmährens, S. 336 f. W. Müller, Geschichte von Olmütz, S. 81, setzt dieses Privileg sowie die Breslauer Urkunde fälschlich ins Jahr 1351.

abgeschrieben wurden und im Buche der Stadt Olmütz enthalten sind. Die Rechtssachen der Olmützer Tochterstädte, die diese nicht selbst erledigen können, sollten in Olmütz nach dem Transumpt der erwähnten Rechte entschieden werden.

Es ist daher kein Zweifel daran möglich, daß sich die Olmützer in Breslau irgendeine Quelle Magdeburger Rechts abschreiben ließen und die Abschrift als ein Buch ihrer Stadt zu amtlichem Gebrauch aufbewahrt haben. Die Erlaubnis zur Abschriftnahme seitens der Stadt Breslau kann in der Breslauer Urkunde vom 1. Februar 1352 stillschweigend mit enthalten sein, ist aber wahrscheinlich schon früher besonders erteilt worden. Jedenfalls war die Abschrift am 3. März 1352 bereits vollendet.

Ältere Schriftsteller wissen von dem Vorhandensein eines solchen Buches im Olmützer Stadtarchiv zu berichten. Monse¹ sagt (1787), er habe den schönen, in roten Samt mit silbernen Beschlägen eingebundenen Kodex im Olmützer Rathause gesehen; der Band habe die Aufschrift „*Ius Magdeburgense*“ gehabt. Fischer² erwähnt (1808), der in rotes Leder eingebundene Zivilkodex, den Olmütz von Breslau erhalten habe, befinde sich noch im Magistratsarchiv. Aber schon Bischoff³ hat (1855) ein solches Buch nicht mehr im Olmützer Stadtarchiv gefunden. Er weist auf den Widerspruch in den beiden angeführten Angaben sowie auf die Tatsache hin, daß zwei von den beiden Schriftstellern nicht erwähnte Bücher, beide das Rechtsbuch nach Distinktionen enthaltend, im Olmützer Stadtarchiv vorfindlich sind; ein schon 1727 vollendet gewesenes Archivrepertorium erwähne keinen weiteren Rechtskodex. Bischoff ist demnach der Meinung, daß Monse und Fischer

¹ Monse, Abhandlungen der böhm. Ges. d. Wissensch. 1787, 3, S. 150.

² Fischer, Geschichte der königlichen Hauptstadt Olmütz, I, S. 114.

³ Bischoff, a. a. O. S. 23 ff.

das Stadtbuch des Wenzel von Olmütz von 1430¹ gesehen und für die Olmützer Rechtsmitteilung gehalten hätten. Ob das „von Breslau erhaltene“ Buch mit einer der beiden Distinktionenabschriften² identisch sei oder ob es vielleicht doch vor Anlegung des Archivrepertoriums in Verlust geriet, läßt Bischoff unentschieden. Er erkennt sehr wohl die Bedeutung der Frage, ob Breslau schon im Jahre 1352 eine Handschrift des Rechtsbuches nach Distinktionen zur Verfügung gehabt haben könnte. Die eine der beiden in Olmütz vorhandenen Handschriften ist jedoch mit 1389 datiert, kommt also nicht in Betracht, während die andere Handschrift, die undatiert ist, nach Ansicht Bischoffs der Schrift nach erst ins 15. Jahrhundert gehört. Er schließt seine Erwägungen mit dem Satze, daß es vielleicht einem andern Forscher gelingen werde, das wahre Sachverhältnis mit Bestimmtheit festzustellen. Die neue Inventarisierung des Olmützer Stadtarchivs durch Nešpor³ seit 1924 hat auch keine weitere Handschrift zutage gefördert, die als Breslauer Rechtsmitteilung angesehen werden könnte.

Gelegentlich meiner Forschungen zur Textgeschichte des Rechtsbuches nach Distinktionen entlehnte ich von der Bibliothek des Olmützer Metropolitankapitels die daselbst unter Nr. 403 verwahrte Handschrift Hom. 922⁴. Nach der

¹ Vgl. darüber Saliger, Über das Olmützer Stadtbuch des Wenzel von Iglau. Herausgegeben von der hist.-stat. Sektion der k. k. mähr.-schles. Ges. z. Bef. d. Ackerbaues, d. Natur- u. Landesk. Brünn, 1882.

² Es sind dies die Hss. Hom. 924/25, die daselbst mit einem Kreuz versehen sind (Nachricht über Beschaffenheit und Inhalt erwünscht). Es sei deshalb auf ihre Beschreibung bei Bischoff, a. a. O. S. 23 ff. verwiesen. Laut freundlicher Mitteilung des Olmützer Stadtarchivs trägt die Hs. von 1389 die Archiv-Nr. 167, die andere 1304. Vgl. auch Nešpor, Městské knihy archivu Olomouckého, S. 7. Ich selbst habe inzwischen Nr. 167 durch freundliche Übersendung nach Prag kennen gelernt.

³ Vgl. Nešpor, a. a. O.

⁴ Für die freundliche Entlehnung nach Prag, die allerdings nur unter besonderen Vorsichtsmaßregeln erfolgte, sage ich aufrichtigen Dank. Wie Bischoff, Über das älteste Olmützer Stadtbuch, Sb. d. Wiener Akademie 85 (1877), S. 281, Anm. I, berichtet, hatte er diese Hs. auch schon gesehen, leider nur ganz flüchtig, wie er

Angabe in der Neubearbeitung des Homeyerschen Handschriftenverzeichnisses ist vor der Abschrift des Rechtsbuches nach Distinktionen das Magdeburg-Breslauer Recht unter der Jahreszahl 1352 eingetragen. Meine Freude war groß, als ich gerade in diesem ersten Teile der Handschrift, auf den meine wissenschaftliche Tätigkeit in erster Linie nicht gerichtet war, eine interessante Feststellung machen konnte: Es war die seit langem vermißte Olmützer Abschrift aus Breslau. In seiner jetzigen Gestalt handelt es sich um eine Pergamenthandschrift von 124 neufoliierten Blättern. Vorgebunden ist eine lateinische Bemerkung von Johann Joseph Reichsfreiherrn von Buol über Inhalt und Bedeutung der Handschrift mit dem Schlußvermerk: „*Speciat ad bibliothecam manuscriptorum metropolitanae ecclesiae Olomucensis. Inscriptus catalogo 1809.*“ Buol war Domherr von Olmütz und schon 1806 Propst von St. Mauritz¹. Die Bemerkung ist nicht Original. Ein Vermerk des Kapiteldechanten Rudolf Freiherrn von Thysebaert, Bischofs von Tiberias², besagt, er habe jene Niederschrift des Reichsfreiherrn von Buol gelegentlich des Neubindens der Handschrift am 27. April 1845 von dem durch Würmer und Schmutz zerstörten Einbanddeckel eigenhändig abgeschrieben. Diese Bemerkung des Reichsfreiherrn von Buol, insbesondere die Worte über die Eintragung in den Katalog im Jahre 1809, machen den Eindruck, als hätte die Bibliothek des Metropolitankapitels die Handschrift erst in diesem

sagt. Er führt an, daß die Hs. vom Jahre 1352 datiert sei und das Rechtsbuch nach Distinktionen zu enthalten scheine. Das letztere trifft bezüglich des zweiten Teils der Hs. zu; dieser ist jedoch nicht vom Jahre 1352, sondern vom Jahre 1403 (nicht 1303, wie bei Hom. 922 angegeben) datiert. Dieser Irrtum in der Datierung bestärkte Bischoff in seiner Vermutung, Olmütz hätte 1352 von Breslau eine Abschrift des Rechtsbuches nach Distinktionen erhalten.

¹ Vgl. D'Elvert, Geschichte des Erzbistums Olmütz. Mähr. Sektionsschriften, 29. Band, S. 229.

² Seit 1842 Bischof von Tiberias und Kapiteldechant in Olmütz. Vgl. über ihn Wurzbach 45, S. 129 f.

Jahre erworben. Die Worte „*Ex Bibl: Cath. Ecc'ae Olom.*“, die über der ersten Textseite stehen, können, wie ich glaube, trotz ihrem archaisierenden Eindruck und der Anwendung des Kürzungszeichens dem Anfange des 19. Jahrhunderts zugeschrieben werden. Freilich wissen wir nicht anzugeben, von wem die Bibliothek des Metropolitankapitels die Handschrift erwarb und ob sie wirklich das Buch ist, von welchem Monse und Fischer den oben angeführten Bericht gegeben haben. Der neue Einband (offenbar der von 1845) ist ein Leinwandeinband mit Lederrücken. Auf dem Rücken befindet sich der gedruckte Zettel $\frac{C. O.}{403}$. Das Format des

Einbandes beträgt $32\frac{1}{2} \times 24\frac{1}{2}$ cm, das des einzelnen Pergamentblattes 32×23 cm. Eine Untersuchung der Lagen ergibt folgenden interessanten Befund. Die ganze Handschrift besteht aus 13 Lagen zu zweimal vier, einmal eineinhalb, neunmal fünf und einmal sieben Pergamentdoppelblättern, denen am Schlusse noch ein einzelnes Blatt angeklebt ist. Auf der zweiten Seite dieses letzten (sonst leeren, wenn auch vorlinierten) Blattes befindet sich eine kanzellierte Stadtbucheintragung mit dem Actum: „*Actum feria secunda ante Elyzabeth [18. November] anno domini 1415 in pleno consilio sub Nicolao Niderlino magistro ciuium, Philippo longo ceterisque consulibus et juratis ciuitatis Olomucensis*“¹. Das von mir als Breslauer Herkunft erkannte Rechtsdenkmal nimmt mit Fol. 1—19' die beiden ersten Lagen zu vier Pergamentdoppelblättern und die dritte, unvollständige (nämlich nur aus eineinhalb Pergamentdoppelblättern bestehende) Lage ein. Die zweite und die dritte Lage sind mit Kustoden (2' bzw. 3') versehen. Mit Fol. 20 beginnt die (keine Kustode tragende) vierte Lage und damit das Register zum Rechtsbuch nach Distinktionen. Die fünfte Lage zeigt die Kustode

¹ Vgl. Saliger, a. a. O. S. 83, 85, 86, wo die Genannten im August 1415 als Ratmänner vorkommen.

2' und die folgenden Lagen bis einschließlich der zwölften die jeweils nächsthöhere Kustode; die dreizehnte Lage ist unbezeichnet. Schon daraus ergibt sich, daß die Lagen 4—13 ursprünglich selbständig gewesen sind. Sie weisen auch ein meist dünneres Pergament auf als die Lagen 1—3.

Die Schrift der ersten drei Lagen ist eine schöne gotische Minuskel, die Seite zweispaltig zu je dreißig Zeilen. Die Seiten sind mit schwarzer Tinte liniert, die Kolumnen nicht nur gegen die seitlichen und oberen Ränder, sondern auch gegen die Seitenmitte zu abgegrenzt. Genau das gleiche Linienschema weist jenes am Schlusse der Handschrift angeklebte Blatt auf, das die kanzellierte Stadtbucheintragung enthält. Dadurch ist wahrscheinlich gemacht, daß dieses Blatt zu der unvollständigen dritten Lage gehört und daß sich das Buch um 1415 im Besitz der Stadt Olmütz befand. Die Initialen sind abwechselnd von blauer und von roter Farbe¹. Auch die Rubriken der einzelnen Artikel sind rot. Am Schlusse dieses Teiles der Handschrift, nämlich der unvollständigen dritten Lage, auf Fol. 19', befindet sich zuerst in roter und dann in genau dem gleichen Wortlaut in schwarzer Tinte die entscheidende Schlußbemerkung: „*Hec sunt iura Magdeburgensia. Explicit liber iuris Wratislawie ciuitatis, completus per manus nullius. Datum anno domini millesimo CCC^o quinquagesimo secundo.*“

Aus dieser Schlußbemerkung geht, wie mir scheint, unwiderleglich hervor, daß wir die Abschrift eines um 1352 im Besitze der Stadt Breslau befindlichen Buches vor uns haben, dessen Inhalt eine wohl amtliche Aufzeichnung des in Anwendung befindlichen Rechts war. Ob wir in der Handschrift die in Breslau angefertigte Originalabschrift

¹ Es sei bemerkt, daß auch die Hs. Hom. 203 (Grund-Hs. des Systematischen Schöffenrechts) in dem von erster Hand herrührenden Teile den Wechsel von roten und blauen Initialen zeigt. Vgl. Laband, a. a. O. S. XXI.

oder eine Abschrift dieser Abschrift vor uns haben, läßt sich nicht mit Sicherheit feststellen, doch deutet die Sorgfalt der Herstellung und das Fehlen jedes weiteren Zusatzes auf ersteres hin. Auffallend und auf den ersten Blick kaum verständlich ist der Ausdruck „*per manus nullius*“. Schon der Reichsfreiherr von Buol hat ihn als einen Ausdruck der Schreiberbescheidenheit auffassen wollen. Auch ich neigte mich anfänglich dieser Meinung zu, kam aber später zu der Vermutung, daß sich ein Personennamen dahinter verberge. Dies ist tatsächlich der Fall. Im ältesten Olmützer Stadtbuch wird ein Nymandus cultellifaber genannt und in einer Olmützer Urkunde vom 9. August 1356 ein Schöffe Johannes Nymandi¹. Ob der Schreiber unseres Rechtsdenkmals mit einem von diesen personengleich ist, sei dahingestellt, aber das eine ist sicher: Der Name des Schreibers war Niemand, lat. Nemo (gen. nullius).

Es ist nunmehr an der Zeit, daß wir uns den Inhalt des Rechtsdenkmals näher besehen, um zu erkennen, was man damals, um 1352, in Breslau als *jura municipalia, leges, consuetudines et gracios* zusammenfaßte. Das Kernstück des Breslauer Rechts war die Magdeburger Rechtsmitteilung von 1261. Heinrich III. und Wladislaus, Herzöge von Schlesien, hatten noch im gleichen Jahre der Stadt Breslau den Gebrauch des Magdeburger Rechts mit einigen Abänderungen bestätigt. Die Breslauer hatten weiter die Rechtsmitteilung von 1261 eigenmächtig durch weitere Artikel ergänzt. Diese erweiterte Urkunde fand unter Aufrechterhaltung der in der Herzogsurkunde von 1261 vorgesehenen Abänderungen ihre neuerliche Bestätigung in dem Privileg Herzog Heinrichs IV. von Breslau vom 12. September 1283². Diese Urkunde war es, die im Jahre 1393

¹ Bischoff, Sb. Wiener Ak. 85 (1877), S. 346. Reg. Boh. VI, 434.

² Gaupp, Das alte Magdeburgische und Hallische Recht, S. 207 f. Laband, a. a. O. S. Xf.

Breslau der Stadt Liegnitz mitteilte¹. Dieselbe Urkunde finden wir auch am Beginn unserer Handschrift. Sie beginnt mit der Invocatio der Urkunde „*In nomine dei eterni amen*“ und bringt den ganzen bei Tzschoppe-Stenzel gedruckten ersten Absatz (Schluß „*subscribi*“). Es folgt die Rubrik „*Hie hebit sich an das Meydebursche recht*“ und danach, von Art. 4 unserer Zählung mit Rubriken versehen, die Artikel des Magdeburg-Breslauer Rechts von 1261 (nach der Zählung von Tzschoppe-Stenzel) von 1 bis einschließlich 64 mit Ausnahme des Art. 21, der wohl nur versehentlich ausgelassen ist. Dann kommt die Fortsetzung des Privilegentextes vom 12. September 1283 von „*Hec sunt iura*“ bis „*integramus*“ und hierauf die von den Breslauern eigenmächtig eingesetzten Artikel 65—67, 69—79. Nun kommt die Bestätigung Heinrichs IV. von „*Universa*“ bis „*talis est*“ und die inserierte Urkunde der Herzöge Heinrich III. und Wladislaus vom 16. September 1261, jedoch nur mit ihren Anfangsworten „*Cum rerum gestarum certissima* (dieses Wort aus Versehen doppelt) *representacio sit scriptura*“². Der letzte Teil des Privilegs vom 12. September 1283, „*Omnia enim*“ bis „*Datum per manus Lodwici notarii curie nostre*“, hat noch den mir sonst unbekanntem Zusatz „*nec non per manus Stephani dicti Tarchala*“.

Unmittelbar anschließend findet sich in unserer Handschrift die zweite Magdeburger Rechtsmitteilung an Breslau vom Jahre 1295 mit allen 23 Artikeln in ihrer ursprünglichen Reihenfolge, wie die früheren Artikel mit Rubriken ausgestattet; nur bei Art. 14 (101 unserer Zählung) fehlt die Rubrik, da dieser Artikel versehentlich unter der Rubrik

¹ Tzschoppe-Stenzel, 92, Anm. 1.

² Dieselbe Abkürzung schon in Kopie B 6 der Urkunde von 1283 im Stadtarchiv Breslau sowie dann in H. Gaupp, a. a. O. S. 256, Nr. 3. Laband, a. a. O. S. XII. Dasselbe wohl auch bei O (Mangel einer Variante bei Laband, a. a. O. S. 39). Über Br geht aus Bobertag, a. a. O., nichts Bestimmtes hervor, doch folgt O im allgemeinen Br sehr genau. Dieselbe Abkürzung auch SchR II, 2, 46.

des vorangehenden Artikels geschrieben und am untern Blattrand zwar der ausgelassene Artikel, aber nicht die Rubrik des folgenden, nachgetragen ist. Der letzte Absatz der Rechtsmitteilung von 1295 („*Diz recht haben*“ bis „*an deme achten tage allerheiligen*“) ist weggelassen.

Nunmehr kommen noch 64 Artikel, die wohl den bemerkenswertesten Teil des Rechtsdenkmales ausmachen. Sie kommen bis auf zwei Ausnahmen (127 a und 146 unserer Zählung) alle im Magdeburg-Breslauer Systematischen Schöffengerichte vor und bieten eine willkommene Handhabe zum Vergleiche unserer Handschrift mit anderen verwandten Handschriften. Der erste Artikel dieser Reihe ist ein datierter Schöffenspruch vom Jahre 1321 (SchR IV, 2, 50)¹. Daran schließt sich in drei Artikeln ein Schöffenspruch von 1322 (SchR II, 2, 24; I, 5; I, 15)². Von sonstigen Stellen, die für die Entstehungszeit in Betracht kommen könnten, finden wir noch (nach unserer Zählung) die Art. 118 (SchR I, 13) und 170 (SchR I, 20), die bereits in der Rechtsmitteilung Breslaus nach Groß-Glogau vom Jahre 1314 vorkommen³. Sie müssen daher älter sein als die am Anfang stehenden Schöffensprüche, woraus sich ergibt, daß die Reihenfolge der Schöffensprüche in unserer Handschrift nicht durchweg ihrer Entstehungszeit entsprechen kann. Die Artikel enthalten nicht die Frage, sondern nur den Rechtssatz aus der Entscheidung in der Form, wie sie uns im Großteil der Artikel des Systematischen Schöffengerichts entgegentritt.

Als verwandte Handschriften kommen in Betracht:

1. Br. Das sogenannte älteste Breslauer Stadtrechtbuch (die Bezeichnung als „Rechtbuch“ wäre besser zu ver-

¹ Laband, a. a. O. S. XXXI. Behrend, Magd. Fragen, S. XI.

² Stobbe, Das alte Kulmer Recht, ZdR. 17 (1857), S. 412. Laband, a. a. O. S. 28.

³ Tzschoppe-Stenzel, S. 494. Stobbe, a. a. O. S. 412. Behrend, a. a. O. S. IX.

meiden). Bobertag setzt seine Entstehung, „allerdings lediglich nach den Schriftzügen, zum bei weitem größten Teile in die erste Hälfte des 14. Jahrhunderts“. Hom. 202¹.

2. N. Eine Abschrift aus Nietzsches Nachlaß, die „in nächster Beziehung“ zu der Schweidnitzer Handschrift Hom. 1043 aus der zweiten Hälfte des 14. Jahrhunderts steht².

3. H. Der sogenannte Heinrichauer Kodex aus der Zeit um 1400. Hom. 183³.

4. B. Der sogenannte *Codex Bregensis* vom Anfang des 15. Jahrhunderts, dessen Schöffensprüche Böhme herausgegeben hat. Hievon kommt, abgesehen von einem Stück der ersten Sammlung, das auch in der vierten Sammlung wiederkehrt, nur die sogenannte zweite Sammlung in Betracht. Hom. 309⁴.

5. O. der sogenannte *Codex Oppoliensis* vom Jahre 1405. Hom. 312⁵.

Diese Handschriften sind für die Vorgeschichte des Systematischen Schöffengerichts von Bedeutung. Wir können die herrschende Ansicht am besten aus der Zusammenfassung Eckhardts⁶ erkennen: „Auf Grund einer mit 183 nahverwandten Sammlung entstand, vermittelt durch eine in 202 erhaltene unsystematische Vorstufe, um die Mitte des 14. Jahrhunderts, vielleicht nach 1359 und jedenfalls vor

¹ Bobertag, a. a. O. S. 185 ff.

² Gaupp, Schles. Landrecht, S. 224 ff., 321 ff. (Nr. XXIV). Laband, a. a. O. S. XV f.

³ Gaupp, Magd. u. Hall. Recht, S. 187 ff., insbesondere 201 ff. Gaupp, Schles. Landrecht, S. 280 f. (Nr. II). Laband, a. a. O. S. XI ff. C. H. Rother, Aus Schreibstube und Bücherei des ehem. Zisterzienserklosters Heinrichau, ZVGeschSchles. 61 (1927), S. 70 ff.

⁴ Gaupp, Magd. u. Hall. Recht, S. 170 ff. Stobbe, a. a. O. S. 409 ff. Laband, a. a. O. S. XVI ff. Behrend, a. a. O. S. VII ff. Sandow, Das Halle-Neumarkter Recht, S. 10 ff., mit weiteren Schrifttumsangaben.

⁵ Gaupp, Magd. u. Hall. Recht, S. 35, 268. Laband, a. a. O. S. XIV f.

⁶ Eckhardt, Neubearbeitung von Homeyer, I, S. *34.

1386, in Breslau eine systematisch geordnete Bearbeitung, für die sich der Name ‚Systematisches Schöffengericht‘ eingebürgert hat.“

Die Verbindung des Privilegs von 1283 mit darauf folgenden Schöffensprüchen haben bloß die Handschriften Br, H und O mit unserer Handschrift (Ol) gemeinsam. Die ursprüngliche Reihenfolge läßt sich nur bei den Artikeln der Rechtsmitteilungen von 1261 und 1295 sicher feststellen. Diese ursprüngliche Reihenfolge ist in Ol und H völlig gewahrt. Dagegen ist sie in Br und O derart geändert, daß auf Art. 11 der Rechtsmitteilung von 1261 deren Art. 13, 21, 46, 53 und 54, sodann Art. 11 der Rechtsmitteilung von 1295 folgen, die sämtlich von Wunden oder Totschlag handeln. Auch lassen Br und O den Art. 9 von 1295 aus, der in SchR III, 1, 9, erscheint¹.

Die Reihenfolge der Schöffensprüche in Ol stimmt fast völlig mit der in B überein. Nur die Art. 143, 169 und 173 unserer Zählung befinden sich in B an anderer Stelle. Art. 127a scheint weder in B, noch in einer andern verwandten Handschrift vorfindlich; er ist aber am untern Rande nachgetragen und gehört wohl nicht zum ursprünglichen Bestand². Art. 157 ist zwar sonst überall vorhanden, fehlt aber in B. Geringer ist die Übereinstimmung mit H und N, die miteinander fast ganz zusammengehen, noch geringer zu Br und O, die wiederum weitgehend übereinstimmen. Besonders bezeichnend ist die Stellung der Art. 111 bis 114 von Ol. Art. 111 ist der oberwähnte datierte Schöffenspruch von 1321, mit dem die Reihe der Sprüche in Ol beginnt. Er steht in B mitten in der zweiten Sammlung; aber es muß eine besondere Bewandnis mit ihm gehabt

¹ Für O bereits festgestellt von Laband, a. a. O. S. XIV.

² Er lautet: „*Leiht aber ain jude pei tages lichte fur ainem gesworn mane auf sulche habe, die der schepffe besiht und daz gelt czelen siht, gestet er des vor gericht als recht, so wehelt der jude das gelihen gelt auf der hab und sein ere.*“ Vgl. dazu Meißner Rb. III, 17, 4.

haben, da eine ganze Reihe unmittelbar vorhergehender Schöffensprüche (Böhme VI, 109, 1 und 2; 109, 4 bis 111, 2; 111, 4 bis 112, 3) in das SchR nicht aufgenommen sind, während er in Ol an der Spitze steht. Die folgenden drei Art. 112—114 in Ol bilden den Spruch von 1322. Nur hier und in B finden wir sie beisammen, sonst überall auseinandergerissen: Br, H, N und O beginnen die Reihe der Schöffensprüche mit dem zweiten Absatz (Art. 113 in Ol); allerdings bringen Br (Art. 163—166) und O (Art. 166—169) weiter hinten den Spruch von 1321 und den ganzen Spruch von 1322 nachträglich doch¹ und auch N (Art. 62, 63) holt den Schöffenspruch von 1321 nach und bringt den ersten und zweiten Absatz des Schöffenspruches von 1322 in einem Artikel vereint. Vergleichen wir das Ende von Ol mit Br, so ist der Sprung in der letzteren Handschrift deutlich zu erkennen. Nach dem letzten in Ol enthaltenen Artikel folgt in Br ein in Ol nicht vorkommender Artikel, sodann die Schöffensprüche von 1321 und 1322 in den Art. 163—166 und sodann von 167—179, Artikel, die in Ol an früherem Orte, stehen. Genau so verhält sich O, während N nur einen Artikel (N 56 als 64) wiederholt. Darauf folgen dann in Br, N und O gänzlich neue in Ol nicht mehr enthaltene Artikel.

Vergleicht man die Reihenfolge der Schöffensprüche in Ol und B mit der in H und N und schließlich mit der in Br und O, so kann im allgemeinen gesagt werden, daß in diesen drei Handschriftenpaaren vom ersten bis zum letzten eine steigende Annäherung an die Reihenfolge des Systematischen Schöffengerichts festzustellen ist, die allerdings auch auf der letzten Stufe (Br und O) noch lange nicht erreicht ist.

Aus dem vorstehenden folgt, daß wir in Ol eine noch ältere Form der unsystematischen Vorstufe des Schöffengerichts

¹ Für O bereits festgestellt von Laband, a. a. O. S. XV.

rechts überliefert haben als sie uns in H und N geboten wird. Wir haben keine Ursache, in die Richtigkeit der Schlußbemerkung von Ol Zweifel zu setzen, wonach Ol die Abschrift eines liber iuris Wratislawie ciuitatis darstellt. Die Jahresangabe 1352 stimmt mit den sonstigen Nachrichten aufs trefflichste überein. Demnach hat es in Breslau doch noch eine ältere Rechtsquellensammlung gegeben als Br. Ob diese jetzt älteste Rechtsquellensammlung Breslaus im Jahre 1352 bereits vorhanden war, läßt sich auf Grund des uns vorliegenden Stoffes natürlich nicht sagen. Wohl aber ergibt sich für die Entstehung des Systematischen Schöffenrechts der Schluß, daß es im Jahre 1352 noch nicht vorhanden gewesen sein dürfte, weil sonst eben dieses und nicht seine unsystematische Vorstufe für die Stadt Olmütz abgeschrieben worden wäre. So gewinnen wir aus der 1352 für Olmütz gefertigten Abschrift in mehrfacher Richtung neue Erkenntnisse für die Geschichte der Magdeburg-Breslauer Rechtsentwicklung.

Übersicht¹.

Abkürzungen: Ol=Hom. 922. Br=Hom. 202. H=Hom. 183. N=Kodex Nietzsche. O=Hom. 312. B=Hom. 309, angef. nach Böhme. SchR=System. Schöffenrecht nach Laband.

Ol	MBR 1261	Br	H	N	O	B	SchR
Omnibus	—	Omnibus	Omnibus	—	Omnibus	—	Omnibus
1	1	1	{ 1	—	1	—	{ I, 1
2	2		{ 2	—			{ I, 6
3	3, 4	2	3	—	2	—	I, 8
4	5	3	4	—	3	—	I, 10
5	6	4	5	—	4	—	I, 9
6	7 Anf.	5	6	—	5	—	II, 2, 1
7	7 Schl.	6	7	—	6	—	II, 2, 2
8	8	7	8	—	7	—	II, 2, 3

¹ Gearbeitet auf Grund der synoptischen Tabellen bei Laband, a. a. O. S. 196 ff., und Bobertag, a. a. O. S. 188 ff.

Ol	MBR 1261	Br	H	N	O	B	SchR
9	9, 10 Anf.	8	9	—	8	—	II, 2, 9
10	10 Forts.	9	10	—	9	—	II, 2, 10
11	10 Schl.	10	11	—	10	—	II, 2, 11
12	11 Anf.	11	12	—	11	—	III, 1, 1
13	11 Schl.	12	13	—	12	—	II, 2, 13
14	12 Anf.	19	14	—	19	—	II, 1, 10
15	12 Schl.	20	15	—	20	—	II, 2, 12
16	13	13	16	—	13	—	III, 1, 2
17	14, 15	21	17	—	21	—	IV, 2, 1
18	16	22	18	—	22	—	IV, 1, 1
19	17	23	19	—	23	—	II, 1, 11
20	18	24	20	—	24	—	IV, 1, 2
21	19	25	21	—	25	—	II, 2, 15
22	20	26	22	—	26	—	IV, 2, 23
—	21	14	23	—	14	—	III, 1, 19
23	22	27	24	—	27	—	IV, 2, 24
24	23	28	25	—	28	—	II, 1, 4
25	24	29	26	—	29	—	III, 2, 33
26	25	30	27	—	30	—	III, 2, 34
27	26	31	28	—	31	—	in III, 2, 32
28	27	32	29	—	32	—	III, 1, 20
29	28	33	30	—	33	—	IV, 2, 1a
30	29	34	31	—	34	—	IV, 2, 27
31	30	35	32	—	35	—	III, 2, 79
32	31	36	33	—	36	—	III, 2, 61
33	32	37	34	—	37	—	} II, 1, 3
34	33	38	35	—	38	—	
35	34, 35	39	36	—	39	—	
36	36	40	37	—	40	—	Culm II, 57
37	37 Anf.	41	38	—	41	—	II, 2, 43
38	37 Schl.	42	39	—	42	—	II, 2, 44
39	38	43	40	—	43	—	II, 2, 47
40	39	44	41	—	44	—	III, 1, 21
41	40	45	42	—	45	—	II, 2, 14 Anf.
42	41	46	43	—	46	—	IV, 2, 28
43	42	47	44	—	47	—	III, 1, 22
44	43	48	45	—	48	—	II, 2, 48
45	44 Anf.	49	46	—	49	—	Culm III, 127
46	44 Schl.	50	47	—	50	—	II, 2, 16
47	45 Anf.	51	48	—	51	—	II, 2, 49
48	45 Schl.	52	49	—	52	—	II, 2, 50
49	46	15	50	—	15	—	II, 2, 51
50	47	53	51	—	53	—	IV, 2, 56
51	48	54	52	—	54	—	IV, 2, 29
52	49	55	53	—	55	—	IV, 2, 58

Ol	MBR 1261	Br	H	N	O	B	SchR
53	50	56	54	—	56	—	III, 2, 55
54	51	57	55	—	57	—	III, 2, 40
55	52 Anf.	58	56	—	58	—	III, 2, 82
56	52 Schl.	59	57	—	59	—	III, 2, 83
57	53	16	58	—	16	—	III, 1, 3
58	54	17	59	—	17	—	III, 1, 4
59	55	60	60	—	60	—	IV, 2, 9 ^a
60	56	61	61	—	61	—	IV, 2, 9 ^b
61	57	62	62	—	62	—	IV, 2, 9 ^c
62	58, 59	63	63	—	63	—	IV, 2, 9 ^d
63	60	64	64	—	64	—	IV, 2, 25
64	61 Anf.	65	65	—	65	—	IV, 2, 26
65	61 Schl.	66					
66	62 Anf.	67	66	—	67	—	II, 1, 12
67	62 Schl.	68					
68	63 Anf.	69	[67]	—	69	—	II, 2, 17
69	63 Schl.	70	[68]	—	70	—	II, 2, 18
70	64	71	[69]	—	71	—	II, 2, 53
71	Hec sunt	72	[70]	—	72	—	II, 2, 54
72	65 Anf.	73	[71]	—	73	—	II, 2, 55
73	65 Schl.	74	[72]	—	74	—	II, 2, 56
74	66	75	[73]	—	75	—	II, 2, 57
75	67	76	[74]	—	76	—	II, 2, 58
—	68		[75]	—	77	—	II, 2, 59
76	69	77	76	—	78	—	II, 2, 60
77	70 Anf.	78	77	—	79	—	II, 2, 61
78	70 Forts.	79	78	—	80	—	II, 2, 62
79	70 Forts.	80	79	—	81	—	II, 2, 63
80	70 Schl.	81	80	—	82	—	II, 2, 64
81	71	82	81	—	83	—	II, 2, 66
82	72, 73	83	82	—	84	—	III, 2, 84
83	74	84	83	—	85	—	II, 2, 71
84	75	85	84	—	86	—	III, 2, 56
85	76	86	85	—	87	—	—
86	77	87	86	—	88	—	III, 2, 44
87	78	88	87	—	89	—	III, 2, 32
88	79	89	88	—	90	—	II, 2, 67
89	Universa 1295	90	89	—	91	—	II, 2, 46
90	1, 2	{ 91 } 92	90	—	{ 92 } 93 94	—	II, 2, 7
91	3	93	91	—	95	—	II, 2, 19
92	4	94	92	—	96	—	II, 2, 20
93	5	95	93	—	97	—	III, 2, 80

Ol	MBR 1295	Br	H	N	O	B	SchR
94	6, 7	96	94	—	98	—	III, 2, 99
95	8	97	95	—	99	—	III, 2, 29
96	9	—	96	—	—	—	III, 1, 9
97	10	98	97	—	100	—	III, 2, 57
98	11	18	98	—	18	—	III, 1, 10
99	12	99	99	—	101	—	IV, 2, 30
100	13	100	100	—	102	—	II, 1, 2
101	14	101	101	—	103	—	III, 1, 23
102	15	102	102	—	104	—	III, 2, 85
103	16	103	103	—	105	—	III, 2, 1
104	17	104	104	—	106	—	II, 2, 70
105	18	105	105	—	107	—	IV, 2, 16
106	19	106	106	—	108	—	III, 1, 24
107	20	107	107	—	109	—	II, 2, 22
108	21	108	108	—	110	—	IV, 2, 59
109	22	109	109	—	111	—	III, 2, 2
110	23	110	110	—	112	—	II, 2, 23
111	—	163	—	62	166	112, 4	IV, 2, 50
112	—	164	—	63	{ 167	112, 5	II, 2, 24
113	—	111	112	1	{ 113	112, 6	I, 5
—	—	(=165)	—	—	(=168)	—	—
114	—	112	113	2	114	113, 1	I, 15
—	—	(=166)	—	—	(=169)	(=126,3)	—
115	—	113	114	3	115	113, 2	I, 7
116	—	123	125	14	126	115, 4	II, 2, 8
117	—	124	126	15	127	115, 5	III, 2, 88
118	—	167	115	4	116	115, 6	I, 13
—	—	—	—	—	(=170)	—	—
119	—	114	116	5	117	116, 1	I, 21
120	—	115	117	6	118	116, 2	I, 4
121	—	116	118	7	119	116, 3	I, 2
122	—	125	127	16	128	116, 4	II, 1, 1
123	—	168	128	17	171	116, 5	IV, 2, 31
124	—	126	129	18	129	116, 6	III, 2, 105
125	—	127	130	19	130	116, 7	III, 2, 106
126	—	128	131	20	131	116, 8	IV, 2, 2
—	—	—	—	—	(=139,7)	—	—
127	—	129	132	21	132	117, 1	II, 2, 69
127 ^a	—	—	—	—	—	—	—
128	—	130	133	22	133	117, 2	III, 2, 45
129	—	117	119	8	120	117, 3	I, 14
130	—	118	120	9	121	117, 4	I, 18
131	—	119	121	10	122	117, 5	I, 19
132	—	120	122	11	123	117, 6	I, 17
133	—	131	134	23	134	117, 7	I, 12

Ol	MBR 1295	Br	H	N	O	B	SchR
134	—	{ 169 170	135	24	{ 172 173 }	117, 8	IV, 2, 32
135	—	171	136	25	174	118, 1	IV, 2, 60
136	—	172	137	26	175	118, 2	IV, 2, 61
137	—	132 (= 173)	138	27	135 (= 176)	118, 3	II, 2, 41
138	—	174	139	28	177	118, 4	III, 2, 28
139	—	133	140	29	136	118, 5	III, 2, 65
140	—	134	141	30	137	118, 6	III, 2, 67
141	—	121	123	12	124	118, 7	I, 3
142	—	135	142	31	138	119, 1	II, 2, 26
143	—	136	143	32	139	111, 3 (=140,1)	II, 2, 65
144	—	137	144	33	140	119, 2	II, 2, 4
145	—	138	145	34	141	119, 3	II, 2, 27
146	—	139	146	35	142	119, 4	— ¹
147	—	175	147	36	178	119, 5	III, 1, 13
148	—	176	148	37	179	119, 6 (=139,1)	IV, 2, 62
149	—	177	149	38	180	119, 7 (=91, 1)	III, 1, 11
150	—	140	150	39	143	119, 8	II, 2, 73
151	—	141	151	40	144	119, 9	III, 2, 31
152	—	122	124	13	125	120, 1	I, 16
153	—	142	152	41	145	120, 2	III, 2, 3
154	—	143	153	42	146	—	III, 2, 52
155	—	145	154	43	148	120, 3	III, 2, 27
156	—	178	155	44	181	120, 4	IV, 2, 33
157	—	146	156	45	149	—	II, 2, 5
158	—	147	157	46	150	120, 5	V, 2
159	—	148	158	47	151	120, 6	I, 11
160	—	149	159	48	152	120, 7	III, 2, 4
161	—	144	160	49	147	122, 6	III, 2, 53
162	—	150	161	50	153	120, 8	Culm III, 128
163	—	151	162	—	154	—	II, 2, 28
164	—	152	163	51	155	121, 1	III, 2, 59
165	—	153	164	52	156	121, 2 (=140,2)	III, 1, 25
166	—	154	165	53	157	121, 3	III, 2, 5

¹ Die Übereinstimmung des Art. 146 von Ol mit Böhme VI, 119, 4, kann ich nicht mit voller Sicherheit feststellen, da die Stelle im SchR nicht enthalten ist und mir Böhmes Diplomatische Beiträge in Prag leider nicht zur Verfügung stehen. Die Beschaffung von auswärts war wegen der kurzen zur Verfügung stehenden Zeit nicht tunlich.

Ol	MBR 1295	Br	H	N	O	B	SchR
167	—	155	166	54	158	121, 4	II, 2, 72
168	—	156	167	55	159	121, 5	V, 1
169	—	179	168	56 (= 64)	182	91, 2	III, 2, 30
170	—	157	—	56a	160	121, 6	I, 20
171	—	158	—	57	161	122, 1	III, 2, 68
172	—	159	—	58	162	122, 2	III, 2, 69
173	—	161	—	60	164	V, 60, 5 (=139,4)	IV, 2, 15